	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 26

COLISIÓN DE PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES CON RESPECTO A LA ILICITUD SUSTANCIAL

DANIEL CADAVID CASTAÑO
 Institución universitaria de Envigado
 danielcadavid949@gmail.com
SANTIAGO RESTREPO ARBOLEDA
 Institución universitaria de Envigado
 santiago.r.a@hotmail.com

Resumen: El derecho disciplinario encuentra su columna vertebral en la ilicitud sustancial, elemento que lo hace independiente de las demás ramas del derecho, este puede ser entendido como categoría dogmática o como principio. Esta última acepción es un desarrollo del principio constitucional de la presunción de inocencia, que al ser comparado con los principios del régimen de inhabilidades e incompatibilidades podrán ser ponderados con el fin de identificar situaciones en las cuales primen unos u otros.

Palabras claves: *Derecho disciplinario, ilicitud sustancial, inhabilidad, incompatibilidad, principio, ponderación, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva.*


Abstract: The disciplinary law find his main point in the wrongfulness pithy element how make independent to the others branches law, this can be understood like dogmatic category o like rule. This last meaning is a development of constitutional rule of innocence presumption, when is compared with de rules disabilities and incompatibilities regime could be weighted with the purpose of identify situations which prevail one about others

Key words: Disciplinary law, wrongfulness pithy, disability, incompatibility, rule, weighting, objective responsibility, subjective responsibility.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la constitución de 1991 el paradigma jurídico colombiano sufrió un cambio bastante grande, el cual volcó todas las ideas jurídicas y concepciones sobre el derecho de escala nacional a un nuevo horizonte, este fue llamado el Estado Social De Derecho. La auto

proclamación que se hace en la constitución como estado social de derecho, que en últimas termina siendo un estado constitucional, fue cobijando todas las ramas del derecho, no es un mismo momento ni las misma intensidad pero si con la misma importancia.

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 2 de 26


El derecho disciplinario al ser una rama del derecho público fue cobijado por los principios constitucionales a una gran escala lo que hace que desde la concepción de la falta hasta el procedimiento disciplinario no se pueda desconocer los preceptos constitucionales que se dictan por la norma de normas, igualmente los principios que rigen el derecho disciplinario en su mayoría son el desarrollo de los principios constitucionales.

Como bien es sabido el derecho disciplinario utiliza el sistema de *números apertus* el cual remite a otras normas para completar la sanción, como es el caso de la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Igualmente las distintas normas que regulan las inhabilidades e incompatibilidades son

normas que deben ceñirse a lo que disponga la constitución e igualmente se rigen por unos principios que desarrollan los mandatos constitucionales.

Al tratarse ambos de principios en procura del orden constitucional, debemos remitirnos a lo que ha dicho el máximo órgano encargado de la defensa de la constitución sobre los principios y una eventual colisión. Acogiendo la teoría del profesor Robert Alexy, los principios en abstracto tienen el mismo valor, y es en un caso concreto cuando se puede determinar la primacía de unos sobre otros.

El presente trabajo tiene como finalidad determinar cuáles son los parámetros para solucionar una colisión entre la ilicitud sustancial del derecho disciplinario y los principios de idoneidad, moralidad,

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 3 de 26

probidad y eficacia, los cuales rigen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Con la finalidad de tener unos criterios base para poder resolver una colisión de principios de esta materia.


Se indicaran entonces la naturaleza del derecho disciplinario para entender la funcionalidad del principio de la ilicitud sustancial, se describirán los principios que rigen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y se indicaran cuáles son los parámetros a tener en cuenta para resolver una colisión de estos principio de cara al test de proporcionalidad.

2. NATURALEZA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

El derecho disciplinario es una rama independiente dentro del ordenamiento

jurídico colombiano, es por esta razón que tanto su naturaleza como su estructura se diferencian de las demás ramas del derecho. Lo que hace necesario ubicarlo dentro del mundo jurídico para abordar correctamente el tema.

La denominada *máxima iure divitio* clasifica el derecho en dos grandes ramas; la primera de ellas (rama del derecho privado) es la encargada de regular las relaciones que se pueden presentar entre los particulares cuando realizan actividades para desarrollar el comercio, sus facultades inherentes como personas en relaciones intersubjetivas y las demás propias de cada individuo. La segunda (rama del derecho público) es la que se encarga de regular las relaciones que los particulares tienen con el estado y éste con otros de su misma naturaleza jurídica.


	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 4 de 26

Dentro de esta rama existe una sub-categoría encargada de la regulación de la potestad sancionatoria que tiene el estado para vigilar las conductas de los particulares denominada derecho sancionador (Ordoñez, 2009).

El derecho disciplinario es una especie del derecho sancionador el cual es el encargado de vigilar aquellos sujetos que en virtud de una relación especial de sujeción cumplen una función pública, o a los particulares que si bien no poseen esta relación especial cumplen de alguna manera una función pública. Esta vigilancia posee dos objetivos, el primero es sancionar a todos los sujetos que han incurrido en una conducta sancionable, logrando así restablecer el ordenamiento jurídico, y la segunda busca prevenir que los demás sujetos incurran en estas

conductas. Al igual que las otras ramas del derecho sancionador, el derecho disciplinario tiene la característica de ser personalísimo, pues las sanciones que se imponen son limitaciones a derechos (muchas veces fundamentales) y no hay razón para que las conductas que realiza cada sujeto trasciendan a su grupo familiar (sucesores), a diferencia del derecho privado, pues las sanciones a imponer son en mayor medida pecuniarias (Ordoñez, 2009).

La limitación a los derechos fundamentales, en razón de una sanción, que impone el estado como desarrollo a una potestad, deberá tener una justificación más allá de la mera realización de una conducta; es por esto que existe la necesidad un elemento subjetivo que permita estructurar la falta


	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 5 de 26

disciplinaria de forma inescindible a un elemento volitivo de la conducta, quiere decir esto que para que una conducta sea sancionable disciplinariamente, la persona que realizó la actuación haya tenido la intención de llevar a cabo la conducta que transgredió el ordenamiento jurídico, o mínimamente fue imprudente en su actuar. Este requerimiento se debe a que al tratarse de una limitación a los derechos fundamentales estos no pueden ser limitados legítimamente por el estado sin que exista un elemento subjetivo en la persona que realizó la conducta que lleve a pensar que por su culpa se llegó a un determinado resultado. Esto es lo que la doctrina denomina responsabilidad subjetiva.

Tales exigencias han llevado a que en el derecho disciplinario se proscriba toda

clase de responsabilidad objetiva, aquella que imputa un determinado resultado por la mera realización de una conducta. Y con el fin de acomodar la estructura de la falta disciplinaria a la responsabilidad subjetiva se construyó una responsabilidad disciplinaria que dependa de tres elementos fundamentales que son: la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpa (Ordoñez, 2009).


Si bien es cierto que la culpa es el elemento en donde se ubica el componente subjetivo que permite identificar la responsabilidad disciplinaria como una responsabilidad subjetiva, la ilicitud sustancial juega un papel importante en el desarrollo de este tipo de responsabilidad, ya que ésta, entendida como categoría dogmática, exige la ausencia de justificación de la conducta;

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 6 de 26

de otro lado tenemos la ilicitud sustancial entendida como principio, ésta indica que se debe presentar una verdadera afectación al deber sustancial (Ordoñez, 2009).

Dicho de otra forma, para que una conducta tenga trascendencia disciplinaria, es necesario que haya una afectación en el deber funcional sin que exista una justificación razonable para ello, pues el concepto de ilicitud sustancial se refiere al incumplimiento de los fines esenciales del estado cuando una persona, teniendo la obligación de cumplirlos y salvaguardarlos, no lo hace, generando con esta conducta una afectación en los valores constitucionales de la función pública.

Un servidor público o bien un particular que cumple funciones públicas puede realizar un ilícito disciplinario cuando se extralimitan en sus funciones, cuando realiza una prohibición, cuando incumple sus deberes y cuando viola el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés. Las sanciones por la extralimitación, realización de prohibiciones y el incumplimiento de deberes tienen implícita la afectación al deber funcional, pues cuando una persona que tiene el deber de cumplir los fines del estado, y deja hacerlo o lo realiza de manera incorrecta, desconoce el elemento fundamental de la función pública por lo que se configura en una conducta susceptible de ser reprochada por el derecho sancionador (Ordoñez, 2009).

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 7 de 26

A pesar de lo anterior y teniendo claro que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se encuentra establecido por mandato constitucional y legal, el solo hecho de imponer una sanción a una persona cuando configure las causales de este régimen, dicha situación es violatoria del principio constitucional de presunción de inocencia y del principio disciplinario de la ilicitud sustancial, como elemento fundamental de la falta disciplinaria.

Al estar fundamentados en principios constitucionales, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades posee principios propios que desarrollan estos preceptos, y aunque constituyen verdaderas normas de optimización, no son susceptibles de aplicar los métodos tradicionales para resolver colisión de

normas, pues estos aplican los criterios de cronología, especialidad y jerarquía, pues al ser principios estos deben ser ponderados.

La razón por la cual la colisión de un principio con otro no puede ser resuelta atendiendo a los criterios anteriormente mencionados, es que los principios son atemporales, y estos solamente colisionan cuando están frente a un caso en concreto, pues en abstracto no poseen jerarquía y ninguno posee mayor valor que otro.

2.1. La ilicitud sustancial

La concepción del derecho como una rama autónoma se debe en gran medida a la ilicitud sustancial, esta es llamada la columna vertebral del derecho disciplinario (Ordoñez, 2009).

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 8 de 26

La ilicitud sustancial puede ser entendida como principio o como categoría dogmática de la falta disciplinaria (Ordoñez, 2009) debido a que este concepto desarrolla dos puntos importantes no solo para el derecho disciplinario en sí mismo, sino para el derecho sancionador en general; pues como principio le da un desarrollo al principio constitucional de la presunción de inocencia y reafirma la responsabilidad subjetiva propia de los procesos sancionatorios, como categoría dogmática le da una estructura a la falta disciplinaria inconfundible, la cual la dota de independencia y lógica jurídica.

2.1.1 La ilicitud sustancial como principio: Este principio es un despliegue del principio constitucional de la presunción de inocencia, pues en virtud

de este una conducta no será sancionable si no hay una afectación del deber funcional, se requiere entonces para que la conducta constituya falta, que trascienda más allá de una mera conducta descrita típicamente por el legislador (Ordoñez, 2009).

Cuando una conducta encaja en la descripción típica que hace el legislador sobre una posible conducta disciplinable, aún no se está en frente de una falta disciplinaria, pues es necesario que con la realización de dicha conducta se ponga en peligro grave o realmente se de una afectación a un deber funcional, y no a cualquier deber funcional, sino al que el servidor público o particular estuviere en el deber de cumplir. En este orden de ideas solo serán sancionables las transgresiones a un deber funcional

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 9 de 26


cuando dicha función estuviere en cabeza de dicha persona.

Se debe partir entonces de una verdadera vulneración, la cual no puede confundirse con simples formalismos, el cumplimiento del deber por el mero deber (Ordoñez, 2009) pues como ya se dijo, este deber existe constitucional y legalmente para que el estado pueda desarrollar sus fines. No podrá existir función que no desarrolle un fin del estado, por lo tanto no podrá existir falta disciplinaria sin una conducta que comprometa los fines del estado.

De esta manera la ilicitud sustancial como principio exige una conducta lesiva no de bienes jurídicos como en el derecho penal, sino lesiva a un deber al funcionamiento de los fines del estado.

Este principio es un desarrollo a la garantía constitucional del debido proceso, la cual entre otros muchos principios contiene implícitamente el principio de la presunción de inocencia, de tal manera que la ilicitud sustancial busca que no se estén dando presunciones *in malan parte* al extremo débil de la investigación disciplinaria, que no sea una presunción al cometimiento de una conducta disciplinable sin la siquiera vulneración a un fin del estado por parte de un sujeto disciplinable.

En últimas la ilicitud sustancial como principio que desarrolla el principio constitucional de la presunción de inocencia, está creado para evitar que por la realización de una conducta típicamente descrita, sea susceptible de ser sancionada.

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 10 de 26


2.1.2. La ilicitud sustancial como categoría dogmática: La falta disciplinaria se compone de tres elementos una conducta típica, sustancialmente ilícita y culpable, centrándonos en la ilicitud sustancial, que a su vez se compone de tres elementos, a saber antijuridicidad sustancial, deber funcional y ausencia de justificación (Ordoñez, 2009, p. 23).

2.1.2.1 La antijuridicidad sustancial: este elemento de la ilicitud sustancial se refiere a que las faltas disciplinarias deben tener una vulneración, el derecho disciplinario no tutela bienes jurídicos tutelados si no la correcta realización de los bienes jurídicos del estado, por lo tanto se presenta una conducta disciplinable cuando la conducta (activa o

pasiva) tiene incidencia negativa en esos fines

2.1.2.2 El deber funcional: Es la conducta que se le era exigible al servidor público o particular que presta función pública, son sujetos disciplinables los que se encuentran en una relación especial de sujeción y en virtud de esta poseen unas funciones, las cuales se desarrollan a manera de deberes cuyo incumplimiento supone una vulneración a los fines esenciales del estado

2.1.2.3 Ausencia de justificación: Para que la conducta se sancionable se requiere la exigibilidad de otra conducta, es necesario que el agente hubiera tenido la posibilidad de actuar de otra forma pues de lo contrario su conducta no será considerada una falta para algunos

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 11 de 26

autores las causales de exclusión de la responsabilidad son distintas a las justificación pues las primeras impiden la estructuración de la culpa las segundas la estructuración de la ilicitud sustancial.


3. EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Las inhabilidades e incompatibilidades son las circunstancias que le impiden a un servidor público o eventualmente a un particular realizar una actividad ostentar un cargo o ejecutar un contrato de forma simultánea o por determinado periodo de tiempo. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades protege unos principios de la administración pública, estos son: idoneidad, moralidad, probidad y eficacia (Herrera, 1994).

3.1 Principio de idoneidad.

El principio de idoneidad, también conocido como principio de idoneidad comprobada encuentra su sustento en el artículo 191 de la constitución. La función de este principio es exigir a los servidores públicos las aptitudes necesarias para desempeñar un cargo (Rojas, J 2004).

El principio de idoneidad cumple, entonces, una doble función: por un lado, permite a los interesados en ocupar un puesto público competir en condiciones de igualdad, con lo que se garantiza el derecho al acceso a la función pública consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humano; por otro lado, permite que se nombre en los puestos públicos a las personas más aptas para desempeñarlos, con lo cual se busca

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 12 de 26

cumplir con el deber de eficacia en la actuación de la Administración Pública. (Rojas, 2004, p.8)

3.2 Principio de probidad.

La probidad es la integridad y la honradez en el actual, según la definición de la palabra. La probidad es una virtud, un valor ético que debería ser practicada por todos los hombres; al ser un valor ético, genera una convicción profunda en el interior del individuo, determinando su manera de ser y orientando su conducta, involucrando además sus sentimientos y emociones (Hernández, O, 2010).

Visto como principio, la probidad consiste en que el servidor público deberá observar, en el desempeño de su función pública, una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de su cargo,

privilegiando el interés general sobre el particular. Es la obligación de los funcionarios de desempeñarse en forma honesta y tener una conducta éticamente intachable, entregándose por entero en forma leal al desempeño de su cargo haciendo prevalecer el interés público sobre el privado. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones, en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones, en la integridad ética y profesional administración de los recursos públicos que se gestionan (Hernández, O, 2010).

3.3 Principio de moralidad.

El alcance jurídico, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la moralidad administrativa no sólo es

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 13 de 26

complejo, sino que exige establecer el posible vínculo entre moral y derecho. Esta relación se ha hecho más difícil porque en el ejercicio de estas acciones y en la forma de dirimir las entra en juego la abstracción e individualidad en la comprensión de lo que puede ser o no “moral”. Por esta razón es necesario restringir el ámbito de aplicación del concepto, precisando que no se refiere a la moralidad propia de una religión en particular, por ejemplo, sino en general a las normas básicas de un comportamiento racional, acorde a los valores de las comunidades políticas occidentales, valores que de manera explícita o implícita se encuentran en el ordenamiento jurídico nacional y particularmente en la carta política de 1991. Conforme a estos lineamientos, las actuaciones de los servidores públicos

deberán regirse por la ley y la moral propias del ejercicio de la función pública, conforme al mandato constitucional.

En este orden de ideas, la moralidad administrativa persigue que toda la gestión administrativa estatal esté encaminada al recto cumplimiento de los principios, reglas y valores establecidos en la Constitución y en las leyes y, por ende, se encuentra consagrada en la defensa del colectivo general. En estas condiciones la moralidad administrativa expresa la exigencia de una forma de vida social; y debería ser un referente de la sociedad y de los miembros de la misma, ya que la función de los gobernantes es guiar las actuaciones del Estado, para cumplir con los cometidos esenciales de servir a los gobernados, de promover la

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 14 de 26

prosperidad general y de garantizar la efectividad de sus principios, deberes y derechos. (Mora y Rivera, 2008, P.66): “Según este principio, las actuaciones de los servidores públicos deben regirse por la Ley y la Ética propias de la función pública”. La jurisprudencia colombiana ha enfatizado el carácter de “norma en blanco” que tiene la normatividad relacionada con la moralidad administrativa. En consecuencia, deja al juez la labor de interpretación de la misma, conforme a la hermenéutica jurídica. Así, la sección tercera del Consejo de Estado ha expuesto en reiteradas ocasiones que la moralidad administrativa se presenta como un concepto que no es inmanente al ser, es una guía, un derrotero que se aplica como un principio inherente al ejercicio del poder especial de la función

administrativa, que se convierte en un marco legal bajo el cual se deben ejercer las funciones (Consejo de Estado, expediente AP-057). De manera similar (García y Fernández, 2004:465) entienden los conceptos jurídicos denominados “norma en blanco”. En su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad” (Consejo de Estado, 2004) .

3.4 Principio de eficacia.


Sobre este principio la corte constitucional ha dicho: “Con fundamento en esto, la jurisprudencia de

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 15 de 26

esta Corte ha protegido el denominado “*principio de eficacia de la administración pública*” (Hernández, O 2010), según el cual las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos. Dichas problemas constituyen deficiencias atribuibles a deberes específicos de la administración, y así las mencionadas soluciones han de ser ciertas, eficaces y proporcionales a éstos. En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido, por ejemplo que el principio de eficacia de la administración imprime obligaciones a las autoridades carcelarias para garantizar niveles de dignidad en las condiciones y manejo integral de la población de internos del país (T-412/09, T-515/08).

También, cuando la población ha sido víctima de desastres naturales, se ha ordenado a la administración tomar las medidas necesarias para superar dicha situación, y ha hecho énfasis en la eficacia de éstas (T-1094/02). En relación con el acceso de la población indigente a información y a programas especiales de atención, esta Corte ha garantizado de manera íntegra la eficacia y eficiencia de las acciones de las autoridades, y ha dispuesto la improcedencia de eximentes para ello, incluso ha rechazado el argumento de la indisponibilidad presupuestal (T-646/07, T-166/07).


Como se ve, el principio de eficacia de la administración pública, impide a las autoridades administrativas permanecer impávidas o inactivas frente a situaciones que afecten a los ciudadanos; además de

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 16 de 26

configurarse como un fin hacia el cual deben tender dichas autoridades. En este orden, la implementación práctica de ello supone la obligación de actuación de la administración, y de la real y efectiva ejecución de medidas, y no sólo la aceptación o reflexión sobre aquello que requiere su intervención. De ahí, que la jurisprudencia constitucional haya puntualizado también la necesidad de considerar los procedimientos de las autoridades bajo la noción de debido proceso administrativo.

Por último, vale la pena destacar que el legislador ha aplicado también de manera intensa el principio de eficacia de la administración pública, pues en la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 790 de 2002 por la cual se expidieron las disposiciones para

adelantar el programa de renovación de la administración pública, esto es para la liquidación de entidades del Estado, justificó dicha política en la necesidad de hacer eficiente el desempeño de las funciones propias de las autoridades y entidades del Estado. En la actualidad existe una clara y nociva multiplicación de entidades públicas que agobian al ciudadano, causan descoordinación en la acción pública y hacen inviable cualquier presupuesto estatal. El crecimiento del Estado en su conjunto ha sido excesivo y la estructura fiscal del país no es sana. La reforma es imperativa no sólo porque de ello depende la consolidación del Estado social de derecho, sino porque de no producirse el proceso de ajuste, los gobiernos futuros tendrán que afrontar una crisis fiscal que paralizará la inversión social y pondrá en grave riesgo

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 17 de 26

la estabilidad macroeconómica del país.


El Estado es hoy permisivo con la corrupción, gigante en politiquería y avaro con lo social, por lo que se requiere adoptar medidas que reviertan esta situación. De lo cual se concluye que también por razones económicas y de estructura política, el principio de eficacia de la administración pública genera obligaciones de las entidades que conforman el Estado, y derechos correlativos de los ciudadanos (Ley 790 de 2002).

De los anteriores principios que rigen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se puede concluir que su función es asegurar una adecuada selección de los servidores públicos y demás personas que desempeñan una función pública, garantizando la

imparcialidad durante todo el proceso de selección, con la finalidad de posesionar del cargo a las personas con las cualidades físicas (intelectuales) y morales necesarias para desempeñar su función.

4. LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Para abordar de forma correcta el tema se debe empezar con una definición de lo que son los derechos fundamentales. Un derecho fundamental en términos constitucionales son las garantías mínimas que debe reconocer un estado a las personas por el solo hecho de serlas, lo que amplía su reconocimiento no solo a los derechos consagrados en los artículos 11 al 42 de la constitución, estos tienen un amplio contenido moral y no pueden

 <p>INSTITUCION UNIVERSITARIA DE ENVIGAO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 18 de 26


ser limitados ni siquiera en estados de excepción.

El respeto a los derechos fundamentales es un respeto a la persona misma, a las normas de la sociedad, por lo tanto una vulneración grave a los derechos fundamentales es llamado un crimen de lesa humanidad pues atenta contra todo el conjunto social. Desde las escuelas *ius naturalista* y *ius positivistas* se tienen puntos de vista distintos del origen de los derechos, la escuela *ius naturalista* sostiene que los derechos son productos bien sea de la naturaleza o de Dios, la escuela *ius positivista* por otro lado sostiene que son convenciones generados entre los hombres.

Como ya se expresó, los derechos fundamentales no se limitan a los

artículos 11 al 42 de la constitución pues uno de los puntos de interpretación de los derechos fundamentales más importante es el bloque de constitucionalidad que se encuentra en los artículos 93 y 94, el primero de ellos tiene una función integradora, integrando como derecho fundamentales los tratados celebrados válidamente por el estado colombiano, el segundo de ellos es la llamada cláusula Martens que incluso integra los tratados no celebrados a través de normas del *ius cogens*.

En un principio la corte constitucional utilizó el criterio de la conexidad, este permitía integrar a derechos de segunda y tercera generación con derechos fundamentales para buscar su protección, sin embargo para no incurrir en la instrumentalización del ser humano en


	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 19 de 26

donde solo se le otorgaba protección a los derechos siempre y cuando se vulnerara un derecho de mayor relevancia en 2008 se revaluó la conexidad y se optó por considerar a todos los derechos que se encuentran en la constitución como fundamentales sumados a los que integra el bloque de constitucionalidad. Un claro ejemplo de esto es la salud considerada como derecho pues en un principio era protegida por el mecanismo de la tutela solo cuando se consideraba en conexidad con la vida actualmente al ser un derecho universal no se puede supeditar su reconocimiento a razones de pago o nacionalidad.

En la constitución se encuentran dos tipos de normas, los principios que únicamente tiene un enunciado que da un reconocimiento expreso de un derecho; y

las reglas que tienen un supuesto y de hecho una consecuencia jurídica, caso del artículo 29 en donde se considera nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso. Las normas-principio tienen un alto contenido moral por lo que son de difícil interpretación trascienden al campo de la filosofía moral y la ética por lo tanto para su interpretación no se usa el método tradicional de la subsunción si no el de la ponderación lo que permite argumentar la no aplicación de total o parcial de otra norma-principio, pues estos en su núcleo esencial prevalecen el uno sobre cuando se colocan en concreto (Constitución política de Colombia, 1991).

Las antinomias de principio se resuelven con el test de proporcionalidad empezando por buscar argumentos a

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 20 de 26

favor del derecho al que se le pretende dar prelación bien sea por la protección de otros derechos fundamentales, para alcanzar los fines constitucionales o para excluir fines anticonstitucionales. (Alexy, 1983).


El test de proporcionalidad se compone de varios juicios, estos son el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

El test de idoneidad puede ser leve cuando la medida tenga alguna aptitud para alcanzar el fin, intermedia cuando no solo es adecuado para el fin, es importante pero no imperioso y estricto cuando el fin es imperioso. Lo que se debe hacer es determinar la entidad del fin para definir cuál de los test se debe aplicar y una vez definido aplicarlo, este

es el denominado test integrado de igualdad.

El test de necesidad se aplica solo cuando se supera el test de idoneidad, es buscar si existen otras medidas igualmente idóneas pero que sean menos lesivas.

El test de proporcionalidad en sentido estricto se aplica luego del test de necesidad consiste en una comparación entre Identificación de la afectación del derecho fundamental y la medida de satisfacción del fin es una relación costo-beneficio, este tiene varios pasos, primero se sopesan en abstracto el peso de ambos principio teniendo en cuenta los tips de prevalencia (el enunciado expreso prima sobre el implícito, los principios individuales priman sobre los colectivos,

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 21 de 26

la prevalencia de los niños sobre los adultos) luego se analiza la seguridad de las premisas empíricas y es realizar un estudio del efecto que produce el reconocimiento de un derecho sobre otro en la realidad.


5. LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Habiendo hecho un desarrollo de los principio que rigen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y el principio de ilicitud sustancial como desarrollo constitucional de la presunción de inocencia encontramos que no en todos los casos en que una persona incurra en una inhabilidad o incompatibilidad estará cometiendo una falta disciplinaria en el entendido de que el mero hecho de incurrir en una conducta

típica no significa que la misma sea sustancialmente ilícita.

Si realizamos una comparación entre las inhabilidades e incompatibilidades y la ilicitud sustancial entenderemos la razón por la cual incurrir en una de estas situaciones acarrea consecuencias disciplinarias y es que al servidor público no es dable otra conducta que la de ser recto en su actuar, poseer los aptitudes necearías para desempeñar el cargo que se le encomienda.

Lo cual nos lleva a la pregunta que dio origen al planteamiento para iniciar el trabajo investigativo del presente trabajo; si lo que se busca es realizar un proceso de selección que permita la imparcialidad, con el fin de buscar una persona con las aptitudes necesarias para el cargo ¿el mero hecho de incurrir en una inhabilidad

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 22 de 26


o incompatibilidad es incurrir también en una falta disciplinaria? Teniendo en cuenta que la ilicitud sustancial exige una verdadera vulneración el deber funcional o dicho de otra forma una no realización de los fines esenciales del estado.

Es claro que si una persona desempeñó o desempeña una función pública de forma intachable cumpliendo a cabalidad con los requisitos que se le exigían en dicho cargo y cuyo desempeño fue el indicado para cumplir con función encomendada no habrá razón para sancionarlo por esto. Igualmente lo más lógico es pensar que una persona con estas cualidades pueda desempeñar un cargo similar, incluso uno distinto en la administración pública, sin importar el tiempo que haya transcurrido desde la dejación del primer encargo, o las

relaciones inter personales con las personas que hagan parte de la entidad en donde se pretenda ocupar la vacante.

La transparencia en la selección del personal es un deber del estado para garantizar el acceso a los cargos públicos y no podrá negar ese acceso a personas que hayan demostrado tener las aptitudes necesarias para el cargo que al que se aplica.

Para concretar la imposición de una sanción disciplinaria por el mero hecho de incurrir en una inhabilidad o incompatibilidad es violatoria al principio de ilicitud sustancial inclusive al principio de presunción de buena fe, pues el estado debe probar una verdadera vulneración al deber funcional, deberá demostrar que los principio de idoneidad, moralidad,

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 23 de 26

probidad y eficacia fueron desconocidos atentando así contra los fines del estado pues de lo contrario se estaría sancionando una conducta por su mera realización sin tener en cuenta primero su trascendencia en el mundo jurídico, convirtiendo el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en una responsabilidad objetiva.

En el eventual caso de una colisión entre estos principio se deberá tener en cuenta que al darle primacía a uno sobre otro el bien común, la colectividad deberá ser la menos vulnerada. Se deberá tener en consideración la persona en su aspecto interno y lo que reflejo en el cargo que desempeñaba. Por último se deberá tener en cuenta el impacto que produzca el desconocimiento de los principios que rigen el régimen de inhabilidades e

incompatibilidades y el principio de ilicitud sustancial para darle primacía a uno o a otro.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Tanto los principios del régimen de inhabilidades e incompatibilidades como el principio de ilicitud sustancial al ser principios que desarrollan a su vez principios constitucionales pueden entrar en colisión.

Para que exista una conducta disciplinable es necesario una vulneración al deber funcional y con este una afectación a los fines esenciales del estado.

Aplicar sanciones a las personas que estén inmersas en una inhabilidad o

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 24 de 26

incompatibilidad por el solo hecho de estarlas, es una violación al principio de ilicitud sustancial.

Frente a un caso en el que se deba ponderar los principios de moralidad, probidad, eficacia e idoneidad con el principio de ilicitud sustancial se deberán tener en cuenta los criterios del bien común sobre el particular, las condiciones que haya demostrado la persona en anteriores cargos y el impacto que tendría inaplicar uno u otro principio.

7. REFERENCIAS

Alexy, R. (1983). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima, Perú: Palestra

Consejo de Estado, expediente AP-057

Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 1994, Magistrado Ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia T-166 de 2006, Magistrado Ponente, Doctor Jaime Araújo Rentería.


Corte Constitucional, Sentencia T-412 de 2009, Magistrado Ponente, Doctora María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia T-515 de 2008, Magistrado Ponente, Doctora Clara Ines Vargas Hernandez.

Corte Constitucional, Sentencia T-646 de 2007, Magistrado Ponente, Doctor Manuel Jose Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-1094 de 2002, Magistrado Ponente, Doctor Nilson Pinilla Pinilla.

Hernandez, O (2010). *Aproximación al concepto jurídico de la administración pública*. Recuperado de

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 25 de 26

<http://lamoralidadadministrativacolombiana.blogspot.com/>

A%20JURISPRUDENCIA%201999-2005/Asesoría%20Publicaciones/El%20Principio%20de%20Idoneidad%20Comprobada.

Ordoñez, A. (2009). *Justicia disciplinaria, de la ilicitud sustancial a la ilicitud del acto*. Bogotá, Colombia: IEMP

C.V.:

Daniel Cadavid Castaño: Egresado no titulado del programa académico de Derecho de la institución universitaria de Envigado. Diplomado en Derecho Disciplinario.

Rojas, J (2004). *El principio de idoneidad comprobada*. Revista jurisprudencia. Recuperado de <http://cidseci.dgsc.go.cr/datos/REVIST>

Santiago Restrepo Arboleda: Egresado no titulado del programa de Derecho de la Institución Universitaria De Envigado. Diplomado en Derecho Disciplinario.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGAO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 26 de 26