

CAPÍTULO 4



LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO

CAPÍTULO 4

LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO

1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO DEL TÉRMINO FLEXIBLE

El vocablo *flexible* tiene en sus componentes léxicos *flexum* que corresponde a “*doblado*”, más el sufijo *-ble* que expresa “*que puede*”²³⁵. Así es que el diccionario de la Real Academia Española enseña que viene del latín *flexibilis* que significa “que tiene disposición para doblarse fácilmente”, y en otra de sus acepciones, más específica para el tema aquí desarrollado, dice “que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas”²³⁶.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Sobre las bases del marco conceptual desarrollado, que llevaron a refrescar las bases jurídicas, en su evolución y situación actual, del caro derecho al debido proceso, el cual ha dado lugar al inicial cuestionamiento sobre su admisión de manera flexibilizada en el derecho disciplinario o derecho administrativo sancionador, se procede a establecer el estado de la situación, de manera particular en España y en Colombia.

2.1. FLEXIBILIZACIÓN EN ESPAÑA.

En el desarrollo de los fundamentos jurídicos para admitir la flexibilidad en el campo del derecho administrativo sancionador, se establece que el ordenamiento jurídico español no está muy lejos del colombiano. Así se observa, verbigracia, en la sentencia del Tribunal Supremo del 11 de marzo de 2003, al contemplar que el

235 Etimologías de Chile. Definición de flexible. Recuperado de <http://etimologias.dechile.net/?flexible> [Última consulta en febrero 2 de 2017]

236 Real Academia Española (2014). Definición de flexible. Diccionario de la Lengua Española. 23ª ed. Madrid: Espasa. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=I5IQtvP> [Última consulta en febrero 2 de 2017]

debido proceso, no en todos los ámbitos exige plena rigurosidad, y que las causas de abstención para los órganos judiciales no son las mismas que las de los administrativos. Lo cual se observa de manera diáfana en la mencionada sentencia, cuando consagra expresamente que:

Esta garantía fundamental del proceso debido y de la Administración de Justicia propia de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) reviste, si cabe, un mayor rigor ante pretensiones de condena, en las que la estricta observancia del principio de legalidad (SSTC 75/1984, de 27 de junio, 142/1997, de 15 de septiembre, y 162/1999, de 27 de septiembre)

[...]

Como ya dijimos en la precedente sentencia de 24 de febrero de 2003, debemos partir de que el Pleno del CGPJ no es un Tribunal de Justicia, sino un órgano de la Administración (concretamente un órgano de gobierno del Poder Judicial). Por ello, las causas de abstención de sus Vocales no son las mismas que concurren en los Magistrados de los Tribunales.

[...]

A ello se añade que, dada la composición del Pleno del CGPJ, el acuerdo adoptado no hubiese sufrido modificación por la falta de participación en él de los Vocales de la Comisión Disciplinaria. Por otra parte, el propio artículo 28.3 de la Ley 30/1.992 establece que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos en que hayan intervenido, norma que justifica las diferencias que existen entre el régimen de abstención en los órganos judiciales y en los administrativos²³⁷.

237 Tribunal Supremo de España. STS 1658/2003, de 11 de marzo. Recuperado de http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database_match=TS&reference=3294082&links=&optimize=20030516&publicinterface=true [Última consulta en noviembre 6 de 2016]

Continuando con esta línea jurisprudencial española, es palmario que el Tribunal Supremo reconoce cómo en la legislación, en tratándose de procesos de la administración, las garantías que se derivan del proceso no se aplican de manera estricta, regularmente, pues cuando se utilizan términos como “en la medida necesaria”, deja un campo para aplicar criterios de flexibilización en la esfera de los procedimientos del derecho administrativo sancionador disciplinario.

Pues bien, resulta bien conocido que las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador, como ha venido constantemente reiterando el Tribunal Constitucional desde su sentencia 18/1981, de 8 de junio. Así, recuerda recientemente el Tribunal Constitucional en Sentencia 39/2011, de 31 de marzo, que “los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto”²³⁸.

Por otra parte, en cuanto a regímenes internacionales a los que está sometido el Estado español, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en una mirada general, y no expresamente dirigida a asuntos disciplinarios, es importante señalar que el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Comunidad Europea²³⁹ consagra el principio de legalidad en el Estado de Derecho, estableciendo de manera precisa que en tratándose de casos sancionatorios como el penal, no se admite la flexibilidad frente al principio de legalidad, sino un mayor rigor. En otros aspectos, el mencionado Tribunal Europeo demanda de los Estados, en punto del debido proceso, que sean imparciales y

²³⁸ Tribunal Supremo de España. STS 6191/2013, de 15 de diciembre. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6931720&links=DERECHO%20ADMINISTRATIVO%20SANCIONADOR&optimize=20140117&publicinterface=true> [Última consulta en noviembre 6 de 2016]

²³⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Op. cit., artículo 49.

equitativos en el ordenamiento jurídico interno, verbigracia el caso *Alony Kate c España*:

57. El Tribunal es de la opinión de que, en las circunstancias de la causa, podía dudarse de la imparcialidad objetiva del tribunal de enjuiciamiento. Y que, por tanto, las dudas del demandante al respecto podían considerarse objetivamente justificadas (ver, *mutatis mutandis*, *Perote Pellón c España*, no. 45238/99, § 51, 25 de julio de 2002, *Gómez de Liaño y Botella c España*, no. 21369/04 § 71, 22 de julio de 2008, y *Cardona Serrat*, ya citada, § 38).

[...]

66. El Tribunal recuerda que, para determinar si la utilización como prueba de las informaciones obtenidas con vulneración del artículo 8 privó al proceso, en su conjunto, del carácter equitativo requerido por el artículo 6, hay que tener en cuenta todas las circunstancias de la causa y preguntarse en particular si los derechos de la defensa han sido respetados y cuáles son la calidad y la importancia de los elementos en cuestión [...] ²⁴⁰.

En este orden, es preciso señalar que los aspectos del derecho sancionatorio disciplinario, por parte de las autoridades administrativas, también pueden comprometer al Estado parte, cuando van en contra del artículo 6 del Convenio, siempre y cuando sobre la organización que presuntamente ha incurrido en violaciones al Convenio, haya jurisdicción por el TEDH; es decir, sea una organización interna, por ello se traen a partes de la decisión tomada en ese sentido:

240 Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH. Sección Tercera. Sentencia del 17 de enero de 2012. Estrasburgo. Demanda No. 5612/08. Recuperado de file:///C:/Users/GLORIA/Downloads/CASE%20OF%20ALONY%20KATE%20v.%20SPAIN%20-%20[Spanish%20Translation]%20by%20the%20Spanish%20Ministry%20of%20Justice.pdf [Última consulta en noviembre 6 de 2016]

60. De acuerdo con lo previsto en este artículo, el compromiso emprendido por un Estado Contratante se limita a “reconocer” los derechos y libertades relacionados con las personas en su propia “jurisdicción”. “Jurisdicción” con arreglo al artículo 1 es un criterio de admisibilidad. El ejercicio de la jurisdicción es una condición necesaria para que un Estado Contratante pueda ser responsable por los actos u omisiones imputables al mismo que den lugar a alegaciones sobre la vulneración de derechos y libertades establecidos en el Convenio (ver, como precedentes actuales, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GC], n° 27765/09, § 70, TEDH 2012, y *Aljedda c. Reino Unido* [GC], n° 27021/08, § 74, TEDH 2011).

61. En el asunto actual, la mayoría de las quejas de la demandante se dirigen contra el procedimiento disciplinario aplicable a los funcionarios de la Unión Europea. Por tanto, deben examinarse a la luz de los principios que el Tribunal ha fijado en asuntos en los que se le ha requerido que determine si la responsabilidad de los Estados parte podría verse comprometida con arreglo al Convenio, a causa de los actos u omisiones vinculados con su pertenencia a una organización interna²⁴¹.

2.2. FLEXIBILIZACIÓN EN COLOMBIA

De manera constante en este trabajo se ha argumentado sobre la fortaleza de la teoría de la admisión de la flexibilización de las garantías del debido proceso disciplinario en Colombia. Corriente que ha tenido en la máxima corporación judicial en Colombia, en materia de control constitucional, sin ser la única, a su mayor

241 Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH. Sección Cuarta. Sentencia del 31 de marzo de 2015. Demanda 28827/2011. Caso de *Marta Andreasen c. Reino Unido y otros 26 miembros de la Unión Europea*. Recuperado de http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427791058?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DANDREASEN_c_Reino_Unido_y_otros_26_EEMM_de_la_UE.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH [Última consulta en noviembre 7 de 2016]

receptora, al punto de abrir en definitiva el camino a la flexibilidad, como se observa desde la sentencia C-597 de 1996, y precisamente lo hizo al establecer las particularidades especiales del derecho disciplinario, para diferenciar la aplicación de los principios jurídicos en este, con algunos matices, respecto de los otros derechos sancionadores, al establecer que:

[...] ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial —como los servidores públicos— o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho²⁴².

Es precisamente esta afirmación jurisprudencial final —en subrayado—, la que ha llevado a la flexibilización del derecho fundamental al debido proceso, en el campo de la legislación disciplinaria en Colombia.

La Corte Constitucional ha precisado que las funciones y procedimientos disciplinarios tienen naturaleza administrativa,

[...] derivada de la materia sobre la cual trata —referente al incumplimiento de deberes administrativos en el ámbito de la administración pública—, de las autoridades de carácter

242 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-597 de 6 de noviembre de 1996. Op. cit.

administrativo encargadas de adelantarla, y de la clase de sanciones a imponer, así como de la forma de aplicarlas²⁴³.

Y que de acuerdo con dicha naturaleza, las garantías propias del debido proceso no cuentan en el proceso disciplinario con el mismo alcance que las que se aplican a las actuaciones desarrolladas por la justicia penal.

[...] frente al derecho administrativo sancionatorio, esta Corporación en Sentencia C-860 de 2006, reiteró la flexibilidad que en esta materia adquieren los principios de legalidad y tipicidad como parte del derecho al debido proceso, no siendo exigible con tanta intensidad y rigor la descripción típica de las conductas y la sanción...²⁴⁴.

Lo anterior lleva a señalar que con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, al igual que la del Consejo de Estado y la del Consejo Superior de la Judicatura, acompañadas de la doctrina de la Procuraduría General de la Nación, como máximo órgano de control en materia disciplinaria, se ha construido un sólido derecho disciplinario que llevó a la expedición, primero, de la Ley 200 de 1995, primer Código Disciplinario Único (CDU), derogado luego, como se enunció anteriormente, por la Ley 734 de 2002, el cual, no obstante su trascendental desarrollo, en su compendio normativo contiene aspectos sustantivos y procesales que con base en la admisión de la flexibilización, constituyen verdaderas afectaciones al derecho fundamental al debido proceso, e inclusive, a otros derechos fundamentales por vía administrativa.

La Ley 734 de 2002 consagró una serie de disposiciones más drásticas que las que contemplaba el anterior Código Disciplinario Único, en materia de sanciones para los servidores públicos por

243 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-095 de 18 de marzo de 1998. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-095-98.htm> [Última consulta en diciembre 2 de 2016]

244 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-343 de 3 de mayo de 2006. Op. cit.

infringir el deber funcional, al igual que para los particulares en ejercicio de funciones públicas de manera transitoria o permanente —los notarios—, o cuando administran recursos públicos, que por su naturaleza y graduación temporal, se constituyeron en afectaciones que son consideradas de mayor gravedad que muchas de las sanciones contempladas en el derecho penal.

Perdiendo así, en parte, la naturaleza de derecho sancionador mínimo, característica del derecho administrativo sancionador disciplinario, el cual no puede confundirse con el *ius puniendi* de última *ratio*, como dogmáticamente se entiende al derecho penal.

Valga analizar desde el enfoque legal, producto del acogimiento de la jurisprudencia y la doctrina colombiana, la forma como se manifiesta el poder coercitivo del Estado bajo la Ley 200 de 1995, primer Código Disciplinario Único en Colombia, y cómo varió con la Ley 734 de 2002, en punto de las sanciones de destitución²⁴⁵ y la de

245 1. Amonestación escrita.

2. Multa con destino a la entidad correspondiente, hasta el equivalente de noventa (90) días salario devengado en el momento de la comisión de la falta. En los casos en que se haya decretado la suspensión provisional la multa será pagada con el producto de los descuentos que se le hayan hecho al disciplinado.

3. Suspensión de funciones sin remuneración hasta por noventa (90) días, para quienes se encuentren vinculados al servicio.

4. Destitución.

5. Suspensión del contrato de trabajo (o de prestación de servicios personales), hasta por noventa (90) días.

6. Terminación del contrato de trabajo (o de prestación de servicios personales).

7. Remoción.

8. Desvinculación del cargo de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 278 de la Constitución Política.

9. Pérdida de la investidura para los miembros de las corporaciones públicas, de conformidad con las normas de la Constitución y la ley que la regule.

10. Las demás sanciones que se establezcan en regímenes disciplinarios especiales aplicables a la fuerza pública.

11. La destitución de un cargo de libre nombramiento o remoción para el cual fue comisionado un servidor de carrera, o que se desempeñe por encargo, implica la pérdida del empleo de carrera del cual es titular y la pérdida de los derechos inherentes a ésta.” Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0200_1995.html [Última consulta en noviembre 29 de 2016]

inhabilidad, en donde la primera era considerada como de carácter principal, y como una de las sanciones más graves, al igual que la remoción, desvinculación o pérdida de investidura, al significar, en una u otra, la pérdida del cargo o del empleo público para quien se encontraba bajo la relación especial de sujeción con el Estado. Es decir, que el fallador disciplinario podía imponer esta sanción, como principal y única en el evento de una falta disciplinaria gravísima.

La segunda, la inhabilidad, era considerada de carácter accesorio²⁴⁶. En el actual régimen sancionatorio —Ley 734 de 2002—, es una sola sanción de carácter principal: destitución e inhabilidad general; igual sucede con la suspensión e inhabilidad especial. Lo trascendental es que la sanción de destitución e inhabilidad general es considerada de las de mayor drasticidad, toda vez que la inhabilidad va como mínimo por 10 años y máximo por 20 años; es decir que, *per se*, el servidor público al que se le impone esta sanción, de entrada queda por fuera por 10 años de la vida laboral con el Estado, y en la mayoría de ocasiones su formación o especialidad profesional corresponde para trabajar en la función pública. Agregándole que el catálogo de faltas gravísimas contiene muchas que no corresponden al principio de proporcionalidad de la sanción acorde con la naturaleza de la falta; basta con enunciar dos: el no llevar en debida forma los libros de contabilidad financiera (art. 48.26) o dar lugar al silencio administrativo positivo (art. 48.30).

246 Ídem. Art. 30. - Sanciones accesorias. Son sanciones accesorias las siguientes:

1. Las inhabilidades para ejercer funciones públicas en la forma y términos consagradas en la Ley 190 de 1995.
Parágrafo. En aquellos casos en que la conducta haya originado sanción penal la inhabilidad procede siempre y cuando no hubiere sido impuesta en el respectivo proceso, igualmente como consecuencia de faltas graves o gravísimas.
[...]
2. La devolución, la restitución o la reparación, según el caso, del bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que ellas no se hayan cumplido en el proceso penal, cuando la conducta haya originado las dos acciones.
3. La exclusión de la carrera.

La Corte Constitucional en Colombia sostiene que:

Una interpretación sistemática de la Ley 374 de 2002 permite concluir que el legislador estableció la destitución y la inhabilidad general como dos sanciones inseparables y concurrentes, para los casos de la comisión de faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima²⁴⁷.

Es decir, que el servidor público sancionado con destitución no podrá ser vinculado con el Estado, al menos en 10 años, así su formación, experiencia laboral, carrera o ejercicio profesional o técnico sea solamente la relacionada con el servicio público u oficial. Esto trae consecuencias severas para el sancionado, siendo esta una de las razones que ha llevado al planteamiento del problema jurídico en este estudio, de exigir las máximas garantías en el desarrollo del debido proceso, y la reformulación de la teoría de la admisión de la flexibilización en tratándose del derecho disciplinario.

Teniendo presente que la legislación colombiana ha sido el producto de la doctrina y la jurisprudencia, se hace necesario realizar el análisis de la forma como este, en la realidad, se ha convertido en un instrumento importante de naturaleza coercitiva y preventiva contra la corrupción y adecuación de la conducta de los servidores públicos.²⁴³

Lo anterior lleva a cimentar la novel teoría que se comparte, de contemplar la plena aplicación de las garantías fundamentales, al hallarse desbordada la teoría de la naturaleza del derecho disciplinario frente a la práctica legal, erosionada por el populismo legislativo, como pasa a demostrarse, en relación con el número elevado de personas adscritas al sector oficial que han sido sancionadas drásticamente con base en este derecho disciplinario.

Área del *ius puniendi* que dejó de ser una de sus especies sancionatorias mínimas, para adquirir en algunos eventos

247 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002. Op. cit.

características propias de última *ratio*, con la consecuente grave afectación o restricción de los derechos fundamentales, tanto desde el mismo imperio de la ley como del de los jueces, por lo cual exige, al tiempo, el respeto por las garantías de los disciplinados, y el necesario desenlace de estrechar el paso para la admisión de la incontrolada teoría de la flexibilización del derecho disciplinario.

3. ANÁLISIS DE LA PRAXIS SANCIONATORIA DISCIPLINARIA EN COLOMBIA

Solo a partir de las realidades que se presentan en las relaciones entre los individuos, o en concreto, entre el Estado y sus subordinados bajo la especial relación de sujeción, se podrá forjar en Colombia una teoría por la reivindicación de los derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso, con todas las garantías que de este emanan, como se vislumbra en las tendencias humanísticas contemporáneas con la constitucionalización de los derechos.

Enseña la praxis colombiana la importancia que ha adquirido el derecho disciplinario, dentro del *ius puniendi*, lo cual se ha forjado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en el desarrollo teórico de esta rama específica del derecho, a la vanguardia no solamente en Latinoamérica, sino a nivel internacional. Pero en su instrumentalización para la lucha contra la gran corrupción, las teorías forjadas para su diferenciación del derecho penal, y darle así su propia sistematización, han sido avasalladas por las consecuencias de su aplicación con mayores sanciones legales que lo desnaturalizan como un derecho sancionatorio mínimo, y en consecuencia con graves afectaciones o restricciones de derechos fundamentales, como se ha mencionado.

Para corroborarlo se han tomado, en primer término, a manera de muestra, las sanciones reportadas entre 2001 a 2012 por la Procuraduría General de la Nación, entidad que ha denotado una mayor eficiencia en este sentido, y en la que radica constitucionalmente el poder preferente de la acción disciplinaria, conforme a los reportes realizados a través

de tablas anuales que integran los informes de gestión en esta materia, por el Ministerio Público, y que se reproducen en los Anexos del 1 al 11 de este documento, y de las cuales se obtuvieron las cifras, para hacer el primer análisis comparativo (Gráficos 1 y 2). Y, en segundo término, se hará un análisis de la totalidad de sanciones de naturaleza disciplinaria impuestas en Colombia, tanto por las Oficinas de Control Disciplinario Interno como por la Procuraduría General de la Nación, en el período que abarca de 2005 a 2015.

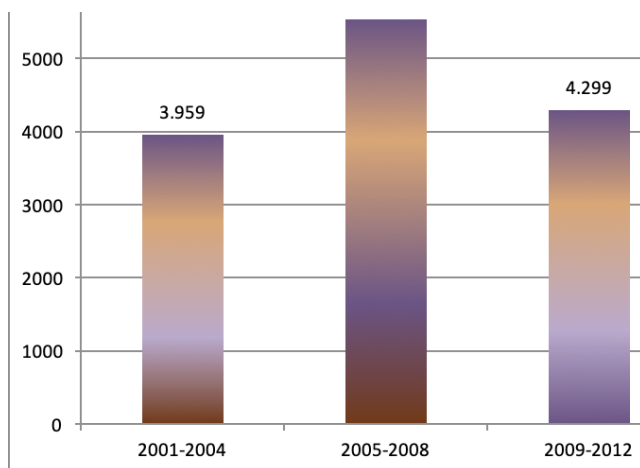


Gráfico 1. Comparativo de Sancionados por la Procuraduría General de la Nación, por Cuatrienios de 2001 a 2012.

Fuente: Elaboración propia* con los datos de los Informes de Gestión de la Procuraduría General de la Nación. Años 2001 al 2012²⁴⁸.

*Aplica a todos los gráficos de la Tesis.

248 Procuraduría General de la Nación, Org. Colombia, Informes de Gestión anuales, así:

Año 2012, publicado en agosto de 2013, p. 191;
Año 2011, publicado en junio de 2012, p. 178;
Año 2010, publicado en mayo de 2011, p. 137;
Año 2009, publicado en julio de 2010, p. 104;
Año 2008, publicado en noviembre de 2008, p. 53;
Año 2007, publicado en agosto de 2008, p. 87;
Año 2006, publicado en enero de 2007, p. 39;
Año 2005, publicado en agosto de 2006, p. 27;
Año 2004, publicado en agosto de 2005, p. 27;
Año 2003, publicado en agosto de 2004, p. 128; y
Año 2001, publicado en agosto de 2002, p. 51.

Como se desprende del análisis del gráfico comparativo, los sancionados por la Procuraduría General de la Nación, en los tres cuatrienios seleccionados, han ascendido a 13.795, en donde la mayoría de sanciones, en promedio el 63%, corresponden a suspensiones en el ejercicio del cargo y a destitución con inhabilitación general para ejercer funciones públicas, la cual, como se ha dicho, legalmente parte de un mínimo 10 años y como máximo 20 años²⁴⁹.

En el Gráfico 2 se puede observar cómo en el período comprendido entre el 2009 y el 2012, la cantidad de sanciones fue evolucionando en orden ascendente, al punto que en el 2012 prácticamente se duplicaron, con respecto al 2011.

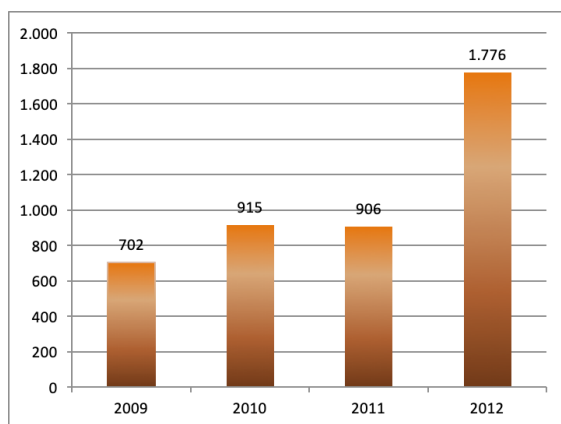


Gráfico 2. Sancionados por la Procuraduría General de la Nación en Colombia. Discriminados anualmente en cuatrienio 2009-2012.

Fuente: Informes de Gestión de la Procuraduría General de la Nación. Años 2009 al 2012²⁵⁰

En la discriminación detallada de la clase de sanciones, que se informa por la Procuraduría General de la Nación, de las 4.299 sanciones disciplinarias impuestas entre el 2009 y el 2012, se tiene que un porcentaje alto corresponden a suspensión hasta por un año en el ejercicio del cargo y a destitución e inhabilitación general para

249 Ídem.

250 Ídem.

ejercer funciones públicas de 10 a 20 años²⁵¹, como se observa en los Anexos del 4 al 7. Igualmente se corrobora en los Anexos del 8 al 10 que los más sancionados fueron los alcaldes. Basta con revisar el Anexo N°11 en el que se registra que entre los años 2009-2016, fueron sancionados 1587 alcaldes, que son servidores públicos de elección popular.

Los Gráficos 1 y 2 plantean una realidad parcial en un período específico, y es parcial porque solamente corresponden al órgano de control, autónomo e independiente en Colombia, como es la Procuraduría General de la Nación y, en consecuencia, aquellas no corresponden a la totalidad de las sanciones que en materia disciplinaria se imponen, en el entendido de que el parámetro nacional lo da el análisis de las decisiones, incluidas también las oficinas de Control Disciplinario Interno de cada entidad y las personerías municipales o distritales.

En Colombia, por mandato legal, contemplado en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, el registro de las sanciones penales y disciplinarias, al igual que las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado o de los fallos con responsabilidad fiscal, inclusive las decisiones sobre pérdida de investidura y las condenas proferidas contra servidores públicos, aun cuando ya no estén en el ejercicio de funciones, así como las proferidas contra particulares que desempeñen funciones públicas, lo lleva la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación²⁵².

²⁵¹ Ídem.

²⁵² Código Disciplinario Único –Ley 734 de 2002-, ARTÍCULO 174. REGISTRO DE SANCIONES. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para

Para tales efectos, la Procuraduría General de la Nación ha instrumentalizado dicho deber técnico, a través de una plataforma virtual, denominada Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad (SIRI), en la cual se registran todas las sanciones enunciadas que se profieren por las diferentes autoridades en el país. Así es que legalmente este sistema de información cumple una doble función: por una parte, llevar el registro oficial de las sanciones y, por la otra, expedir los certificados de antecedentes disciplinarios o penales, que son requeridos para la demostración de requisitos para tomar posesión de algunos cargos públicos.

Dichos antecedentes solamente pueden permanecer en este sistema o base de datos, conforme a la legislación colombiana que regula el derecho a la intimidad personal y al buen nombre (Art. 15 de la Constitución Política), durante cinco años a partir de la ejecutoria de la sanción, por lo cual una vez se cumple el término se inactiva el registro automáticamente²⁵³.

También es importante resaltar que este sistema de información sobre las sanciones –SIRI–, permite que se comprueben los antecedentes para efectos de la graduación de las sanciones en los mismos procesos disciplinarios, en tanto el numeral 1o., literal a) del artículo 47 del Código Disciplinario Único o Ley 734 de 2002, que establece los criterios para fijar aquellas sanciones que tienen algún margen de movilidad, como son la multa, la suspensión y la inhabilidad, lo que hace necesario, de manera objetiva, que previamente el operador disciplinario solicite los antecedentes del disciplinado, dado que dicha norma señala como uno de los agravantes: “Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga”²⁵⁴.

efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

253 Procuraduría General de la Nación. Centro de Atención al Público - CAP. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/antecedentes.html> [Última consulta en enero 15 de 2017]

254 Código Disciplinario Único, artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción. 1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:
a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco

En este orden de ideas, teniendo la claridad sobre la mencionada base de datos contentiva, entre otras, de las sanciones disciplinarias, es determinante para comprender los efectos en la restricción de derechos, el análisis de las impuestas en Colombia, en vigencia del actual CDU, reconocido, se reitera, por el aumento en las sanciones disciplinarias, como respuesta del Estado a la variopinta corrupción que se ha venido presentado, pero sin corresponder a una política pública definida.

En esta investigación, para resolver el problema jurídico planteado, se parte, para su demostración, desde la óptica de la praxis, con el análisis de la totalidad de sanciones disciplinarias impuestas en Colombia, conforme al Anexo No. 12²⁵⁵, para lo cual se discrimina o agrupa por el tipo o la clase de sanción impuesta, en el período comprendido del 2005 al 2015²⁵⁶, el cual corresponde al mayor desarrollo de la Ley 734 de 2002, promulgada bajo las corrientes teóricas que le han dado cuerpo, estructura y sistematicidad al derecho disciplinario.

años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;

b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;

c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;

d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;

e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;

f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;

g) El grave daño social de la conducta;

h) La afectación a derechos fundamentales;

i) El conocimiento de la ilicitud;

j) Pertener el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

255 Anexo No. 12: Información oficial entregada, con fines académicos directamente, por la Procuraduría General de la Nación, a través de la Coordinadora del SIRI, para esta investigación, sobre la totalidad de sancionados disciplinariamente en Colombia, debidamente ejecutoriadas las sanciones, en el período 2005 a enero 31 de 2016. En el SIRI se registran las sanciones una vez ejecutoriadas y remitidas por las autoridades disciplinarias competentes a nivel nacional.

256 Se realiza el análisis hasta el año 2015, no obstante que se recibió la información inclusive hasta enero 31 de 2016, con el fin de aplicar proporcionalmente el método comparativo en períodos anuales.

Este análisis, tomado de la información registrada en el SIRI, se hace solo desde la perspectiva de aquellas sanciones que implican graves restricciones para los disciplinados, con el objetivo de sentar las bases de la necesidad de recoger la teoría de la flexibilización del debido proceso disciplinario, para darle paso a la exigencia plena de las garantías inherentes al debido proceso.

Así es que, de la totalidad de las sanciones disciplinarias impuestas en Colombia, que en dicho período ascienden a **141.217**, según el Anexo No. 12, las seleccionadas para este análisis son las consideradas significativas para cumplir los fines del derecho disciplinario, y que se han clasificado en esta investigación, para una mejor ilustración, según a quiénes van dirigidas, con el apoyo de cuadros contentivos que contienen en cada clase el número de sanciones disciplinarias reales impuestas en el país en ese lapso de 10 años, lo cual, a su vez, permite entender la dimensión que ha adquirido esta especie del *ius puniendi*.

En este orden, para una mayor ilustración, se hace una agrupación de las sanciones por su clase, respecto de las que se aplican a servidores públicos en general, y por otra parte, las que corresponden a los funcionarios que tienen una regulación especial, como son los miembros de la fuerza pública, o los particulares que ejercen funciones públicas de manera transitoria o permanente o administran recursos públicos; es decir, se adecuaron tablas en esta investigación, contentivas de la información suministrada, separando las sanciones por su clase y por el tipo de servidores públicos o particulares, dado que de ello depende la diversidad de sanciones analizadas.

En consecuencia, esta selección, extraída del citado anexo con la información oficial, se hace en concordancia con el régimen legal contentivo de las sanciones, es decir de acuerdo a las diferentes clases de sanciones disciplinarias que contempla el ordenamiento jurídico colombiano, como es el Código Disciplinario Único, las cuales se encuentran determinadas y definidas en el artículo 45²⁵⁷.

²⁵⁷ Ley 734 de 2002, artículo 45: Definición de las sanciones.

Igualmente, conforme a las sanciones aplicadas a los servidores públicos cobijados por los enunciados regímenes especiales.

3.1. DESTITUCIÓN DEL CARGO PÚBLICO

La destitución del cargo público implica la terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección. Así como la desvinculación del cargo por participación en política, cuando se realizan donaciones a las campañas políticas, o por pérdida de la investidura, o porque se trate de los servidores públicos adscritos a la Procuraduría General de la Nación que incurren en faltas disciplinarias. Igualmente, por la similitud en sus efectos, se agrupa la sanción de exclusión del escalafón docente o de la carrera.

La pérdida del cargo público por la sanción de destitución, aun cuando se lleva en los registros del SIRI de la Procuraduría General de la Nación, de manera individual, y así se registra a continuación en el cuadro esquemático para determinar su dimensión. Hay que hacer énfasis en que siempre que se impone, va acompañada de la inhabilidad general. Es decir, que la destitución e inhabilidad general es una sola sanción principal que, se insiste, a través de la Ley 734

-
1. La destitución e inhabilidad general implica:
 - a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o
 - b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o
 - c) La terminación del contrato de trabajo, y
 - d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.
 2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.
 3. La multa es una sanción de carácter pecuniario.
 4. La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida.

de 2002 se convirtió en la más grave afectación de derechos como respuesta del poder coercitivo del Estado.

En relación con la destitución se compilaron en la Tabla 1 las sanciones de destitución y pérdida de investidura, impuestas durante el período señalado.

En el período comprendido de 2005 a 2015 se impusieron, conforme a la Tabla 1, un total de 15.643 sanciones de destitución en Colombia, lo que representa un promedio anual de 1.564 servidores públicos destituidos de sus cargos por incurrir en faltas disciplinarias gravísimas a título de dolo o con culpa gravísima. Puede concluirse que son una constante, en cifras reales, las aflicciones anuales que se imponen por esta clase de sanción, en donde la contribución que hace la destitución de los particulares que ejercen funciones públicas de carácter permanente —los notarios— es mínima, del 0,21%.

La sanción de destitución se ha entendido por el legislador que responde, con fundamento en el principio de proporcionalidad a la gravedad de las faltas por las cuales se establece su imposición, como son las denominadas faltas gravísimas; no obstante, en el fondo se presenta un desbordado populismo punitivo, y no una política pública del Estado para contrarrestar la corrupción, al tipificar conductas como faltas gravísimas con otras que no causan el mismo daño al bien jurídico tutelado, como es el deber funcional, y en donde a través del derecho penal se establece para ellas, también, la potestad sancionadora del Estado.

Tabla 1
Sanciones de destitución y pérdida de investidura. Período 2005-2015

SANCIÓN	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
DESTITUCIÓN	1.307	1.226	1.219	1.203	1.033	1.382	1.334	1.361	1.219	1.310	1.395	13.989
DESTITUCIÓN ART. 63 N. 1 NOTARIOS	-	1	1	7	-	7	1	1	15	-	1	34
DESTITUCIÓN ART. 44 INC 1	-	61	76	38	81	145	204	197	170	229	211	1.413
PÉRDIDA DE INVESTIDURA	23	12	14	23	36	24	19	14	26	13	3	207
	TOTAL											15.643

Fuente: Elaboración propia con información de la Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

255 Conforme al Gráfico 3 se observa que de las 15.643 sanciones de destitución impuestas, 13.989, el más alto porcentaje (89,42%), fueron para los servidores públicos en general; es decir, incluye a quienes ejercen los cargos desde el más bajo nivel o categoría hasta los más altos en la Administración, salvo los que tienen fuero especial. La pérdida de investidura es la sanción que por competencia impone el Consejo de Estado a los miembros del Congreso de la República, integrado por los Senadores y Representantes a la Cámara, que son de elección popular, cuando se demanda en ejercicio de la acción electoral; sin embargo, cuando son investigados por faltas disciplinarias al deber funcional por la Procuraduría General de la Nación, la sanción es de destitución e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas, por el término que se gradúe la misma, que, como se mencionó, siempre se ubicará entre 10 y 20 años.

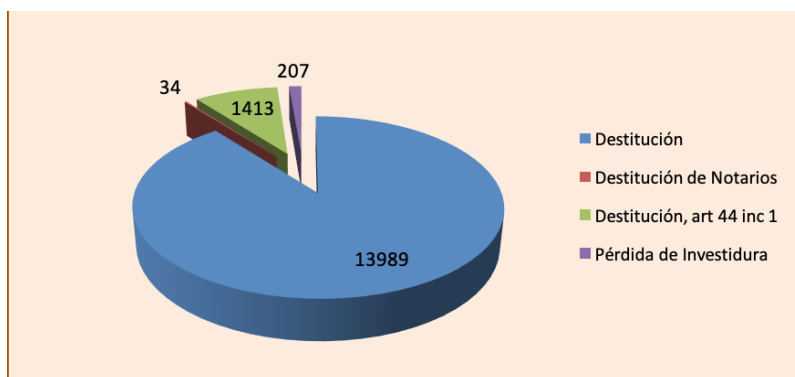


Gráfico 3. Destituciones

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

3.2. LA INHABILIDAD PARA EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS

Representa la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo, por el tiempo en que se imponga la sanción; es decir, de manera temporal o permanente.

Así es que, en Colombia, la sanción de inhabilidad, según lo dicho, se contempla en el CDU y en la Constitución Política, bajo tres modalidades: la enunciada inhabilidad general que se debe graduar entre 10 a 20 años, y que acompaña siempre a la destitución; la inhabilidad especial, que va junto a la sanción de suspensión, y constituye, también, una imposibilidad hacia el futuro de ejercer funciones públicas, pero, por un período menor, que va de 1 a 12 meses; y la inhabilidad permanente, de naturaleza constitucional, para quienes defraudan el patrimonio público.

Sin embargo, llama la atención que para los particulares, cuando es disciplinado, por ejercer funciones públicas transitorias o permanentes por delegación, o administrar recursos del Estado, por ejemplo recaudando los impuestos de IVA o retención en la fuente, o ejercer funciones de interventor, el mínimo de la sanción de inhabilidad parte de un año, contrario a la fijada para los servidores

públicos que parte de 10 años; es decir, que se gradúa entre 1 a 20 años, según lo establece el artículo 56 de la Ley 734 de 2002.

Tabla 2
Sanción de inhabilidad.

SANCIÓN	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
INHABILIDAD ESPECIAL	552	984	1.347	1.172	957	1.051	844	915	770	588	546	9.726
INHABILIDAD ESPECIAL ART 38 N. 3	-	3	114	67	38	88	139	269	320	413	545	1.996
INHABILIDAD ESPECIAL ART 38 N. 2	-	3	95	102	104	299	333	312	145	112	461	1.966
INHABILIDAD ESPECIAL ART 39 INC 2	-	65	69	17	23	41	85	190	292	410	114	1.306
INHABILIDAD ESPECIAL ART 44 INC 4	-	23	46	61	88	71	109	90	103	107	136	834
INHABILIDAD ESPECIAL ART. 44 INC 2	-	1	77	105	50	51	120	93	130	134	146	907
INHABILIDAD ESPECIAL ART. 44 INC 3	-	33	39	27	3	11	6	21	52	69	112	373
INHABILIDAD GENERAL	713	885	1.181	1.320	1.451	1.842	1.826	1.988	1.658	1.880	1.873	16.617
INHABILIDAD PERMANENTE	22	28	20	33	12	21	12	19	9	8	11	195
TOTAL												33.920

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

En la Tabla 2 se observa cómo ha fluctuado esta sanción, realidad que permite corroborar lo planteado en la presente investigación:

que la sanción de inhabilidad que corresponde a faltas consideradas gravísimas o graves se le ha impuesto a un número significativo de servidores públicos. En el período analizado (2005-2015), por esta clase de corrección se ha afligido a 33.920 ciudadanos al servicio del Estado, lo que equivale a un promedio de 3.083 sancionados por año, a los que se les ha impuesto alguna clase de inhabilidad para laborar. Respecto de lo cual se debe hacer un llamado especial a examinar en estas cifras la inhabilidad general, como sanción principal y complementaria de la destitución, previamente analizada, dentro del propósito de este análisis de campo, dirigido a sentar las bases demostrativas de la necesidad de replantear la teoría de admisión de la flexibilización en el derecho disciplinario.

Como se representa gráficamente en el Gráfico 4, aproximadamente a la mitad, exactamente al 48,98% de los sancionados, se les ha impedido ejercer el derecho fundamental al trabajo, no solamente con la terminación inmediata de la relación laboral administrativa vigente al momento de incurrir en la falta disciplinaria calificada como gravísima dolosa o realizada con culpa gravísima, sino que se les ha inhabilitado para volver a laborar o prestar sus servicios al Estado, desde el momento de ejecutoria de la sanción hasta un término como mínimo de 10 años, y en muchos casos hasta de 20 años.

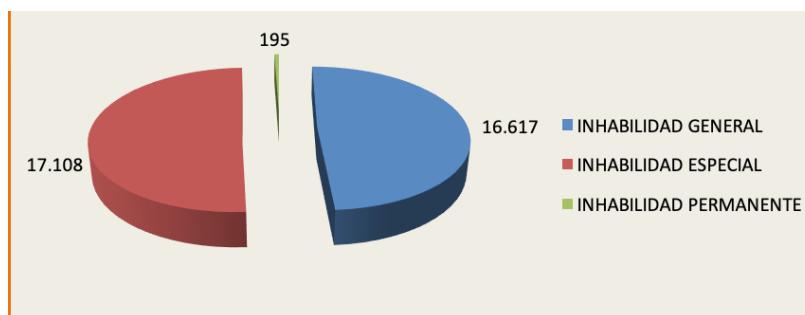


Gráfico 4. Inhabilidad

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

Lo anterior significa que a una persona con más de 40 años de edad prácticamente se le impone la muerte laboral o muerte política al recibir esta clase de sanción, que en algunos eventos se configura de manera inversa al principio de proporcionalidad que rige las sanciones, y ello, bajo la advertencia que de las más de 600 faltas disciplinarias tipificadas como gravísimas que se desprenden de las 63 enunciadas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no todas corresponden a conductas relacionadas con prácticas corruptas, defraudación al erario público o graves violaciones a los derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario (DIH); antes, por el contrario, el Congreso de la República en su facultad de configuración legislativa tipificó una diversidad de conductas como gravísimas, sin tener presente el enunciado principio de proporcionalidad para las sanciones que se fijaron para el servidor público, por la comisión de esta clase de faltas.

Tampoco se puede dejar de considerar que en dicho período más de la mitad, el 50,43%, corresponde a inhabilitados de manera especial (Gráfico 4); es decir, con sanción que va de 1 mes a 12 meses para ejercer funciones públicas. Sin embargo, aunque se ha agrupado por su naturaleza con las sanciones de inhabilidad, se debe tener presente que nunca se impone de manera autónoma, sino que es principal con la suspensión cuando se trata de falta grave dolosa o gravísima culposa.

3.3. SUSPENSIÓN

Es la separación del cargo por el tiempo fijado en la sanción; es decir, la separación temporal del ejercicio del cargo. Se reitera que la suspensión no solamente implica la separación del servidor público del ejercicio del cargo que se encuentra desempeñando, por el período en que se impone la sanción, sino que, igualmente, genera la incompatibilidad de ejercer otro cargo público durante ese lapso.

Tabla 3

Cantidad de sanciones por suspensión

SANCIÓN	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
SUSPENSIÓN	930	1114	1366	1464	1151	1412	1359	1396	664	470	393	11.719
SUSPENSIÓN ART. 39 INC 2	-	79	90	14	6	49	105	208	292	409	114	1.364
SUSPENSIÓN ART. 44 INC 3	-	21	50	33	3	14	7	20	53	69	113	383
SUSPENSIÓN ART. 44 INC 4	-	32	60	74	113	87	117	93	105	107	136	924
SUSPENSIÓN ART. 38 N. 2	-	4	98	109	160	319	320	309	148	110	462	2.039
SUSPENSIÓN ART. 38 N. 3	-	3	133	74	58	117	145	274	319	409	541	2.073
SUSPENSIÓN ART. 44 INC 2	-	1	82	107	57	56	124	98	131	136	144	936
SUSPENSIÓN INSCRIPCIÓN	54	22	57	46	8	14	17	52	75	104	92	541
SUSPENSIÓN DEL CARGO	281	179	50	6	7	-	-	-	-	-	-	523
SUSPENSIÓN CTO. DE TJO.	24	14	3	-	-	-	1	-	1	-	-	43
SUSPENSIÓN ART. 44 N. 2	676	758	701	587	498	427	418	467	627	537	524	6.220
SUSPENSIÓN ART. 44 N. 3	320	614	688	509	451	375	526	357	560	741	658	5799
SUSPENSIÓN ART 63 N. 2	-	-	5	11	3	2	3	9	38	12	1	84
	TOTAL											32.648

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

En la Tabla 3 se aprecia la cantidad de sanciones por suspensión. Recuérdese que esta sanción se impone para las faltas calificadas como graves dolosas y gravísimas culposas, conforme al artículo 44 numeral 2 de la Ley 734 de 2002. pero se debe tener en cuenta que ante la flexibilidad en Colombia, que da la posibilidad de tipificar la falta como grave o leve por el funcionario administrativo titular de la acción disciplinaria en cada proceso —léase: que no opera la reserva de ley—, existe una práctica recurrente por parte de los operadores disciplinarios, que frente a los enunciados criterios del artículo 43 ídem, para determinar la gravedad o levedad de la conducta, tienen la tendencia de volver todas las imputaciones como faltas graves, con ausencia de un análisis de fondo de dichos criterios, lo cual ha representado, conforme se observa en la Tabla 3, que haya un gran número de sancionados con las diferentes modalidades de suspensión: 32.648.

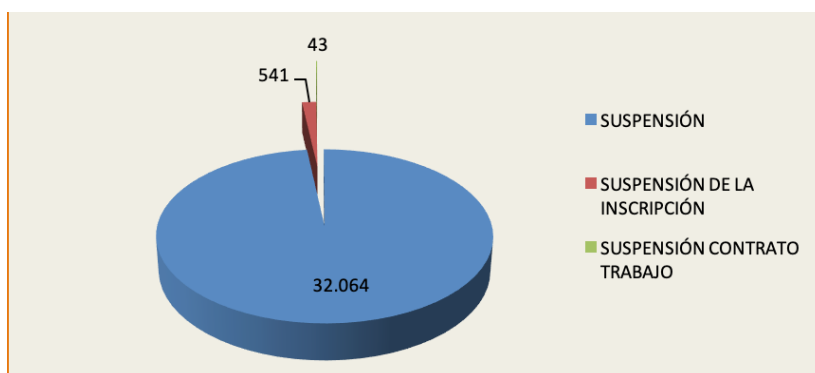


Gráfico 5. Suspensión

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

Al observar el Gráfico 5 se corrobora que del alto número de sancionados de esta forma, durante la última década, de las 32.648 sanciones se tiene que 32.064, que equivalen al 98,21%, corresponden a la suspensión contemplada en la Ley 734 de 2002, en su artículo 44. Aun cuando en un menor grado que la inhabilidad general, se debe colegir que también se ha afectado el derecho

fundamental al trabajo, por cuanto esta sanción lleva aparejada la inhabilidad especial o, en todo caso, la imposibilidad de recibir los ingresos o recursos derivados de su relación laboral en ejercicio de funciones públicas, durante el período de suspensión.

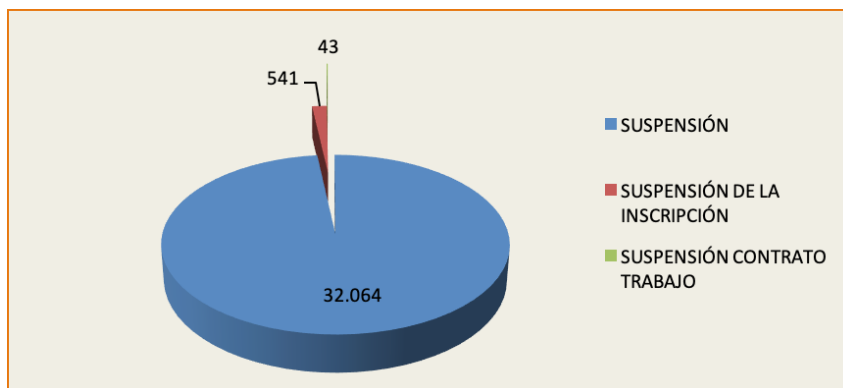


Gráfico 5. Suspensión

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

3.4. MULTA

Sanción con afectación pecuniaria, que se da cuando un servidor público incurre en una falta leve dolosa, conforme al numeral 4 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002. En general esta sanción de tipo patrimonial va de 10 a 180 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV).

También se impone esta sanción de carácter patrimonial a los particulares en ejercicio de funciones públicas, según el artículo 56 ídem, la cual tiene un rango que va de diez a cien SMMLV, mientras en el régimen aplicable a la Policía Nacional, consagrado en los artículos 38 numeral 3 y 39 la Ley 1015 de 2016, la multa se comporta en el mismo rango de 10 días a 180 días de SMMLV. Cuando la conducta disciplinable de un servidor público implica detrimento del patrimonio público, como se señaló anteriormente,

la sanción será equivalente al doble del perjuicio causado al erario del Estado.

Tabla 4
Sanción con afectación pecuniaria

SANCIÓN	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
MULTA	5.951	3.922	1.761	1.122	567	503	398	340	170	44	31	14.809
MULTA ART 38.3	2	296	1.055	876	917	1.322	1.365	1.411	1.367	1.189	1.345	11.145
MULTA ART 56	-	-	2	5	4	4	2	14	15	-	2	48
MULTA EN DÍAS SMMLV	43	92	76	23	9	13	34	177	105	197	210	979
MULTA EN SMMLV	5	11	6	12	24	21	19	12	13	17	8	149
TOTAL												27.130

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

En relación con la sanción de multa se verifica que durante el período examinado, según la Tabla 4, los sancionados ascendieron a 27.130 de los disciplinados, lo cual indica un promedio anual de 2.466. De dichas sanciones el mayor número, 14.809, es decir el 54,58% (Gráfico 6), corresponde a multas derivadas de la aplicación de la Ley 734 de 2002, solamente por faltas leves dolosas, mientras 11.145 multas, que equivalen al 41,07%, fueron impuestas a miembros de la Policía Nacional con fundamento en el artículo 38 numeral 3 de la Ley 1015 de 2006, para faltas graves culposas o leves dolosas.

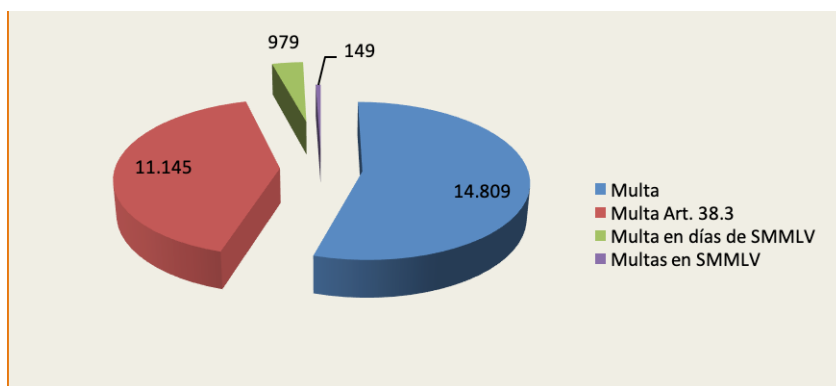


Gráfico 6. Multa

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

3.5. AMONESTACIÓN A LA HOJA DE VIDA

Es el llamado de atención formal que se registra en la hoja de vida del servidor público. Es la menor sanción que contempla el ordenamiento jurídico disciplinario en Colombia.

La aplicación de dicha sanción mínima establecida en el régimen jurídico disciplinario, y cuya evolución se detalla en la Tabla 5, en el lapso de 2005 a 2015, ha sido menor respecto a las sanciones más graves; es decir, que en la instrumentalización del derecho disciplinario en Colombia la naturaleza de las sanciones propias de este derecho sancionatorio *minimus* ha cedido ante su utilización para aplicar sanciones muy graves, con la consecuente restricción de derechos fundamentales, llegando inclusive en algunos casos a ser de mayor afectación que las sanciones contempladas en el derecho penal.

Tabla 5*Evolución de la aplicación de la sanción mínima*

SANCIÓN	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
AMONESTA/ ESCRITA	1780	1686	1041	978	638	603	561	452	391	491	407	9.028
AMONESTA/ ESCRITA ART 38 N. 5	1	12	302	232	195	308	229	295	311	244	357	2.486
AMONESTA/ ESCRITA ART 44 INC 5	1	139	157	54	28	22	26	19	36	50	75	607
AMONESTA/ ESCRITA. POLICÍA NACIONAL	1	-	4	-	-	-	-	-	-	-	-	5
	TOTAL											12.126

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

En esta línea de análisis, frente a la sanción de amonestación, se puede observar que durante el tiempo comprendido de 2005 a 2015 los sancionados ascendieron a 12.126 disciplinados, lo cual indica un promedio anual de 1.102 amonestados de manera escrita con copia a su hoja de vida.

De las mencionadas sanciones el porcentaje más elevado, es decir el 74,45% (9.028 amonestaciones), según se representa en el gráfico 7, fue para los servidores públicos en general, por aplicación de la Ley 734 de 2002, y un índice de una cuarta parte, 2.486 (Gráfico 7), para funcionarios de la Policía Nacional, que equivale al 20,50%, impuestas con fundamento en el artículo 38 numeral 5 de la citada Ley 1015 de 2006, para faltas leves culposas.

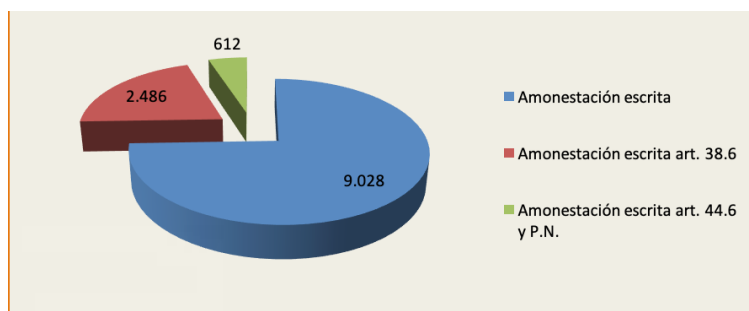


Gráfico 7. Amonestación

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

3.6. SANCIONES A MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

Conforme se estableció en la sección sobre los regímenes sancionatorios, las Fuerzas Militares en materia disciplinaria se rigen por la Ley 836 de julio 6 de 2003, con algunas sanciones de carácter específico, inclusive diferentes a las que se tienen reguladas para la Policía Nacional, no obstante que integran también la Fuerza Pública en Colombia, según lo contempla la propia Constitución Política en su artículo 216:

La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo²⁵⁸.

²⁵⁸ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 216.

Tabla 6
Sanciones impuestas a los miembros de las Fuerzas Militares.
 2005 - 2015

SANCIÓN	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
REMOCIÓN	-	-	1	1	1	1	-	-	-	-	-	4
REMOCIÓN DEL CARGO	-	-	-	4	6	20	2	4	4	1	1	42
REPRENSIÓN	13	11	9	15	4	3	3	12	1		2	73
REPRENSIÓN FORMAL	53	101	182	141	292	260	156	161	109	124	117	1.696
REPRENSIÓN SEVERA	2	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	4
REPRENSIÓN SEVERA ARMADA NA	127	73	38	28	19	80	68	115	74	60	71	753
REPRENSIÓN SEVERA FUERZA AER	2	27	20	23	15	7	13	6	6	5	9	133
REPRENSIÓN SEVERA EJÉRCITO	118	247	188	215	337	342	378	252	214	131	145	2567
REPRENSIÓN SIMPLE	201	176	352	153	497	833	448	338	244	501	326	4079
REPRENSIÓN FORMAL ARMADA NA	34	27	-	2	3	4	6	34	18	34	33	195
SEPARACIÓN ABS. FFMM	-	5	9	7	-	1	-	-	-	-	-	22
SEPARACIÓN ABS. FFMM	471	772	841	541	520	471	325	479	300	359	273	5.352
SEPARACIÓN ABS. FFMM	1	13	137	145	167	129	69	50	4	-	-	715
	TOTAL											15.635

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

Por las faltas disciplinarias cometidas por los miembros de las Fuerzas Militares, en el período comprendido entre 2005 a 2015, se impusieron un total de 15.567 sanciones, representando un promedio de 1.415 anuales. Se destaca, guardando la línea de argumentación en el apartado de las sanciones, que en esta área disciplinaria se evidencia que existe una clara proporcionalidad conforme a la naturaleza del derecho disciplinario, en donde inclusive en la praxis, las afectaciones impuestas de menor envergadura como la reprobación, son mayores a las más graves —remoción—, tal y como se demuestra en la Tabla 6.

En este orden, comparando las diferentes sanciones relacionadas en la Tabla 6, se corrobora lo manifestado: que el porcentaje de las sanciones menores es más elevado que el de las más graves, en tanto que del total de las 15.635 sanciones, 9.500 correspondieron a las diferentes formas de reprobación —léase: amonestación para el CDU—, lo cual representa un porcentaje del 60,76%, mientras la separación absoluta —léase: destitución para el CDU—, equivale al 39,94% -ver Gráfico 8-.

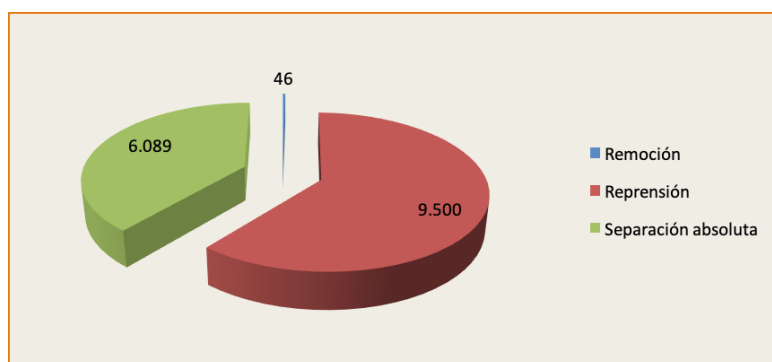


Gráfico 8. Sanciones a las Fuerzas Militares

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

3.7. SANCIONES EN RAZÓN DEL EJERCICIO PROFESIONAL

En este apartado, finalmente, se comparan las sanciones impuestas por razón del ejercicio profesional.

Tabla 7
Sanciones por el ejercicio profesional

SANCIÓN	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
EXCLUSIÓN DE LA CARRERA	4	8	6	10	1	1	-	-	-	1	-	31
EXCLUSIÓN DE LA PROFESIÓN	-	1	2	2	4	1	-	2	-	3	2	17
SUSPENSIÓN EJERCICIO PROFESIÓN	19	47	35	51	202	106	117	53	31	61	49	775
SUSPENSIÓN EJERCICIO MEDICINA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	7	7
CANCELA MATRÍCULA PROFESIÓN	-	-	-	1	2	1	-	1	-	-	-	5
EXCLUSIÓN DE LISTA DE AUXILIARES DE LA JUST.	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	2	3
SANCIÓN	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
SANCIÓN	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
EXPULSIÓN	-	2	1	-	-	-	-	-	-	-	-	3
TOTAL												866

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

Se agrupan en la Tabla 7 las sanciones impuestas a profesionales como los médicos, a través de la función delegada en el Tribunal de Ética Médica, como para los abogados por el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta las sanciones más graves y comunes, como son, entre otras, la exclusión de la carrera, la suspensión en el ejercicio profesional o la cancelación de la matrícula profesional.

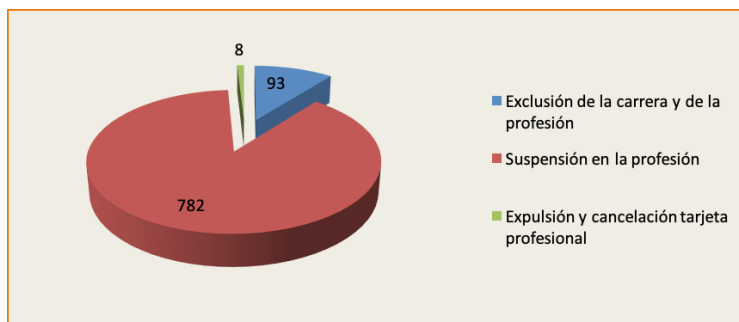


Gráfico 9. Sanciones por ejercicio profesional

Fuente: Procuraduría General de la Nación, Oficina de Registro y Control, SIRI.

Al establecer las sanciones relacionadas en la Tabla 7 en cuatro bloques, por la clase de falta disciplinaria, se observa que igualmente el derecho disciplinario en este campo actúa como un derecho sancionador *minimus*; nótese cómo en el período referido de 2005 a 2015, se impusieron un total de 866 sanciones, para un promedio anual de 79 sancionados por las indebidas prácticas profesionales. De ellas, el número más alto corresponde a las 782 sanciones de suspensión en la profesión, equivalente al 90,30%, mientras la más drástica, que es la exclusión de la carrera o profesión, representó un total de 93 sancionados, un porcentaje del 11,89% (Gráfico 9).

Obviamente, aquí procede similar análisis al anterior, y es que las sanciones como su imposición corresponden a faltas catalogadas o tipificadas conforme a la naturaleza del derecho disciplinario. Es decir, no cualquier inobservancia al ejercicio profesional se puede erigir como exclusión de la profesión, como debería ocurrir frente

a las faltas gravísimas del CDU, con su equivalente sanción de destitución e inhabilidad general.

En síntesis, la praxis en Colombia demuestra que de las sanciones que se han impuesto a los servidores públicos, en el significativo período analizado, el porcentaje más alto corresponde a las sanciones de mayor envergadura, precisamente aquellas que representan la terminación de la relación especial de sujeción con el Estado, y la imposibilidad de retornar a la administración pública en un período como mínimo de diez (10) años; mientras, las que encajan en la naturaleza de la corrección disciplinaria, inspirada en mantener la ética, son las de menor imposición, así lo demuestran las cifras; por ejemplo, de las 141.217 sanciones decretadas, aproximadamente el 25% (33.920) correspondieron a las inhabilidades temporales para el ejercicio de cargos públicos, en tanto que el 8,5% (12.126) son las amonestaciones registradas.

Lo antecedente, denota en Colombia la existencia de un derecho disciplinario que ha dejado de ser de especie mínimo del *ius puniendi*, y que tampoco es aquel derecho de *prima ratio* al que acude el Estado, cuando la conducta no presenta las condiciones para hacer uso del derecho penal, considerado de *última ratio*; antes, por el contrario, se desarrolla paralelamente que el penal, e inclusive con algunas sanciones que, si bien es cierto no limitan el derecho fundamental a la libertad, sí restringen otros derechos fundamentales con graves efectos para la dignidad humana.

4. HACIA LA INADMISIÓN DE LA FLEXIBILIZACIÓN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

Se ha demostrado paso a paso, con cada uno de los principios y garantías, cómo desde el derecho fundamental al debido proceso se forjó la teoría de la admisión de la flexibilización en el derecho disciplinario, pero también se ha demostrado que la naturaleza de este derecho sancionador ha permitido desarrollar el camino en construcción de su propia dogmática; sin embargo, en un país como

Colombia, que ha liderado esta ciencia del derecho y en donde ha cobrado mayor dimensión, se debe reevaluar esta teoría, sin que ello implique desconocer su existencia, autonomía e independencia, y por ende su naturaleza.

Cuando se trata de decisiones que impliquen restricción de derechos por parte del Estado a sus ciudadanos, se debe propender a hacer efectivas todas las garantías procesales, como lo reconoce la legislación internacional, bajo la óptica de inducir a la noción de un debido proceso legal, equitativo e imparcial²⁵⁹. Es precisamente por la relevancia que ha adquirido este derecho sancionatorio, en sus fines específicos, y tantas veces enunciados en esta investigación, que se requiere de su aplicación sin diques o sin talanqueras, que generen la afectación de derechos fundamentales. De las garantías previamente vistas desde su composición dogmática, se pasa a analizar hasta dónde cada una de ellas en este derecho administrativo sancionador de conductas disciplinables, admiten su flexibilización.

En la concepción general de lo que se entiende por flexibilización, como es aquello que no está sujeto a aplicación estricta, y al ajustar esta acepción al derecho disciplinario, se impone la necesidad de preguntarse si el derecho fundamental referido al debido proceso no está sujeto a norma de aplicación estricta, cuando este verse en materia disciplinaria. De la respuesta a este cuestionamiento se podría desprender la existencia de la afectación de principios iusfundamentalistas, lo que lleva a abordar, en primer término, la tensión que se presenta con el debido proceso como norma de derecho fundamental.

En este orden, en el contexto del planteamiento de este trabajo de tesis, bajo el cual se partió de la base de que en ambos ordenamientos jurídicos —el colombiano y el español—, y conforme al derecho internacional de los derechos humanos, el debido proceso es un derecho fundamental, lo que exige a partir de su esencia como tal, examinar si permite o no su aplicación flexibilizada en esta área del derecho.

259 Guerrero Peralta, O. (2011). Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2a. ed., p. 30.

Así es que, con el avance de la normativa moderna, especialmente en el sector de la doctrina se ha despertado una notable inquietud por la amplitud de recursos sancionatorios o sanciones propiamente dichas, que se recogen a través de la positivización en los ordenamientos jurídicos actuales, y que llevan a plantear la inadmisión de la flexibilización del derecho al debido proceso en esta materia.

Se reitera que se ha superado la línea otrora infranqueable de considerar que el derecho administrativo sancionatorio es un derecho menor frente al derecho penal. Se ha demostrado previamente que en la actualidad, frente a las sanciones, casi que se tiene una categorización de afectación similar.

Esta posición argumentativa coincide con lo que se ha venido desarrollando y que se demostró puntualmente en la praxis colombiana, en donde la connotación que ha adquirido el derecho disciplinario es, inclusive, la de perder su naturaleza de mínimo dentro del derecho sancionatorio.

Y ello porque conforme al problema jurídico planteado sobre cómo la admisión de la flexibilidad en el debido proceso disciplinario afecta derechos fundamentales de las personas, en particular de aquellas que tienen una relación especial de sujeción con el Estado, se materializa con la imposición de sanciones que en ocasiones resultan más graves que las consideradas en el derecho penal; esto se presenta en Colombia, de manera notoria, y también en España, como ha sido reconocido por algunos tratadistas.

En línea con esta problemática, Rando Casermeiro, sostiene:

Además de su expansión cuantitativa en general, resulta preocupante que el derecho administrativo sancionador compita con el derecho penal en aflictividad. A excepción de las penas privativas de libertad, cuya imposición, directa o subsidiariamente, se prohíbe a la administración por imperativo del artículo 25.3 de la Constitución Española, se puede decir

que tanto las sanciones pecuniarias como las privativas de otros derechos superan en muchas ocasiones en gravedad y aflicción a las penales... Que “en muchas ocasiones cuando se identifican ambos tipos, el penal y el administrativo, en no pocos casos el administrativo es más grave que el penal”²⁶⁰.

En un Estado Social de Derecho, en el desarrollo de cualquier proceso legal, es decir, ya sea penal, administrativo, civil, laboral, etc., el ciudadano espera del Estado que se le respeten y garanticen sus derechos. Total garantismo, más cuando del proceso exista la posibilidad de la afectación de otros derechos legítimos.

Es justamente en este último aspecto, relacionado con la clase de sanciones que se están imponiendo en el proceso administrativo sancionador, con repercusiones más graves que las consagradas en el derecho penal, que se debe hacer una revisión a la aceptación de la flexibilidad, tantas veces enunciada.

Sin lugar a dudas, cuando se examinan todos los principios y garantías especificados, que se avalan en el debido proceso penal, y se confrontan, en cuanto a su aplicación en el derecho disciplinario —verbigracia Colombia—, se encuentra que su modulación en este último constituye restricciones y la inaplicabilidad o goce de garantías fundamentales.

De allí que existe acuerdo con lo expresado por el profesor Rando Casermeiro cuando plantea, desde la óptica española, que:

[...] el derecho penal resulta más beneficioso para el infractor o presunto infractor que el derecho administrativo sancionador.

Sin embargo esa realidad de la que he partido está hoy más matizada y la diferencia en lo que se refiere a derechos de los dos sistemas no están tan acentuadas como antes. En efecto, en

²⁶⁰ Rando Casermeiro, P. (2010). La distinción entre el derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, p. 27.

el ámbito del derecho punitivo la mayoría de la doctrina había apostado, en los prolegómenos de una vuelta a la democracia, por una actitud de maximización de las garantías penales en el ámbito de la potestad sancionadora de la administración²⁶¹.

Para el doctrinante su planteamiento parece condicionar inevitablemente que la decisión de remitir el castigo de una conducta infractora al orden penal o al orden administrativo sancionador radica en la tensión entre eficacia y garantías.

Contrario al anterior pensamiento, el autor cita a otro sector de la doctrina, en relación con la mencionada tensión “*eficacia-garantías*”, que considera que se debe matizar el traslado a “*rajatabla*” de garantías penales en el ámbito administrativo sancionador, porque es bueno mantener la tendencia de los planteamientos garantistas del derecho administrativo sancionador, pero al tiempo no se deberían observar las mismas garantías del derecho penal, porque:

[...] la balanza se inclinaría demasiado hacia el lado de éstas, en detrimento de la eficacia. Hay, por tanto que mantener un equilibrio, y ese equilibrio se logra asumiendo que el derecho administrativo sancionador haya de configurarse necesariamente a partir de un estándar de garantías de puño penalista pero menos escrupuloso en general²⁶².

Surge, entonces, un problema de carácter dogmático para el análisis jurídico, y es que se estaría desnaturalizando el derecho penal como última *ratio*, es decir, como aquel al que se espera acudir en última medida, ante la gravedad de las conductas, y en consecuencia acreditar en su catálogo las sanciones más graves, pero a la par la exigencia total en el cumplimiento de las garantías para los procesados.

261 *Ibidem*, pp. 28-29.

262 Force, R. (1974). Administrative adjudications of traffic violations confronts the doctrine of separation of powers. En *Tulane Law Review*, p. 49. Citado por Rando Casermeiro. *Op. cit.*, p. 354.

Es el momento de replantear las bases teóricas, no porque se trate de un problema de traslación de principios del derecho penal al derecho disciplinario. Esa es una discusión superada. De lo que se trata es de aceptar o no su aplicación en este último de manera flexibilizada.

Al respecto, el reconocido tratadista Alejandro Nieto plantea que: "...hemos llegado en España a una fase en la que ya no se discute si los principios de Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo Sancionador, pues que así se acepta con práctica unánimidad..."²⁶³.

Nieto agrega, sobre la aplicación de dichos principios al Derecho Administrativo Sancionador, que se presentan dos situaciones en cuanto al sistema de fuentes, que se agrupan de la siguiente manera:

1o. Los principios punitivos constitucionalizados aplicados en los términos precisados por la jurisprudencia (dada la sobriedad del texto constitucional) y que no han de coincidir necesariamente con el contenido propio del Derecho Penal, puesto que deben ser matizados y adaptados a las peculiaridades de cada ilícito administrativo concreto. Estos principios constituyen el núcleo mínimo e imprescindible del Derecho Administrativo Sancionador, diga lo que diga la legislación ordinaria que, en caso de contradicción, debe ceder ante ellos.

2o. Las disposiciones expresas del Derecho Administrativo Sancionador, sean de carácter general (como la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) o sectorial (como la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social) o material (como la Ley de Aguas)²⁶⁴.

Sobre esta temática tampoco ha sido pacífica la discusión en Colombia; sin embargo, a través de la jurisprudencia y la doctrina, como se ha mencionado de manera reiterada en este trabajo investigativo, se han ido construyendo unas bases sólidas, referidas

²⁶³ Nieto, Derecho administrativo sancionador. Op. cit., p. 132.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 146.

a la naturaleza del derecho administrativo sancionador o derecho disciplinario.

De esa manera lo ha reseñado el tratadista y ex Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, quien sostiene que:

Ha sido la noción de “Estado de Derecho” y la de los derechos fundamentales la que sin duda permea toda la interpretación del derecho sancionatorio. Y esa consideración se ha recogido abiertamente por el intérprete autorizado de la Constitución. Si bien bajo las concepciones de la antigua Constitución de 1886 se entendió el Derecho Disciplinario como una simple subespecie del derecho sancionatorio, bajo las consideraciones de la nueva Carta se aprecia que el derecho público nutre una acepción del derecho disciplinario, según la cual, este aparece informado por las garantías, principios y derechos que son comunes a todas las formas de expresión donde está involucrado el poder estatal de sancionar. De esta manera el objeto de regulación del derecho disciplinario se orienta a conformar una herramienta jurídica que propenda al cumplimiento de los fines estatales en la medida en que la normatividad se dispone a la realización de los valores consagrados en la Carta Política para el ejercicio de la función pública²⁶⁵.

El desarrollo del derecho disciplinario en Colombia ha sido importante, en particular en las dos últimas décadas. Desarrollo que ha sido marcado por la evolución de nuevas formas o conductas que utilizan quienes pretenden defraudar la confianza pública en ellos depositada; es decir, las variadas formas de corrupción administrativa. Ello ha llevado a que las iniciales posturas que exhibían en el ordenamiento jurídico colombiano claros criterios de diferenciación entre conductas constitutivas de delitos y faltas disciplinarias, ya no lo sean. Además, que esa exigencia de mayor precisión para fijar las conductas delictivas bajo el supuesto de *lex*

²⁶⁵ Maya Villazón, E. (2003). La función pública —Aspectos éticos, filosóficos, políticos y disciplinarios represivos y preventivos—. Bogotá: Ed. Instituto de Estudios del Ministerio Público, p. 107.

certa, se vea mezclado con la concepción de las mismas conductas para el derecho disciplinario. Y que, en consecuencia, en la actualidad no se pueda afirmar que las normas disciplinarias sean solo de reenvío o normas en blanco.

Demostración de lo anterior lo constituye en Colombia el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (CDU), el cual en la mayoría de sus numerales, frente a las múltiples demandas presentadas, ha sido declarado acorde con la Constitución Política por la Corte Constitucional, salvo algunas decisiones que han decretado la inconstitucionalidad de determinada frase o texto, a través de diferentes sentencias, como son: C-1029 de 2002, C-1076 de 2002, C-181 de 2002, C-094 de 2003, C-124 de 2003, C-125 de 2003, C-157 de 2003, C-158 de 2003, C-252 de 2003, C-230 de 2004, C-818 de 2005, C-720 de 2006, C-504 de 2007 y C-030 de 2012.

El mencionado artículo, como se expuso en el contexto pertinente, contiene un extenso catálogo de faltas gravísimas, muchas de las cuales son verdaderos tipos penales. Sin embargo, lo que definitivamente reafirma la fusión que en Colombia se ha dado entre el derecho penal y el disciplinario, está literalmente expresado en el numeral primero de la mencionada norma, cuando establece como falta disciplinaria gravísima:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Así, se verifica no solo que sancionatoriamente transitan de forma paralela, sino cómo se mezclan los tipos penales con las faltas disciplinarias; toda vez que en el transcrito numeral 1 del citado artículo 48 del CDU se consideran como faltas disciplinarias gravísimas todos los tipos penales a título de dolo que contempla el Código Penal, que se cometan en razón, con ocasión o con abuso del ejercicio de la función pública. Y es oportuno recordar que la imputación subjetiva en su mayoría de conductas punibles admite

la modalidad dolosa y, por excepción, solamente cuando se señale de manera expresa, serán a título de culpa —*numerus clausus*. Ello, sin dejar de enunciar que en Colombia, además, es posible con base en ese numeral primero, que se sancione disciplinariamente una conducta considerada objetivamente como delito doloso, y que la persona sea absuelta en el proceso penal, toda vez que no operan el *non bis in ídem* ni la prejudicialidad.

Lo precedente también se demuestra con la tipificación como faltas gravísimas de aquellas conductas que constituyen infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario o las violaciones de Derechos Humanos —numerales 5 al 13 del citado artículo 48—:

5. Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social:

- a) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; (Texto subrayado declarado inexecutable por la Sentencia C-181 de 2002)
- b) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- c) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- d) Traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro.

6. Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno o varios de sus miembros. (Texto subrayado declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1076 de 2002).

7. Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario. (Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1076 de 2002).

8. Someter a una o varias personas a privación de la libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley.

9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos graves físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación. (Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1076 de 2002)

10. Ocasionar, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia.

11. Ocasionar la muerte en forma deliberada, y dentro de un mismo contexto de hechos, a varias personas que se encuentren en situación de indefensión, por causa de sus opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma. (Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-125 de 2003)

12. Fomentar o ejecutar actos tendientes a la formación o subsistencia de grupos armados al margen de la ley; o promoverlos, auspiciarlos, financiarlos, organizarlos, instruirlos, dirigirlos o colaborar con ellos.

13. Privar de la libertad a una o varias personas y condicionar la vida, la seguridad y la libertad de esta o estas a la satisfacción de cualquier tipo de exigencias²⁶⁶.

266 Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único). Artículo 48, numerales del 5o. al 13.

No se trata de desconocer la importancia de sancionar reprochables conductas, como las anteriores, sino que ya no es válido argumentar que el derecho penal es la última *ratio*, en razón a la gravedad de las conductas, en la medida en que al considerar tales conductas como faltas disciplinarias, independientemente de su tipificación y sanción penal, se demuestra que ello encierra de manera palpable una verdadera mezcla en punto de tipicidad para ambos derechos sancionatorios. Y que el derecho administrativo sancionador no es un derecho para conductas de menor rango.

Continuando con el análisis de la tipicidad de las faltas disciplinarias, a partir de la forma como se demostró que se estructuran o clasifican legalmente las faltas disciplinarias en Colombia, se encuentra que la admisión de la flexibilización adquiere un mayor grado que en España, en la medida en que la determinación de la calificación de una conducta como falta grave o leve, se deja bajo el solapado arbitrio del funcionario fallador, en cada proceso, al permitírsele que a través de un catálogo amplio de criterios mezclados —artículo 43 del CDU—, sin especificar cuáles determinan mayor o menor gravedad, tipifique la falta. Lo cual va en contra del principio de legalidad y seguridad jurídica, es decir, no hay *lex certa*.

En el capítulo pertinente se esbozó la tendencia de la jurisprudencia y doctrina colombiana, que admiten esta llamada flexibilización en la categoría de definición del ilícito disciplinario, con base en la característica del derecho disciplinario, de requerir de tipos abiertos, ante la imposibilidad práctica de codificar los reglamentos contentivos de los deberes de los servidores públicos, en cada entidad. Sin embargo, esta indeterminación riñe con la Constitución Política, en punto del principio de tipicidad, pues una cosa es la permisión de la remisión al reglamento por la naturaleza de tipos abiertos del derecho disciplinario, y otra es admitir reglas tan amplias, caracterizadas por su vaguedad e indefinición, que no le otorguen al procesado certeza sobre la conducta investigada aparejada con la posible sanción, y al tiempo quede sujeto a la libre

interpretación del operador disciplinario de criterios ambiguos para calificar la gravedad de la conducta.

Pero si la indefinición en la tipificación de las conductas disciplinarias permite soslayar garantías fundamentales, en igual medida son directamente proporcionales las sanciones disciplinarias, lo cual amerita un análisis independiente, en la visión de obtener una respuesta al cuestionamiento respecto a la tensión entre derechos: ¿existe en el contexto planteado la posibilidad de admitir que se flexibilicen en esta área del derecho las garantías y principios propios del debido proceso?

4.1. INADMISIÓN DE CARA A SANCIONES DISCIPLINARIAS MÁS GRAVES

En la esfera de las relaciones especiales de sujeción, el servidor público que incurre en una falta disciplinaria se verá abocado a una sanción, que el legislador previamente ha definido, la cual en Colombia, según lo planteado, no solamente afecta la relación laboral administrativa, sino que trasciende al futuro del desarrollo personal y profesional del sancionado, en la medida en que si se trata de una falta gravísima podría recibir lo que se conoce como la “muerte administrativa” o “muerte política”, pues la sanción además de la destitución tiene como sanción principal la inhabilidad general para ejercer funciones públicas, como mínimo durante 10 años y máximo hasta por 20 años²⁶⁷.

Sanciones que tienen como fin cumplir un papel preventivo y correctivo para garantizar la efectividad de los principios y fines en el ejercicio de la función pública —artículo 16 de la Ley 734 de 2002—, instituida para garantizar el orden justo, el interés general y los derechos así como los deberes del Estado social. El Consejo de Estado ha dicho sobre la finalidad que cumplen las faltas disciplinarias y las sanciones:

267 Código Disciplinario Único. Ley 734 del 2002. Artículo 46.

[...] Las faltas disciplinarias corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, constituyan o no delitos, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas normas que las consagran establezcan también con carácter previo los correctivos y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas...²⁶⁸

Conforme se demostró previamente, en cuanto a la gravedad de las sanciones, el derecho disciplinario colombiano, desde la aprobación de la Ley 734 de 2002, endureció las sanciones, como herramienta de prevención ante la variopinta corrupción.

Del examen de las sanciones transcritas se observa que las más graves generan la restricción a varios derechos fundamentales. Así es que el servidor público al que se le impone la sanción de destitución e inhabilidad general, no podrá acceder durante un período mínimo de 10 años o máximo de 20 años a la administración pública, según la graduación que haga el operador disciplinario. Para quien reciba la sanción, se traduce en la limitación a sus derechos fundamentales por el lapso correspondiente, que en todo caso es significativo por el mínimo legal con el que se debe partir.

Entre los derechos fundamentales que consecuentemente se restringen está el derecho a la participación consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política:

Art. 40.- Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

[...]

268 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 21/06/1999. Radicado 1196. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=3501> [Última consulta en enero 29 de 2017]

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse²⁶⁹.

Durante el período de la sanción la persona se encuentra inhabilitada para desempeñar cualquier función pública; por lo tanto no podrá acceder a ella a través de los cargos de elección popular, tampoco por nombramiento—inclusive los de carrera administrativa— o contrato de trabajo.

Otro derecho fundamental que se puede ver restringido es el derecho al trabajo, contemplado en el artículo 25 de la Constitución Política, cuando se trate de ciudadanos dedicados y formados para laborar en la administración pública, en la medida en que, a pesar de no existir la profesionalización de la carrera pública en Colombia, no tendrán las mismas competencias para laborar en el sector privado.

Ante este panorama, de relación causa-efecto, que se presenta frente a un proceso disciplinario y las consecuencias de algunas de sus sanciones, que pueden significar la afectación de varios derechos fundamentales, es que se considera que en el derecho administrativo sancionador se deben contemplar sin flexibilización todos los principios y garantías del debido proceso.

Por lo anterior, la legislación y la jurisprudencia colombiana, como la doctrina, están llamadas a adecuar la dogmática del derecho disciplinario a las plenas garantías del debido proceso para los disciplinados, y a no convertir a este en una forma subrepticia de derecho penal, lo cual no se contrapone a la eficacia del poder punitivo ni a una política pública efectiva en la lucha contra la corrupción y las graves violaciones de los derechos humanos y del DIH.

²⁶⁹ Constitución Política de Colombia. Capítulo de los derechos fundamentales. Artículo 40.

Por su parte, en España, finalmente se evidencia posición similar, de voces como la de Rando Casermeiro, que vienen reclamando el respeto de las garantías procesales, en un derecho administrativo sancionador, que en ocasiones suple al derecho penal:

[...] el mencionado equilibrio no se ve reflejado en nuestro actual sistema punitivo. En efecto, la doctrina tanto penal como administrativa se pronuncia muy críticamente al respecto. Se ha denunciado reiteradamente la utilización del derecho administrativo sancionador para eludir el respeto de las garantías exclusivas del sector penal, utilizando al mismo tiempo sanciones de mayor gravedad que las penas en muchas ocasiones. Con ello tendría lugar una perversión de la idea de subsidiaridad: bajo la premisa de que el derecho penal puede legitimar el uso de las sanciones más graves, se da a entender que siempre que dejemos de acudir a él y en su lugar vayamos al derecho administrativo sancionador, se habrá tomado la decisión más beneficiosa para el infractor. Ello constituiría un auténtico fraude de etiquetas, puesto que en realidad en muchos casos es precisamente el derecho penal el que resulta más beneficioso para el infractor²⁷⁰.

Y, a nivel de derecho internacional de los derechos humanos, bajo los mismos objetivos que se persiguen con la presente investigación sobre la exigencia de la aplicación de las garantías del proceso penal al derecho administrativo sancionador, en el entendido de que se ha demostrado estar frente a un derecho disciplinario, al menos en Colombia, mezclado con el derecho penal, y en ocasiones con mayores aflicciones que el mismo ordenamiento penal, se trae como corolario la sentencia del 21 de febrero de 1984, conocida como el “Caso Otztürk”, por contener desde aquella época (1984) igual exigencia a los Estados parte, para que en los eventos considerados como despenalizados —léase asumidos con ropaje de infracciones administrativas— también se apliquen las plenas garantías del debido proceso:

270 Rando Casermeiro. Op. cit., p. 433.

49. El Convenio no impide que los Estados, en cumplimiento de su misión de custodios del interés público, establezcan o conserven la distinción entre diferentes tipos de infracciones definidos por el Derecho interno y señalen la línea que los separe; pero no se deduce de lo dicho que esta calificación sea decisiva para las finalidades del Convenio.

El legislador, al eliminar determinadas conductas de la categoría de infracciones penales de Derecho interno, puede atender al mismo tiempo el interés del individuo (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia en el caso Engel y otros, antes citada, *ibídem*, págs. 33-80) y las exigencias de la buena administración de la justicia, especialmente en la medida en que libera a las autoridades judiciales de la persecución y de la represión de las infracciones, numerosas pero de escasa importancia, de las normas de la circulación en la carretera. El Convenio no se opone a las tendencias hacia la «des-penalización» existentes —bajo formas muy diversas— en los Estados miembros del Consejo de Europa; y el Gobierno, con razón, insiste en este extremo. Sin embargo, si los Estados contratantes pudieran a su gusto, calificando una infracción como «administrativa» en lugar de penal, prescindir de las normas fundamentales de los artículos 6 y 7, la aplicación de éstas se subordinaría a su voluntad soberana. Una amplitud así podría llevar a consecuencias incompatibles con el objeto y la finalidad del Convenio²⁷¹.

Se considera en esta investigación que el derecho disciplinario debe inevitablemente recorrer su propio camino dogmático, para así responder con independencia y autonomía, pero bajo la óptica del respeto de las garantías fundamentales, cumpliendo sus fines preventivo y correctivo, Las corrientes teóricas no revisadas

²⁷¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia 21 de febrero de 1984. Caso de Öztürk c. Alemania. Demanda No. 8544/79. Estrasburgo. Recuperado de [http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"sort":\["kpdata Descending"\],"appno":\["8544/79"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER","COMMITTEE"\],"itemid":\["001-165114"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{) [Última consulta en abril 24 de 2017]

que han asumido en Colombia la jurisprudencia y la doctrina, están soslayando derechos fundamentales de los ciudadanos, en la tensión con los principios constitucionales, de garantizar la moralidad, eficacia, economía y celeridad en la función pública, como lo ha contemplado la Corte Constitucional, por ejemplo, cuando ha sostenido:

Así, pues, en el ámbito del derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías constitucionales inherentes al debido proceso, *mutatis mutandis*, se aplican a los procedimientos disciplinarios, ya que su aplicación se modula para adecuar el ejercicio del poder disciplinario a la naturaleza y objeto del derecho disciplinario y, especialmente, al interés público y a los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad que informan la función administrativa²⁷².

En la evolución del derecho sancionador, la jurisprudencia y la doctrina colombiana no han iniciado el sendero de disminuir la flexibilización derivada de las relaciones especiales de sujeción, no obstante los desarrollos que han tenido los derechos fundamentales. Cosa diferente y que no se desconoce, porque no es el planteamiento esbozado, es que no hay discusión en cuanto a que la doctrina reconoce que quienes están bajo las relaciones especiales de sujeción no pueden quedar despojados de sus derechos como tampoco que la administración pueda dictar normas sin la correspondiente habilitación legal previa, y como lo plantea el maestro Gómez Pavajeau, sin que desaparezcan las relaciones especiales de sujeción en el nuevo concierto jurídico, empero serán integradas al nuevo paradigma, de lo cual resulta, cuando cita a Mariano López Benítez: “que no se desconocen los derechos fundamentales y la libertad, mas, en cierta manera, se funcionaliza su ejercicio para que el fin de la organización administrativa se cumpla.”²⁷³

272 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-181 de 2002. Op. cit.

273 Gómez Pavajeau, C. (2009). Problemas centrales del derecho disciplinario. En Colección Derecho Disciplinario. Vol. 1. Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Bogotá, D.C.: Ediciones Nueva Jurídica, p. 347.

Así es que, en la medida en que se comparte la anterior afirmación, se considera que la misma se debe extender a inadmitir la flexibilización o la morigerada admisión respecto de las garantías del derecho fundamental al debido proceso en el ámbito del derecho disciplinario.

4.2. LA FINA LÍNEA ENTRE LA SANCIÓN PENAL Y LA DISCIPLINARIA

Sea lo primero indicar que está superado el debate en insistir en que la diferencia principal entre las sanciones que imponen el derecho penal y el derecho disciplinario estriba en que para el administrativo está vetada la privación de libertad, que es de fuero exclusivo de la norma penal, y que la mayor gravedad de la pena en materia penal se debe a que los bienes jurídicos que tutela este ordenamiento son más importantes para la sociedad y el Estado, que los protegidos por el Derecho Administrativo, de manera que necesitan una intervención más eficaz y agresiva.

Sin embargo, en el derecho contemporáneo, caracterizado por su pragmatismo, y ante los avances de la corrupción, ya no es a rajatabla que las sanciones administrativas sean más leves porque la función de la norma que las origina es disciplinar a sus dependientes y busca corregir a los administrados infractores, como una forma de asegurar el cumplimiento de los fines estatales.

Si bien es cierto que las sanciones penales se basan en la función de la norma penal, como protectora y motivadora, al buscar una prevención general frente al ciudadano con la pena privativa de la libertad para que no cometa delitos y, al mismo tiempo, educándolo en el ejercicio de sus derechos dentro de un estado social y democrático de derecho, no lo es menos que la afectación de otros derechos fundamentales puede considerarse de mayor gravedad.

Y, es allí en el contexto teórico de las sanciones, tanto penales como disciplinarias, que se debe respetar el principio de proporcionalidad, en tratándose de la afectación de derechos

fundamentales. Sin embargo, se ha observado que el ordenamiento jurídico colombiano, se ha desprovisto de este principio, frente a ciertas faltas disciplinarias gravísimas. Mientras que, la doctrina española al respecto, ha señalado:

Entendido en su sentido amplio, el principio de proporcionalidad es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte los derechos fundamentales. Suele presentarse como “límite de los límites”, como un límite que han de encontrar las limitaciones de derechos por parte del Estado.²⁷⁴

No es que se pretenda con este trabajo traslapar la naturaleza de las sanciones penales al derecho administrativo sancionador; de lo que se trata es de demostrar que es un derecho que ha evolucionado a serias sanciones de tipo administrativo, y no, como se ha venido considerando, a menguadas sanciones: “De allí que una simple sanción administrativa no sería suficiente para cumplir estos propósitos, por lo que el Estado recurre al derecho penal para castigar y lograr su cometido final, la paz social”²⁷⁵.

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en este sentido debe ajustarse a la exigencia del pleno respeto por las garantías procesales, ante la inaplicabilidad, a las nuevas realidades, de sus fundamentos teóricos, los cuales han sido rebasados por los desarrollos y dimensiones que ha adquirido el derecho disciplinario, como aquí se ha presentado. Criterios reproducidos en las reiteradas jurisprudencias, son los llamados a replantear, como el contenido en este aspecto en la sentencia C-343 de 2006:

274 Mir Puig, S. (2012). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites del derecho penal. En *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*. (Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez, Dirs.). México D.F.: Ed. Tirant lo Blanch, pp. 67-104.

275 Cortaza Vinueza, C. (2014). “Separación entre derecho penal y Derecho administrativo sancionador”. En: *Revista Jurídica Virtual* No. 18. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. Recuperado de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=100&Itemid=34 [Última consulta en mayo 2 de 2017]

En pronunciamiento efectuado en la Sentencia C-921 de 2001, con ocasión del estudio de la constitucionalidad de Decreto Ley 1259 de 1994, por el cual se reestructuró la Superintendencia Nacional de Salud, ésta Corporación señaló: “debe recordarse que las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica. // Es así como en algunas ocasiones los anteriores elementos no se encuentran previstos en el mismo instrumento normativo, sino que se hace necesario consultar el contenido de otras disposiciones para especificar cuál es la conducta ordenada o prohibida o cuál es la sanción específica aplicable”²⁷⁶.

En síntesis, se itera que ante el panorama expuesto en punto de la evolución de las conductas que se consideran faltas disciplinarias y por la gravedad de las sanciones que conlleva incurrir en las mismas, sin desconocer la naturaleza y los fines del derecho disciplinario, se deben aplicar plenamente los principios y las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, es decir, sin admitir su flexibilización.

276 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-343 de 2006. Op. cit.

que se respeten los derechos y garantías individuales.

4) En esta simbiosis entre el derecho disciplinario y el debido proceso, desde la perspectiva histórica, en la búsqueda de sus respectivas evoluciones doctrinal, legal y jurisprudencial, se encuentra un derecho disciplinario de incipiente formación, frente a los profusos desarrollos que ha tenido el debido proceso, como uno de los componentes centrales del derecho adjetivo, en las diferentes áreas tradicionales del derecho, en particular en el penal. Siendo precisamente este derecho una especie del *ius puniendi*, y considerado el de mayor aflicción, es en donde se demanda en todos los niveles la aplicación estricta de todos los principios y garantías fundamentales. Mientras, en la otra, de las especies examinadas de manera rigurosa, se comprobó que en la formación del derecho disciplinario la traslación de las garantías que atañen al debido proceso se han modulado, en el entendido de que esta rama del *ius puniendi*, se considera como de menor afectación a los derechos de los sancionados.

5) Un aspecto trascendental, al que se llega, es que con la evolución de nuevas formas de conductas defraudadoras o corruptas de quienes ejercen funciones públicas, es decir, que ante las nuevas formas de corrupción, se verificó cómo en Colombia de manera indiscriminada, se han elevado a faltas disciplinarias gravísimas, de una parte, algunas conductas que no revisten tal connotación y, de otra, se ha trasladado parte del código penal al derecho disciplinario, pues todos los tipos penales dolosos en que incurran objetivamente los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o de un cargo público, constituye falta disciplinaria gravísima; es decir, se ha positivado la fusión entre el derecho disciplinario y el penal, desconociendo la pregonada caracterización de que tienen diferente naturaleza; y con ello las bases jurídicas en que se ha fundado su naciente dogmática, lo cual, todavía, no se reconoce, por quienes precisamente han forjado su autonomía e independencia de otras áreas del derecho sancionador o *ius puniendi*, entre los que