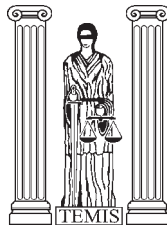


CARLOS MARIO ISAZA SERRANO

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DISCIPLINARIO

ASPECTOS HISTÓRICOS, SUSTANCIALES
Y PROCESALES

Segunda edición



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2009

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Prólogo de la segunda edición	XI
Prólogo de la primera edición	XIII

TÍTULO PRIMERO

HISTORIA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

CAPÍTULO I

ORÍGENES

CAPÍTULO II

ANTIGUAS INSTITUCIONES DISCIPLINARIAS

1. Del derecho peninsular	9
A) La visita	9
B) El juicio de residencia	11
C) La pesquisa	13
D) La purga de taula	13
2. De la Colonia	14
A) Las audiencias	14
B) Los oidores	15
3. De la Iglesia católica	16

CAPÍTULO III

HISTORIA Y EVOLUCIÓN LEGAL DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN COLOMBIA, A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1886

1. Constitución de 1886	17
2. Ley 4ª de 1913	18
3. Ley 165 de 1938	18

	PÁG.
4. Decreto 2091 de 1939	19
5. Ley 19 de 1958	19
6. Decreto 1679 de 1960	20
7. Decreto 1732 de 1960	21
8. Decreto 464 de 1967	21
9. Decretos 2400 y 3074 de 1968	22
10. Decreto 116 de 1973	22
11. Decreto 1950 de 1973	22
12. Decreto 2447 de 1975	23
13. Decreto 2492 de 1975	23
14. Decretos 2131 y 2132 de 1976	23
15. Decreto 2791 de 1979	24
16. Ley 13 de 1984 y decreto reglamentario 482 de 1985	24
17. Otras disposiciones	30

CAPÍTULO IV

HISTORIA Y EVOLUCIÓN LEGAL DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

1. Ley 200 de 1995	31
A) Antecedentes	31
B) Estructura del Código Disciplinario Único	32
2. Ley 734 de 2002 (nuevo régimen disciplinario)	32
A) Estructura	33

TÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

CAPÍTULO I

NOCIONES PRELIMINARES	37
-----------------------	----

CAPÍTULO II

EL ESTADO COMO ORGANIZACIÓN POLÍTICA Y EL PAPEL DE SUS SERVIDORES	40
--	----

CAPÍTULO III

PÁG.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y GESTIÓN
DE PERSONAL EN EL ESTADO

CAPÍTULO IV

DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO V

RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

CAPÍTULO VI

EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO
PARA LOS SERVIDORES DEL ESTADO

CAPÍTULO VII

DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

1. Generalidades	61
------------------------	----

CAPÍTULO VIII

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES
DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

CAPÍTULO IX

EL DERECHO DISCIPLINARIO COMO PARTE
DE LA REALIDAD ORGANIZATIVA DEL ESTADO
Y DEL ORDEN JURÍDICO

1. Introducción	71
-----------------------	----

CAPÍTULO X

NATURALEZA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

1. Definición del derecho disciplinario	84
---	----

	PÁG.
2. Objeto del derecho disciplinario	86
3. Método del derecho disciplinario	86

TÍTULO TERCERO

TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

CAPÍTULO I

DE LA FALTA DISCIPLINARIA

1. Introducción	91
2. Principio de reserva legal	91
3. Principio de legalidad	91
4. Del principio de tipicidad	95
5. De la noción de ‘falta disciplinaria’	97
6. Aspectos problemáticos de la tipificación de las faltas disciplinarias	99
7. Consideración de la culpabilidad en el proceso de tipificación de las faltas disciplinarias	99
8. Operatividad de los reglamentos	100
9. Manejo de los conceptos indeterminados o en blanco	101
10. Desarticulación del tipo disciplinario por la desaparición de uno de sus elementos subjetivos o normativos configuradores de su estructura legal	103
11. Círculo vicioso de la tipificación de las faltas en materia disciplinaria	104
12. Aplicación del principio de favorabilidad	105
13. Aplicación del principio de especialidad	105
14. Posibilidad de calificar una conducta de las tipificadas en el numeral 31 del artículo 48 del C. D. Ú., como falta grave o leve	106
15. Calificación de las faltas	106
16. Criterios para determinar la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias	108
A) El grado de culpabilidad	108
B) Naturaleza esencial del servicio	109
C) Grado de perturbación del servicio	109
D) Jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución	109
a) Falta de consideración para con los administrados	110
E) Trascendencia social de la falta o el perjuicio causado	110

	PÁG.
F) Modalidades o circunstancias como se cometió la falta	111
a) Cuidado empleado en la preparación	111
b) Nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el in- vestigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o fun- ción	111
c) Grado de participación	111
d) Haber sido inducido por un superior a cometer la falta	112
e) Cometer la falta en estado de ofuscación originado en circuns- tancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas	112
G) Motivos determinantes se apreciarán según se haya procedido por causas innobles o fútiles o por nobles y altruistas	112
H) Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos	113
I) La realización típica de una falta objetivamente gravísima come- tida con culpa grave será considerada falta grave	113
17. Del concurso de faltas disciplinarias	114

CAPÍTULO II

¿SOLO INTERÉS JURÍDICO O BIEN JURÍDICO?

1. De la noción de bien jurídico en materia disciplinaria	117
A) Introducción	117
2. El debate, como antecedente, sobre la existencia de bien jurídico en el derecho disciplinario con apoyo en las similitudes y diferencias con el derecho penal	121
3. Bien jurídico disciplinario	124
4. Deber funcional como bien jurídico	126
5. Excepciones a la noción de bien jurídico disciplinario	128

CAPÍTULO III

ILICITUD SUSTANCIAL

1. Introducción	132
2. Evolución doctrinal y de la jurisprudencia	135
3. Estado actual de la cuestión	136
4. Deber funcional	139
5. Afectación sustancial del deber funcional	143

6. Casos prácticos de evaluación de la afectación al deber funcional	149
A) Ilícitud sustancial	149
B) Ilícitud sustancial y calificación de la falta	150
C) Normas posiblemente infringidas y concepto de la violación	150

CAPÍTULO IV

CULPABILIDAD

1. Introducción	154
2. Fundamentos de la culpabilidad en materia disciplinaria	157
3. Estado actual de la doctrina en materia disciplinaria	163
4. Presupuestos de la culpabilidad en materia disciplinaria	167
A) El dolo y la culpa	168
B) Capacidad de culpabilidad	186
5. La no exigibilidad de un comportamiento oficial conforme al deber funcional	187
6. Aspectos prácticos de la culpabilidad según la ley 734 de 2002	188
7. El error en el derecho disciplinario	192

CAPÍTULO V

CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

1. Fuerza mayor o caso fortuito	197
2. Estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado	199
3. Cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales	200
4. Salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad	201
5. Coacción ajena o miedo insuperables	202
6. La convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria	203
7. Situación de inimputabilidad	204

TÍTULO CUARTO**TEORÍA DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS****CAPÍTULO I****DE LA NOCIÓN DE SANCIÓN**

	PÁG.
1. Naturaleza y clase de sanciones disciplinarias.....	213
2. Principios constitucionales y legales que rigen en la imposición de las sanciones disciplinarias	215
A) Principio de legalidad	215
B) El principio de irretroactividad.....	215
C) Principio de proporcionalidad.....	215
D) Principio de imposición	217
E) Principio de compensación	217
F) Prohibición de analogía	217
3. Clasificación de las sanciones	217
A) Principales y accesorias	217
B) Administrativas y judiciales	218
4. Sanciones disciplinarias	218
A) Destitución e inhabilidad general para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima	219
B) Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas	221
C) Suspensión para las faltas graves culposas	222
D) Multa para las faltas leves dolosas	222
E) Amonestación escrita para las faltas leves culposas	224
5. Límites de las sanciones disciplinarias	224
6. Criterios para graduar la sanción disciplinaria.....	224
A) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga	225
B) Diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función	225
C) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero	225
D) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos.....	225
E) Haber procurado por iniciativa propia resarcir el daño o compensar el perjuicio causado	226
F) Haber devuelto, restituído o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso	226

	PÁG.
G) Grave daño social de la conducta	226
H) Afectación a derechos fundamentales	226
I) Conocimiento de la ilicitud	227
J) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad	227
7. Ejecución de la sanción disciplinaria	227
8. Ejecución de la sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de funciones	229
9. Autoridades competentes para hacer efectiva la sanción	230
10. Registro de las sanciones	231

CAPÍTULO II

DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA SANCIÓN DISCIPLINARIAS

1. Prescripción	233
2. Términos de prescripción de la acción y de la ejecución de la sanción	235
3. Prescripción de varias acciones	238
4. Renuncia y oficiosidad	238
5. Muerte del investigado	239

TÍTULO QUINTO

ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES DEL DERECHO DISCIPLINARIO

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY DISCIPLINARIA

1. Introducción	243
2. Titularidad de la potestad disciplinaria	246
3. Titularidad de la acción disciplinaria	248
4. Poder disciplinario preferente	249
5. Legalidad	252
6. Debido proceso	255
7. Efecto general inmediato de las normas procesales	260
8. Reconocimiento de la dignidad humana	262
9. Presunción de inocencia	263

	PÁG.
10. Resolución de la duda	266
11. Gratuidad de la actuación disciplinaria	267
12. Ejecutoriedad	268
13. Celeridad de la actuación disciplinaria	274
14. Favorabilidad	276
15. Igualdad ante la ley	278
16. Función de la sanción disciplinaria	281
17. Derecho a la defensa	283
18. Proporcionalidad	289
19. Motivación	290
20. Interpretación de la ley disciplinaria	291
21. Aplicación de principios e integración normativa	294

CAPÍTULO II

DE LOS SUJETOS DISCIPLINABLES Y DE SU PARTICIPACIÓN

1. Introducción	297
2. Desempeño de funciones públicas como categorización genérica para efectos disciplinarios	298
3. Destinatarios de la ley disciplinaria	299
A) Servidores públicos	299
a) Miembros de corporaciones públicas	300
b) Empleados del Estado	300
c) Trabajadores del Estado	301
d) Miembros de la fuerza pública	302
e) Funcionarios y trabajadores del Banco de la República	303
B) Particulares que ejercen funciones públicas	304
C) Otros particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria	306
a) Miembros de juntas, consejos o comisiones	306
b) Auxiliares de la administración	306
c) Supernumerarios	306
d) Auxiliares de la justicia	306
4. Autoría	307
A) Introducción	307
B) De la participación en materia disciplinaria	307
C) Autoría por incumplimiento del deber de impedir el resultado	310
5. Circunstancias comunes a los servidores públicos	312
6. Servidores públicos de hecho	314

7. Exigencia normativa de conducta oficial como condición de habilitación del ejercicio del poder disciplinario	315
8. ¿Cuándo una conducta es oficial?	316

CAPÍTULO III

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DISCIPLINARIA	318
--	-----

TÍTULO SEXTO

INDEPENDENCIA DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

CAPÍTULO I

ACCIÓN DISCIPLINARIA	323
----------------------	-----

CAPÍTULO II

EL PROCEDIMIENTO VERBAL ¿REGLA O EXCEPCIÓN?	327
--	-----

CAPÍTULO III

DE LA EJECUTORIA Y LA EJECUTIVIDAD DE LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS	333
--	-----

CAPÍTULO IV

DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DISCIPLINARIA

1. Introducción	335
2. Antecedentes jurídicos	335
3. Generalidades	336
4. Marco constitucional	338
5. Concepto	339
6. Naturaleza jurídica de la suspensión provisional	339

	PÁG.
A) Características de la suspensión provisional como medida cautelar	342
a) Generalidades	342
b) Instrumentalidad	342
c) Provisionalidad	343
d) Urgencia	343
e) Ejecutividad	343
f) <i>Fumus bonis iuris</i>	344
g) Peligro de retraso o “Periculum in mora”	345
B) Naturaleza jurídica del acto por medio del cual se decreta la suspensión provisional	346
a) En actuaciones administrativas disciplinarias	346
b) En actuaciones judiciales disciplinarias	350
7. Competencia para decretar la suspensión provisional	352
8. Procedencia de la suspensión provisional	354
A) Requisitos legales	354
a) Apertura de investigación disciplinaria contra un servidor público	354
b) Investigación disciplinaria por faltas calificadas como gravísimas o graves	355
B) No prejuzgamiento	362
9. Oportunidad para decretar la suspensión provisional	362
10. Términos de la suspensión provisional en materia disciplinaria	364
11. Comunicación de la suspensión provisional	367
12. Consecuencias de la suspensión provisional	370
A) Introducción	370
B) Causales de reintegro	370
a) Cuando la investigación termine con fallo absolutorio, decisión de archivo o de terminación del proceso	371
b) Diferencias entre fallo absolutorio, decisión de archivo y de terminación del proceso	373
c) Causales de terminación de la investigación con fallo absolutorio, decisión de archivo o de terminación del proceso	373
C) Por la expiración del término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o de única instancia, salvo que esta circunstancia haya sido determinada por el comportamiento dilatorio del investigado o de su apoderado	374
a) Consecuencias del comportamiento dilatorio del investigado o de su apoderado frente a la conclusión de la investigación, cuando ha mediado suspensión provisional.	375
D) Cuando ha mediado variación del pliego de cargos o cuando a pesar de haberse proferido fallo sancionatorio, la sanción impuesta fuere de suspensión por un término inferior al que permaneció suspendido el disciplinado	377

	PÁG.
E) Efectos sancionatorios retroactivos de la suspensión provisional	378
13. Auto de suspensión provisional como responsabilidad personal del operador disciplinario	379
14. Suspensión provisional y su relación con algunos derechos fundamentales	380
A) Presunción de inocencia	380
B) Buen nombre	384
C) Principios de contradicción y defensa	385
D) Derecho al trabajo y al mínimo vital móvil	385
15. Medios jurídicos de ataque a la suspensión provisional	386
A) Introducción	386
B) El recurso de reposición	386
C) La consulta	386
D) La revocatoria directa	387
E) Las nulidades	388
16. La suspensión provisional frente a los controles judiciales	390
A) En la justicia contencioso-administrativa	390
B) Respecto a la tutela	393
C) Otras soluciones	394
17. Diferencias y similitudes entre la suspensión provisional como medida cautelar y la suspensión como sanción definitiva	395
A) Similitudes	395
B) Diferencias	396
18. La suspensión provisional como consecuencia de medida de aseguramiento dentro del proceso penal, y por solicitud del contralor general o los contralores territoriales	396
A) Requisitos y diferencias	396
B) Duración	398
C) Consecuencias de orden prácticas de estas suspensiones	399
D) Extinción por decaimiento	402
19. Suspensión provisional de los procedimientos, actos y contratos	403
A) Generalidades	403
B) Naturaleza	403
C) Oportunidad	403
D) Presupuestos	404
E) Competencia	405
F) Objeto de la suspensión y destinatarios	406
G) Características	406
H) Efectos	407
20. Conclusiones	409
Bibliografía	411
Índice de autores	417
Índice de disposiciones	419

CAPÍTULO IV

DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DISCIPLINARIA

*¿En qué rincón dejará el viajero
descansar a su caballo?¹*

1. INTRODUCCIÓN

La iniciación de una investigación disciplinaria puede dar lugar a la adopción de una serie de medidas cautelares cuando la presunta gravedad de los hechos lo aconseje, para impedir que el procesado interfiera en el normal desarrollo de la investigación o continúe cometiendo la falta o la reitere.

Estas medidas en otros ordenamientos incluyen la suspensión provisional del disciplinado, el traslado a otro puesto de trabajo y el retiro provisional de una parte de su sueldo mientras se tramita la investigación.

El Código Disciplinario Único tiene consagradas como medidas cautelares la suspensión provisional y la medida preventiva de suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen sus efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará el patrimonio público.

2. ANTECEDENTES JURÍDICOS

La suspensión provisional en materia disciplinaria, como es natural, aparece con las primeras normas jurídicas de orden legal o reglamentario que se expidieron en el siglo pasado para regular el tema disciplinario dentro del vasto campo de la administración del personal civil que prestaba sus servicios al Estado. Por la importancia que cobraba el asunto para el normal y adecuado desarrollo de la función pública, se volvió imperioso comenzar a regularlo legalmente.

¹ ZHANG KEJIU, *Sobre un sauce, la tarde*, trad. introducción y notas de Guillermo Dañino, en *Poema Paseo primaveral*, Madrid, Ediciones Hiperión, 2000, pág. 63.

Desde entonces, el derecho disciplinario, como materia, fue integrado al tema de la función pública como parte medular del sistema de administración del personal civil a cargo del Estado, con el objetivo de asegurarle a la sociedad un funcionamiento eficiente de la administración pública y la incolumidad de principios jurídicos como la moralidad, la responsabilidad, la honradez y la lealtad, entre otros; junto con el respeto a los derechos y garantías que les corresponden a los servidores públicos como tales.

3. GENERALIDADES

Medidas conservatorias, medidas precautorias, medidas preventivas, medidas de aseguramiento, acciones accesorias, medidas de vigilancia y medidas cautelares son, entre otros, los nombres que las leyes dan a todas aquellas que se encaminan a proteger por lo menos un presumible derecho. Es cierto que si no es posible encontrar un fin único general para todas las medidas de aseguramiento, como que depende de aquello que se busca proteger, aún así, siempre hay aquí, o siquiera en lontananza, un derecho o situación que se quiera proteger².

No obstante, “intuitivamente cuando se hace referencia a las cautelares, de modo inmediato se piensa en el embargo y secuestro de bienes, sin reparar en que aquel tema se haya inscrito en un universo más amplio que comprende a todos los procesos”³, entre ellos al disciplinario.

Así pues, la suspensión provisional del disciplinado o del procedimiento administrativo, de los actos, contratos o su ejecución para que cesen sus efectos, también integran la noción de medida cautelar que hay que adoptar dentro del proceso disciplinario⁴, siempre que se reúnan una se-

² EDUARDO GARCÍA SARMIENTO, *Medidas cautelares. Introducción a su estudio*, Bogotá, Foro de la Justicia, 1981, pág. 9.

³ Tomado en similar sentido de EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, *Teoría constitucional del proceso*, Santa Fe de Bogotá, Doctrina y Ley, 1999.

⁴ En el proceso disciplinario regulado por la ley 734 de 2002, sólo se incluyen como medidas cautelares la suspensión provisional del disciplinado y la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o que se defraudará el patrimonio público, a solicitud del procurador general o de quien este delegue de manera especial, y de los personeros municipales y distritales, no obstante la existencia de otras, que con igual fundamento constitucional se podrían institucionalizar, tales como el traslado del infractor a otro empleo en una sede diferente.

rie de requisitos exigidos por las disposiciones legales que regulan su existencia y decreto⁵.

Por razones metodológicas estudiaremos inicialmente la medida de suspensión provisional del disciplinado y luego, en otro numeral, lo concerniente a los procedimientos administrativos, actos, contratos o su ejecución, en el entendido de que toda la fundamentación teórica predicable de aquella termina por tener cabida en la aplicación de esta.

Si bien las medidas cautelares, generalmente consideradas, se toman dentro de un proceso con la finalidad de asegurar provisionalmente los bienes, la situación jurídica, el derecho o interés de que se trate, para que la sentencia que en su día lejano declare el derecho del recurrente pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente⁶, creemos que en el caso particular de la suspensión provisional del servidor público, como especie de aquellas, sucede lo contrario, puesto que se orienta a una finalidad diferente de lograr el cumplimiento del fallo sancionatorio⁷, no obstante justificarse constitucionalmente por la idea de facilitar el adecuado desarrollo del proceso disciplinario y por la protección del interés general.

Lo anterior, pese a haber previsto el legislador como consecuencia de su adopción que cuando se imponen sanciones como la de suspensión e inhabilidad o únicamente de suspensión, se tenga en cuenta el lapso que el investigado permaneció suspendido provisionalmente. Pero se trata más del establecimiento de una regla de compensación que expresa cabalmente el alcance de los principios de legalidad y proporcionalidad de las sanciones, que de asegurar una situación jurídica para el cumplimiento del fallo disciplinario.

Esta regla de compensación también tiene cabida cuando la sanción de suspensión fuere inferior al término de la medida aplicada provisionalmente. En este evento, el disciplinado tiene derecho a percibir la diferencia

⁵ C. D. Ú., arts. 157 y 160.

⁶ CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en el proceso contencioso*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 28.

⁷ La sanción de multa parece ser el único caso, si el disciplinado no se retira o es retirado del servicio, en que puede haber una relación de medio a fin entre la medida cautelar y el fallo sancionatorio, traducida en el hecho de que ésta puede garantizar el pago de la multa. Sin embargo, cualquier razonamiento encaminado a reforzar esta interpretación se esfuma con el argumento de que aún en los eventos en que se califica como grave la falta, no es posible de antemano determinar con exactitud la sanción que se ha de imponer, dado que únicamente para las calificadas como gravísima se sabe de forma anticipada cuál es tal sanción.