

	ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS	Código: F-DO-0038
		Versión: 01
		Página 1 de 7

Carácter Subjetivo De La Ilícitud Sustancial Frente A La Falta Disciplinaria

Daniel Enrique Salazar Serna¹

Institución Universitaria de Envigado

Especialización en Derecho Disciplinario

2022

RESUMEN

Los principios y normas rectoras que rigen el derecho disciplinario, se fundan en el respeto de la dignidad humana, por ende, en derechos fundamentales principalísimos como lo son; el debido proceso, la legalidad, proporcionalidad, igualdad, favorabilidad, entre otros, los cuales, solo buscan que el proceso disciplinario sea lo más garantista posible, partiendo siempre de la presunción de inocencia.

La subjetividad que reviste lo que establece específicamente el artículo 9° de la Ley 1952 de, modificada por la Ley 2094 de 2021, podrían ir en contravía de muchos de los derechos y principios, no solo legales, sino constitucionales, ya que este le deja, tanto al que investigue la falta o conducta del disciplinado, como al que la juzga, la libre interpretación al momento de adecuar la ilicitud sustancial que pueda derivarse del hecho investigado.

Palabras clave:

Subjetividad, derechos fundamentales, sanción disciplinaria.

ABSTRACT

The guiding principles and norms that govern disciplinary law are based on respect for human dignity, therefore on fundamental rights that are very principal, such as these; due process, legality, proportionality, equality, favorability, among others, which only seek that the disciplinary process be as guarantor as possible, always starting from the presumption of innocence.

¹ Abogado, Especialista en Contratación Estatal (IUE), Estudiante Especialización en Derecho Disciplinario (IUE), E-mail: desalazars@correo.iue.edu.co.

	ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS	Código: F-DO-0038
		Versión: 01
		Página 2 de 7

The subjectivity that is specifically established in article 9 of Law 1952, modified by Law 2094 of 2021, could go against many of the rights and principles, not only legal, but constitutional, since this leaves him, both to the one who investigates the fault or conduct of the disciplined, and to the one who judges it, free interpretation at the time of adapting the substantial illegality that may arise from the fact investigated.

Key words:

Subjectivity, fundamental rights, disciplinary sanction.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de Ley 1952 de 2019 O Código General Disciplinario, modificado por la Ley 2094 de 2021, se hace necesario un trabajo a profundidad con el fin de promover, de conformidad con los principios constitucionales y tratados internacionales, la eficacia de la justicia disciplinaria, lo cual puede traducirse que se avance en esta materia. Esto tomará demasiada relevancia en materia procesal, tanto para los operadores disciplinarios, como para los implicados y sus apoderados. Planteo que el tema a tratar en el presente trabajo, es el cambio que nos trae el artículo 2° de la Ley 2094 de 2021, el cual modifico el artículo 9° de la Ley 1952 de 2019.

De lo anterior, se ve venir un debate interesante que hacía falta, y que será un gran reto a la hora de su aplicación, ya que el concepto de ilicitud sustancial, tal como lo plantea la nueva normatividad, en mi concepto, reviste un alto grado de subjetividad, ya que entrar a determinar, en qué grado la conducta afecta sustancialmente el deber funcional de un funcionario o servidor público.

Igualmente, las decisiones que se vienen en materia de sanciones disciplinarias, que se soporten en las categorías de tipicidad y antijuridicidad, desprovistos de un enfoque de ilicitud sustancial puede llevar a la autoridad disciplinaria a comprender que la responsabilidad se configura una vez se verifique la adecuación típica de la conducta.

Los retos que tienen los operadores disciplinarios, al momento de evaluar la culpabilidad del sujeto disciplinable, al tener el deber de determinar la ilicitud sustancial y la subjetividad que esta revista, al mismo tiempo, verificar de qué manera y en qué medida, esa conducta afecta el deber funcional, respetando los derechos fundamentales. Lo anterior, considerando que el concepto de ilicitud sustancial, como está concebido, su interpretación y aplicación, estarían al libre albedrío del operador disciplinario al momento de evaluarla.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<p>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</p>	Código: F-DO-0038
		Versión: 01
		Página 3 de 7

En la búsqueda de lo anterior, necesariamente tendremos que abordar temas, conceptos y principios tales como: la ubicación de la ilicitud o de la antijuridicidad en la conducta en materia disciplinaria; los elementos de la ilicitud en materia disciplinaria; conceptos básicos y criterio para entender de qué se trata la ilicitud sustancial; los derechos del disciplinado Vs el concepto de ilicitud sustancial, igualmente tendremos que reflexionar y cuestionarnos ¿cómo debe ser el criterio del operador disciplinario para determinar la ilicitud sustancial en cada caso particular?; lo mismo que consultar tratadistas en el tema y darle una mirada, si existe, al derecho comparado, entre otros planteamientos que surgirán a medida que nos adentremos en este tema.

La evolución positiva que se viene dando en materia disciplinaria, nos está llevando a constantes retos en su aplicación, ya que, frente a esta rama del derecho, “se consideran como faltas, las conductas que atacan el buen funcionamiento del aparato administrativo, teniendo siempre en cuenta que este no es un fin en sí mismo sino un medio para conseguir el interés público, el buen servicio a los ciudadanos. De ahí que no todo incumplimiento de los deberes constituya una falta disciplinaria”. (Jiménez, 1992)

La Subjetividad En Ilicitud Sustancial.

Debo empezar afirmando que la potestad sancionadora disciplinaria recae en cabeza del Estado, cuyo objetivo radica en “prevenir y sancionar” aquellas conductas que atenten contra el cumplimiento de los deberes que tienen los servidores públicos, o que con sus actuaciones se atente contra el adecuado funcionamiento y fines de la administración pública. En consecuencia, tenemos que la falta disciplinaria, se define como aquella conducta típica, antijurídica y culpable.

La Ilicitud Sustancial es el elemento que delimita la antijuridicidad de la responsabilidad disciplinaria, y se debe decir que el alcance de dicho concepto no ha sido definido de manera precisa por parte de la ley, ni de manera unánime por parte de la doctrina, ni muchos menos por parte de la jurisprudencia. Luego de exponer las reflexiones hechas respecto al alcance de la ilicitud sustancial, se argumentará el por qué se debe entender el alcance de ese concepto bajo la siguiente hipótesis: La ilicitud sustancial debe entenderse en términos de antijuridicidad material, lo cual apunta a que la falta, además de ser típica y culpable, debe vulnerar realmente la Función Pública como bien jurídico a proteger por el Derecho Disciplinario, o ponerla en peligro manifiesto, pues ese tipo de derecho sancionador debe ser estrictamente limitado, ya que sus consecuencias son muy gravosas para los derechos de la personas destinatarias de la Ley Disciplinaria.

	ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS	Código: F-DO-0038
		Versión: 01
		Página 4 de 7

Se hace necesario, para claridad del lector, referirme también al concepto de justicia, la cual es definida como “la aplicación práctica y concreta en cada situación o relación jurídica y que puede ser descubierto por el hombre a través de su razón”, mediante lo cual se busca una solución justa, donde sin duda alguna, entra el derecho disciplinario.

En relación con el aspecto subjetivo de la justicia, y según ULPIANO², a cada quien se le da lo que le corresponde, por lo que el funcionario al cual se le atribuye la facultad disciplinaria, debe ser competente, imparcial, desinteresado, independiente y objetivo. No obstante, más allá de que el funcionario disciplinario obre de manera imparcial, como debe ser, el proceso que adelante debe estar ajustado a los principios y normas que lo regulen, entendiendo la norma, como instrumento de la justicia y de lo justo, por lo que el titular de la potestad disciplinaria, mediante el juicio justo, garante del debido proceso, tendrá que ponderar entre la conducta y el deber funcional del disciplinado, y en consecuencia imponer la posible sanción de conformidad, con las posibles realidades que se le puedan oponer y la imposición de la sanción.

Ilicitud Sustancial

Teniendo en cuenta que el Derecho Disciplinario, se compone de principios y conceptos de otras ramas del derecho, en especial del administrativo, se debe dar por sentado que la conducta que se reproche y sea objeto de censura disciplinaria, debe ser típica, antijurídica y con culpabilidad. Frente al tema que nos ocupa en este acápite, “de la ilicitud sustancial”, el cual hace referencia al contenido antijurídico de la falta, la Ley 1952 de 2019 en su artículo 9º, el cual fue modificado por el artículo 2º de la ley 2094 de 2021, “La conducta del disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna.”, debe tenerse en cuenta entonces, que el punto central de esta norma, nos lleva a que para que la falta o conducta desplegada por un sujeto disciplinable sea antijurídica, debe controvertir fundamentalmente su deber funcional, el cual no es más que el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, lo mismo el cuidado y cumplimiento en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2002, M.P. Monroy Cabra, afirmó lo siguiente: “El derecho disciplinario valora la inobservancia de normas positivas en cuanto ello implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas. En síntesis, y al ir al campo práctico, la “ilicitud sustancial”, en términos de antijuridicidad, ha generado amplias discusiones, en el sentido de como determinar el alcance de este elemento estructural de la falta, por cuanto la sujeción del ente disciplinador, debe tener en cuenta la antijuridicidad como un concepto de lesividad, pudiese, según el caso en particular, amenazar o afectar bienes jurídicos tutelados.

² Justicia como virtud.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<p>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</p>	<p>Código: F-DO-0038</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 5 de 7</p>

Para poder comprender lo anteriormente dicho, se debe tener en cuenta que, la ilicitud sustancial va de la mano, o directamente relacionada, a la afectación del deber funcional, por lo que al evaluar la antijuridicidad de la conducta, se predica que esto se podrá establecer solo con validar si el sujeto disciplinable desconoció en términos sustanciales la norma subjetiva que lo determinaba a comportarse, de conformidad con el ordenamiento jurídico que regule en su momento las funciones que le fueren asignadas y la forma de comportarse en el ejercicio como servidor público.

Una vez analizados los relacionamientos entre el derecho disciplinario, con otras ramas del derecho, con principios y reglas y su relación con la ilicitud sustancial, se tiene que, la interpretación de dicho principio se debe determinar bajo un criterio de antijuridicidad material, pues afirmar que la falta disciplinaria surge cuando se presenta una actitud contraria a un deber consagrado en una norma, lleva a equívocos en lo que hoy se conoce como garantía de derechos fundamentales frente a la imposición de penas y sanciones, por lo que a su vez conllevaría a que el reproche disciplinario se deberá aplicar cuando la función pública se vea dañada o puesta en peligro por la acción u omisión del sujeto disciplinable en términos palpables. Ordoñez Maldonado define el deber funcional en los siguientes términos: “El deber funcional puede ser comprendido entonces, como una armónica combinación de elementos misionales y jurídicos que posibilitan el cumplimiento de los fines del Estado, por cuanto las funciones del agente estatal se encuentran en una relación de medio a fin respecto de los mismos objetivos del Estado.” Se tiene entonces que el deber funcional es un conjunto de elementos misionales y jurídicos, lo cual no delimita de manera clara qué se debe entender por deber funcional, situación que es grave teniendo en cuenta que el artículo 5° de la Ley 734 de 2002 en su definición legal de ilicitud sustancial hace énfasis en la infracción a un deber funcional, pues dicha norma precisa que la antijuridicidad de la falta disciplinaria se concreta en esa circunstancia. Así las cosas, el operador disciplinario siempre se encontrará en aprietos a la hora de concretar el contenido propio de la ilicitud sustancial para poder endilgar la responsabilidad disciplinaria, pues la ley no define con claridad qué es el concepto aludido.

Tenemos entonces que, según el concepto anteriormente citado, el deber funcional debe ser entendido como una combinación de elementos misionales y jurídicos. En ese orden de ideas es totalmente necesario hacer un análisis de cada tipología de dichos elementos a la hora de determinar la existencia de la ilicitud sustancial en cada caso concreto. Como ya se dijo, el operador o Juez disciplinario podría verse en apuros al momento de evaluar la conducta de un sujeto disciplinable, Maxime si hablamos de servidores públicos de elección popular de corporaciones públicas (senado, cámara, diputados, concejales y ediles), los cuales no son funcionarios públicos, no cuentan con superior jerárquico, ni con unos manuales de funciones claramente definidos, por lo que en comparación con otros servidores y funcionarios públicos, será más difícil disciplinarlos desde el punto de vista de la trasmigración sustancial a sus deberes funcionales.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS	Código: F-DO-0038
		Versión: 01
		Página 6 de 7

CONCLUSIONES

Al momento de evaluar la ilicitud sustancial de la conducta desplegada por el disciplinado, se debe evaluar en integralmente con la violación al deber funcional del mismo.

El buen entendimiento y adecuada aplicación del derecho disciplinario son necesarios para el encauzamiento efectivo de la conducta de los agentes del Estado.

En la medida que el operador disciplinario se aparte de los postulados antedichos, tarde que temprano, los jueces administrativos o constitucionales, incluso cortes internacionales, terminarán resarciendo los derechos de quien fue sancionado disciplinariamente en esas condiciones.

El derecho sancionador del Estado, debe corresponder a los fines y objetivos impuestos por él ordenamiento constitucional.

REFERENCIAS

- Jiménez, J. M. (1992). Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos. En J. M. Jiménez, *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos* (pág. 240). Madrid: M. Pons, Ediciones Jurídicas, 1992.
- Rodríguez, M.F. (2022). *Vicisitudes en la jurisprudencia para su construcción autónoma e independiente en Colombia*. M.F. Rodríguez, Editorial Ibáñez, 2022
- Ordoñez, A. (2009). *Justicia Disciplinaria, de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*, A. Ordoñez, imprenta Nacional de Colombia 2009.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Doceava Edición. Ed. Legis. 2004.
- VARIOS AUTORES. “Causales de mala conducta que constituyen falta disciplinaria”. En Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen Trece. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Primera Edición. Bogotá. 2009.
- Fallo 1614747 de 2010 Procuraduría General de la Nación.
- Ley 734 de 2002
- Ley 1952 de 2019
- Ley 2094 de 2021

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS	Código: F-DO-0038
		Versión: 01
		Página 7 de 7

Constitución Política de Colombia de 1991.