

**PRINCIPIO DE DERECHO DE DEFENSA EN MATERIA DISCIPLINARIA
Y SU RELACION JURIDICA CON EL DERECHO PENAL EN LA LEY 734
DE 2002**

MARIO FERNANDO BASTIDAS MORENO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
PASTO
2004**

**PRINCIPIO DE DERECHO DE DEFENSA EN MATERIA DISCIPLINARIA
Y SU RELACION JURIDICA CON EL DERECHO PENAL EN LA LEY 734
DE 2002**

MARIO FERNANDO BASTIDAS MORENO

**TRABAJO DE GRADO PRESENTADO PARA OPTAR EL TITULO DE
ABOGADO**

**DOCTORA MONICA HIDALGO OVIEDO
DIRECTORA TRABAJO DE GRADO Y DOCENTE DE LA FACULTAD DE
DERECHO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
PASTO
2004**

Nota de aceptación:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

San Juan de Pasto, 10 de diciembre de 2004

DEDICATORIA

A Dios, a mi Padre, mis Hermanas, mi Sobrino Camilo, a mi Esposa, a mis dos hermosas Hijas Mayra Alejandra y Samantha Fernanda, a la memoria de mis abuelos y muy especialmente a quien partió temprano de este mundo dejando un halo de tristeza imborrable en mi corazón mi Madre “Doña Ligia”.

AGRADECIMIENTOS

A todas y cada una de las personas que contribuyeron directa e indirectamente en la preparación y desarrollo de este trabajo.

Las ideas y conclusiones presentadas en este trabajo de grado son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1. Acuerdo numero 324 de Octubre 1 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. DERECHO DE DEFENSA. RELACIÓN CON PRECEPTOS CONSTITUCIONALES	12
2. DEFENSA TÉCNICA. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.	19
3. DEFENSA MATERIAL. DERECHO DE CONTRADICCIÓN Y PUBLICIDAD.	29
4. LATRANSMISION DE DERECHOS PENALES A LA SEDE DISCIPLINARIA.	52
5. CONCLUSIONES.	64
BIBLIOGRAFÍA	65

RESUMEN

El presente trabajo hace referencia al desarrollo del principio rector de derecho de defensa en el ámbito disciplinario, (mutado desde el campo penal). Contiene, esencialmente una compilación de jurisprudencia de las cortes Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado de Colombia de temas referidos a debido proceso, derecho de defensa técnica y material, contradicción (especialmente de valoración probatoria), y publicidad de actos procesales (notificaciones). Además está complementado con doctrina de autores nacionales. En la parte final del trabajo, se puntualizan las conclusiones más importantes a las que ha llegado el autor.

SUMMARY

The present work makes reference to the development of the principle rector of defense right in the disciplinary environment, (mutado from the penal field). It contains, essentially a compilation of jurisprudence of the Constitutional courts, Supreme of Justice and Council of State of Colombia of topics referred to due process, right of technical and material defense, contradiction (especially of probatory valuation), and publicity of procedural acts (notifications). It is also supplemented with national authors' doctrine. In the final part of the work, the most important conclusions are remarked those that the author has arrived.

INTRODUCCIÓN

A partir de las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en el artículo 29 de la Constitución de 1991 el cual establece que en toda actuación judicial o administrativa se aplicará el debido proceso y se respetará el derecho de defensa, el estudio de la especialidad disciplinaria ha evolucionado notoriamente. Siendo que la Corte Constitucional ha clarificado la naturaleza y alcance de esta rama del derecho, en sentencia C 095 de 1998, a la que ha encuadrado como “de corte administrativo sancionador” se ha advertido nítidamente que le son aplicables los principios rectores que orientan el proceso penal, aunque en ciertos aspectos en realidad de verdad, éstos se han quedado cortos en su “paso” de una jurisdicción a otra.

Con la expedición de la ley 200 de 1995, a la que consideramos más bien una compilación mejorada de las diversas normativas existentes que regulaban la actividad sancionadora del Estado, se empezó a aplicar en forma más o menos seria y ordenada un procedimiento que garantizaba de mejor forma la efectividad de los derechos fundamentales de los sujetos disciplinables, especialmente en el campo del debido proceso, y sus desarrollos en aspectos de defensa, publicidad y contradicción.

Posteriormente, este primer esfuerzo normativo, dio paso a un nuevo Código Disciplinario, concretado en la ley 734 de 2002, que mejoró sustancialmente algunos aspectos, en los que su norma antecesora había denotado incongruencias y vacíos. Así, algunos aspectos referidos a los principios de defensa técnica, publicitación de actos y contradicción fueron mejorados.

Estos avances tan importantes han encontrado sustento primordialmente en la jurisprudencia nacional, especialmente en los fallos emanados por la Corte Constitucional y Consejo de Estado. Como quiera que tras la gran cantidad de demandas de constitucionalidad que tuvieron que afrontar tanto la ley 200, ora la 734, muchos de los principios y conceptos propios de la jurisdicción disciplinaria fueron perfeccionados, delimitados e interpretados por la alta Corporación. No menos hay que decir de jurisprudencia del Consejo de Estado, que muestra en su realidad práctica la forma de aplicar y hacer cumplir los preceptos contenidos en el Código.

Recordando, como habíamos dicho anteriormente, que los principios rectores del derecho penal, encuentran asidero legal en la jurisdicción disciplinaria, cobra

también especial valor, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como proveedora de mayor antigüedad de elaboraciones jurídicas de suma importancia para entender en estricto rigor los alcances de algunas instituciones del *thema* disciplinario.

En este orden de ideas, la comprensión de algunos aspectos básicos de este campo del derecho, en lo que concierne al derecho de defensa, permite observar que en modo alguno su aplicación se puede tomar a la ligera o en forma restrictiva, amén de que no en pocas ocasiones las consecuencias derivadas de la actuación administrativa resultan ser tan o más gravosas que las sanciones penales.

Este trabajo esencialmente monográfico y compilatorio de jurisprudencia de las cortes Constitucional, Suprema de Justicia (Sala Penal) y Consejo de Estado (especialmente Sección Segunda y Sala Plena) , está encaminado a analizar desde la óptica de la norma disciplinaria algunos de los alcances y desarrollos del principio del derecho de defensa, entendido éste como una de las partes integrantes que conforman el concepto de debido proceso, consagrado en el artículo 29 superior, además de su forma de aplicación en los diversos instalamentos del proceso.

Aunque el resultado final, no contiene todas y cada una de las variables y posibilidades en que puede desarrollarse el principio de defensa en el ámbito disciplinario, el autor espera contribuir en alguna medida a propiciar una mejor y más profusa investigación en esta interesante, reciente y ardua variante que nos presenta el derecho actual.

1. DERECHO DE DEFENSA. RELACIÓN CON PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

Siendo el *Derecho de Defensa*, parte integrante del concepto de *Debido Proceso*, es pertinente hacer mención acerca de sus iniciales desarrollos en la historia jurídica nacional.

El tratadista Uribe Vargas en su obra refiere lo siguiente:

La primera mención al debido proceso se encuentra en el acta de la Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro del 15 de agosto de 1810, acta en la cual se advierte que:

... a cada pueblo compete por derecho natural la clase de gobierno que más se acomode ... y que nadie debe oponerse al ejercicio de este derecho sin violar el más sagrado que es la libertad¹.

Con posterioridad, el concepto de debido proceso, encuentra mayor amplitud y alcance en la Constitución de Cundinamarca del 30 de mayo de 1811, siendo sus principales aportes los siguientes articulados:

Artículo 14 “Ninguno puede ser llamado a juicio, acusado, preso, arrestado, arraigado, ni confinado, sino en los casos y bajo las formas prescritas en la Constitución y la ley”

Artículo 37 “ Ninguna persona de cualquier clase, estado y condición que sea, podrá ser aprehendida por ninguna autoridad ni fuerza militar, sin presentarla al tribunal competente; y nadie puede arrestar o poner en prisión sin mandato formal de juez competente dado por escrito.”

Artículo 40 “ El arresto por delitos sólo podrá realizarse cuando haya indicios y no meras sospechas”.

Por su lado la Constitución de la República de Tunja expedida el 9 de diciembre de 1811 hizo énfasis en la irretroactividad de la ley y tipicidad de la conducta por la cual se sanciona.

¹ URIBE VARGAS, Diego. Constitución de Colombia. Madrid: Edición Hispanic, 1997. 301 p.

La Constitución del Estado de Cartagena de Indias de 15 de junio de 1812 va más allá en el desarrollo de los preceptos que actualmente conforman las prerrogativas de lo que conocemos como debido proceso.

La tratadista Palacio Jaramillo en su obra así refiere del tema:

En su título I denominado De los derechos naturales y sociales del hombre y sus deberes y luego de un preámbulo en que se destaca que la finalidad de todo gobierno es entre otras proporcionar a los individuos que lo componen el poder de gozar en paz y seguridad de sus derechos naturales y de los bienes de la vida, establece los principios de debido proceso y de presunción de inocencia, también la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes.

Su título VIII, Del Poder Judicial complementa las normas protectoras del derecho a la libertad y al juzgamiento conforme a la ley ordenando en el artículo 30 Toda pena, incluso la de prisión por lo que tiene de tal, será determinada por la ley y ninguna se dejará al arbitrio del magistrado.

Por primera vez se legisla constitucionalmente sobre el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in ídem) en el artículo 6 y se ordena fijar legalmente la prescripción de la pena, a excepción de aquellos crímenes de tanta atrocidad, cuya memoria dura por largo tiempo entre los hombres.

Prohíben la tortura, las penas no acostumbradas o de exquisita crueldad la confiscación general de bienes, las multas ruinosas y las fianzas y seguridades excesivas.

Proscribe las aprehensiones por fuerza militar excepto para presentarla al tribunal competente y en el 12 obliga al Juez a oír al sindicado, acompañado de defensor, de testigo de cargo y defensa para decidir en audiencia pública su libertad total o bajo fianza o su orden de reclusión.

En ningún caso se permite la audiencia sólo con la presencia del acusado y del Juez, pues cuando no existía letrado debían concurrir, a solicitud del Juez cuatro hombres buenos del pueblo.

Igualmente prohíbe que se obligue a declarar en contra de si mismo y ordena que la declaración ya se llame confesión o declaración de inquirir, se hará sin juramento.

Otra garantía que aparece en este texto constitucional es la del derecho del acusado a presenciar las declaraciones de sus testigos de cargo. A reconvenirlos y hacerles preguntas a su vez en el acto y todo en público.

Se establece la recusación como garantía de imparcialidad, pero advierte que para evitar la calumnia y la detracción la ley fijará penas para quien lo haga².

Como se ha visto, la evolución del concepto de debido proceso, es el resultado, de diversas normativas, constitucionales que fueron perfilando las instituciones que hoy conocemos.

Puede observarse, que en las disposiciones constitucionales vistas, el concepto de debido proceso tenía como objetivo ulterior delimitar el uso del poder frente al derecho de libertad personal. Ello obedeció a que estos primeros intentos normativos fueron resultado del influjo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789 y de la Declaración de Independencia de las Colonias Americanas de 1776, legislaciones éstas que habían propendido por salvaguardar las propiedades y libertades de los ciudadanos (en Francia) y de los colonos ingleses (en Norteamérica) de los abusos arbitrarios del legislador. Lo anterior, lógicamente encontró raigambres más profundas en el **Bill of Rights** y Carta Magna Inglesa de 1216

A lo largo de los dos siglos subsiguientes, el concepto de debido proceso se fue perfeccionando, principalmente en el campo penal y de ahí, paulatinamente se fue irradiando a otras especialidades del derecho, como el administrativo y el disciplinario, de particular interés en nuestro caso.

La constitución de 1991, elevó a estatus de derecho fundamental el concepto de debido proceso, extendiendo el campo de acción de sus postulados y preceptos tanto a actuaciones judiciales como administrativas.

La categorización del debido proceso, como derecho fundamental, obedece a su condición instrumental, es decir como medio concreto para la defensa de la condición humana. Así, ese carácter *esencial e inherente* compromete la actividad estatal, en el sentido de hacer garantizar la serie de derechos y principios que pueden

² PALACIO JARAMILLO, Martha Inés. Debido proceso disciplinario. Bogotá D.C.: Ediciones librerías profesional, 2001. 43 y 44 p.

ser conculcados por el Estado en las actuaciones que desarrollen su facultad sancionadora.

Por demás, el debido proceso, al igual que los demás derechos fundamentales, por constituir derechos de superior jerarquía se consideran de primacía y aplicación inmediata, tal y como lo advierten los postulados de los artículos 4 y 85 de la Norma **Normarum**.

El artículo 5 de la Carta, también le otorga a esta clase de principios un carácter *inalienable*, es decir, que no puede ser desconocido, impedida su puesta en práctica, o vulnerados bajo ningún pretexto, ni siquiera para hacer prevalecer fines sociales, pues su contenido no es un reconocimiento normativo pasivo, sino un título valor de derechos concretos, exigibles al Estado.

Sobre estos aspectos, ha enseñado la Corte Constitucional de Colombia: “*Según, el artículo 1 de la Constitución, Colombia es una República fundada, entre otros valores, en el respeto a la dignidad humana. Y de conformidad, con el inciso final del artículo 53, la ley no puede menoscabar la libertad y la dignidad humana*”³.

Esto nos lleva a preguntarnos que es la dignidad humana?

(...) El hombre, en síntesis, tiene dignidad, porque es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él.

Cuarta. El Individuo y el Interés General. Se alega que el interés general, reconocido por la Constitución, prevalece sobre los derechos fundamentales del individuo, en particular sobre su vida y su libertad. La verdad es diferente, como se verá.

En primer lugar, la organización social sólo se justifica cuando se la considera un medio al servicio del hombre, fin en sí mismo. La sociedad es el medio y el hombre el fin. Aldous Huxley escribió: El conjunto social, cuyo valor es considerado superior al de sus partes componentes, no es un organismo en el sentido en que pueden ser considerados un organismo, una colmena o un termitero. Es meramente una organización, una pieza de maquinaria social. Sólo puede tener valor en relación con la vida y la conciencia. Una organización no es un ente consiente ni vivo. Su valor es instrumental y derivativo. No es buena en sí misma; es buena únicamente en la medida en que promueve el bien de los individuos que son partes del conjunto colectivo. Atribuir a las organizaciones precedencia sobre las personas, es subordinar los fines a los medios. Lo que sucede cuando los

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991.

fines son subordinados a los medios, fue claramente demostrado por Hitler y Stalin. Bajo su odioso gobierno personal, los fines fueron subordinados a los medios organizativos, por una mezcla de violencia y propaganda, de terror sistemático y sistemática manipulación de las mentes⁴.

Los derechos a la vida y a la libertad no pueden sacrificarse por la persona en aras del interés general, salvo cuando la propia persona acepta el sacrificio libre y voluntariamente.

No sucede igual en tratándose de derechos inferiores, como el de la propiedad. De ahí, que el artículo 58 de la Constitución, siguiendo el mismo principio del 30 de la anterior, aprobado en la reforma de 1936 y del artículo 31 de aprobado en 1886; consagre la primacía de las leyes expedidas por motivos de utilidad pública o interés social sobre los derechos de los particulares. Pero, ¿sobre cuáles derechos? sobre los de contenido económico: jamás sobre los derechos a la vida y a la libertad⁵.

Resulta claro, entonces, que el concepto de dignidad humana esta ligado a una serie de prerrogativas inherentes a todo ser humano, como fin en si mismo, y constituye una garantía de la prevalencia del hombre sobre la organización social.

Dicha prerrogativa, subsiste aún cuando el ser humano se distancie de la legalidad y transgreda el orden jurídico, como quiera que su condición no desaparece y una anómala o desproporcionada intervención estatal en ejercicio de la potestad sancionadora, no se encuentra justificada en un estado social, democrático y de derecho.

El artículo 29 de la Norma Superior, el cual consagra el derecho fundamental al debido proceso en actuaciones judiciales y administrativas, reside al igual que los demás derechos de este rango, en el postulado del reconocimiento de la dignidad humana. Su propósito es precisamente garantizar la condición del hombre, cuando este se encuentra bajo el apremio de una actuación sancionadora.

De ahí, que la vulneración de cualquiera de las garantías que se consagran en su contenido o incluso de aquellas dispersas en la ley, transgrede la condición del hombre, pues el juzgamiento, penal, administrativo o de otra índole que ejerce el Estado sobre la persona, debe subyugarse a tal condición, garantizando en todo momento y trance su superioridad en el universo social y jurídico.

⁴ HUXLEY, Aldous. Nueva visita a un mundo feliz. Barcelona: Editorial seix barral, 1984. 46 p.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 542 de 1993.

*La condición de persona humana, presupone la legalidad de sus actos y no lo contrario. Corresponde, luego al Estado, desvirtuar esa condición, a través de unos ritos procesales, que permitan escudar al enjuiciado de ataques injustificados y a su vez le prodiguen de armas para exigir de las autoridades la supremacía de los derechos que le correspondan. Así, existe un tratamiento indigno cuando se presume al hombre culpable, cuando se anteponen a sus garantías los fines utilitaristas del Estado*⁶.

La presunción de inocencia, encuentra sentido, cuando existe a lo largo de toda la actuación esgrimida por el Estado, y sólo puede reconstruirse a través del fallo sancionatorio, siempre y cuando éste se haya adelantado en debida forma, garantizando el derecho a la defensa, inescindible de tal presunción.

Ha precisado la Corte:

En desarrollo de los principios de dignidad humana y buena fe, el Constituyente del 91 consagró expresamente la presunción de inocencia de las personas en el inciso 4 del artículo 29 de la Carta en términos de claridad absoluta a saber:

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya probado lo contrario.

Como se desprende de los antecedentes de esta norma, el Constituyente quiso que dicha presunción fuera piedra fundamental del sistema de garantías individuales a los requisitos procesales mínimos de que debe rodearse a las personas llamadas a responder ante las autoridades.

Tribunales extranjeros han extendido significativamente el ámbito propio del derecho a dicha presunción cuando afirman que:

*No puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntivamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución tanto administrativa como jurisdiccional que se base en la condición o conducta de las personas cuya apreciación derive un resultado sancionatorio o delimitativo de sus derechos*⁷.

⁶ GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. Aproximaciones a un concepto democrático de culpabilidad. Bogotá D.C.: Ediciones doctrina y ley, 2000. 42 p.

⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Op. cit., 40 p.

Por su parte esta Corporación ha señalado el alcance concreto de la presunción de inocencia en los siguientes términos:

*Con la consagración de la presunción de inocencia, como derecho fundamental constitucional extensivo a toda disciplina sancionatoria se busca vincular a las autoridades que, en ejercicio de sus funciones, impongan sanciones de cualquier índole. De esta forma, se quiere evitar la presencia de actuaciones arbitrarias, en las cuales el funcionario unilateralmente imponga la sanción, y que la presunción de inocencia que establece la Constitución sólo sea desvirtuada a través de un proceso en donde el sindicado tenga la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en debida forma*⁸.

A modo de síntesis de lo expuesto, compartimos lo expuesto por Jaime Mejía Ossman, al referirse a la relación existente entre los conceptos de debido proceso, derecho de defensa y dignidad humana:

La dignidad humana y ampliación de derechos. Se trata de una especie de derechos naturales, inherentes o implícitos en la condición humana, a los cuales se hace extensiva una garantía constitucional. El principio de dignidad humana, es protegido a través de otros derechos, como el de libertad, como el principio de culpabilidad, el debido proceso, el de legalidad, el de tipicidad, el de la igualdad, el de la favorabilidad, el de presunción de inocencia, el de in dubio pro disciplinario, los cuales se concretizan y destacan de manera clara y profunda

(...) El respeto de la dignidad de la persona humana, es principio rector fundamental en todo proceso disciplinario sancionatorio, que concuerda y confluye con un tratamiento basado en el debido proceso, en el derecho de defensa y en una investigación libre de torturas, vejámenes, violencia física, o moral o abusos en contra del investigado o disciplinado, manteniendo ilesos todos sus derechos y libertades. La dignidad humana desde el punto de vista jurídico-normativo no es un concepto etéreo, abstracto si no que la misma se cristaliza en el respeto práctico de todos los derechos y libertades consagrados como fundamentales en la Carta Constitucional, en la forma como ya lo habíamos expresado. Es decir el principio de reconocimiento de dignidad humana, no se concibe sin el respeto de los demás derechos fundamentales y principios a él otorgados por la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales. Este

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sent. 008, ene. 18/93.

*principio rector protege, además todos los valores de rango moral y espiritual del investigado, como respuesta a la exigencia de la actual Carta Fundamenta*⁹.

Con el ánimo de concluir el presente capítulo, podemos inferir que a partir del concepto holístico (filosófico, jurídico y material) de dignidad humana se desprenden garantías constitucionales como el debido proceso y presunción de inocencia y sub categorías legales particulares para diversas normativas -incluida la disciplinaria-, entre las cuales podemos nombrar el derecho de defensa y contradicción, aspecto éste del que nos referiremos en el siguiente capítulo.

⁹ MEJÍA OSSMAN, Jaime. Código Disciplinario Único. Bogotá D. C.: Ediciones Doctrina y ley, 2003. 30 p.

2. DEFENSA TÉCNICA. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

El derecho fundamental de defensa, se encuentra bifurcado en dos conceptos. El primero lo constituye la defensa técnica, es decir el derecho que tiene el investigado de comparecer ante la autoridad disciplinante representando por abogado titulado o estudiante de Consultorios Jurídicos de las universidades reconocidas legalmente, desde el momento de la indagación preliminar.

El segundo de los conceptos, es el de defensa material que se traduce, en la facultad del sujeto disciplinable o su apoderado de controvertir las pruebas allegadas en su contra, presentar las que considere pertinentes a sus intereses, y solicitar la práctica de medios de convicción que resulten pertinentes, conducentes y necesarios para el esclarecimiento de los hechos, además de la de interponer los recursos de ley contra decisiones adversas.

No obstante los dos temas son regulados por un único artículo, en la ley 734 de 2002, el cual se transcribe:

Artículo 17. Derecho de defensa.

Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así, deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado. Si no lo hiciere, se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante de Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente¹⁰.

Al respecto, habrá de decirse que la redacción del actual **Codex** Disciplinario, es el resultado de una mejor técnica legislativa que la de la ley 200 de 1995, en consideración a que en aquella normativa, incorporaba los criterios de defensa técnica y material en diversos artículos (73 literal e y 154).

Es importante aclarar que respecto al derecho de defensa técnica tal y como se encuentra estatuido, varias han sido las críticas y demandas constitucionales presentadas, ante la posibilidad de que sean estudiantes de Consultorios Jurídicos, quienes puedan atender asuntos en sede disciplinaria en calidad de defensores.

En la actual legislación, así se encuentra consagrada tal posibilidad:

¹⁰ Ibit, 38 p.

Artículo 93. Estudiantes de Consultorios Jurídicos y facultades del defensor.
Los estudiantes de Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la ley 583 de 2000. Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades que el investigado.

Cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero.

(...)

Lo anteriormente mencionado al artículo 17 y 93 fue demandado por Carlos Isaza Serrano, ante la Corte Constitucional con el siguiente concepto de violación:

Cuando la norma demandada consagra a través del precepto subrayado, que los estudiantes del Consultorio Jurídico de las universidades legalmente reconocidas pueden asumir el cargo de defensor de oficio, cuando el investigado sea juzgado como persona ausente, viola el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Nacional en cuyo texto se consagra la exigencia de un abogado escogido por él o designado de oficio durante la investigación y el juzgamiento, entendida esta exigencia para todos aquellos casos en que la persona es sometida por medio de un proceso a las consecuencias de un derecho penal o de corte punitivo.

Aquí, el término penal, tal y como lo ha entendido la Corte Constitucional en otras oportunidades, hace referencia a normas consagratorias de cualquier represión estatal formalizada de manera que el derecho disciplinario no puede ser la excepción a la regla, toda vez que dichas funciones de defensa del procesado “en las etapas de investigación y juzgamiento, no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada, como profesional del derecho so pena de la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado (...)

Lo anteriormente mencionado fue demandado el 15 de marzo de 2002 ante la Corte Constitucional por Oscar Antonio Márquez Buitrago con el siguiente concepto de violación en el cual solicita la declaratoria de constitucionalidad condicionada.

...Dado lo anterior, no hay duda de que los estudiantes de consultorio jurídico, puedan válida y legalmente actuar como defensores de oficio en sedes del proceso disciplinario. (...)

(...) Empero de lo anterior, existe un juicio de proporcionalidad frente a la competencia de un estudiante de consultorio jurídico y su idoneidad para ejercer la defensa técnica, a guisa de ejemplo, no se permite a un estudiante de consultorio jurídico, elevar ante la Corte Suprema de justicia una casación en materia penal o civil.

El ejercicio del derecho, es en su estructura práctica, igual al ejercicio de otras ciencias, técnicas, artes u oficios. La cualificación científica, el grado de preparación académica y la experiencia práctica, imponen límites reales y racionales al ejercicio profesional de toda actividad.

Finalmente lo subrayado en negrillas, fue demandado por Donaldo Danilo de Villar Delgado y Carlos Eduardo Meneses Cudriz, con el siguiente concepto de violación.

No obstante la claridad semántica de dicha norma superior, y facilidad interpretativa de ella, los textos parciales acusados de los artículos 17 y 93, son contrarios en todas sus partes al artículo constitucional en comento, ya que a través de los mismos se habilita, indebidamente, a personas que no tienen aún la condición de abogado para ejercer la defensa oficiosa del servidor público investigado disciplinariamente.

Punto en el cual, y atendiendo el hecho de que es el mismo Estado, quien en su condición de titular de la potestad disciplinaria, le suministra el defensor oficioso al servidor público; en aras de una verdadera imparcialidad, con mayor razón aún lo debe dotar de una defensa oficiosa de la que se pueda predicar las más altas condiciones de idoneidad, conocimiento y experiencia.

Desde esta perspectiva, es evidente, entonces que las partes acusadas de los textos citados vulneran el artículo 29 de la Constitución Nacional, al consagrar excepciones al principio de la defensa técnica del sujeto disciplinable. Por que no es y no puede ser lo mismo, la asistencia realizada por un profesional del derecho, que tenga la condición de abogado titulado, que la que eventualmente pueda realizar un estudiante de Consultorio Jurídico, que no cuenta aún con la necesaria preparación académica, ni participa de la experiencia suficiente para asumir tan delicada misión...”

Las demandas fueron resueltas por la Corte Constitucional en sentencia C 131 de 2002 en los siguientes términos:

De dichos pronunciamiento se desprende que esta corporación ha considerado que, salvo en el caso de los procesos penales en los que solamente de manera excepcional cabe acudir como defensores de oficio a los estudiantes de las universidades reconocidas legalmente, éstos pueden asumir la defensa en todo tipo de procesos, sin que ello signifique la vulneración del derecho de defensa señalado en el artículo 29 superior. No sobra precisar al respecto, por lo demás, que la exigencia constitucional de defensa técnica ha sido circunscrita por el Constituyente al proceso penal y no se ha extendido ha otro tipo de procesos. Ahora bien, la Corte llama la atención sobre el hecho de que la norma a la que pertenece la expresión acusada, alude solamente al caso en que se juzgue disciplinariamente como persona ausente al procesado, a quien, si no actúa a través de apoderado judicial- posibilidad que le señala claramente la norma-, se le designará defensor de oficio que podrá ser estudiante del consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente. Estas circunstancias, unidas al hecho de que como se ha señalado reiteradamente en esta providencia las garantías del debido proceso predicables en el ámbito disciplinario deben entenderse moduladas en función de los objetivos propios de la actuación disciplinaria y que la situación en la que se autoriza la intervención de los estudiantes de consultorio jurídico denota, salvo la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, un incumplimiento de los deberes del procesado en relación con su comparencia al proceso disciplinario, llevan a la Corte a concluir que la expresión acusada no vulnera el artículo 29 superior

La contraposición de los argumentos tanto de demandantes, ora de la Corte Constitucional, resultan siendo resueltos de manera tajante por ésta última, como quiera que la alta Corporación considera que la *defensa técnica* encuentra aplicación *exigida* únicamente en sede penal y su ámbito de aplicación no se ha hecho extensivo a otras especialidades del ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, se entiende *facultativa* la asistencia de un *profesional del derecho* cuando se trata de esgrimir la defensa técnica en cualquier asunto y etapa de la actuación disciplinaria.

Si bien es cierto, el artículo 29 constitucional no hizo diferencia –al referirse al principio superior de debido proceso y derecho de defensa en actuaciones judiciales y administrativas- en realidad de verdad si existe un deslinde tangible del concepto entre jurisdicciones, si se tiene en cuenta que el derecho de defensa técnica en sede penal encuentra limitantes normativos, cuando son los estudiantes de Consultorios quienes participan como defensores, cosa que no se ve en jurisdicción disciplinaria, donde tienen una potestad *general* para asumir tal compromiso, toda vez que se deja una habilitación legal en el numeral 7º del artículo de la ley 583, al decir, “*de oficio,*

en los procesos disciplinarios de competencia de las personerías municipales y la Procuraduría General de la Nación”.

Siendo ello así, el ejercicio de esta garantía constitucional resulta válida incluso cuando se ejerce por personas sin ninguna formación jurídica, como puede ser el propio investigado y más, si es desarrollada por estudiantes de adscritos a Consultorios Jurídicos reconocidos.

No comparto la posición de la Corte, cuando se observa la trascendencia de las resultas del proceso disciplinario en algunos casos, especialmente de aquellas tipologías contenidas en el artículo 48 del Código que regula la materia, esto es, las faltas gravísimas, y también en procedimientos especiales como el verbal (artículo 175) y el surtido ante el Procurador General de la Nación.

Basta recordar cuáles son las sanciones tipificadas para las faltas disciplinarias en la ley 734 de 2002:

Artículo 44. Clases de Sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

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

A su vez, la destitución implica conforme al artículo 45 ibídem

- * La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o*
- * La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1 de la Constitución Política, o*
- * La terminación del contrato de trabajo y*
- * En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o la carrera¹¹.*

¹¹ Ibit, 41 p.

(...)

Por demás la inhabilidad general, comporta una sanción cuyo mínimo es 10 años, y máximo 20, circunstancia ésta bastante drástica, cuya imposición, como la de toda sanción estatal debe ser la *ultima ratio*. En virtud de que la misión correctiva y preventiva que cumple dicha medida, debe estar supeditada al más estricto debate intelectual y estando en tela de juicio la capacidad jurídica de los estudiantes de derecho para sumir cabalmente esta tarea, no queda menos que decir, que se encuentran justificadas las críticas que principalmente por vía doctrinal se han esbozado en este tema. Por ello compartimos lo expuesto por Nubia Esperanza Murillo Ortegón, Jefe del Departamento de Investigaciones Disciplinarias y Administrativas del Comando de la Fuerza Aérea Colombiana, Citada por Jaime Mejía Ossman,

... El Código Disciplinario Único ha introducido absoluta claridad sobre la defensa técnica para el disciplinado y en su afán para garantizarla plenamente incluyó la posibilidad de ser asistidos por los estudiantes de los Consultorios Jurídicos reconocidos legalmente, lo cual se advierte poco técnico en la práctica atendiendo a que en las Facultades de derecho no se dicta el disciplinario ni como optativa, por lo tanto el interrogante es ¿ cómo será la defensa que en derecho puedan proporcionar los estudiantes de últimos años? Con mínimos conocimientos respecto de una rama que hoy se presenta como independiente y exigente en conocimientos y experiencia para presentar una asesoría calificada¹².

Para matizar lo dicho, resulta de gran interés comparar la anterior sentencia de la Corte con anteriores pronunciamientos, al igual que con Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

Así dijo la Corte Constitucional, al definir la competencia que tienen los estudiantes de Consultorios Jurídicos en materia penal:

... En cuanto hace a lo previsto por el inciso primero del artículo 148 del decreto 2700 de 1991, no asiste duda a la Corte sobre su inconstitucionalidad, ya que es abiertamente contrario al artículo 29 de la Constitución Nacional, al habilitar indebidamente a personas que no son abogados, ni tienen una mínima formación técnica para la defensa del sindicado y por ello habrá de declararse su inexigibilidad. Además el

¹² Ibit, 84 p.

*artículo 26 de la Constitución Nacional, no sirve para fundamentar la constitucionalidad de la disposición acusada, pues si el legislador puede determinar en que casos cabe exigir títulos de idoneidad, de ninguna manera lo faculta para que en el caso concreto del debido proceso y el derecho a la defensa en materia penal, elimine o eluda el cumplimiento a la garantía de la defensa técnica mínima, que bien puede entregar sólo en casos especiales a los egresados de las facultades de derecho y a los estudiantes de derecho miembros de los consultorios jurídicos en quienes existe algún grado suficiente de formación y responsabilidad profesional, para satisfacer las exigencias constitucionales que se han advertido...*¹³

Por otro lado, el Consejo de Estado, también predica la posibilidad de que la defensa disciplinaria se ejerza por el propio investigado, dando a entender que no es menester la designación de *apoderado* para la misma

El Consejo de Estado expresó:

*....La falta de designación de abogado en el reconocimiento sobre fotografías y en la presentación de descargos tampoco constituye violación del derecho de defensa toda vez que, de una parte, no era indispensable y, al contrario, resultaría absurdo que para un reconocimiento sobre fotografías se les asigne *apoderado* a cada uno de los miembros de una Institución como es la Policía Nacional o de todas las fuerzas armadas, pues de no haberse sido identificados en la Policía se hubiera continuado la ubicación en otra institución; y de otra parte, el derecho de defensa se ejerció a través de los mismos disciplinados contestando los cargos e interponiendo recursos durante el proceso disciplinario...*¹⁴.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, ha fijado los siguientes criterios, en materia de derecho de defensa, los que siempre deberían estar presentes, cuando se ejerza la facultad de punitiva estatal (incluso en materia disciplinaria), la cual es una sola, frente a la persona natural que la soporta y en mérito de su importancia y relación con el tema, se transcribe en buena medida del texto original. Estas argumentaciones que nos parecen más armónicas con los preceptos del Constituyente, permiten a su vez, disentir nuestra opinión acerca de la posición criticada a la Corte Constitucional antes referida.

... Ahora, concretamente, frente al derecho a la defensa, ha sostenido la Sala que su vulneración deviene inobjetable cuando el procesado ha

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C 049 de 1998.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, Sección segunda expediente No. 3144 de 1998.

permanecido desprovisto de ella durante la actuación procesal, esto es ante la absoluta falta de defensa técnica, que bien puede presentarse por que no habiendo designado defensor de confianza el Estado permaneció indiferente ante dicha situación absteniéndose de designarle uno que asuma la representación de sus intereses. También cuando a pesar de estar dotado formalmente de defensor, éste ha desatendido por completo los deberes que el cargo le impone, abandonando a su propia suerte a quien debe asistencia técnica al punto que aparezca ostensible que no actuó o que estratégicamente tampoco ejerció ningún control o vigilancia sobre el proceso para que al final el fallo de condena hubiese podido evitarse o por lo menos atenuarse; poniendo de relieve que la condena tal como se presentó no se habría dado de contar el procesado con la oportuna asesoría de un profesional del derecho....

Por ello, en reiteradas ocasiones ha dicho esta corporación que no siempre la inactividad del defensor puede conducir inevitablemente a la vulneración al derecho a la defensa que asiste a todo sindicado dentro del proceso penal, por que es en cada caso concreto donde se impone determinar la situación real de la asesoría técnica, a fin de establecer si de acuerdo con las circunstancias particulares se daban posibilidades que catalogadas como necesarias para la demostración de la inocencia del acusado, o tendientes a atenuar su responsabilidad dejaron de llevarse a término por la abulia o inactividad del abogado defensor”¹⁵.

La misma Sala ha dicho en los siguientes pronunciamientos:

Valoración de la defensa técnica:

...En orden a proveer una solución dogmáticamente correcta y materialmente justa es necesario partir de las siguientes premisas teóricas:

- *El derecho del sindicado a un defensor técnico libremente escogido por él, o subsidiariamente provisto por el estado, es una garantía prevista tanto en el artículo 29 de la Constitución Política como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶.*
- * *El carácter unilateral del ejercicio del poder punitivo del Estado exige, en aras a preservar en la igualdad de oportunidades dentro del proceso, que el sindicado tenga como defensor a una persona con un nivel básico de formación jurídica para compensar en algo la inferioridad*

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Cas. Sent. 3 de diciembre de 2001.

¹⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.

en la que quedaría, por que las más de las veces los imputados carecen de los recursos forenses que se demandan para defender una causa penal. Por tan anhelada consideración del anhelado equilibrio entre las partes , la defensa técnica se ha establecido como principio de validez del proceso, y la falta constituye como causal de nulidad, sin la posibilidad de saneamiento¹⁷.

** En el mismo sentido constitucional la defensa técnica (igual que la material) es ininterrumpida por que obliga durante la investigación y el juzgamiento, de tal manera que las precariedades ostensibles y dañinas de la primera fase no podrían compensarse con las actividades de la segunda etapa, por más meritoria que ésta sea.*

** Dado que la labor defensiva de asistencia al procesado idiomática y jurídicamente significa un despliegue de medios y esfuerzos encaminados a mejorar la situación de aquél, la jurisprudencia de esta sala ha repudiado la pasividad del defensor, de tal manera que no basta la designación o reconocimiento de un profesional del derecho en el proceso, sino que se exigen de su parte actos para que la defensa sea real y efectiva y no se quede en el plano de lo nominal e ilusorio , pues sólo así se satisface la dialéctica propia del proceso. Por ello la Corte también ha estimado que la dinámica de la defensa técnica debe cubrir funciones tales como la comunicación permanente con el sindicado, la asistencia a los actos de defensa material (indagatoria, reconocimiento en fila de personas, declaraciones con reconstrucción de los hechos, sentencia anticipada) examen de las actuaciones y control de las mismas , reclamo de la libertad cuando sea procedente , petición y ofrecimiento de pruebas, proposición de diligencias, presentación de alegatos de defensa e interposición de recursos... ”¹⁸.*

Por ello a partir de estas disquisiciones teóricas, en cada caso es preciso hacer un balance de la actividad del defensor profesional, no tanto por la contundencia de los resultados probatorios que llevaron a la sentencia condenatoria, pues desde ese equivocado perfil a posteriori, cualquier defensa técnica (y aún la ausencia de la misma) estaría justificada¹⁹.

¹⁷ Código de Procedimiento Penal, artículos 304-3 y 308-3-

¹⁸ Sentencias. Nov 23/95 Ricardo Calvete Rangel, Sep 18/97 y jun 3/98 M.P. Dídimo Páez Velandia.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Cas. Penal Sent. Oct. 22/99 Rad. 11040 .

3. DEFENSA MATERIAL. DERECHO DE CONTRADICCIÓN Y PUBLICIDAD.

Como hemos visto en líneas anteriores, en materia disciplinaria es potestativo el ejercicio de la defensa técnica. Lo anterior, tiene gran repercusión en el accionar de los sujetos procesales, especialmente en el del investigado, quien debe asumir la defensa de sus intereses, mediante la controversia de la prueba, y la presentación de recursos, primordialmente.

Siendo, en las más de las veces, limitados sus conocimientos jurídicos, adquiere gran valor procesal, el modo en que puede controvertir la prueba de cargo allegada en su contra.

Lógicamente, al ser el proceso, un conjunto de actuaciones armónicas, que se agotan sucesivamente, es necesario que el investigado tenga la oportunidad de conocer aquellos eventos que tienen la potencialidad de vulnerar sus intereses, para controvertirlos.

El artículo 29 superior, tiene consagrado el derecho de contradicción, así como el de publicidad de la actuación, como parte integrante del debido proceso. Estos preceptos encuentran desarrollo en el cuerpo del Código Único Disciplinario, y son normas que rigen el desarrollo procesal.

El primero de tales preceptos, esto es, el de contradicción, se traduce principalmente en la posibilidad de impugnar las decisiones adversas, aportar, solicitar o contradecir pruebas, presentar descargos y alegaciones, ser escuchado en diligencia de versión libre y espontánea y en fin, proyectar la defensa de sus intereses.

En conjunción con este principio, el precepto de publicidad complementa y posibilita la facultad de controvertir las decisiones o pruebas, mediante actos de comunicación permanente, entablados con el juzgador, mejor conocidos como notificaciones, comunicaciones o publicaciones.

El principio de contradicción está consagrado como norma rectora en el artículo 17 del Código Disciplinario Único, al igual que en el 13 del Código de Procedimiento Penal. A su vez, el artículo 94, del actual Codex consagra como principio que rige

la actuación procesal el de publicidad. Esta directriz en sí, no hace referencia a la existencia o esencia misma del acto administrativo, sino a las condiciones para su eficacia.

Así, tanto en el ámbito disciplinario al igual que en el penal, estos principios encuentran íntima interacción con el derecho de defensa del que hemos venido hablando, como quiera que son condiciones previas para sustentar en forma legal el acto administrativo denominado “fallo”, so pena de nulitar la actuación por quebrantamiento de los derechos de defensa y debido proceso.

En su obra el insigne tratadista Lamprea Rodríguez así refiere de dicha interacción.

...El derecho de audiencias y defensa es condición ineludible del debido proceso “como una garantía que comprende el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del juez competente” En consecuencia, la validez del procedimiento y, la decisión que se produce a su terminación dependen del respeto a la defensa del afectado, con obligación de notificarle lo decidido, personalmente; con ello se hace posible la defensa de sus derechos y el cumplimiento cabal del trámite... ²⁰

Ya desde un punto de vista práctico, dicha interacción causada entre publicidad de los actos y eficacia y producción probatoria encuentra plena materialización en las disposiciones del Código Disciplinario Único, entre las cuales podemos mencionar:

El artículo 17 abre las puertas al derecho de defensa material como principio orientador las actuaciones disciplinarias

El artículo 90 enseña cuáles son las facultades de los sujetos procesales entre las cuales están *solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas, interponer los recursos de ley entre otras*. Limita la actividad del quejoso a presentar y ampliar la queja, aportar las pruebas que tenga en su poder, y a *recurrir la decisión de archivo y fallo absolutorio*.

El artículo 91 informa en su inciso tercero que si se hubieren practicado pruebas sin presencia del implicado en tanto se surta el trámite de notificación personal de la decisión por la cual adquiere la calidad de investigado, *deberán ser ampliadas o reiteradas en los puntos que solicite el disciplinado*.

²⁰ LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio. Anulación de los actos en la administración pública. Bogotá D.C. : Doctrina y ley, 2004. 220 p.

El artículo 92 faculta al investigado a *solicitar, aportar o controvertir pruebas e intervenir en su práctica* e igualmente a *impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello*.

El artículo 94 incluye como principios rectores de la actuación disciplinaria a los de contradicción y publicidad entre otros.

El artículo 101 exige la notificación personal de los autos de apertura de investigación disciplinaria, indagación preliminar, pliego de cargos y fallo.

El artículo 102 permite la comunicación de las decisiones que deban notificarse personalmente haciendo uso de medios electrónicos al investigado o su defensor si así *previamente y por escrito hubieren aceptado ser notificados de esta forma*

El artículo 103 obliga a citar a la persona que deba notificarse una vez proferida una decisión interlocutoria, con el objeto de lograr su comparecencia dentro de los tres días hábiles siguientes, so pena de surtir notificación por estado o por edicto, “*salvo en el evento de pliego de cargos*”

El artículo 104 ritúa la notificación por funcionado comisionado en el caso en que sea necesario comunicar de la decisión de pliego de cargos en sede distinta de la del investigador. En este caso la notificación del pliego de cargos puede lograrse por edicto si no se pudiere realizar la notificación personal del investigado o su defensor según sea el caso.

El artículo 105 refiere acerca de la notificación por estado, conforme lo dispone el Código Civil. Se hace mención a que este tipo de notificación hacer relación a aquellas decisiones no susceptibles de ser notificadas personalmente y susceptibles de recurso, salvo las decisiones de apertura a investigación disciplinaria, indagación preliminar y fallo, susceptibles de ser notificadas por edicto.

El artículo 106 a su vez pone de presente que las decisiones que se profieran *en audiencia pública o en el curso de cualquier diligencia de carácter verbal se consideran notificadas a todos los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes*.

El artículo 107 hace alusión a la notificación subsidiaria por edicto de las decisiones de apertura de indagación preliminar, investigación disciplinaria o fallo.

El artículo 108 menciona la forma en que debe entenderse la notificación por conducta concluyente.

El artículo 109, determina la obligación de *comunicar al quejoso* la decisión de fallo absolutorio o decisión de archivo, como quiera que contra tales decisiones procede recurso de apelación.

El artículo 110 enumera cuáles son los recursos que proceden en contra de las decisiones disciplinarias (reposición, apelación y queja) y las formalidades que se exigen para su postulación

El artículo 113 a su vez, regula la procedencia de recurso de reposición cuando la negativa de practicar pruebas ocurre en etapa diferente a la de descargos o cuando existe inconformidad en la decisión que ha decidido una nulidad o contra el fallo de única instancia

Igualmente el artículo 115, establece que la negativa de practicar pruebas solicitadas en descargos es susceptible de recurso de apelación, bien sea en el efecto diferido o devolutivo, dependiendo si la negativa es parcial o total. Asimismo procede contra la decisión de archivo y fallo de primera instancia

El artículo 117, hace referencia a la procedencia del recurso de queja, contra la decisión que niega el recurso de apelación

El artículo 121 deprecia la obligación de surtir notificación personal de la corrección, aclaración o adición de los fallos.

El artículo 132 erige la facultad de aportar y solicitar pruebas a los sujetos procesales, siempre y cuando estas resulten conducentes, pertinentes y necesarias a la actuación.

El artículo 138, consagra el principio de contradicción de la prueba, y establece que los sujetos procesales podrán controvertirla desde el momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria.

El artículo 154 de la ley 734, dispone que la decisión de apertura de investigación disciplinaria deberá contener *“la relación de pruebas cuya práctica se ordena y la orden de informar y comunicar esta decisión, de conformidad con lo señalado en este código”*

El artículo 155 enseña que *iniciada la investigación disciplinaria se notificará al investigado y se dejará constancia en el archivo respectivo.*

El artículo 165, obliga a surtir comunicación *personal* de la decisión de cargos al investigado *o a su defensor*. En el inciso cuarto y quinto se indica el procedimiento que debe seguirse si se realiza variación del pliego de cargos, el cual debe notificarse también en forma personal.

El artículo 166, preceptúa que *notificado el pliego de cargos el expediente quedará en la Secretaría de la oficina de conocimiento por el término de diez días a disposición de los sujetos procesales, quienes podrán aportar y solicitar pruebas*.

El artículo 168, permite la práctica de las pruebas decretadas oportunamente, pero que no se hayan realizado hasta el momento de formulación del pliego de cargos *si hubieran sido solicitadas por el investigado o su apoderado, sin que los mismos tuvieran culpa alguna en su demora y fuere posible su obtención*.

Pero no ha sido gratuita la inclusión y el logro de éstas garantías en el Código. Ello ha obedecido especialmente a las directrices jurisprudenciales de las altas cortes, y la experiencia práctica de organismos de control como la Procuraduría General de la Nación y los insistentes reclamos de doctrinantes.

Trayendo a colación este comentario, ha sido la Corte Constitucional quien dejó sentadas con mayor propiedad las bases para el desarrollo de avanzada de los principios de publicidad y contradicción cuando resolvió la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 84 y 85 de la ley 200 de 1995, relativos a notificaciones. En aquella oportunidad avizó:

... Las notificaciones judiciales y administrativas, constituyen un acto material de comunicación, a través de las cuales se pone en conocimiento de las partes o de terceros interesados las decisiones que se profieran dentro de un proceso o trámite judicial o administrativo, de manera que se puedan garantizar los principios de publicidad y contradicción y, sobre todo, cumplen la función de prevenir que se pueda afectar a alguna persona con una decisión sin haber sido oída, con violación del principio constitucional de debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Carta

Como quiera que, indiscutiblemente, con el proceso disciplinario se afectan derechos de los sujetos procesales que se investigan, no solamente por que se concluya en la imposición de una sanción determinada, sino por el sólo hecho de encontrarse vinculado a un proceso, esto obliga al Estado a establecer unos límites, que se traducen en la protección de los derechos del disciplinado, entre los cuales se encuentran, entre otros, las

posibilidades de ejercer su derecho de defensa. Ello requiere la existencia de procedimientos adecuados de publicidad del proceso, desde su inicio y durante la duración del mismo, para hacer efectivo el principio de contradicción, una de cuyas manifestaciones más enérgicas la constituye el derecho a impugnar las providencias ya sea al discutir su validez a través del instituto de las nulidades, ora discutiendo la eficacia de aquellas, para lo cual se consagran por el legislador los recursos contra ellas.

Ahora bien, en virtud de ese principio de publicidad, el artículo 79-1 del Código Disciplinario Único, preceptúa que “las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que las normas vigentes establecen...” y, a su vez, el artículo 84, limita las providencias susceptibles de notificación, a las que taxativamente señala, esto es “el auto de cargos, el que niega la práctica de pruebas, el que niega el recurso de apelación y los fallos

Si bien es cierto, el Código Disciplinario Único, contempla diversos mecanismos a través de los cuales el investigado puede conocer las decisiones que se tomen durante el proceso, a juicio de la Corte Constitucional, esos “mecanismos” no ofrecen, en todos los casos, efectivas posibilidades de garantizar, en forma oportuna la publicidad del proceso. Esto por cuanto, en relación con las “comunicaciones” y “publicaciones”, a que se refiere el artículo 79-1 de la ley 200 de 1995, no establecen la forma precisa en que deben realizarse dichas comunicaciones y publicaciones, para que puedan ser controvertidas durante el proceso, por parte del servidor público investigado, ni tampoco regulan cuándo ha de producirse esa comunicación, ni se indica a partir de que fecha se entiende surtida esa comunicación al investigado para, en tal caso, tener certeza sobre el término a su disposición para impugnar el acto procesal de que se trate.

Entonces tenemos que sólo las notificaciones cumplen con el propósito de dar a conocer en forma efectiva las providencias que se dicten, por lo que el hecho de limitar dicha forma de comunicación a determinados actos procesales, priva del derecho de contradicción y por ende, del derecho constitucional de defensa, otros actos procesales que pueden ser proferidos durante el trámite del proceso disciplinario y, que por la naturaleza misma de la decisión que contienen deben ser conocidas por el disciplinario, para poderlos controvertir. Así, ocurre, entre otros, con los autos que señalan fechas para la práctica de pruebas, los que decretan

una nulidad, los que disponen sobre acumulación de procesos disciplinarios y, en general, con otras providencias interlocutorias diferentes a las citadas en la norma demandada.

La notificación personal que contempla el artículo 85 demandado, es la que de manera más efectiva, salvaguarda los derechos de defensa del disciplinado, por cuanto garantiza un mayor conocimiento y convocatoria directa al proceso. Es pues, la notificación personal, la notificación por excelencia, constituyendo las demás, formas subsidiarias de notificación. La norma demandada prevé la notificación personal del auto de cargos, del auto que niega pruebas, del auto que niega la apelación y de los fallos “si el interesado comparece ante el funcionario competente antes de que se surta otro tipo de notificación. Es decir, establece para el servidor público sometido al proceso disciplinario, la carga de comparecer ante su investigador antes de que se surta” notificación distinta a la personal como requisito para que esta última se realice. Ello significa, entonces, que la notificación personal deviene en subsidiaria, con graves repercusiones para el ejercicio, a plenitud, del derecho de defensa. Por ello, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión aludida, lo que no implica, como es obvio, que ante la imposibilidad de llevar a cabo la notificación personal, se le de aplicación al artículo 87 de la ley 200 de 1995, norma ésta en la que se estableció por el legislador, para evitar la parálisis indebida del proceso disciplinario, que las providencias allí mencionadas “se notificarán por edicto cuando a pesar de las diligencias pertinentes de las cuales se dejará constancia secretarial en el expediente, no se hayan podido notificar personalmente”²¹.

Posteriormente, la Corte Constitucional realizó las siguientes consideraciones:

“Examen de fondo del artículo 151 de la ley 200 de 1995, en lo acusado.

** El principio de publicidad de los actos procesales: presupuesto esencial del derecho de defensa y contradicción y su aplicación al proceso disciplinario (...)*

(...) Así las cosas de la vigencia del principio de publicidad aplicado a los actos procesales se pueden resaltar tres aspectos principales:

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

Uno de ellos es el referido a los destinatarios de la comunicación de un determinado acto o decisión producidos por la autoridad dentro de un proceso, en el sentido de que debe predicarse una publicidad efectiva de los mismos respecto de las partes o de las personas legitimadas para intervenir en el proceso, para garantizarles la protección de derechos con rango constitucional, como a la defensa y contradicción.

Otro es el atinente a la definición de la forma que debe adoptar la publicidad de los actos particulares o de las resoluciones proferidas por las autoridades públicas, en aras de la eficacia de lo propuesto con ella, en tanto que para la misma existe una amplia libertad de configuración del legislador dentro de un entorno de protección de los derechos de defensa y contradicción mencionados, y con respaldo en el mismo artículo 29 superior, que somete todo proceso a la “observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”²².

En este sentido la Corporación ha precisado lo siguiente:

El legislador dispone para cada proceso y actuación las formas de notificación –personal, por estado, por edicto, por conducta concluyente, en audiencia, por aviso-, siendo la notificación personal la principal de todas debido a la seguridad que ofrece en cuanto a la recepción de la decisión por su destinatario. Las notificaciones por edicto tienen un carácter eminentemente supletivo y son el último mecanismo de comunicación de la autoridad pública con las partes cuando luego del agotamiento previo de otras modalidades de notificación se llega a la certeza de no ser ella posible a través de otros medios²³.

El tercer aspecto, atañe a la realización en debida forma de la comunicación del acto procesal o de la decisión a informar a la parte o tercero legitimado para intervenir en el proceso, para efectos de la certeza de su contenido y alcances, así como del momento en que se realizó el acto o se profirió la decisión, los recursos que proceden y los términos de ejecutoria de las resoluciones, para efectos de su validez o nulidad, así como en relación con la idoneidad que debe presentar la comunicación para alcanzar el respectivo fin, en lo que hace a materias referentes a la oportunidad

²² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, C-956 de 1999 y C-555 de 31 de mayo de 2001.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T 361 de 1993*.

de su realización y del nacimiento de las consecuencias jurídicas que le han sido atribuidas. Al respecto, esta Corporación señaló:

La notificación en debida forma asegura que la persona a quien concierne una determinación se halla enterada de su sentido y define simultáneamente –con fecha cierta- en qué momento ha tenido lugar la transmisión oficial de la respectiva información. Se asegura, entonces, no solamente que, conocida la decisión de que se trata, podrá el afectado hacer uso de los medios jurídicamente idóneos para la salvaguarda de sus intereses, sino que se preserva la continuidad del trámite judicial o administrativo correspondiente, pues la fecha de la notificación define los términos preclusivos dentro de los cuales podrá el notificado ejecutar los actos a su cargo. Resultan, por tanto, realizados el valor de la seguridad jurídica y los principios procesales de la celeridad y economía²⁴.

Y en sentencia C 555 de 2001:

... Los artículos 29 y 228 superiores, en forma explícita consagran el principio de publicidad como una de las garantías que conforman la noción del debido proceso. A esto se refiere la primera de estas disposiciones cuando indica que quien sea sindicado tiene derecho a un debido proceso público y la segunda cuando señala que las actuaciones de la administración de justicia serán públicas. En desarrollo de estos principios, las decisiones que se adopten dentro de cualquier procedimiento deben ser desarrollo de estos principios, las decisiones que se adopten dentro de cualquier procedimiento deben ser puestas en conocimiento de los interesados. Así, la publicidad viene a ser garantía de imparcialidad y de operancia de los derechos de contradicción y de defensa...²⁵.

Con igual sentido, la Procuraduría Auxiliar Delegada de la Procuraduría General de la Nación, ha dicho, lo siguiente:

...Lo expuesto, implica que, como actos administrativos, las providencias disciplinarias sólo son oponibles a terceros cuando ellas han sido notificadas o comunicadas y, únicamente cumplido lo anterior puede producir efectos, entendiéndose que quedan en firme cuando susceptibles de recursos, éstos se deciden o no se interponen y en todo caso tres días

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T 099 de 1995.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-555 de 31 de mayo de 2001.

después de la última notificación (artículo 119). Tales precisiones, aplicadas al auto de archivo determinan que existiendo la posibilidad, por mandato legal, de que el quejoso impugne dicha decisión, ésta no queda ejecutoriada hasta tanto no agoten los trámites de la comunicación correspondiente y los términos para efectos de que se surta la apelación respectiva²⁶.

Al respecto, se considera que debido a los derechos que se reconocen al quejoso de recurrir la determinación adoptada, la comunicación por si sola resulta insuficiente para darle a conocer la decisión, siendo la notificación el medio más eficaz para que los interesados se enteren del contenido de las mismas; diligencia cuya importancia ha sido reconocida jurisprudencialmente, en los siguientes términos:

La notificación es diligencia esencial para que las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa produzcan efectos respecto de los interesados en el respectivo negocio o actuación. Y es solo desde el cumplimiento cabal de esa diligencia cuando pueden comenzar a contarse los términos para la ejecutoria del proveído, para la interposición de recursos gubernativos contra él o para la caducidad del plazo legalmente hábil para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas encaminadas a impugnarlo, pues no sería lógico ni jurídico que tales plazos comenzaran a contarse en contra del interesado en aprovecharlos aun desde antes de que pudiera conocer el contenido de la providencia respectiva. Si se admitiera un parecer contrario, la garantía constitucional que tienen de defenderse de los actos oficiales quedaría reducida a una simple teoría y el acto administrativo tendría efectos contra el gobernado aún sin haberlo conocido a través de la notificación²⁷.

...La notificación de los actos administrativos que crean, extinguen o modifican un derecho particular o concreto, es la forma por excelencia como se materializa el derecho de defensa toda vez que por medio de ella, se coloca al administrado en situación de conocer la definición gubernativa para consentir en ella o impugnarla, según el caso. También es importante la notificación, para determinar el surgimiento o la extinción de otros derechos diferentes al directamente relacionado con la decisión gubernamental, como son precisamente los derechos de acción, cuyo ejercicio puede estar restringido en el tiempo, y de hecho lo está en las acciones de restablecimiento del derecho...²⁸.

²⁶ Procuraduría Auxiliar Delegada, Concepto de 9 de octubre de 2002.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, *Sec. Cuarta, Auto mayo 20/75*.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, *Sec Cuarta, Auto del 4 de mayo de 1990*.

Por lo tanto, a pesar de que la norma en referencia alude a la comunicación al quejoso en esa instancia, esta oficina estima que dada la oportunidad procesal que brinda la ley, sería más apropiado entender la comunicación como una notificación para que se agote el procedimiento establecido, lo cual estaría sin lugar a dudas más acorde con lo señalado en los artículos 111 sobre la oportunidad para interponer los recursos, en cuanto indica como tal la de la fecha de expedición del acto y dentro de los tres días siguientes a la última notificación y, 119 que señala como término de ejecutoria de la decisiones contra las que proceden recursos el de los tres días siguientes a la última notificación.²⁹

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, también ha alinderado el contenido del principio fundamental de contradicción, y en sentencia expresó:

...Como emana del artículo 29 de la Constitución Política, dentro del amplio derecho al debido proceso está previsto el más específico que tiene toda persona sindicada a controvertir las pruebas que sean presentadas en su contra, facultad que se conoce también como principio del contradictorio, principio de bilateralidad o simplemente derecho a la contradicción. Importa entonces frente a la demanda examinada precisar su alcance y contenido.

a) En sentido amplio como mensaje al legislador ordinario el principio de contradicción comprende o está conformado por otros, fundamentalmente la posibilidad de acceso a la justicia para que, en igualdad de condiciones, el imputado pueda ser oído dentro del proceso por un juez independiente, autónomo e imparcial; la adquisición del status de sujeto procesal para que especialmente imputado y acusador establezcan la relación dialéctica que implica el proceso, es decir, el debate antitético o de oposición, en el cual, como es apenas obvio, la imputación o acusación preceden a la defensa, pues, como se sabe, la carga de la misma se haya en manos del Estado; el derecho (disponible) a ser escuchado - a la última palabra- durante todo el proceso, sobre todo en su fase oral, el derecho a la igualdad durante la actuación procesal que significa que, más allá de la mera contradicción, justamente para que esta sea efectiva, los sujetos procesales más importantes, quien acusa y quien defiende -deben hallarse en le mismo nivel de posibilidades para imputar y refutar, alegar, aportar, afrontar y

²⁹ INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO. Guía del proceso disciplinario. Bogotá D.C. 2003.

enfrentar la prueba, e impugnar las decisiones y, naturalmente, el derecho de defensa como respuesta a las imputaciones del investigador,-acusador.

b) En el ámbito concreto de la prueba, en una de sus modalidades, la contradicción es igualmente importante, entendida como la posibilidad de cuestionarla, en condiciones normales, ordinarias en plano paritario frente a la imputación o acusación, salvo, obviamente en aquellas hipótesis en las que la “imposibilidad deviene por comportamiento censurable de los sujetos procesales.

c) En materia de prueba de testigos también opera la contradicción y lo deseable sería que en todo caso se tuviera la certeza de poder contrainterrogarlos personal y directamente, por parte tanto del imputado como de su defensor; todo en aras de la más fina protección material y técnica. Sin embargo, como también lo tiene dicho la doctrina y la jurisprudencia, ese anhelo choca en veces con la realidad que enseña muchas excepciones, por ejemplo, cuando el testigo desaparece, cambia de lugar de residencia, está enfermo, muere o se haya en el extranjero o por cualquier razón le es imposible concurrir al debate directo y personal. Por ello se ha dicho que también se conserva en altísimo grado la controversia si los sujetos procesales gozan de la probabilidad llana de problematizar la declaración con base en el acta de testimonio levantada con toda la legalidad, de analizarla como integrante y a la luz de todo el haz probatorio, de hacer ver al funcionario judicial el criterio de la “parte” sin cortapisa alguna y de acudir a las impugnaciones en pos de insistir en la propia opinión

Este punto de vista, acoplado sin duda a las tesis, dominantes ecuménicamente, es el seguido por la Sala que, con criterio real y de verdad, ha dicho que ... el derecho de contradicción no se reduce a la intervención de la defensa en la práctica de pruebas, si no que también se ejerce cuando se piden pruebas, cuando éstas se critican en sí mismas y con relación al resto del material probatorio, cuando se impugnan las decisiones, cuando se alega, etc. ; que el derecho citado ... no se circunscribe al contrainterrogatorio de los testigos.. pues ésta es sólo una de las distintas formas de poner en práctica la dialéctica probatoria, toda vez, que con tal derecho lo que en esencia se busca es la participación efectiva de los sujetos procesales en la postulación o aducción de la prueba, en el diligenciamiento de la misma y posteriormente en su análisis crítico, oportunidades todas ellas, para ejercer el contradictorio ... que ...

el derecho de contradicción no es reductivo y que por lo mismo, la única manera de efectivizarlo no es repreguntando al testigo, si no que existen otras, entre las cuales, está criticar la declaración, no sólo aisladamente considerada sino con relación al resto del material probatorio... y que las pruebas que el Estado está en la obligación de practicar son únicamente aquellas que legal y materialmente puedan llevarse a efecto y no las de imposible cumplimiento...³⁰.

Finalmente, la doctrina también ha definido qué debe entenderse por “principio de contradicción” en materia penal. El ilustre tratadista Velásquez V., en su obra ha comentado:

... Según este postulado todo el trámite procesal está presidido por la idea de debate, de controversia, de contradicción, de lucha entre contrarios; el proceso es la síntesis dialéctica de la actividad de las partes encaminada a velar por los intereses que representan. El proceso no puede entenderse como un monólogo del juez, sino como un diálogo abierto entre los diversos intervinientes en su calidad de partes, sujeto a acciones y reacciones, a ataques y a contraataques; es un juego en el cual los contendientes armados de la razón luchan por el predominio de lo que creen es la verdad procesal. Por este motivo se le ha denominado también como bilateralidad, de controversia, o de carácter dialéctico del proceso.

Este postulado, emerge del más general de defensa o derecho de defensa, que a su turno forma parte del debido proceso, pues al imputado o procesado debe respetársele el derecho a defenderse, a que la investigación que se adelante cuente con su presencia, a que se le permita contradecir toda la prueba arrojada y a objetar mediante los medios de impugnación las decisiones de los jueces o del ministerio fiscal, según sea el caso. Corolario de lo anterior es la obligación del funcionario de investigar tanto la favorable como lo desfavorable al imputado.

La controversia, pues, debe operar tanto en la fase del sumario como en la del juicio o plenario, y debe cobijar todos y cada uno de los aspectos procesales; a ella, como es de suponerse, se oponen las decisiones judiciales secretas, las pruebas allegadas o practicadas de manera solapada, las prohibiciones de controvertir determinado género de pruebas (por ejemplo la prohibición de controvertir el dicho de testimonio

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, sentencia de octubre 2 de 2001.

de cargo, mediante el careo), las prohibiciones enderezadas a impedir la impugnación de las decisiones judiciales mediante la interposición de recursos, etc.

No es pues, concebible el proceso penal con un imputado que haga el papel de convidado de piedra, sujeto a la voluntad omnipotente del juez, el carácter dialéctico del proceso, demuestra, como advierte Rubianes que en nuestro régimen democrático la voluntad del juez, no tiene el sentido de la soberanía absoluta...³¹

Las diferentes exposiciones de las altas Cortes y los reclamos justificados de los doctrinantes han producido avances importantes en materia disciplinaria. Así, por vía jurisprudencial de la Corte Constitucional, particularmente de la sentencia C-555 de mayo 31 de 2001 transcrita en algunos de sus partes, la nueva legislación contenida en la ley 734 de 2002, incorporó expresamente el deber de *notificar personalmente o subsidiariamente por edicto al investigado* el auto de apertura de investigación disciplinaria o de indagación preliminar, cosa que no sucedía en la ley 200 de 1995, amén de que simplemente se tenía por cumplida tal obligación con la *comunicación* de la decisión adoptada, impidiendo en muchas ocasiones una oportuna defensa material.

Por otro lado, constituye una gran avance la incorporación de nuevas formas de notificación, tal y como sucede con la notificación por estado, traída desde la jurisdicción civil y la obligatoriedad de intentar en primer lugar la notificación personal de decisiones interlocutorias, para lo cual se establecen términos, antes de proceder a efectuar otro tipo de notificación

También se puede afirmar que los condicionamientos que impone la Corte Suprema de Justicia, en aras a la adecuada comprensión y manejo del derecho de bilateralidad, tuvo desarrollo en el articulado de la ley 734. Particularmente, cuando la Corte expresa que *el derecho de contradicción no es reductivo*” lo que quiere decir es que le asisten al investigado todas y cada una de las facultades para *participar en la producción de la prueba*, y por ello será que dentro de las novedades incorporadas en el cuerpo del nuevo Código Único es la de solicitar la repetición de aquellos medios de convicción en los que el investigado no haya intervenido, (esto si se recuerda que antes de la notificación personal de la apertura de investigación o indagación se han podido practicar pruebas, como la testimonial).

³¹ VELASQUEZ V., Fernando. Comentarios al nuevo código de procedimiento penal.

Asimismo, la facultad de presentar *alegaciones*, facultad de amplio desarrollo en la sede penal, es de nueva regulación en materia disciplinaria, amén del pronunciamiento reciente de la Corte Constitucional en sentencia C-104 de 2004.

Por demás, normas que desde la óptica de la ley 734 de 2002, imponen la obligación *expresa* de mencionar las pruebas a practicar tanto desde el auto de apertura de investigación, como de la audiencia que se debe surtir en los procedimientos especiales (verbal y el que se surte ante el Procurador General de la Nación), recogen el clamor no sólo de las altas corporaciones, sino de los doctrinantes, como se acaba de ver.

Estando claro que en el cuerpo de la multicitada ley 734 se ha consagrado explícitamente en el artículo 94 el principio de contradicción como directriz que debe imperar en la actuación procesal y que este principio se consagra además como *facultad* de los sujetos procesales en los artículos 90 numeral primero 92 numeral cuarto, y que de igual forma, se aclara que la oportunidad de controvertir la prueba nace desde el momento mismo en que se tiene acceso a la actuación disciplinaria (artículo 138), no es difícil precisar que la inobservancia de estas normas no puede derivar en otra cosa que no sea causal de nulidad.

Lamprea Rodríguez ha expuesto en cuanto hace a este tema:

Declara la ley procesal civil (C.P.C Art. 174) que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Por otra parte, el artículo 29 de la Constitución declara nula de pleno derecho la prueba obtenida con desconocimiento del debido proceso. La nulidad de pleno derecho es que existe por si sola, e invalida el acto que sin necesidad de declararle judicialmente.

Es tal la trascendencia que (la Constitución) ha querido dar al debido proceso que las irregularidades sustanciales que lo afecten, generan la nulidad de lo actuado, efecto jurídico que también se produce cuando se presenta la incompetencia del funcionario y la consiguiente violación del instituto del juez natural, lo mismo cuando se vulnera el derecho a la defensa, (material y técnica). Igualmente, procede la inexistencia del acto procesal, cuando no se reúnen los presupuestos esenciales exigidos por la propia ley.

Por último, resulta explicable porqué el constituyente del 91 extendió el deber del debido proceso a las actuaciones administrativas; nuevamente la forma debida se impone como exigencia general de protección de los intereses de los administrados. Es preciso, enseña el mandato legal, que los órganos del Estado observen un procedimiento riguroso en la formación y expedición de los actos administrativos, sean ellos de carácter general (como el acto-regla), o de contenido particular y concreto (como el acto condición y el acto subjetivo). A su vez, el cumplimiento de las formas propias de cada juicio implica la exigencia de que los administrados observen cuidadosamente los trámites y oportunidades de defensa, para el ejercicio de control de legalidad, en sede administrativa, mediante la interposición de los recursos gubernativos. Como se sabe, la finalidad evidente de éstos es lograr que la administración revoque, modifique o aclare sus propios actos.

De lo anterior se concluye que el debido proceso constituye garantía para que se cumpla el trámite de ley en toda actuación de los órganos del Estado, su fin último, la seguridad jurídica por que un proceso justo conduce necesariamente a no permitir situaciones difusas y, sobre todo, la indefinición jurídica.³²

Tanta es la importancia de comunicar los aspectos atinentes a la defensa del investigado, que no sólo la comunicación del *acto en si mismo* genera la causal de nulidad, si no que ésta se puede configurar por la sola omisión de parte de éste, como sucede en la falta de comunicación de la forma en que se puede imputar la responsabilidad al investigado (dolo o culpa) en el auto de formulación de cargos, si de dicho proveído no puede colegirse claramente, así lo hace ver el Concepto 001 de 2000, proferido por la Procuraduría Delegada Auxiliar de la Procuraduría General de la Nación:

Con base en la función conferida a este Despacho por el artículo 9, numeral 4º del Decreto 262 de 2000, y ante la necesidad de unificar conceptos en materia disciplinaria respecto a la declaratoria de nulidad por la deficiente elaboración del auto de cargos en las investigaciones disciplinarias como consecuencia de la falta de determinación del grado de culpabilidad con que actuó el investigado, es necesario recordar, en primer término, los requisitos exigidos para proferir auto de cargos:

³² LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio, Op. cit., 82 p.

- *Sinopsis indicando el origen y los hechos objeto de la investigación.*
- *Una síntesis de la prueba recaudada.*
- *La individualización funcional e identificación del posible autor o autores de la falta o faltas, señalando el cargo, el empleo y la entidad en que se desempeña o se desempeñaba, así como la fecha o época aproximada de los hechos.*
- *La determinación de la norma que describe el derecho, deber, prohibición, inhabilidad o incompatibilidad que regula la conducta funcional y específica del servidor público investigado.*
- *La descripción de la conducta violatoria de lo anterior, señalando por separado la prueba en que se fundamenta cada uno de los cargos.*
- *Indicación de la norma o normas infringidas.*
- *La determinación provisional de la naturaleza de la falta. Cuando fueren varios los implicados se hará análisis separado para cada uno de ellos*³³.

Ahora bien, la Corte Constitucional, al resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 92, numeral 7o de la Ley 200 de 1995, manifestó que en la determinación provisional de la naturaleza de la falta, se debe incluir el grado de culpabilidad que se atribuye al servidor público, toda vez que este aspecto constituye el elemento subjetivo de la conducta y, por ende, debe hacer parte de su descripción. Sobre el tema señaló la Corporación:

En efecto el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, al establecer los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, establece entre otros, el "grado de culpabilidad", lo que conduce a que necesariamente, al realizar la calificación de la falta, se evalúe el tipo subjetivo, esto es, si se cometió con dolo o con culpa (...)

En cuanto hace relación a la prueba sobre la probable responsabilidad del disciplinado, lo que a juicio del demandante debe referirse al elemento subjetivo de la conducta, es decir a la culpabilidad, es necesario precisar, que en primer término, la responsabilidad del investigado, debe estar

³³ MEJIA OSSMAN, Op. cit., artículo 92.

*comprometida por cualquier medio probatorio legalmente allegado al proceso, como la misma norma lo establece ... confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación.."; y, en segundo término, que en todo caso, el examen de la responsabilidad, ha de realizarse, a la luz del principio de culpabilidad que consagra el artículo 14 del estatuto disciplinario, es decir, analizando concretamente, si la conducta típica se cometió con dolo o con culpa)*³⁴.

Es necesario resaltar que no por el hecho de que se omita aludir a los términos de dolo o culpa en el auto de cargos se presenta nulidad de la decisión, pues para que no se presente esta deficiencia basta que el contenido de la providencia permita colegir el tipo de culpabilidad con que actuó el investigado. Así lo señaló el Tribunal., cuando anotó:

*...No se necesita el empleo de fórmulas sacramentales para describir la forma de culpabilidad. No existe nulidad cuando la descripción de los hechos apunta inequívocamente a una determinada forma de conducta, así no se mencione expresamente si se trata de dolo, culpa o preterintención, v.gr., si se describe desde el punto de vista fáctico, en forma indubitable, una conducta negligente, intencional o preterintencional...*³⁵.

En este mismo sentido, la Sala Disciplinaria de esta entidad, en reciente providencia proferida dentro del proceso No.028-05827, reiteró la necesidad de determinar el grado de culpabilidad con que actuó el investigado, pero además precisó: sin que esta exigencia signifique que las palabras sacramentales que lo definen deben estar precisadas, sino que se desprenda con claridad y en forma inequívoca del mismo contexto que contiene el auto de cargos, siempre y cuando no se haya modificado la determinación provisional que debió efectuarse en el auto de cargos, cuando la prueba sobreviniente torne más gravosa la situación del disciplinado.

Conforme a lo expuesto, aunque una de las exigencias en la elaboración del auto de cargos guarda relación con la necesidad de determinar el grado de culpabilidad del investigado, únicamente podrá decretarse la nulidad de dicha decisión cuando se presente una ausencia total de determinación en torno a si el disciplinado actuó de manera intencional o culposa.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-892 del 10 de noviembre de 1999.

³⁵ Tribunal Superior de Bogotá en auto de marzo 22 de 1986.

Sin embargo, habrá de precisarse un aspecto de singular y especial circunstancia que se constituye como única excepción a los claros mandatos de la ley que obligan al juez disciplinario a *notificar* ciertas decisiones que puedan repercutir en el ámbito de defensa del investigado, como quiera que directa o indirectamente refieren a los medios de convicción en los que se sustentará el fallo, dicha excepción viene a ser lo que se conoce como *notificación por conducta concluyente*.

Esta forma de notificación permite que la deficiencia procesal puede ser subsanada si la parte interesada se ha enterado de la existencia de la decisión objeto de notificación. Este conocimiento, constituye por si mismo, una notificación, como quiera que no cabe duda acerca del conocimiento por parte de investigado de la decisión materia de notificación.

Cabalmente, el artículo 108 *ibídem* dispone:

*Notificación por conducta concluyente. Cuando no se hubiere realizado la notificación personal o **ficta**, o esta fuere irregular respecto de decisiones o del fallo, la exigencia legal se entiende cumplida para todos los efectos, si el procesado o su defensor no reclama y actúa en diligencias posteriores o interpone recursos contra ellos o se refiere a las mismas o a su contenido en escritos o alegatos verbales posteriores* ³⁶.

El Consejo de Estado ha expresado lo siguiente, relativo a notificación por conducta concluyente.

Cuando la administración, de cualquier manera, impide el normal ejercicio de los controles gubernativos (y una forma sería la de no notificar personalmente la decisión administrativa), la ley abre la posibilidad de acudir ante la jurisdicción, sin más requisitos.

No basta indicar en el acto los recursos procedentes. Es menester que personalmente se le haga saber al administrado cuáles son y en qué oportunidad puede interponerlos. Este aspecto no cabe dentro del principio de que la ley se presume –de derecho-, conocida de todos.

³⁶ MEJÍA OSSMAN, Op. cit., artículo 108.

Si se entorpece al administrado el ejercicio de los citados controles por la no notificación del acto o su defectuosa notificación, la notificación por conducta concluyente, que constituye una preciosa garantía procesal para el administrado, y en cierta forma una sanción para la administración incumplida, le permite aquél, a su opción, interponer los recursos gubernativos de ley, a partir de su conocimiento o acudir directamente a la jurisdicción administrativa.

*La oportunidad para interponer los recursos los señala la misma ley y ella se inicia con la notificación personal del acto al interesado. Si la administración no la cumple, sino que acude a otra forma no autorizada, o autorizada en subsidio, estará impidiendo el ejercicio de los recursos y no podrá alegar, en su favor, como sucedió en el caso **sub judice**, el no agotamiento de la vía gubernativa. En este campo también cabe recordar el aforismo **nemo auditur propriam turpitudinem allegans**³⁷.*

Con igual sentido, en otro pronunciamiento, un poco más práctico, adujo:

En el libelo se demandó al Departamento de Boyacá Contraloría General de Boyacá, y se le notificó el auto admisorio de la demanda al Departamento de Boyacá cuando debió ser a la Contraloría General de ese Departamento, de conformidad con la normas constitucionales y legales vigentes para ese momento. La causal de nulidad que se configura cuando no se notifica en forma legal el admisorio de la demanda a la parte que legalmente debe ser citada al proceso es la contemplada en el numeral 9° del artículo 140 del C.P.C. Así las cosas, lo procedente era poner en conocimiento de la Contraloría General del Departamento de Boyacá, en la forma prevista en el artículo 320 numerales 1° y 2° del C.P.C., la causal de nulidad observada, para que manifestara si se allanaba o no conforme lo dispone el artículo 145 del C.P.C. Si bien es cierto que tal trámite se omitió, no lo es menos que la Contraloría General de Boyacá, como lo precisa el recurrente, intervino en el proceso antes de dictarse la sentencia, sin alegar nulidad alguna y con ello la subsanó tal como lo prevé el numeral 3 del artículo 144 del C.P.C. Así las cosas, considera la Sala que el fallo apelado resulta contrario a la realidad procesal, rompe con el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, y desconoce

³⁷ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de diciembre 15 de 1995.

*el derecho de acceso a la administración de justicia, pues sin duda la Contraloría General de Boyacá ha ejercido su derecho de defensa, en las condiciones en las que lo ha considerado pertinente*³⁸.

Para finalizar el presente capítulo, si bien es cierto se ha recalcado acerca de la conjunción existente entre la publicidad de los actos procesales y el derecho de audiencias o de defensa que este comporta para el investigado, especialmente en lo que a medios probatorios refiere, es necesario aclarar que dicha simbiosis no sólo está referida a las diversas pruebas practicadas o por practicar sino que además incluyen otras decisiones que las afectan, como puede ser la *negativa de decretarlas y practicarlas*.

Así, cuando motivadamente se niegan medios probatorios al investigado solicitados en su escrito de descargos, debe sustentarse dicha negativa, en razón de la importancia de la decisión, la cual debe ser notificada, personalmente o por estado, con el fin de abrir las puertas a la segunda instancia mediante el recurso de apelación. El desconocimiento de este procedimiento, naturalmente vendría a constituir un atropello en contra del investigado al no cumplir el Estado con las expectativas defensivas que le asisten, y más estando consagrado el principio de *investigación integral*, que obliga al juzgador a tener en cuenta los aspectos favorables como desfavorables del investigado.

No obstante, lo dicho, no toda limitación al derecho de solicitar pruebas, necesariamente deviene en causal que vicie la actuación disciplinaria, en razón de que es posible al operador judicial o administrativo hacer uso de algunas facultades otorgadas por la misma ley para obrar de ese modo.

Los artículos 132 de la ley 734, al igual que el 119 de la ley 200 de 1995, otorgan la facultad al investigador de *rechazar* las pruebas que estime inconducentes, impertinentes o superfluas y *no se atenderán las practicadas ilegalmente*.

Esta facultad, lógicamente deviene del desarrollo de principio de celeridad, amén que los medios de convicción obrantes en un proceso disciplinario deben ser eficaces, para el esclarecimiento del objeto de investigación.

A manera de ejemplo traemos algunas consideraciones esgrimidas por el Consejo de Estado en el siguiente extracto:

³⁸ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sección Segunda, expediente 15258 de 1999.

*No encuentra la Sala que la negativa a decretar unos testimonios y a aceptar como prueba algunos documentos allegados por la encartada, hubiera violado su derecho de defensa, pues son valederas las razones en que fundamentó el ente investigador tal decisión. De una parte, el hecho de que la autoridad niegue la práctica de una prueba, no es un hecho que per se implique desconocimiento al debido proceso y al derecho de defensa, pues no hay que olvidar que la conducencia y la eficacia de los medios probatorios son principios que informan la práctica de las pruebas. Como es sabido, la conducencia de la prueba, es la aptitud legal o jurídica que tiene ésta, para convencer al fallador sobre el hecho a que se refiere. Este requisito, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, persigue un fin que apunta a la economía procesal, evitando que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no prestarán servicio alguno al proceso. De otra parte, el cargo de falta de competencia que formula la demandante a la abogada instructora, carece de sustento legal. No puede resultar extraño al proceso disciplinario que el funcionario competente para investigar las presuntas faltas disciplinarias, comisione para la práctica de pruebas a otro funcionario idóneo, como ocurrió en el caso **sub lite**. Pretender, como lo estima la actora, que únicamente las pruebas deban practicarse por el jefe encargado de investigar las faltas en las entidades públicas, contradice los principios de celeridad y de economía procesal que informan esta clase de procesos. No puede darse entonces violación al debido proceso, porque las pruebas fueron practicadas por una funcionaria comisionada para el efecto. La conducta de la encartada de que da cuenta el disciplinario, tipifica, sin lugar a dudas, una falta grave al tenor del Acuerdo 12 de 1987, que gobernaba su situación, y es inadmisibles pretender que no lo era, por la cita aislada de preceptos que invocó la entidad, pues los cargos se formularon por hechos concretos que demuestran el incumplimiento de los deberes a que estaba sometida en su condición de servidora pública, los cuales ameritaban la sanción que le fue impuesta, pues el trato preferencial y al margen de la ley que le dio a algunos infractores de las normas de policía, imponían la condigna sanción³⁹.*

Igualmente esta otra sentencia pone de presente el desarrollo de las facultades limitativas de la prueba, consagradas en las normas antes citadas:

³⁹ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sección Segunda, expediente. No. 17635 de 1999.

*No encuentra la Sala vocación de prosperidad en la violación del derecho de defensa cimentada en la denegación de la totalidad de testimonios solicitados, porque es evidente que fue especialmente diligente el ente investigador en recaudar la mayor cantidad de pruebas, agotando las posibilidades de obtener información; si algún testimonio faltó, es apenas lógico que hiciera uso de la facultad legal para limitar su número al que estimare necesario (Art. 219 C.P.C.). Obra dentro del **sub judice** la prueba pericial contable decretada y practicada que da cuenta de la forma cómo se registró el ingreso de los dineros, cuestionando algunos de los procedimientos efectuados y los rubros en que se consignaron; así mismo, se lee el criterio de los expertos sobre el tratamiento contable pertinente para algunos de los ingresos y transacciones. Se destaca el caso de la venta del predio Miramar, sólo registrada tributariamente en 1991. Sobre la referida prueba, así como sobre las censuras que dirige el demandante, que atañen a materias contables y tributarias, dirá la Sala que son irrelevantes en el desenlace del **sub judice**, en primer lugar, porque las consideraciones sobre los contratos de compraventa de bienes inmuebles anteriormente expuestas son independientes de tales materias, las que sólo tienen incidencia directa en los asuntos y obligaciones que devienen de la reglamentación tributaria. En segundo lugar, porque los contratos que constituyeron objeto de análisis en el **sub judice** fueron expresamente aducidos en el libelo como argumento encaminado a justificar el incremento patrimonial encontrado por la Procuraduría. Quiere decir lo anterior, que partió el actor del presupuesto de la existencia de incrementos por tales conceptos, que no discutió, sino que pretendió explicar la causa que dio origen a los mismos⁴⁰.*

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sección segunda, expediente No. 10657 de 1999.

4. LA TRANSMISION DE DERECHOS PENALES A LA SEDE DISCIPLINARIA

En el presente capítulo, se hará una mención especial al compendio jurisprudencial de la Corte Constitucional realizado por el tratadista nariñense Libardo Orlando Riascos, quien hace alusión a los pronunciamientos principales de esta corporación en materia disciplinaria.

Para efectos de la presente monografía, exclusivamente se enumerarán las jurisprudencias relativas a derecho al debido proceso y temas relacionados, ellas son:

T-582-92, noviembre 12. Principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento disciplinario contra funcionarios judiciales. Naturaleza jurídica de las decisiones disciplinarias.

T-413-93, junio 8. El principio non bis in ídem en materia disciplinaria. Cabe destacar la especial prevalencia que ha dado el ilustre tratadista en su selección de jurisprudencias, a aquellas que tienen que ver con los principios rectores en el ámbito disciplinario. Obsérvese que entre las providencias citadas figuran las que versan sobre culpabilidad, unidad de materia, juez natural, **non bis in ídem**, debido proceso, derecho de defensa, **in dubio pro** disciplinado, favorabilidad y contradicción.

T-438-93, julio 1. El principio de favorabilidad (artículo 29 constitucional) tiene aplicabilidad en los procesos disciplinarios. Naturaleza jurídica del proceso disciplinario.

C-540-93, noviembre 24. El debido proceso disciplinario contra los abogados. Competencias previas a las ejercidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Sanción de exclusión de la profesión.

C-540-93, noviembre 24. El debido proceso disciplinario contra los jueces de la República. Normas de descongestión judicial. Normativa excepcional y puntual.

C-592-93, diciembre 9. La defensa técnica en los procesos penales militares. La omisión y sus consecuencias disciplinarias para el abogado y/o representante.

T-438-94, octubre 4. El debido proceso disciplinario contra jueces de la República “sin fuero”. Poder prevalente de la procuraduría General de la Nación.

SU-044-95, febrero 2. La defensa técnica en procesos policivos. Omisión y consecuencias para el apoderado y/o representante.

C-071-95, febrero 26. El defensor de oficio (defensa técnica) en los procesos penales ordinarios prevista en el C.P.P. se ajusta a la Constitución y la ley.

C-049-96, febrero 8. La defensa técnica en los procesos penales. Ejercicio de la abogacía general y excepcional por estudiantes de derecho adscritos a Consultorios Jurídicos.

C-224-96, mayo 30. El **in dubio pro** disciplinado y principio de **non bis in ídem** en el Código Disciplinario Único. Exequibilidad.

C-280-96, junio 25. El debido proceso disciplinario; doble instancia y consulta. Régimen de inhabilidades. Pérdida de la investidura como sanción disciplinaria.

T-163-97, marzo 20. El debido proceso disciplinario contra los jueces de la República. Vías de hecho al conceder la consulta. Poder prevalente de la Procuraduría en materia disciplinaria; principio de igualdad.

C-430-97, septiembre 4. El debido proceso disciplinario contra jueces de la República. Etapas del procedimiento. Omisión de pruebas. La indagación disciplinaria. Naturaleza jurídica del derecho disciplinario.

C-025-98, febrero 11. La defensa técnica en los procesos penales. Ejercicio de la profesión de abogacía (general y excepcional). Constitucionalidad del Decreto-Ley 196/71.

C-728-2000, junio 21. Principios rectores del derecho disciplinario (ley 200 de 1995) Unidad de materia, Juez Natural, non bis in idem. Etapa de investigación preliminar, fines términos y trámite (artículo 141 ídem).

C-155-2002, marzo 5: El principio de culpabilidad en el proceso administrativo disciplinario (artículo 14 ley 200 de 1995). Culpabilidad en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

C-181-2002, marzo 12: Concepto de derecho disciplinario en Colombia. Aplicación de la ley disciplinaria. Principios rectores: debido proceso, faltas y sanciones disciplinarias, etapas del proceso disciplinario (Preliminar, Investigación y Juzgamiento) El proceso disciplinario tiene la estructura de un proceso penal ordinario y el desarrollo y ejecución de un proceso civil y contencioso administrativo. Es un proceso de naturaleza jurídica mixta.

“C-037-2003, enero 28: Principios rectores del derecho disciplinario; en particular, el poder preferente de la Procuraduría y el derecho de defensa. Las faltas y sanciones disciplinarias: Límites a las sanciones disciplinarias. Los sujetos disciplinantes. Procedimiento disciplinario y causales de nulidad. Medidas provisionales y notificación del pliego de cargos. Cosa juzgada constitucional: art 3, apartes inexecutable y 17 y 46 executable de la ley 734 de 2002 (C-948-2000, Nov. 6) executable inciso 2 del artículo 53 y partes del artículo 93; art. 143-1, executable igual art.131-1 de la ley 200 de 1995 (cosa juzgada material”. Identidad de contenido de las normas) C-1076-2002.

C-67-2003, febrero 4: Aplicación de los principios (penales) e integración normativa. Exequible el aparte del artículo 21 de la ley 734 de 2002 referido a la aplicación de la Constitución, la ley y los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ámbito disciplinario.

Entre el selecto grupo de providencias, encontramos algunas que vale la pena destacar, por su relación con algunos temas que se han venido tratando en líneas anteriores. Particularmente en cuanto al tópico de transmisión de principios consagrados en el artículo 29 de la Constitución, desde la sede penal hasta la administrativa, caben mencionar los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional:

En primer lugar, haremos mención de la jurisprudencia C 155 de 2002, por parecernos que trata un aspecto importante referido a la tipicidad de la falta disciplinaria muy ligado al principio de la culpabilidad y lógicamente al derecho de defensa del disciplinado.

Se debe resaltar que no pocas han sido las inconformidades esgrimidas en cuanto al tratamiento del sistema *numerus apertus*, usado en la jurisdicción disciplinaria, para tipificar la gran variedad de faltas que eventualmente pueda cometer un servidor público.

Consideramos que lo expuesto por la Corte en esta jurisprudencia, confirma que los principios del derecho penal, no siempre encuentran un desarrollo idéntico en sede administrativa, si bien es cierto comparten unas bases teóricas muy similares.

En esa oportunidad dijo la Corte Constitucional :

*“... El principio de culpabilidad en materia disciplinaria y el sistema de **numerus apertus** en la incriminación de las faltas disciplinarias*

La sujeción que debe el derecho disciplinario a la Constitución implica que además de garantizar los fines del Estado Social de Derecho, debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, siendo la culpabilidad uno de ellos según lo consagrado en el artículo 29 Superior en virtud del cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.

“Es decir, que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es “Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena

lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”⁴¹.

Principio constitucional que recoge el artículo 13 del C.D.U. acusado, al disponer que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso – con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso -, y que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado⁴².

*Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican **mutatis mutandi** en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado⁴³.*

Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 626 de 1996

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 728 de 2000

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia 195 de 1993, C-280 de 1996, C-306 de 1996, C-310 de 1997, entre otras

*genérico de incriminación que ha sido denominado “**numerus apertus**”, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de **numerus apertus** supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición...”*

Siendo que en últimas, la Corte declaró la exequibilidad del sistema de **numerus apertus**, en la práctica el operador disciplinario como el propio investigado tendrán que decidir acerca de la existencia de la modalidad culposa en cada caso concreto, situación no muy fácil en todos los asuntos disciplinarios, por cierto.

A manera de ejemplo traemos a colación los siguiente comentarios del connotado tratadista Jaime Mejía Ossman, quien hace una crítica al actual sistema que establece la forma en que se maneja la forma culposa de culpabilidad y el límite de las sanciones, (artículos 44 y 45 de la ley 734 de 2002), como quiera que permite una amplia discrecionalidad al operador disciplinario para calificar las faltas y graduar las sanciones correlativas a ellas:

Las clases de sanciones relacionadas en la nueva disposición, (se refiere al artículos 44 y 45 de la ley 734 de 2002) permiten al operador disciplinario, como ya lo hemos advertido, aplicarlas de manera discrecional, con violación al principio Constitucional de legalidad, de acuerdo con la concreción de la conducta en falta gravísima dolosa o culposa o realizada con culpa gravísima o de conformidad a que la misma siendo gravísima se haya realizado con culpa grave o que siendo grave se realice con dolo o con culpa o que se realice en forma leve dolosa o leve culposa, todo lo cual mediante la creación de disposiciones y de adecuaciones que la ley disciplinaria en forma expresa contempla⁴⁴.

⁴⁴ MEJÍA OSSMAN, Op. Cit., 141 p.

De allí, que consideramos que si existió un retroceso con relación a la clasificación y límite de las sanciones que traía la ley 200 de 1995, pues ésta era más clara a la hora de definir las sanciones y sus límites.

Otra providencia de especial interés, afín al tema complementario que hemos venido desarrollando en este anexo, es decir el del tránsito de los principios penales a la sede administrativa, es el siguiente fallo de tutela desatado por la Corte Constitucional en 1992. Merece comentar, que tal vez esta providencia es la génesis de la teoría de mutación de principios penales, pues se observa que no estaban para aquella época muy perfiladas las directrices que hoy sostiene la Corte Constitucional en cuanto hace a este tema.

Evidente es pues la evolución de esta línea jurisprudencial de la Corte, basta y sobra leer el siguiente aparte:

La naturaleza del Derecho Disciplinario. El peticionario fue sancionado por el Ministerio Público, en ejercicio del poder disciplinario.

El derecho disciplinario que respalda este poder está compuesto por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones o incurrir en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley.

Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada derecho administrativo disciplinario.

Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación debe observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción

represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicán también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término "derecho criminal" para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos⁴⁵.

Expertos como el profesor Juan Fernández Carrasquilla afirman:

*El derecho disciplinario amenaza sanciones administrativas a quienes violan los especiales deberes de lealtad y rectitud que por una investidura pública les vienen impuestos. Al aplicarlo (aunque sea por medio del otorgamiento de esta función administrativa a ciertos órganos de la jurisdicción), el Estado procede, dice algún autor, como un patrón especial, no como soberano. En general, el ilícito disciplinario se encuentra definido en tipos más abiertos y las sanciones pueden ser a veces discrecionales. En él no hay nada de peligrosidad. Por lo general, la sanción disciplinaria no es incompatible con la penal propiamente dicha, salvo cuando la deslealtad o deshonestidad del funcionario o empleado público es elemento del tipo penal, pues entonces se violaría el postulado **nombis in idem.**)⁴⁶*

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común. Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, en el Decreto 100 de enero 23 de 1980, que establece:

"Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa".⁴⁷

En consecuencia, se debe entender que "materias penales" no es equivalente a "materias criminales", sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término "penas" en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo, por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela No. 438 de Julio 1 de 1992.

⁴⁶ FERNANDEZ CARRASQUILLAS, Juan. Derecho penal fundamental. Tomo I.

⁴⁷ MEJÍA OSSMAN, Op. cit., 180 p.

permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.

Si al derecho disciplinario se le aplican los principios generales del derecho penal, es claro que en el caso concreto que hoy ocupa a esta Sala, la procuraduría violó uno de esos principios generales: el principio de la favorabilidad.

El principio de favorabilidad:

El principio de favorabilidad está consagrado en la Constitución Nacional, art. 29, inciso tercero ("En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"). La norma de la favorabilidad está reiterado en la ley 153 de 1887 y estaba consagrado en la Constitución de 1886. Si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de este principio en especial para resolver conflictos de carácter temporal entre las leyes, también es cierto que el principio de favorabilidad está esencialmente concebido para resolver conflictos entre leyes que coexisten de manera simultanea en el tiempo.

Igualmente es digno de destacarse que apenas entrada en vigencia la Constitución de 1991, ya la Corte Constitucional había aceptado la aplicación de los principios penales a la jurisdicción disciplinaria, pero no se entiende por que fijó una posición incompleta, en tratándose de compatibilidades entre sanción disciplinaria y penal, tema del cual nos referimos ya en el acápite del principio *non bis in idem*.

Tampoco podemos pasar por alto el contenido de la Sentencia de Tutela 582 de noviembre 12 de 1992, citada por el tratadista Libardo Riascos Rodríguez, proveído mediante el cual la Corte Constitucional determinó la naturaleza de las decisiones disciplinarias, para servidores de la rama judicial. La importancia de esta providencia radica en la diferencia de la naturaleza de la sanción disciplinaria en tratándose de sujetos con regímenes disciplinarios especiales.

También resulta importante esta providencia, como quiera que reconoce el derecho de contradicción como expresión del debido proceso tanto para las actuaciones judiciales y administrativas, recordando que la inclusión de las garantías penales a la sede disciplinaria deviene de un proceso *progresivo*.

Por demás es de alto valor jurídico el debate que planteó la Corte en su momento, referido a la igualdad de posibilidades de los servidores de la rama judicial para

demandar los actos de sanción impuestos ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así enseñó la Corte:

Naturaleza de las decisiones disciplinarias contra funcionarios y empleados judiciales:

La naturaleza jurídica de las sanciones disciplinarias impuestas a funcionarios públicos ha sido largamente debatida en la doctrina y la jurisprudencia nacionales. La clásica discusión llevada a cabo en el seno de la Academia Colombiana de Jurisprudencia en 1981 ilustra las diversas posiciones de eminentes juristas nacionales en torno al carácter jurisdiccional o administrativo de las decisiones tomadas al término de un proceso disciplinario en relación con funcionarios y empleados judiciales.

Históricamente la facultad disciplinaria surgió del ejercicio del poder administrativo. Su finalidad esencial era la de facilitar el desempeño eficiente de la función pública, e impedir que la conducta de los funcionarios y empleados oficiales se convirtiera en un obstáculo para el cumplimiento de los fines estatales. El principio jerárquico tenía exclusivamente operancia gracias al poder disciplinario atribuido a la autoridad pública sobre sus empleados o dependientes, a la cual se aseguraba un amplio ámbito de discrecionalidad. De ahí que la doctrina identificara la función administrativa, en contraste con la jurisdiccional, por el carácter voluntario de sus decisiones sancionatorias.⁴⁸

La evolución del poder disciplinario ha llevado a una progresiva aplicación en su campo de los principios y garantías del debido proceso de estirpe penal. Este desarrollo tiene expresión concreta en el artículo 29 de la Constitución. En él se garantiza el debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales o administrativas. Corresponde al juez constitucional determinar el alcance del derecho al debido proceso y su aplicación en el ámbito administrativo, sin desatender el principio de eficacia de la administración y los fines inherentes a esta función estatal (CP art. 209).

En materia de régimen disciplinario para empleados y funcionarios públicos de la rama jurisdiccional, la doctrina colombiana distingue entre sanciones disciplinarias contra jueces y magistrados, y aquellas impuestas a empleados del despacho bajo la sujeción de un superior jerárquico. En el primer caso, en concepto del tratadista

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de tutela 582 de noviembre 12 de 1992.

HERNANDO DEVIS ECHANDIA, estamos ante actos jurisdiccionales, mientras que en el segundo se afirma el carácter administrativo de los actos sancionatorios...”

(...)

Principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento disciplinario contra funcionarios judiciales

Los principios de imparcialidad y contradicción son consustanciales al debido proceso, derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Carta. En materia sancionatoria, penal o disciplinaria, la Constitución obliga a seguir un procedimiento legal en el que prime la objetividad del juzgador. Además, el procesado debe contar con plenas oportunidades de defensa. Estas garantías generalmente se traducen en la posibilidad legal de interponer recursos, presentar y controvertir pruebas y asesorarse de un abogado, así como en el trámite y juzgamiento ante una instancia imparcial.

La naturaleza de la función administrativa, sin embargo, invierte el orden del proceso en favor de los intereses públicos, siendo la misma autoridad jerárquica la que impone la sanción disciplinaria, muchas veces sin motivación previa, si se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En este evento, las garantías de contradicción e imparcialidad operan en el proceso contencioso administrativo posterior, cuando el afectado decide iniciarlo, impidiendo de tal forma que simples razones de Estado acaben por prevalecer sobre los derechos fundamentales de la persona.

La vigilancia judicial de los empleados de la rama jurisdiccional corresponde al Ministerio Público y al respectivo superior, salvo que la Procuraduría inicie investigación o aprehenda en cualquier momento su conocimiento (D. 1888 de 1989, arts. 17 y 22).

El procedimiento para la investigación y el juzgamiento de empleados y funcionarios judiciales por faltas disciplinarias está establecido en la ley y en ella se respetan el principio de legalidad y el derecho de contradicción.

No sucede lo mismo respecto del principio de imparcialidad cuando el mismo juez o magistrado es quién inicia y sanciona al funcionario respectivo, en proceso de única instancia, salvo si la sanción es de destitución que puede impugnarse ante el superior de la autoridad que tomó la decisión (D. 1888 de 1989, art. 30). En esta eventualidad, ninguna instancia imparcial puede evitar el desconocimiento del debido proceso, porque así expresamente lo ha querido el legislador al no consagrar recursos contra las decisiones sancionatorias y darles a todas ellas el carácter de

actos jurisdiccionales no susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

De lo anteriormente expuesto se podría plantear, en abstracto, una posible inconstitucionalidad de la norma que atribuye naturaleza jurisdiccional a todas las decisiones disciplinarias en relación con funcionarios y empleados de la rama judicial, por contrariar la garantía constitucional del debido proceso - derecho a controvertir toda decisión sancionatoria, principio de imparcialidad -, así como el principio de igualdad frente a otros funcionarios del Estado que al término del procedimiento administrativo disciplinario pueden recurrir ante el juez administrativo. Su análisis más profundo y definitivo, sin embargo, debe hacerse en otra sede, distinta a esta de revisión de sentencias de tutela, máxime cuando no se presenta una incompatibilidad manifiesta entre los distintos textos...”

Para finalizar, no puede dejar de concluirse que en materia de transmisión de principios, la normativa disciplinaria ha encontrado una rápida evolución, existiendo la tendencia de asimilar más ceñidamente los postulados traídos desde el área penal, con ciertas reticencias, particularmente en el campo de la concurrencia de diversos tipos de sanciones originadas en un mismo hecho (*non bis in idem*) y el principio de legalidad de los tipos y sanciones (*sistema de numerus apertus*).

CONCLUSIONES

El derecho de defensa es un principio rector vinculante para el operador disciplinario a lo largo de toda la actuación. Dentro de un gran espectro de desarrollos procesales y sustanciales, impide la aplicación arbitraria de la ley, establece un campo referencial para la interpretación de las normas y consagra la oportunidad al investigado de ser y oído y vencido en juicio.

Los principios rectores de la jurisdicción penal, encuentran aplicación mutada en el campo disciplinario, principalmente por la inexistencia de elaboraciones doctrinales específicas para este último. Sin embargo la aplicación de dichos principios no constituye un simple traslado de una jurisdicción a otra, sino el desarrollo único del concepto de debido proceso consagrado en el artículo 29 superior.

Se hace necesario garantizar al disciplinado una verdadera defensa técnica, tal y como sucede en el derecho penal, siendo que en la mayoría de los casos, la defensa planteada por estudiantes de Consultorios Jurídicos no se compadece con la entidad de las faltas investigadas y las consecuencias de la sanción.

Los principios de publicidad y contradicción son de naturaleza inescindible, habida cuenta que no es posible efectivizar el derecho de *bilateralidad* sin el conocimiento oportuno de las decisiones que tienen la virtualidad de afectar derechos y garantías fundamentales del investigado.

El derecho de contradicción no solamente implica la posibilidad de participar en la producción de la prueba, sino también en la contradicción teórica de la misma, en la defensa de los puntos de vista del investigado acerca de la afectación mundánica que ha tenido su accionar.

La justicia a cualquier costo, no es justicia.

BIBLIOGRAFÍA

MEJÍA OSSMAN, Jaime. Código único disciplinario, edición 2003. Bogotá, D.C. Ediciones doctrina y ley. 235 p.

VILLEGAS GARZON, Oscar. El proceso disciplinario, Bogotá, D.C. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 320 p.

LÓPEZ GARZON, Edgar. Guía práctica del procedimiento disciplinario, 3 ed. Bogotá D.C. Librería jurídica Sánchez. 280 p.

PALACIO JARAMILLO, Marcha Inés. Debido proceso disciplinario, Garantías constitucionales. Bogotá D. C. Librería del profesional, 2001. 350 p.

ISAZA SERRANO, Carlos. De la suspensión provisional en materia disciplinaria. Bogotá D.C. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. 280 p.

GOMES VASQUEZ, Jesús Orlando. Aproximaciones a un concepto democrático de culpabilidad. Bogotá D.C. Doctrina y ley. 2000. 315 p.

GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Corte Constitucional de Colombia, Varios años.

GACETA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Corte Suprema de Colombia, Varios años.

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, Consejo de Estado de Colombia, Años 1990 a 2003.

RORY FORERO, José. De las pruebas en materia disciplinaria, análisis normativo, jurisprudencial y doctrinario. 1 ed. Bogotá D.C. 2001. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 302 p.

SOLARTE GUERRERO, Francisco Javier. Código disciplinario único, concordancias jurisprudenciales doctrinales y normativas. 1 ed. Bogotá D.C. Doctrina y Ley. 215 p.

PUERTA ECHEVERRI, María Patricia. Jurisprudencias del consejo de estado, autos y sentencias. Bogotá D.C. 2003. Librería jurídica Sánchez. 229 p.

ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas penales. Bogotá D.C. 1996. Doctrina y ley. 340 p.

HIGUITA RIVERA, Lina María. Nuevo régimen disciplinario del servidor publico. 1 ed. 2002. Biblioteca jurídica dike. 199 p.