

Revista Academia & Derecho, Año 6, N° 11, 2015, pp. 227-258
ISSN 2215-8944

Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho
Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones
Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas
disciplinarias en el derecho disciplinario colombiano
Francisco Ovalles Rodríguez

Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias en el derecho disciplinario colombiano*

Thoughts on the criteria applied to determine the severity or
mildness of disciplinary offenses in the colombian disciplinary law

Recibido: Febrero 23 de 2015 - Evaluado: Mayo 1 de 2015 - Aceptado: Junio 5 de 2015

Francisco Ovalles Rodríguez**

Para citar este artículo / To cite this Article

Ovalles Rodríguez, F. (Julio-Diciembre de 2015). Reflexiones sobre los criterios aplicados para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias, en el derecho disciplinario colombiano.
Revista Academia & Derecho, 6(11), (227-258).

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto parcial de investigación en el proyecto “La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos en Colombia”, que el autor realiza en el Doctorado en Derecho en la Universidad Libre Bogotá.

** Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Cúcuta, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, aspirante a Doctor en Derecho Universidad Libre de Colombia, Catedrático de la Universidad Libre de Cúcuta, Universidad de Santander Cúcuta, Universidad Simón Bolívar Cúcuta, funcionario de la Procuraduría General de la Nación.
Correo electrónico: for9461@gmail.com – for9461@hotmail.com

Resumen

En Colombia la Ley 734 de febrero 5 de 2002, Código Disciplinario Único, clasifica las faltas disciplinarias en gravísimas, graves y leves, determinando claramente cuales tienen la condición de gravísimas; respecto a las faltas graves y leves, la norma mencionada establece unos criterios que permiten al juez disciplinario mediante su aplicación hacer esa calificación determinando la gravedad o levedad de las faltas. El estudio de esos criterios conduce a señalar que la indeterminación y falta de concreción de los mismos genera un amplio margen de discrecionalidad que afecta la garantía de la legalidad en materia disciplinaria, en tanto esa determinación termina siendo el resultado de las consideraciones subjetivas del investigador disciplinario. Sobre la base de lo expuesto, el artículo presenta como objetivo discutir los criterios que fundamentan la tipificación de las faltas disciplinarias en el derecho disciplinario colombiano.

Palabras clave: Falta disciplinaria, criterios para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias, conceptos jurídicos indeterminados, garantía de la legalidad.

Abstract

In Colombia Law 734 of February 5, 2002, Disciplinary Code classifies grave disciplinary offenses, serious and minor, determining which are clearly very serious condition, in respect of serious and minor offenses established criteria that allow the judge discipline through its application to that rating. The study of these criteria leads to noting that the vagueness and lack of specificity of these generates a broad discretion affecting the legality assurance in disciplinary matters, as that determination ends up being the result of the researcher's subjective considerations disciplinary.

Key words: Disciplinary offense, criteria for determining the severity or leniency of the disciplinary, legal concepts, legality assurance.

Resumo:

Na Colômbia a Lei 734 de fevereiro 5 de 2002, é o Código Disciplinario Único, classifica as faltas disciplinarias em gravísimas, graves e leves, determinando claramente quais têm a condição de gravísimas, respeito às

faltas graves e leves, a norma dita estabelece uns critérios que permitem ao juiz competente mediante a sua aplicação, de fazer tal calcificação determinando a gravidade ou lividez das faltas. O estudo de esses critérios leva a indicar que a indeterminação e falta de concreção dos mesmos gera um amplo margem que afeta a garantia da legalidade em matéria disciplinaria, pois a determinação será das considerações subjetivas do judiciário. Assim, este artigo tem como objetivo principal discutir os critérios que fundamentam a tipificação das faltas disciplinarias no direito disciplinario colombiano.

Palavras chave: Falta disciplinaria, critérios para a determinação da gravidade ou lividez das faltas disciplinarias, conceitos jurídicos indeterminados, garantia da legalidade.

Introducción

Los razonamientos que se exponen a continuación tienen como finalidad llamar la atención sobre una dificultad práctica que se presenta en el derecho disciplinario colombiano con respecto a la calificación de las conductas constitutivas de faltas disciplinarias graves y leves, en la medida en que esa actividad está supeditada a la valoración que hace el juez disciplinario de los criterios fijados por el legislador, cuyo contenido se torna indeterminado y puede dar lugar a una interpretación subjetiva por parte de quien debe aplicarlos, generándose una posibilidad de afectación a la garantía de la legalidad materializada en el debido proceso disciplinario.

El tema tratado resulta de trascendental importancia debido a que en materia disciplinaria la sanción a imponer está determinada por la naturaleza de la falta cometida, luego esta situación afecta directamente las garantías procesales reconocidas en el debido proceso al investigado disciplinariamente e igualmente a la administración pública en el ejercicio eficiente de su potestad disciplinaria.

Es indispensable revisar el tema con la finalidad de llamar la atención acerca de la indeterminación de dichos criterios, lo cual conduce a que el juez disciplinario acuda a una discrecionalidad subjetiva en su interpretación y aplicación. En este contexto, el artículo tiene como objetivo discutir los criterios que fundamentan la tipificación de las faltas disciplinarias en el derecho disciplinario colombiano.

Problema a investigar

El derecho disciplinario es el instrumento que aplica el Estado para garantizar el cumplimiento de los fines de la administración pública, para tal efecto normativamente preceptúa conductas que tipifica como faltas disciplinarias, mediante las cuales regula el comportamiento de los servidores públicos y de los particulares que ejercen funciones públicas. En el caso concreto del derecho disciplinario colombiano, las faltas disciplinarias están clasificadas en el artículo 42 de la Ley 734 de 2002 como gravísimas, graves y leves. En función de la clasificación mencionada, así como de la forma de culpabilidad asignada a la conducta del investigado se determina la sanción disciplinaria a imponer.

Es inequívoca la importancia de la determinación de la naturaleza de la falta investigada, la cual evidentemente no puede ser discrecional en aras de garantizar los principios contenidos en el artículo 29 Superior referidos a la investigación disciplinaria, los cuales se precisan en la legalidad reflejada en el debido proceso, así como en el derecho de defensa que tiene el procesado disciplinariamente.

En ese orden de ideas se precisa que el legislador tipificó las faltas gravísima en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, razón por la cual cuando la conducta reprochada disciplinariamente se adecua en uno de los 65 numerales que contiene este artículo, la misma tipifica una falta gravísima, cumpliéndose con el requisito de la legalidad enmarcado en artículo 29 Superior.

No ocurre lo mismo para el caso de las faltas graves y leves, ya que el legislador no precisó en el estatuto disciplinario cuáles de las conductas señaladas en el artículo 34 donde se consagran los deberes de los servidores públicos, así como en el artículo 35 que establece las prohibiciones aplicables a los mismos, constituyen faltas graves o leves.

Para hacer esa determinación en el artículo 43 de la norma citada, se fija criterios que permiten determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria; esto supone en la práctica que el juez disciplinario debe inicialmente efectuar un proceso de adecuación típica de la conducta para ubicarla en uno de los numerales de los mencionados artículos y luego realizar un proceso de valoración para declarar si la conducta constituye falta grave o falta leve en función de los criterios señalados en el referido artículo 43.

Resultaría fácil señalar que esos criterios al haber sido fijados por el legislador cumplen con el requisito de legalidad, así como del debido proceso y por consiguiente, el juez disciplinario se limita a desarrollar una actividad previamente regulada. Sin embargo no es tan sencillo el asunto, ya que al revisarlos se encuentra que los mismos son difusos e indeterminados en su gran mayoría permitiendo un amplio margen de discrecionalidad al juez disciplinario en su manejo y aplicación, con lo cual perfectamente se puede afectar la garantía constitucional del debido proceso enmarcado en este caso en la legalidad previa, escrita y cierta.

En ese orden de ideas se tendría que absolver las siguientes preguntas:

1. ¿Los criterios fijados en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002 para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria son objetivos y razonables o por el contrario su indeterminación permite un amplio margen de discrecionalidad a su intérprete y aplicador?
2. ¿Constituyen esos criterios una garantía para el principio de la legalidad en materia disciplinaria o es necesario reflexionar sobre los mismos para multiplicar la necesidad de adecuarlos debidamente en cada caso?

Metodología

Corresponderá a una investigación jurídica aplicada, la cual se orienta hacia el análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal del tema tratado, como fundamento para establecer las respectivas conclusiones.

Resultados de investigación

1. Concepto del derecho disciplinario

De acuerdo con LaFuente (citado por Montero, 2015) doctrinariamente el derecho disciplinario se define como el poder de la administración pública para castigar las conductas de los funcionarios públicos constitutivas de una infracción cometida a la relación del servicio, que determinan una inadecuada satisfacción de los intereses públicos que esta entidad, como organización del estado, tiene encomendados.

Desde esta perspectiva, en esencia la finalidad del derecho disciplinario está encaminada a garantizar el cumplimiento de los fines superiores de la administración pública. A tal fin la Corte constitucional de Colombia en la Sentencia C-948/02 establece que:

...la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.

Por ende, el objeto de protección y único bien jurídico tutelado de la ley disciplinaria “es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública”. Sobre la base de lo expuesto, la ley disciplinaria constituye el medio a través del cual aplicando unos procedimientos establecidos y con la observancia plena de las garantías constitucionales, se imponen sanciones de naturaleza disciplinaria a los servidores públicos vinculados laboralmente con el Estado en una relación laboral administrativa o bien en una relación laboral contractual, lo cual abarca tanto a los empleados públicos, trabajadores oficiales, así como los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria (Sentencia C-181, 2002)¹, cuando éstos incurren en conducta descritas como faltas disciplinarias.

2. De la potestad sancionadora disciplinaria

Esencialmente el derecho disciplinario se materializa en la potestad sancionadora del Estado que tiene como objetivo el permitir la consecución

¹ Señaló la Corte: “Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular“(..)

“En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.” (Sentencia C-563, 1998).

“De acuerdo con dichas apreciaciones, esta Corte ha sostenido que la responsabilidad derivada de la actividad pública a cargo del particular no se desprende de su calidad personal sino de la naturaleza de la prestación. De allí que se hable de un criterio material de vinculación del ciudadano con la administración, por oposición al criterio subjetivo que lía al servidor público con el aparato estatal” (Sentencia C-286, 1996).

de sus fines administrativos y por ende sociales, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1º, 2º, 4º y 16) (Sentencia C-818, 2005)².

En consecuencia, es indispensable para el adecuado cumplimiento de sus fines superiores³ (Sentencia C-214, 1994), el cumplimiento del objetivo principal orientado a garantizar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos.

Indiscutiblemente la potestad disciplinaria enmarcada en la facultad de imponer sanciones disciplinarias busca preservar los principios que guían la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, moralidad, eficiencia, celeridad, igualdad, economía, imparcialidad y publicidad, en la medida en que éstos ejercen sus actividades asumiendo responsabilidades especiales frente a la administración pública que representan y ante la comunidad que es la receptora de sus actuaciones, garantizando la eficiencia y eficacia en la prestación del servicio público, así como la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

3. Relaciones de sujeción especial

La potestad sancionadora disciplinaria del Estado se edifica a partir del concepto de las relaciones de sujeción especial⁴ que se establecen entre el Estado y sus servidores. Y por tanto, constituyen un vínculo de subordinación que surge una vez perfeccionada la relación laboral o contractual entre la administración pública y el servidor público que sirve de fundamento para la aplicación del control disciplinario.

Al respecto MAYER citado por (JALVO, 2006) establece:

² Ibídem.

³ Ibídem.

⁴ Esta noción fue empleada con éxito por Laband que deseaba aclarar la situación de los funcionarios públicos en relación con sus superiores. Posteriormente, la expresión fue desarrollada por Jellinek, Thoma, Nawiasky, y Fleiner, pero fue Mayer el artífice de que este concepto se aplicara de manera general en el Derecho administrativo. (RAMÍREZ, 2009).

Sujeción significa vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior. En este sentido, la relación entre el Estado y el súbdito es un vínculo de sujeción importante. Pero, principalmente, con esta palabra queremos designar una relación de sujeción creada especialmente para el súbdito o más bien para una cierta pluralidad de súbditos. Es una relación jurídica de derecho público por la cual el individuo está vinculado respecto del Estado, por efecto de la obligación general de regular su conducta conforme a un cierto interés público (p. 72).

Concretamente, en el derecho disciplinario colombiano la relación de sujeción especial está consagrada en el artículo 6 de la Constitución Política al señalar que los servidores públicos responderán por la omisión o extralimitación de sus deberes funcionales, por las actividades descritas en el objeto contractual en el caso de los trabajadores oficiales y se materializa en los deberes funcionales adscritos a los empleos públicos cuya inobservancia genera la responsabilidad disciplinaria.

La posición dominante de la administración pública derivada de esa relación de sujeción especial, que le otorga el ejercicio de la potestad disciplinaria, se debe ejercer dentro de unos criterios de ponderación constitucionales.

Evidentemente la posición dominante que asume la administración en el ejercicio de la potestad disciplinaria se justifica ya que tiene como finalidad prevenir y garantizar que sus fines se materialicen en el desarrollo ético de la conducta de sus subordinados al servicio de los administrados⁵.

Así las cosas, es indiscutible que las relaciones especiales de sujeción dan lugar al surgimiento de facultad sancionadora del Estado que se materializa en la potestad de regular las relaciones de servicio entre la Administración y los funcionarios mediante reglas de conducta y deberes funcionales, esto sin

⁵ MAYER Otto, citado por (GIL GARCÍA, GARCÍA CORONADO, & Esteban GARCÍA, 2009) expresa que "...Si la Administración del Estado tiene a su cargo unos intereses específicos, una manera de lograr eficazmente esos objetivos –que son del estado constitucional mismo– es disponiendo de unos medios combinados de manera idónea, en términos de costo-beneficio. Y dado que los servidores del estado son uno de estos medios, la manera de justificar su dependencia como tales medios son los intereses de la eficacia en el cumplimiento de los fines públicos”.

desconocer que en el marco del estado social de derecho necesariamente existe un sometimiento de la administración y de esas relaciones especiales de sujeción al principio de legalidad contenido en el artículo 29 Constitucional.

Con fundamento en esa posición dominante, la administración pública describe las conductas que son constitutivas de faltas disciplinarias como resultado de la omisión o extralimitación de deberes funcionales asignados.

4. Del ejercicio de la potestad sancionadora en el derecho disciplinario colombiano

En Colombia se utiliza el término de derecho disciplinario, y no el de derecho administrativo sancionador, debido a que la potestad disciplinaria se ha especializado en órganos competentes para ejercerla, y a tal fin existe un ente con prelación constitucional para desarrollar esa función como lo es la Procuraduría General de la Nación,⁶ la cual a diferencia de los demás órganos sancionadores como las Personerías Distritales y Municipales⁷ y las Oficinas de Control Interno Disciplinario⁸, tiene un poder disciplinario preferente⁹.

⁶ Artículo 277, numeral 6 C.P. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

⁷ Artículo 178, numeral 4, (Ley 136, 1994). Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes, bajo la vigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones.

⁸ Artículo 209 C.P. desarrollado por el artículo 76 (Ley 734, 2002).

⁹ Artículo 3 (Ley 734, 2002). La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

Con esto se marca una diferencia práctica sustancial en materia disciplinaria con países como España¹⁰ o Venezuela¹¹ donde la potestad disciplinaria radica en la misma administración, razón por la cual surge el concepto de derecho administrativo sancionador, en el cual es la misma administración la que se encarga de disciplinar directamente a sus servidores.

5. De la falta disciplinaria en el derecho disciplinario colombiano

El término falta, del latín *fallita* se define como la carencia o la privación de algo. Aplicando este concepto en el ámbito disciplinario la falta disciplinaria implica una omisión o extralimitación en el deber funcional encomendado al servidor público como fuente de generación de responsabilidad, esto implica que el legislador necesariamente en respeto al principio de legalidad, determine las conductas que afectan ese deber funcional y, por tanto son constitutivas de faltas disciplinarias tanto en normas escritas (*lex previa, lex scripta*), como en normas con suficiente grado de certeza (*lex certa*), para concretar las acciones u omisiones que dan lugar a la configuración de faltas disciplinarias.

5.1 Evolución legal del concepto de falta disciplinaria y de la clasificación de las faltas en gravísimas, graves y leves

Revisando el marco legal de desarrollo del concepto en Colombia encontramos diversas normas a través de las cuales el legislador preceptuó comportamientos constitutivos de faltas disciplinarias, como la Ley 165 de 1938, por la cual se creó la carrera administrativa, en cuyo artículo 8 se

¹⁰ Ley 7 de abril 12 de 2007 Estatuto Básico del Empleado Público, numeral 1 art. 94 Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones.

¹¹ Ley del Estatuto de la Función Pública, septiembre 6 de 2002, Gaceta Oficial N° 37.522, numeral 1, art. 89 El funcionario o funcionaria público de mayor jerarquía dentro de la respectiva unidad, solicitará a la oficina de recursos humanos la apertura de la averiguación a que hubiere lugar.

establecen los deberes para los funcionarios de carrera, la Ley 19 de 1958, sobre reforma administrativa en su artículo 12 donde se establecieron prohibiciones en materia de intervención en política, el Decreto 1732 de 1960, por medio del cual se promulga el Estatuto de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que en sus artículos 7, 70 y 71 estableció prohibiciones y deberes observables por los servidores públicos, el Decreto ley 2400 de 1968 en sus artículos 6 y 8 donde se consagraron deberes y prohibiciones, para los servidores públicos, el Decreto 1950 de 1973 sobre administración de personal civil, en cuyo artículo 132 se determinaron las conductas constitutivas de falta disciplinaria, precisándose que en ninguna de estas normas el legislador clasificó las faltas disciplinarias y por ende no estableció criterios diferenciales para las mismas.

Esta situación se modifica con la expedición de la Ley 13 de 1984, por la cual se reguló la administración del personal civil, en la medida en que en el Artículo 13 se expone un concepto de falta disciplinaria en los siguientes términos:

Los empleados que incumplan los deberes, que abusen de los derechos que en su favor consagra el ordenamiento jurídico, o que incurran en las prohibiciones establecidas en esta ley, serán objeto de las sanciones disciplinarias que señalen en el artículo 15, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que su acción pueda originar (Ley 13, 1984)

Así mismo, en el artículo 14 de la norma citada ya se clasifican las faltas disciplinarias en graves o leves señalándose como razones: su naturaleza y efectos, las modalidades y circunstancias del hecho, los motivos determinantes y los antecedentes personales del infractor.

Se agregan además, los siguientes criterios para determinar la clasificación precedente:

- a) La naturaleza de la falta y sus efectos se apreciarán según hayan producido escándalo, mal ejemplo o causado perjuicio;
- b) Las modalidades o circunstancias del hecho se apreciarán de acuerdo con el grado de participación en la comisión de la falta, la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes, y el número de faltas que se estén investigando;
- c) Los motivos determinantes se apreciarán según se haya procedido por causas innobles o fútiles, o por nobles y altruistas, y

- d) Los antecedentes del infractor se apreciarán por sus condiciones personales y por la categoría y funciones del cargo que desempeñe.

Se dispone entonces en el Artículo 15 de la mencionada Ley, que las sanciones a imponer por principio de proporcionalidad, deben corresponder en cuanto a su intensidad con la naturaleza de la falta, especificándose en el mismo artículo las conductas constitutivas de falta disciplinaria que serían objeto de la sanción de destitución.

Esta norma dio lugar a que en materia disciplinaria se estableciera una clasificación de las faltas en graves y leves cuya sanción sería la suspensión, la multa, la amonestación y la censura, incluso la destitución en caso de concurso de faltas o reincidencia y el señalamiento de otras conductas a las cuales directamente se les asigno como sanción la destitución.

Así, sobre la base de los criterios señalados, el proceso de valoración para tipificar la falta en la categoría de grave o leve corresponde el juez disciplinario.

Esta norma determina una proporcionalidad en la imposición de la sanción disciplinaria que está direccionada por la naturaleza de la falta. Por tanto, se dispone de una conducta que directamente da lugar a la destitución; mientras que otras por la calificación asumida por el investigador en términos de graves o leves, podrían dar lugar a sanciones menores.

Posteriormente, al reglamentar la Ley 13 de 1984 (Decreto 482, 1985), en su artículo 41 replica lo referente a la calificación de las faltas en graves o leves y los criterios aplicados para tal efecto. Y concretamente en el artículo 44, se establecen las sanciones a imponer para esa clase de faltas.

La innovación que presenta el Decreto mencionado, se encuentra en el artículo 45 donde se señala que la competencia para calificar si la falta es grave o leve corresponde al Jefe del Organismo o de la dependencia regional o seccional respectiva cuando considere que la investigación se encuentra perfeccionada, esto conforme a los criterios señalados en ese decreto, con la potestad para determinar la sanción a imponerse.

Aparece luego expresión legislativa (Ley 200, 1995) conocida como Código Disciplinario Único, donde se establecen las bases de una dogmática disciplinaria al determinar tipos constitutivos de faltas disciplinarias y un procedimiento aplicable para su juzgamiento.

Esta norma en su artículo 38 define la falta disciplinaria como el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses.

En su artículo 24 clasifico las faltas como gravísimas, graves y leves, creando la categoría de gravísimas que venía implícita desde la Ley 13 de 1984, señalándolas taxativamente en el artículo 25. En cuanto a las faltas graves y leves, dispuso en su artículo 27 los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, en los siguientes términos:

1. El grado de culpabilidad.
2. El grado de perturbación del servicio.
3. La naturaleza esencial del servicio.
4. La falta de consideración para con los administrados.
5. La reiteración de la conducta.
6. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
7. La naturaleza y efectos de la falta, las modalidades y circunstancias del hecho, los motivos determinantes teniendo en cuenta entre otros, los siguientes criterios:
 - a) La naturaleza de la falta y sus efectos se apreciarán según la trascendencia social de la misma, el mal ejemplo dado, la complicidad con subalternos y el perjuicio causado.
 - b) Las modalidades o circunstancias de la falta se apreciarán teniendo en cuenta su cuidadosa preparación, el grado de participación en la comisión de la misma y el aprovechamiento de la confianza depositada en el agente.
 - c) Los motivos determinantes se apreciarán según se haya procedido por causas innobles o fútiles o por nobles y altruistas.
 - d) La demostrada diligencia y eficiencia en el desempeño de la función pública.
 - e) Haber sido inducido por un superior a cometerla.

- f) El confesar la falta antes de la formulación de cargos.
- g) Procurar, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado, antes de que le sea impuesta la sanción.
- h) Cometer la falta en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, comprobada debidamente.

Así mismo, en el artículo 32 de la norma se limitan las sanciones a imponer de conformidad con la naturaleza de la falta investigada. Y en relación con la valoración y ponderación de los criterios fijados para determinar la gravedad o levedad de la faltas se estableció que corresponde al investigador efectuar ese procedimiento.

Es preciso indicar que esta norma no involucra como un elemento determinante de la sanción el concepto de culpabilidad, pues abarca únicamente la naturaleza de la falta investigada.

5.2 Marco legal vigente

La Ley 734 del 5 de febrero de 2002, denominada Código Disciplinario Único, es la norma que regula el ejercicio de la potestad disciplinaria del estado colombiano.

Su finalidad esta descrita en el artículo 22 como una garantía de la función pública, y al respecto señala: el sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

El concepto de falta disciplinaria está definido en el artículo 23 como la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos que prevé, que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

Respecto a la clasificación de las faltas disciplinarias el artículo 42 las determina en gravísimas, graves y leves, las faltas gravísimas las tipifica en el artículo 48 que consta de 65 numerales, entendiéndose que las faltas graves y leves están tipificadas en los artículos 34 que consagra los deberes de los servidores públicos en 40 numerales y el 35 que señala las prohibiciones en 35 numerales.

En cuanto a los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria se dispone en el artículo 43 los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.
8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

La finalidad de la clasificación de las faltas disciplinarias no es otra que determinar la sanción a imponer, pero la norma introduce una innovación, la forma de culpabilidad entonces la sanción será el resultado de proporcionar la naturaleza de la falta con la forma de culpabilidad, así se infiere del contenido del artículo 44 de la norma examinada al señalarse:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

A partir de los argumentos precedentes, se precisa la importancia que tiene la determinación de la naturaleza de la falta disciplinaria como mecanismo para ejercer la potestad disciplinaria, puesto que de ella, así como de la forma de culpabilidad se deriva inefablemente la sanción a imponer.

5.3 Problema de aplicación práctica

En ese orden de ideas tenemos que el juez disciplinario en ese juicio valorativo inicial que realiza para valorar si un comportamiento es constitutivo de falta disciplinaria, si encuentra que la conducta tipifica en cualquiera de los numerales del artículo 48 (*lex previa, lex scripta*) tendrá esa conducta como falta gravísima.

En tanto que si la conducta investigada no se adecua a ninguno de esos numerales deberá remitirse a los artículos 34, deberes y 35, prohibiciones y si el comportamiento tipifica en alguno de los numerales contenidos en esos artículos, le corresponderá hacer un juicio valorativo para determinar si la conducta la clasifica como falta grave o leve utilizando para ello los criterios fijados en el artículo 43 en cita.

El punto en discusión, es hasta donde ese juicio valorativo garantiza plenamente el principio de legalidad en materia disciplinaria, enmarcado en una ley previa, escrita y cierta, en la medida en que la lectura y estudio de esos criterios conducen en la mayoría de los casos a una indeterminación que va a permitir que discrecionalmente, sea el juez disciplinario quien bajo sus criterios subjetivos, personales, de formación, los aplique y califique la falta desbordando los límites de congruencia y proporcionalidad del debido proceso.

Desde el punto de vista doctrinal se encuentran esfuerzos encaminados a reglar la aplicación de esos criterios como los expuestos por GÓMEZ (2007),

al señalar que los criterios mencionados son de naturaleza subjetiva, y “Requieren una valoración del suceso interno vivido por el sujeto agente de la infracción, Ya el mismo viene previamente dado por cuanto al realizarse el juicio de culpabilidad se ha prejuzgado sobre dichos criterios. Algunos son fijos y otros móviles” (p. 395).

Para el autor, la aplicación de esos criterios se deriva más de la forma de culpabilidad disciplinaria dolo o culpa ya gravísima o grave, que de la misma naturaleza objetiva de comportamiento investigado disciplinariamente.

Sobre dichos criterios la Corte Constitucional señaló:

Por consiguiente, el investigador disciplinario dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en el Art. 43 de la misma ley, lo cual obviamente no significa que aquel cree normas y que asuma por consiguiente el papel de legislador, ya que sólo aplica, en el sentido propio del término, las creadas por este último con las mencionadas características.” (Sentencia C-124, 2003).

5.4 Sobre los criterios para valorar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias

En aras de verificar si los criterios discutidos en los párrafos precedentes permiten una garantía plena al investigado y no lo supeditan al criterio discrecional del investigador se procederá a continuación al análisis de cada uno.

5.4.1 Grado de culpabilidad

Las conductas disciplinarias se pueden ejecutar a título de dolo o culpa y la culpa puede ser gravísima o grave.

Este criterio solo permite la aplicación de una regla fija: Si la conducta realizada tipifica como falta gravísima y la forma de culpabilidad se determinó

a título de culpa grave, la conducta se tendrá como falta grave por mandato expreso del numeral 9 del artículo 43 del estatuto disciplinario¹².

En relación con este criterio expone el tratadista GÓMEZ (2007) que por principio de proporcionalidad las faltas leves no se pueden sancionar a título de culpa gravísima, por cuanto en vista del numeral 5 del artículo 44 CDU se estaría imponiendo la sanción de amonestación escrita tanto para quien incurra en la falta leve con culpa gravísima como para quien lo haga con culpa grave. Necesario es señalar que la lectura del referido numeral no da claridad al respecto puesto que se remite a las faltas leves culposas y si tomamos este argumento desde el punto de vista del investigado imputado por una falta leve a título de culpa gravísima el principio de proporcionalidad se le tendría que materializar en favorabilidad en el tipo de sanción a imponerle, la correspondiente a una falta leve culposa.

Fuera de estos casos puntuales, obsérvese que la actividad de valoración de la culpabilidad como presupuesto para la gravedad o levedad de la falta permiten un amplio margen de discrecionalidad como podría ser suponer que todas las conductas dolosas o realizadas con culpa gravísima generarían indefectiblemente faltas graves, en tanto que las realizadas a título de culpa grave darían lugar a faltas leves, tesis que el contenido del artículo 44 del CDU desvirtúa al determinar sanciones para las faltas graves dolosas y culposas y leves dolosas y culposas, luego se permite un margen decisorio amplio al investigador para que determine la aplicación de este criterio.

5.4.2 Naturaleza esencial del servicio

En la búsqueda de precisar el criterio que se debe aplicar al concepto de servicio público esencial, la Corte Constitucional (Sentencia C-122, 2012) precisó un conjunto de criterios para identificar los casos en que la actividad corresponde a un servicio público esencial:

¹² Lo cual implica que la sanción a imponer será la correspondiente a una falta grave culposa esto es la suspensión en el ejercicio del cargo de 1 a 12 meses, disiento de lo expuesto por el tratadista Carlos A. GÓMEZ P. que sostiene que la sanción sería suspensión con inhabilidad especial de 1 a 12 meses para ejercer cargos y funciones públicas, esto por cuanto la redacción del numeral 9 del art 43 prescribe que ese caso la falta será considerada como grave y si a esa categorización le agregamos la culpa grave la sanción a imponer es la señalada en numeral 3 del artículo 44 CDU para las faltas graves culposas.

“(i) El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. (Sentencia C-450, 1995) (Sentencia C-075, 1997).

(ii) La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para ésta representa su interrupción por la huelga¹³.

En este sentido, la Corte Constitucional ha acogido el criterio de la Organización Internacional del trabajo para la determinación del contenido esencial del servicio público de acuerdo con el cual es fundamental analizar si la interrupción del mismo pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

(iii) El concepto de servicios públicos esenciales necesariamente comporta una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios¹⁴.

(iv) El concepto de servicio público ha sido objeto de un permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado¹⁵.

Por lo anterior, la determinación de si un servicio público es esencial debe tener en cuenta los siguientes factores: si contribuye de modo directo y concreto al respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales; si su interrupción puede ocasionar grave perjuicio a una parte de la población; si prevalecen los derechos garantizados mediante la prestación del servicio sobre el ejercicio del derecho de huelga en el caso concreto; y la situación política económica y social del Estado.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Ibídem.

Además de las precisiones jurisprudenciales traídas a colación, en Colombia encontramos servicios públicos que el legislador ya ha definido como esenciales, a saber:

1. Banca central, Ley 31/92.
2. Seguridad social relacionada con salud y pago de pensiones, Ley 100/93.
3. Servicios públicos domiciliarios, Ley 142/94.
4. Administración de justicia, Ley 270/96.
5. Servicio que presta el Instituto Nacional Penitenciario “INPEC” Decreto 407/94.
6. Transporte público aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre y su operación en el territorio nacional, Ley 336/96.
7. Prevención y control de incendio, Ley 322/96.
8. Actividades de la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales DIAN Ley 633/00.

Por vía jurisprudencial la explotación del petróleo y educación, Corte Constitucional en sentencias C-450/95, petróleos y C-473/96, educación.

Así las cosas, la aplicación de este criterio implica que el juez disciplinario determine si el procesado ejercía funciones relacionadas con servicios públicos esenciales y al omitirlas o extralimitarlas genero una falta disciplinaria. La cuestión radica entonces en determinar el razonamiento que aplica para calificar la conducta como falta grave o leve.

Si asumimos que por ser el servicio de naturaleza esencial la calificación debe ser siempre grave, esto implicaría que conductas nimias se sancionen como faltas graves quebrantándose el principio de proporcionalidad. Se puede considerar que la razón diferencial estaría en la forma de culpabilidad de la conducta y se tomaría en cuenta si se cometió a título de dolo o culpa ya grave o gravísima para definir esa calificación.

Al respecto GÓMEZ (2007), en un intento por descifrar el problema propone revisar y estudiar el resultado producido, pero esta consideración nos lleva a otro problema más profundo, incluso propuesto por el mismo tratadista en cita, el derecho disciplinario se entiende como garante del deber funcional

adscrito a los servidores públicos, luego su sola infracción independientemente del resultado se asume como falta disciplinaria, valorar ese resultado implicaría el estudio de consecuencias y perjuicios causados (p. 397).

La aplicación de esta tesis supone la valoración del resultado para catalogar la falta y entonces surge la siguiente interrogante bajo qué parámetros se va a medir esa afectación. En fin, lo cierto es que el margen de discrecionalidad se hace muy amplio, además de abstracto y ambiguo para el fallador disciplinario.

5.4.3 El grado de perturbación del servicio

Se entiende que este criterio, se remite en su generalidad a los servicios públicos esenciales y no esenciales, pero al igual que el criterio anterior no permite un punto de determinación objetivo.

En consecuencia, se asume que impone una valoración del efecto de la perturbación del servicio, luego el cuestionamiento vuelve a ser el mismo cuáles son los elementos de juicio racional aplicados al respecto, quién los propone y bajo qué reglas, esta indeterminación da lugar a que sea el investigador en su sana discrecionalidad quien determine el contenido de los conceptos de perturbación del servicio, la intensidad del mismo y obviamente sus efectos en el funcionamiento de la administración.

5.4.4 La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución

Este criterio refiere al status del servidor público, en la medida en que lo utiliza para desarrollar la comisión de la falta disciplinaria o para influenciar sobre un subordinado y cometerla.

La indeterminación del criterio se concreta en qué debe entenderse por jerarquía y mando, aquella derivada del nivel administrativo del empleo ejercido, caso en el cual estaríamos hablando de aquellos empleados de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, excluyéndose los de los niveles profesional, técnico y operativo que no tienen mando o dirección administrativa, o bien se hace referencia al nivel de injerencia que puede tener el empleado desde el punto de vista interno en la entidad, derivado de su antigüedad, profesionalismo, especialización, amiguismo o peso político.

Finalmente, tomando cualquiera de esas posiciones cuando éstos empleados incurran en conductas señaladas como faltas disciplinarias entonces deberán siempre por su posición dominante en su ejecución funcional, calificarlas como graves, excluyéndose la posibilidad de que puedan incurrir en faltas leves.

Es evidente que se genera un margen amplio de discrecionalidad para el investigador al momento de definir la aplicación de este criterio.

5.4.5 La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado

Se trata de un criterio compuesto, por la trascendencia social y el perjuicio causado, cuyas connotaciones son bien diferentes en cuanto a sus efectos.

Inicialmente, se abordará la trascendencia social, precisándose que en este aspecto el asunto consiste en cómo determina el investigador disciplinario en un mundo globalizado el concepto de trascendencia social, en el entendido que en este caso la valoración que hace de la conducta ya no es respecto de sus efectos sobre la administración pues de consuno los tiene, sino en relación con el impacto que tiene sobre y frente a los administrados.

El problema más grave que se plantea se encuentra en la estigmatización de los servidores públicos, en Colombia indefectiblemente las conducta desarrolladas por aquellos debido al plano de corrupción que se presenta en la administración pública se magnifican con o sin razón lo cual hace perder objetividad al investigador que se ve coaccionado a producir resultados so pena de ser también estigmatizado por ausencia de los mismos.

Sobre el concepto de estigmatización SILVA (2000), señala que éste permite el reconocimiento o la identificación de un atributo, que constituya un elemento diferencial respecto a los “otros”, pero transformado en una marca negativa, de la cual se deducen una serie de cualidades que deprecian al sujeto. Para GOFFMAN (citado por SILVA (2000), el atributo en algunos casos puede no tener ninguna connotación especial; y en otros puede ser representativo de una limitación. No obstante, en líneas generales permite atribuir al sujeto otras cualidades que realmente no presentan una relación razonable con él. Adicionalmente, la identidad social del sujeto queda absorbida por el estigma, siendo eclipsados directamente los demás rasgos del individuo.

Entonces, este criterio se hace discrecional a partir del concepto de la teoría del escándalo, la necesidad de ofrecer una víctima propiciatoria que satisfaga la necesidad no infundada por cierto, pero sí mediática de la sociedad, de la erradicación de la corrupción administrativa. La construcción del escándalo se convierte en un magnífico negocio para los medios de comunicación, para captar, atraer público y posicionarse en el mercado, es más hasta deciden la situación disciplinaria del procesado, también es un arma que se utiliza políticamente en contra de los adversarios en la administración pública, el asunto es que el juez disciplinario no se encuentra ajeno a esa influencia y por ende, debe asumir una posición que materializa en la calificación que hace de la falta. Por tanto, es factible que su decisión al respecto se funde más en las expectativas e intereses de grupos sociales, que en la aplicación de un criterio objetivo al respecto.

En relación con el perjuicio causado como factor de graduación de la falta, se vuelve a plantear la necesidad de fijar criterios definidos al respecto, entendiendo que ese perjuicio se predica respecto a la dificultad que existe en la administración pública para su determinación económica o social, lo cual resulta de poco recibo al advertir que el derecho disciplinario no protege bienes materiales, solo el cumplimiento del deber funcional. Entonces se debe remitir a los principios contenidos en el artículo 209 Constitucional: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, fundamentos del desarrollo de la función pública. Lo anterior permite considerar que el concepto de perjuicio da lugar a un amplio margen interpretativo para el investigador en su aplicación.

5.4.6 Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta

Se trata de un criterio que involucra aspectos de carácter psicológico, de preparación, influencia y participación.

De preparación para la comisión de la falta: sobre la base de este criterio se entiende que el investigador disciplinario pondera los actos preparatorios del ilícito disciplinario, esto indica que se debe tratar de una conducta dolosa y nunca culposa para poder aplicar este criterio, lo cual genera como resultado la calificación de la falta como grave.

El aprovechamiento de la confianza depositada por la administración en el autor de la falta, que bien se puede derivar de la naturaleza del cargo

ejercido, igualmente el elemento psicológico del aprovechamiento determina una conducta dolosa e induce como resultado la calificación de una falta grave.

De participación: se remite al conocimiento que tiene el investigado de la naturaleza ilícita disciplinaria de su conducta y su decisión de intervenir en la misma. Es procedente aclarar que en materia disciplinaria, se excluye la figura de la complicidad en la medida en que cada empleo público tiene un deber funcional adscrito como propio, luego su titular responde a título individual por el mismo, razón por la cual, la regla que debe aplicar el juez disciplinario al definir este criterio se encamina en la concreción de la concertación efectuada por el disciplinado para la lograr la comisión de la falta disciplinaria, indubitablemente esto supone que se trata de una conducta dolosa.

De influencia: hace referencia al hecho de haber sido inducido por el superior a cometer la falta disciplinaria, el aspecto que genera indeterminación es la naturaleza de esa influencia y partiendo de la base que el autor de la conducta disciplinable tiene conocimiento de su ilicitud, esto es, actúa dolosamente, hasta donde se deslinda un comportamiento autónomo de uno influenciado.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que dependiendo de la condición jerárquica de quien ejerce la influencia esta se podría convertir en coacción insuperable o miedo insuperable y así este criterio se nos convertiría en causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria¹⁶.

Sicológicos: Hacen referencia al estado mental del servidor público al momento de incurrir en la falta disciplinaria, si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas. Este criterio da lugar a una amplia discrecionalidad para el investigador ya que implica no solo precisar un estado psicológico momentáneamente no racional y además a establecer que obedeció a una situación no previsible o extremadamente grave.

Es fácil advertir la dificultad que implica para el investigador la aplicación de este criterio y su amplia subjetividad, además los requisitos que comporta lo ubican más en el plano de una causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria¹⁷.

¹⁶ Artículo 28, numeral 5 Ley 734/02

¹⁷ Artículo 28, numeral 7 Ley 734/02

5.4.7 Los motivos determinantes del comportamiento

Se entiende que este criterio aplica para conductas desarrolladas a título de dolo puesto que hace referencia a una motivación que direcciona la conducta y que por tanto es conocida por el sujeto autor, pero es menester aclarar que esta motivación puede ser noble, altruista o bien pernicioso o fútil.

En ese orden de ideas, el juicio valorativo sobre la conducta presenta un carácter variable, pues si el motivo fue noble o altruista bien podía tenerse la falta como leve dolosa, en tanto si el motivo fue abyecto o fútil la falta podría ser grave dolosa.

Es evidente que la consideración sobre cuál fue el motivo determinante del comportamiento lo construye el juez disciplinario, debido al amplio margen de discrecionalidad que le permite el legislador en la norma en cuestión.

5.4.8 Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos

Como ya se ha dicho la responsabilidad disciplinaria es individual en la medida en que el deber funcional es exclusivo del respectivo cargo, por tanto este criterio no hace referencia a la coparticipación o complicidad en la comisión de la falta, sino al hecho de facilitar su ejecución con la participación de varias personas que configuran un acuerdo previo de voluntades, no cabe duda que la conducta sería dolosa, lo cual implicaría la calificación de la falta como grave.

5.4.9 La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave

Este criterio que fue avalado por la Corte en sentencia C- 124 del 18 de febrero de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, más que un criterio para definir la gravedad o levedad de una falta, constituye una nueva clasificación de falta disciplinaria, en la cual atendiendo la forma de culpabilidad, en este caso la culpa grave, una conducta tipificada como falta gravísima se convierte en falta grave y por ende, se debe sancionar como tal.

5.4.10 El problema de la indeterminación de los criterios para calificar las faltas como graves o leves

Esencialmente esta problemática se concentra en el hecho que debido a su contenido indeterminado y subjetivo, la valoración que hace el intérprete para

su aplicación termina convirtiéndose en la mayoría de los casos en conceptos discrecionales, personales que desvirtúan la garantía de la legalidad exigida en el derecho disciplinario, sin desconocer la trascendencia que tiene esa clasificación en materia disciplinaria ya que de ella depende la modalidad de sanción que ha de imponerse.

En estos términos la situación descrita, puede resultar nociva tanto para el procesado que queda a merced del criterio racional del investigador, de la administración pública que puede verse burlada en la finalidad de ejercer la potestad disciplinaria al ser afectada por una conducta clasificada como falta disciplinaria leve mediante la aplicación amañada de uno criterio de los citados y de la misma comunidad, que recibe los efectos directos de la aplicación indebida de esta técnica diferencial consagrada por el estatuto disciplinario, por cuanto entiende que no tiene garantías respecto al efectivo control en el funcionamiento de la administración pública.

No se puede desconocer que en el derecho disciplinario colombiano dada su naturaleza se ha admitido la utilización de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, al respecto ha definido la Corte Constitucional:

“En el sistema jurídico existen sinnúmero de disposiciones normativas que contemplan conceptos jurídicos indeterminados, en ocasiones, incluso con un muy alto grado de vaguedad o ambigüedad. La filosofía analítica del derecho, centrada en el estudio de lo jurídico desde el lenguaje, aclaró desde mediados del siglo pasado que el lenguaje del derecho es el lenguaje natural, no es de carácter técnico. Si bien existen casos en los cuales el derecho establece condiciones más o menos claras y precisas para el uso de ciertas palabras, en todo el sistema o en parte de éste por lo general, el derecho usa el lenguaje ordinario. En esa medida, los sistemas jurídicos de toda sociedad deben lidiar con los problemas de indeterminación de sentido, propios de todo lenguaje natural, a saber: la ambigüedad, la vaguedad o la textura abierta.

En consecuencia, se entiende que una expresión es ‘ambigua’ cuando “(...) puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que en una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos” (Corte Constitucional, 2009). Tal es el caso, por ejemplo, de expresiones como ‘libertad’ o ‘autonomía’. Por otra parte, una expresión es vaga cuando el foco de significado es único y no plural ni parcelado, pero [su modo de

empleo] hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. Este sería, por ejemplo, el caso de la expresión civil ‘precio serio’; en ocasiones es fácil saber cuándo un precio es serio o no, pero en muchas otras no lo será tanto, esos casos difíciles, dice la doctrina, caerían en una ‘zona de penumbra’. Finalmente, toda expresión, aunque no sea ambigua ni vaga, tiene una ‘textura abierta’, por lo que, eventualmente, puede perder sus atributos de precisión, enfrentándose a casos en el que su uso puede presentar “perplejidades o desconciertos legítimos. Tal es el caso, por ejemplo, de la expresión ‘incesto’, que si bien está clara y precisamente definida en la actualidad, se enfrentará a casos en los que su uso será polémico, como consecuencia de las nuevas tecnologías de reproducción” (Sentencia C-350, 2009)

Pero en la misma providencia la Corte Constitucional aclaró señalando los límites encaminados a garantizar el principio de legalidad “que si bien el uso de conceptos jurídicos indeterminados no está prescrito, existen situaciones y contextos en los que el uso de este tipo de expresiones no es aceptado constitucionalmente”¹⁸. A lo cual agregó lo siguiente:

La jurisprudencia ha señalado algunos de los casos en los que el legislador debe abstenerse de emplear palabras y conceptos que por su grado de indeterminación pueden comprometer el ejercicio o el goce de derechos constitucionales. Se trata pues, de una defensa del principio de legalidad, que pretende dar seguridad jurídica a las personas, permitiendo prever las consecuencias de sus actos¹⁹ (Corte Constitucional, 2009).

Como corolario de lo expuesto se podría señalar el siguiente argumento jurisprudencial:

El grado de indeterminación de los conceptos acusados, en un contexto sancionatorio, ofrece un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad encargada de establecer si un servidor incurrió o no en tal prohibición, de suerte que las personas no cuentan con un criterio que les permita prever con certeza si una determinada actuación atenta o no contra tales conceptos. La penumbra que deben enfrentar los ciudadanos en estos casos es constitucionalmente inadmisibles. Representa un desconocimiento claro

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Ibídem.

del principio de legalidad y tipicidad en materia sancionatoria, suscitando una inseguridad jurídica tal, que los ciudadanos carecen de referentes para saber cuál es la conducta que de ellos se demanda, o cuál la que se les permite. La indeterminación de estos conceptos, y la incertidumbre que pueden generar, han sido resaltadas por la doctrina, incluso en otras áreas del derecho diversas al derecho penal o sancionatorio²⁰ (Corte Constitucional, 2009).

Conclusiones

Como puede verse existe un fundamento jurisprudencial que invita a una reconsideración de esos criterios valorativos, a su adecuación y determinación racional, para evitar su vaguedad en cuanto a los conceptos que consagra, “los problemas de vaguedad no sólo se producen por un debate estrictamente semántico, sino que también pueden deberse a un debate valorativo” (Rodenas), así mismo, “un concepto es indeterminado cuando sus límites son imprecisos, es decir, cuando no reflejan claramente una realidad. En general la imprecisión no deviene exclusivamente del lenguaje utilizado ni tampoco de la materia referida, sino de la vinculación entre ambos” (SESIN, 2011, s/p.).

En el caso de los criterios valorativos examinados es claro que no solo comportan una dificultad interpretativa, sino que además no reflejan claramente una realidad evidenciable objetivamente por el investigador que los aplica, por lo cual éste acude a sus criterios personales para definirlos. El ideal sería que el legislador los concretará debidamente enmarcándolos en el contexto real de la administración pública.

Se entiende en consecuencia, que el margen de discrecionalidad proveniente de esa indeterminación perjudica la garantía de la legalidad disciplinaria y en parte el error obedece a que mediante esos criterios el investigador más que clasificar la conducta como falta grave o leve termina reafirmando el criterio de culpabilidad con el cual la juzgará como dolo o culpa ya gravísima o grave.

Es por tanto un reto para los estudiosos del derecho disciplinario replicar y profundizar sobre este tema en aras de propender por la proporcionalidad en la aplicación de las sanciones disciplinarias.

²⁰ Ibidem.

Referencias

- Decreto 482. (19 de febrero de 1985). Presidencia de la República. *Por el cual se reglamenta el régimen disciplinario consagrado en la ley 13 de 1984*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 36875 de febrero 27 de 1985. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=14281>
- GIL GARCÍA, L. M., GARCÍA CORONADO, G., & Esteban GARCÍA, R. (2009). Relaciones Especiales de Sujeción. *Revista Prolegómenos. Derechos y valores*, XII(23), 177-192. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/876/87617260014.pdf>
- GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. (2007). *Dogmática del derecho disciplinario* (Cuarta ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- JALVO, B. M. (2006). *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos: fundamentos y regulación sustantiva*. Valladolid, España: Editorial Lex Nova.
- Ley 13. (9 de marzo de 1984). Congreso de la República. *Por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 36588 de marzo 20 de 1984. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=14630>
- Ley 136. (2 de junio de 1994). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 41.377 del 2 de Junio de 1994. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=329>
- Ley 200. (28 de julio de 1995). Congreso de la República. *Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=318>
- Ley 734. (5 de febrero de 2002). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html
- MONTERO CARTES, C. (2015). La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio. *Revista de Derecho Público*, 82, 111-141. Obtenido de <http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/37285/38840>

- RAMÍREZ, M. L. (Enero-Junio de 2009). Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito Español. *Revista Universitas*(118), 273-291. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/825/82516351012.pdf>
- RODENAS, Á. (s.f.). En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(24). Obtenido de <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD23080718.pdf>
- Sentencia C-075. (20 de febrero de 1997). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Hernando Herrera Vergara*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-1400. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-075-97.htm>
- Sentencia C-122. (22 de febrero de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia.: expediente D- 8596. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-122-12.htm>
- Sentencia C-124. (18 de febrero de 2003). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Jaime Araujo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-4075. Obtenido de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-124-03.htm>
- Sentencia C-181. (12 de marzo de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. San José de Cúcuta, Colombia: Referencia: expediente D-3676. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-181-02.htm>
- Sentencia C-214. (28 de abril de 1994). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C., Colombia: REF: Expediente D-394. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-214-94.htm>
- Sentencia C-286. (27 de junio de 1996). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-1116. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-286-96.htm>
- Sentencia C-350. (20 de mayo de 2009). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-7394. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-350-09.htm>
- Sentencia C-450. (4 de octubre de 1995). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia:

expediente D-849. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1995/C-450-95.htm>

Sentencia C-563. (7 de octubre de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell & Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-1989. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-563-98.htm>

Sentencia C-818. (9 de agosto de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5521. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>

Sentencia C-948. (6 de noviembre de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Álvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expedientes D-3937 y D-3944. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-948-02.htm>

SESÍN, D. (2011). Alcances del control judicial de la potestad disciplinaria y sus elementos discrecionales. Obtenido de <http://colegiodederechodisciplinario.com/djs2.html>

SILVA GARCÍA, G. (2000). La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 21(68), Ponencia presentada en las XXII Jornadas de Derecho Penal y Criminología.

