

**EL PRINCIPIO DE ILICITUD SUSTANCIAL EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL
CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA EN NARIÑO**

CARLOS ANDRES OBANDO ROJAS

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO-JURÍDICOS

PROGRAMA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

SAN JUAN DE PASTO

2012

**EL PRINCIPIO DE ILICITUD SUSTANCIAL EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL
CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA EN NARIÑO**

CARLOS ANDRES OBANDO ROJAS

**Trabajo Final Presentado Como Requisito Para Optar Al Título De
Especialista En Derecho Administrativo**

Asesor

LUIS CARLOS ORTEGA FUERTES

DOCTOR

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO-JURÍDICOS

PROGRAMA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

PASTO

2012

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo de grado, son
responsabilidad exclusiva de su autor.

Artículo 1º del Acuerdo No 324 de 11 de octubre de 1966, emanado del Consejo
Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

ASESOR: Dr.

JURADO 1: Dr.

JURADO 2: Dr.

Pasto, Junio de 2012

DEDICATORIA

Este ensayo es dedicado a todos y cada una de las personas que participaron en la consecución de este logro, quienes con sus apreciaciones, sus consejos y todo su apoyo hicieron posible alcanzar los objetivos propuestos en una etapa más en la construcción profesional y personal; mis familiares, amigos y compañeros de la mano del todo poderoso han puesto en mis manos la grandeza de servir a la comunidad desde el amplio campo jurídico.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. EL PRINCIO DE ILICITUD SUSTANCIAL EN COLOMBIA	11
2. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTO JUDICIALES ACERCA DEL PRINCIPIO DE LA ILICITUD SUSTANCIAL.....	17
3. PRINCIPIO DE ILICITUD SUSTANCIAL AL INTERIOR DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE NARIÑO	24
CONCLUSIONES.....	27
BIBLIOGRAFÍA	29

RESUMEN

El texto busca orientar al lector con respecto a la figura del derecho disciplinario denominado “Principio de la Ilícitud Sustancial”, sus características, y los pronunciamientos de los cuales ha sido objeto esta figura por parte de la Corte Constitucional y la Procuraduría General de la Nación, buscando explorar por último la forma en la que se presenta este principio al interior de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño.

ABSTRACT

The text seeks to guide the reader on the figure of disciplinary law called the "Principle of Substantial wrongfulness", characteristics, and the pronouncements of which has undergone this figure by the Constitutional Court and the Attorney General's Office, finally seeking to explore the way in which this principle is presented within the Disciplinary Tribunal of the Council of the Judiciary Sectional Nariño.

INTRODUCCIÓN

La Universidad de Nariño en el grupo de investigación Observatorio de Justicia Regional “JURE”, subgrupo de derecho disciplinario ha logrado adquirir una base de datos importante con respecto a la situación disciplinaria que se maneja dentro de la rama judicial y que se encuentra en manos de Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño; es de tener en cuenta que muchas de las conclusiones que dan como resultado después de un análisis de las bases de datos se dan a conocer en el informe final de la segunda etapa del Observatorio de Justicia Regional “JURE”.

De las mencionadas conclusiones, se denota una mayor intranquilidad en la siguiente: “Llama también la atención como un considerable número de expedientes contra los profesionales del derecho, culminan o bien con sentencia absolutoria o bien con orden de archivo del expediente. Queda pendiente por establecer si las causas se deben a desconocimiento de la ley por parte de la ciudadanía, el manejo indebido de la prueba o a la formulación de demandas arbitrarias y sin fundamento jurídico”.

Como conclusión de lo anterior, nos deja una preocupación mayor y a la vez brinda la oportunidad para que este texto inicie una labor de enseñanza en los recintos donde sea de gran importancia la información.

Para iniciar con esta labor académica se ha acogido el principio de Ilícitud Sustancial, un principio que ha llevado a controversias dentro de la Corte Constitucional y otras entidades donde la ley 734 de 2.002 es de constante estudio.

En la actualidad el principio de Ilícitud Sustancial, hace parte de un estudio detallado antes de ser insertado en la ley 734 de 2.002, aunque ha sido muy poco

lo que sea escrito al respecto, debemos tener en cuenta que este principio ha sido estudiado en conjunto con los demás principios que hacen parte del proceso disciplinario.

Es un principio que tiene una connotación importante, teniendo en cuenta que es una inserción novedosa en la ley 734 de 2.002, porque hasta la ley anterior que regía lo atinente a la materia disciplinaria no se había hablado de Ilícitud Sustancial.

La base de este texto es el artículo quinto de la ley 734 de 2.002 que habla acerca del principio de la Ilícitud sustancial y menciona que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna, punto de partida que utilizaremos en aras de diferenciar este principio con el concepto de antijuridicidad que se utiliza en materia penal, tratando de abarcar la historia que en estos conceptos se han presentado y dando a conocer las características que se presentan en la Ilícitud Sustancial, principal objetivo de nuestro estudio.

Luego de analizar lo anteriormente previsto se procederá a realizar un breve análisis de los conceptos proferidos en providencias de la Corte constitucional con respecto al tema de Ilícitud Sustancial, tratando de aclarar los inconvenientes que se ha presentado al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

Por último, se busca Precisar lo correspondiente al tratamiento que se da al interior de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño para así orientar a la comunidad en general, respecto del principio de Ilícitud Sustancial sobre el tratamiento que se le debe brindar al interior de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño.

1. EL PRINCIPIO DE ILICITUD SUSTANCIAL EN COLOMBIA

El derecho disciplinario, es un conjunto de normas de carácter sustancial y procedimental con una función de control a servidores público y particulares que cumplan funciones públicas, con el fin de asegurar que la administración pública cumpla con los fines y funciones propias del Estado.

La Corte Constitucional en su labor ha definido al derecho disciplinario como: *“el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo”*¹.

El derecho disciplinario en Colombia ha sido prácticamente una rama del derecho novedosa, y se vislumbra con la aparición de la ley 200 de 1.995, actualmente derogada, pero es de tener claro que anteriormente habían otras disposiciones normativas de menor rango que buscaban regular lo concerniente al derecho disciplinario, aunque no eran de mucha aplicación para los servidores públicos y particulares con funciones públicas.

El derecho disciplinario es una materia que busca investigar la conducta de servidores públicos, al igual que de los particulares que cumplan funciones públicas, con el fin de verificar el debido cumplimiento de funciones legalmente establecidas, y es de anotar que tiene una relación estrecha con el concepto de ética, puesto que nuestra administración pública debe valerse de personal que no saboteen los fines del Estado.

¹ Corte Constitucional, sentencia C-341 de 1.996

El derecho disciplinario se basa en el concepto de conducta de los servidores públicos y de particulares con funciones públicas, y es la figura del deber, la que encauza la conducta en búsqueda de un comportamiento legalmente establecido.

De lo anterior, es de tener en cuenta la premisa constitucional encuadrada en el artículo 122 de nuestra constitución política y que reza: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento...”, por lo tanto el Estado, en su potestad disciplinaria, no puede llegar a juzgar las conductas del servidor público y de los particulares que cumplan función pública, que no afecten los deberes funcionales que el ordenamiento jurídico colombiano haya establecido en la ley.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, al respecto ha mencionado:

“Como se advirtió, el fundamento de la imputación disciplinaria está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público o del particular que desempeña funciones públicas pues sólo tal concepción del ilícito disciplinario resulta consecuente con los límites que el constituyente configuró para la cláusula general de libertad consagrada en el artículo 16 de la Carta y con las particularidades que la facultad sancionadora del Estado asume en el derecho disciplinario. Tal concepción torna comprensible los motivos por los cuales son disciplinariamente irrelevantes aquellos comportamientos que no trascienden a la órbita funcional del servidor o particular que cumple funciones públicas”²

De lo anterior, se deduce que el incumplimiento que el servidor público o el particular con función pública haga del deber funcional es la única forma en la cual el derecho disciplinario pueda actuar.

² Corte Constitucional, sentencia C-404 de 1998

Como todo marco legal, el derecho disciplinario cuenta con unos principios, la cual en su totalidad se acogen de otras ramas del derecho, como lo son del derecho constitucional, derecho penal y del derecho administrativo sancionador, pero claro esta, que estos principios sean modificado para que sirvan como base sólida en el derecho disciplinario, es decir, la adhesión de estos principios al derecho disciplinario no fue total, sino que por el contrario estos principio se han ido depurando para brindar una mayor efectividad a la potestad disciplinaria del Estado sobre los servidores públicos y los particulares que ejerzan función pública.

De aquellos principios que acoge el derecho disciplinario de las diferentes ramas del derecho encontramos el principio de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia, favorabilidad, igualdad, derecho de defensa, entre otras.

En cuanto al principio de Ilícitud Sustancial, este es un principio novedoso, por lo que anteriormente este principio venia siendo parte de otros principios prescritos por leyes anteriores a la ley 734 de 2.002, como el principio de lesividad.

Para el momento en el que se veía la necesidad de implementar otra normatividad con respecto a la potestad disciplinaria del Estado, el legislador tuvo que modificar estos principios y entro a debatir acerca de una mejor definición de lesividad que se debía entender como "La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas sólo dará lugar a responsabilidad disciplinaria cuando afecte o ponga en peligro la función pública".

Luego el legislador colombiano pensó en definir a la lesividad como un principio que prescribiera; que dará lugar a responsabilidad disciplinaria "Cuando afecte o ponga en peligro el decoro, eficiencia y eficacia de la función pública", pero los conceptos de decoro, eficiencia y eficacia, pueden llegar a ser muy extensos y su aplicación muy controvertida en el campo disciplinario, así que se opto por una

formula que la Procuraduría General de la Nación presentó, esa formula fue el principio de la "Ilicitud Sustancial".

El legislador quiso ser más claro al utilizar el término de Ilicitud Sustancial, ya que el término de lesividad era más propicio para el área del derecho penal, porque este término se relaciona con la protección de "Bienes Jurídicos Tutelados", y como lo menciona el Doctor Fernando Velásquez Velásquez acerca del principio de lesividad:

“Recogiendo el más tradicional ideario filosófico liberal, la legislación punitiva consagra como uno de sus postulados orientadores y suprema limitante al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el axioma de dañosidad social, del bien jurídico, de la objetividad jurídica del delito, de lesividad, de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Desde luego, este apotegma debe ser cuidadosamente distinguido de la categoría dogmática de la antijuridicidad...”³

Por otro lado el Derecho Disciplinario no tiene nada que ver con la protección de "Bienes Jurídicos", puesto que el concepto de "Bienes Jurídicos" es de índole general y se relaciona con derecho de terceros, en cambio el termino de Ilicitud Sustancial es un principio que también implica protección de Bienes Jurídicos, pero propios de las conductas disciplinarias de la administración pública, siendo más claro, el bien jurídico protegido por esta rama del derecho es deber funcional de todo servidor público y de los particulares con funciones públicas.

La Ilicitud Sustancial desde aquel momento se convierte en parte fundamental de la ley 734 de 2.002, sustentándose con este principio que: "La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna", la Ilicitud Sustancial se debe ver como la afectación al deber funcional sin justificación alguna.

³ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 2002.

La Ilícitud Sustancial es una especie de antijuridicidad sustancial, es decir, este último concepto posee dos variedades de especies, la Ilícitud Sustancial y la antijuridicidad Material.

La antijuridicidad sustancial simplemente es la conducta que va en contravía con la normatividad establecida en el ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad material, es propia del derecho penal, y busca determinar si la conducta humana realizada va en contra del bien jurídicamente tutelado por la ley, amenazando o afectando el bien jurídico tutelado; para el doctor Velásquez, es claro que hay diferencias entre la antijuridicidad material y la formal, siendo esta última el género y esto lo anota mencionado que:

“De aquí se infiere, entonces, que la antijuridicidad es la característica de la contrariedad al derecho, presentada por un comportamiento consistente en la no observancia de la prohibición o el mandato contenidos en la norma, aspecto que se conoce con la denominación de antijuridicidad formal: sin embargo, para poder predicar el carácter antijurídico de la conducta, es además, indispensable la vulneración del bien jurídico protegido - no en sentido naturalístico, como la acusación de un daño, al estilo F. Von Liszt –concebida como la contradicción ideal con el valor protegido por la norma (lesión del bien jurídico), perspectiva de análisis denominada antijuridicidad material.”⁴

La Ilícitud Sustancial se convierte en el fundamento de la responsabilidad disciplinaria, la responsabilidad disciplinaria tiene que indagar si el servidor público o del particular con funciones públicas dejan de cumplir sus obligaciones legalmente establecidas y solo desde hay se puede generar una sanción disciplinaria.

⁴ Ibíd. p 338

La figura de la Ilícitud Sustancial según doctrina de la Procuraduría General de la Nación, no cobija a todas las conductas plasmadas en el código disciplinario y es el operador quien debe medir la culpa en la conducta del disciplinado:

“En esa dirección, es importante subrayar que todo comportamiento culposo conlleva el quebrantamiento del deber objetivo de cuidado, por lo que corresponde al operador definir en cada caso el grado concreto de la culpa, teniendo como base la misma definición contenida en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002; la relevancia de este aspecto en materia disciplinaria radica en que la sanción a imponer varía según se trate de culpa gravísima o culpa grave; además, en tratándose de culpa leve, la misma se convierte en elemento definitivo para abstenerse de imponer sanción disciplinaria, a pesar de la violación objetiva a los deberes establecidos en el estatuto disciplinario.”⁵

Han sido bastantes los pronunciamientos con respecto al concepto de Ilícitud sustancial por parte de la Corte Constitucional, puesto que ha habido debates en torno a esta figura y la corte constitucional en búsqueda de una seguridad jurídica ha plasmado sus ideas para evitar cualquier distorsión de la ley y ha dado como resultado lo siguiente.

⁵ Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Fallo de segunda instancia del 2 de noviembre de 2006. Radicación Nº 161-3231

2. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTO JUDICIALES ACERCA DEL PRINCIPIO DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

Es claro que ha sido la Corte Constitucional quien en su tarea de juez ha buscado unificar criterios en torno a controversias que ha diario se suscitan, y el derecho disciplinario, ni mucho menos el principio de Ilicitud Sustancial no esta exento de controversias.

Encontramos en primer lugar la sentencia C 948 de 2002, la cual define el alcance del principio de Ilicitud Sustancial, mencionando que:

“El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta. Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.”⁶

Se aprecia que el principio de Ilicitud Sustancial esta fuertemente apegado al concepto de deber funcional, entiéndase este ultimo como la posibilidad que tiene el Estado para cumplir con los fines constitucionalmente establecidos en ara de ser un verdadero Estado de Derecho. Se resalta el papel de la Procuraduría en dicha sentencia cuando afirma que el principio de Ilicitud Sustancial:

⁶ Corte Constitucional, sentencia C- 948 de 2002

“ilicitud sustancial, el señor Procurador estima que dicha norma se ajusta al marco constitucional del derecho disciplinario y desarrolla la naturaleza jurídica de éste[15], al construir el ilícito disciplinario a partir de la noción del deber funcional en el que el resultado material de la conducta no es esencial para estructurar la falta disciplinaria, sino el desconocimiento del deber que altera el correcto funcionamiento del Estado, por ende la ilicitud sustancial a pesar de no comprender el resultado material no impide la estructuración de la falta disciplinaria.”⁷

Por lo tanto se resuelve por parte de esta alta corte, que el principio de Ilícitud Sustancial no es un tropiezo para el desenvolvimiento del principio al debido proceso.

Luego en pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencias C-252 de 2003 y C-1076 de 2.002, esta alta corte se hace una pregunta en torno al principio de Ilícitud Sustancial, la cual es: “¿cómo puede promoverse una formal actuación si se sabe que no está satisfecha la exigencia de ilicitud sustancial de la conducta?”⁸. Pregunta nace en el momento en el que después de una conducta que a pesar de no cumplir con las exigencias del principio de Ilícitud Sustancial, la ley 734 de 2.002 disponía en su artículo 51:

“Artículo 51. Preservación del orden interno. Cuando se trate de hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará por escrito la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno. Este llamado de atención se anotará en la hoja de vida y no generará antecedente disciplinario. En el evento de que el servidor público respectivo incurra en reiteración de tales hechos habrá lugar a formal actuación disciplinaria”.

Es decir, la administración podría iniciar una actuación formal disciplinaria en contra del servidor público, sin que la conducta por realizada este, no llene los

⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 948 de 2.002

⁸ Corte Constitucional, sentencias C-252 de 2.003 y C-1076 de 2.002

requisitos propios del principio de Ilícitud Sustancial, violando así el principio al debido proceso puesto que la anotación del llamado de atención que puede hacer la administración en la hoja de vida del servidor público, puede entenderse como una sanción disciplinaria.

Al notar lo anterior, la Corte Constitucional decide declara inexecutable la expresión del inciso primero “por escrito”, del inciso segundo la expresión “se anotará en la hoja de vida” y todo el inciso tercero del mismo artículo, esta última disposición en aras de no violar el principio Non Bis In Ídem, puesto que se investigaría una conducta que ya se resolvió, declarándose que dicha actuación no llena los requisitos exigido por el principio de Ilícitud Sustancial.

Siendo uno de los pronunciamientos más importantes por parte de la Corte Constitucional al respecto del tema de Ilícitud Sustancial, la sentencia 818 de 2.005 tenía como finalidad declarar la exequibilidad o no de la ley 734 de 2.002 en su artículo 48 numeral 31, que reza: “Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”.

Como se mencionó, el legislador aprobó la fórmula de Ilícitud Sustancial para iniciar toda actuación disciplinaria, pero en la norma anteriormente mencionada, se observa que el operador disciplinario, en este tipo de conductas se debe guiar por el principio de antijuridicidad material, puesto que aquí lo que se debate es en torno al resultado material que se presenta, es decir la conducta puede ser sancionada disciplinablemente, en este caso de acuerdo al detrimento del patrimonio público.

Esto último, rebasa la esfera de la Ilícitud Sustancial, en el momento que se exige ponderar si la conducta produjo daño al bien jurídico protegido, y en que cantidad

para así disciplinar al servidor público o al particular con funciones públicas, es decir, se necesita de un resultado dañino en este caso para sancionar, y ya no solo se tendría muy en cuenta la falta que afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Para el ex-procurador general de la nación, el doctor Edgardo José Maya Villazón, con respecto a la controversia que se suscita en la sentencia C 818 de 2.005, declara que este pronunciamiento:

*“Se opone a la naturaleza autónoma del derecho disciplinario que encontró en la ilicitud sustancial su principal fundamento, previo establecimiento del criterio de imputación: relación de especial sujeción. Desde antaño el derecho disciplinario ha encontrado en el concepto ilicitud sustancial las bases para sostener su naturaleza autónoma, e independencia del derecho penal y los demás derechos sancionatorios. Volver a fundamentar la atribución de responsabilidad disciplinaria en el concepto de vulneración o quebrantamiento de bienes jurídicos es llevar el derecho disciplinario a criterios penales que le son extraños y que se oponen a su autonomía. Con ello se estaría penalizando en grado sumo a esta disciplina, produciendo en consecuencia una confusión que podría dar lugar a predicar que una sanción penal podría excluir la disciplinaria por violación del principio de prohibición de la doble incriminación, pues las dos perseguirían la misma finalidad”.*⁹

Y agrega, que el derecho disciplinario es necesario en el momento el cual los servidores públicos y los particulares con funciones públicas, no cumplan con sus obligaciones legalmente establecidas, en aras del buen funcionamiento de la administración y el cumplimiento de los fines del Estado.

Se esboza que el pronunciamiento, que a pesar de no ser de directa discusión con respecto al principio de Ilicitud Sustancial va en contra de los demás

⁹ MAYA, Edgardo José, “La ilicitud sustancial frente a la sentencia C-818 de 2005” Boletín informativo mensual de la Procuraduría General de la Nación “Procurando”, revista 43, abril 2006.

pronunciamientos proferidos por esta misma corte, en donde se defendía con mucho ahínco la Ilícitud Sustancial como principio rector del derecho disciplinario.

Es claro que como la sentencia no discute directamente del principio de Ilícitud Sustancial, esta no es vinculante con respecto al tema, pero ha quedado abierta una gran discusión con respecto a la Ilícitud Sustancial, y a la antijuridicidad material en el derecho disciplinario.

Hay posiciones que con respecto a lo anterior afirman, que dentro del derecho disciplinario se pueden aplicar el principio de Ilícitud Sustancial, observándose los criterios de la antijuridicidad material, en el sentido de ver a la conducta de acuerdo a una afectación de la función pública, y así considerar a la conducta típicamente antijurídica.

Este último criterio, considera a conceptos como la eficacia, la eficiencia y la celeridad, como aspectos que se deben estudiar conjuntamente con el principio de Ilícitud Sustancial, en aras de sancionar conductas reprochables por parte del servidor público o del particular con funciones públicas, y no solo sujetarse al criterio de afectación al deber funcional sin justificación alguna .

El criterio en estudio, se sujeta a la idea de que la conducta debe lesionar, quebrantar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el derecho disciplinario, para poder sancionar disciplinariamente dicha conducta.

Otro argumento favorable al criterio en estudio, es el que tiene en cuenta que la antijuridicidad material, por ser un principio del derecho penal, es un principio propio de cualquier derecho sancionatorio, incluido el derecho disciplinario, dando cabida a una interpretación de la Corte Constitucional, en la cual menciona que: *"... la Corte ha manifestado de manera reiterada que los principios del derecho*

penal criminal son aplicables al derecho disciplinario, por cuanto éste constituye una modalidad del derecho penal o sancionatorio... ”¹⁰.

Es así, como el principio de antijuridicidad material en materia disciplinaria puede tener un papel importante al momento de tazar la gravedad de la falta, y el tipo de sanción que le corresponde al disciplinado.

Se expuso con la mayor claridad los criterios del conflicto dentro del derecho disciplinario entre el principio de Ilícitud Sustancial y la posibilidad de aceptar el concepto de antijuridicidad material como principio para adoptar en materia disciplinable, y según lo expresado con anterioridad, se debería acoger el criterio que adopta a la antijuridicidad material como criterio del derecho disciplinario, ya que como derecho sancionador, debe valerse de principios establecidos en el derecho penal, como muchas veces lo ha reiterado la corte Constitucional al mencionar 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 Estado.”¹¹

Además, la expresión "La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna", no parece ser suficiente al momento de determinar la gravedad o levedad de la falta y más aún, no parece ser suficiente al momento de fijar el monto de la sanción a imponer.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1.997

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2.002

Después de este breve análisis, se procederá a cumplir con el último objetivo trazado, el cual es orientar acerca del principio de Ilícitud Sustancial, y el tratamiento que se le da al interior de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño

3. PRINCIPIO DE ILICITUD SUSTANCIAL AL INTERIOR DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE NARIÑO

La Universidad de Nariño en el grupo de investigación Observatorio de Justicia Regional “JURE”, en el área de derecho disciplinario, ha logrado unas conclusiones importantes con respecto al derecho disciplinario en nuestra comunidad, y para la realización de este proyecto se esbozo la siguiente:

“Llama también la atención como un considerable número de expedientes contra los profesionales del derecho, culminan o bien con sentencia absolutoria o bien con orden de archivo del expediente. Queda pendiente por establecer si las causas se deben a desconocimiento de la ley por parte de la ciudadanía, el manejo indebido de la prueba o a la formulación de demandas arbitrarias y sin fundamento jurídico.”¹²

Esta conclusión, nos ha permitido percibir que la ley 734 de 2.002, al interior del distrito judicial de Nariño y en la comunidad en general no es de mucho conocimiento, y en aras de aclarar algunas controversias que se han suscitado alrededor de algunos conceptos que esta ley contiene, el texto busca aclarar en que medida se puede apreciar el principio de Ilícitud Sustancial al interior de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño.

Pero ¿cómo el principio de Ilícitud Sustancial se acoge al interior del Consejo Seccional de la Judicatura?

Para ello, es preciso dirigirse a lo preceptuado en el artículo 112 de la Ley 270 de 1996, el artículo 59 de la Ley 1123 de 2007 y en la Constitución Política, la cual en su artículo 256 predica que:

¹² UNIVERSIDAD DE NARIÑO. Observatorio de Justicia Regional. Proyecto Administración de Justicia en Nariño – Primera Etapa. Informe Ejecutivo No. 1. 2007.

“Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley”.

Del anterior artículo, se predica la competencia del Consejo, en nuestro caso, Seccional de la Judicatura de Nariño, para examinar y sancionar conductas de los funcionarios de la rama judicial que atentan contra el deber funcional en el interior de la administración de justicia.

El Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, Sala Jurisdiccional Disciplinaria fue instituida por la Constitución actual, para garantizar autonomía, imparcialidad e independencia en aras de administrar justicia en materia disciplinaria respecto de los funcionarios judiciales y por fuera de la rama, en relación con los abogados.

Es de tener en cuenta que la normatividad por la que se rige la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura en Nariño y por ende, en todo el país, son el decreto 196 de 1971, decreto 2591 de 1991, la ley 270 de 1996, el decreto 1382 de 2000, ley 1123 de 2007 y por supuesto la ley 734 de 2002.

El principio de Ilícitud Sustancial se aprecia al momento de decidir la apertura de investigación formal, en aras de apreciar si hubo una falta por parte del funcionario de la rama judicial que haya afectado el deber funcional, siendo el setenta y seis punto dos por ciento, de las indagaciones preliminares las que prosiguieron en investigación disciplinaria, después de analizar si estas conductas pueden ser objeto de sanción disciplinaria.

Se revisa la justificación para actuar de los funcionarios de la rama judicial de dicho modo durante el procedimiento ordinario llevado a cabo por la sala disciplinaria, es de aclarar que según el informe del Observatorio de Justicia

Regional “JURE”, no hubo procesos verbales, ya que en el distrito judicial de Pasto, no han habido sujetos disciplinables sorprendidos en el momento de la comisión de la falta con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión, cuando la falta sea leve y para las faltas gravísimas.

Por afectación al deber funcional, tratándose de los funcionarios de la rama judicial, debemos dirigirnos a la ley 270 de 1.996 artículos 153 y 154, donde se expresan los deberes y prohibiciones respectivamente, de los funcionarios de la rama judicial.

En la misma ley 270 de 1.996, en el artículo 156, se encuentran todo lo concerniente a la carrera judicial, como el fundamento la cual expresa que esta se *“basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio”*.

Es de aclarar que la situación disciplinaria de los abogados se define según la ley 1123 de 2007, en la cual se establece el código disciplinario del abogado, y se resalta que uno de los principios es el de la antijuridicidad, que menciona que un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte sin justificación alguna de los deberes consagrados en el presente código, es decir, se puede apreciar la fórmula de la Ilícitud Sustancial inmerso en el concepto de antijuridicidad, al momento en el que se menciona el daño que atente contra el deber, en este caso el del abogado.

CONCLUSIONES

“La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”, este concepto define a Ilicitud Sustancial como principio en el derecho disciplinario.

A lo largo del texto se percibe que este principio es novedoso en el ordenamiento jurídico colombiano, pero a pesar de ser un importante aporte al derecho disciplinario, es una figura que trae como consecuencia el debate de la posibilidad que se tiene o no de introducir principios propios del derecho penal a otras ramas como lo es el derecho disciplinario.

La Corte Constitucional, antes de la puesta en vigencia de la ley 734 de 2.002, había aceptado la idea de poder involucrar principios del derecho penal, principal derecho sancionatorio en nuestro ordenamiento jurídico, en materia disciplinaria, y lo ha sustentado de acuerdo a las necesidades previstas para la creación de un Estado Social de Derecho propicio para la defensa de derechos de índole fundamental.

A pesar de que en la teoría, el principio de Ilicitud Sustancial, pueda definirse como una especie de la antijuridicidad sustancial y pueda ser diferenciado con la antijuridicidad material, figura propia del derecho penal.

La verdad es que en la practica estas distinciones son de muy difícil aplicación, puesto que como ya se observo la misma ley 734 de 2.002 después de definir el principio de Ilicitud Disciplinaria tal como lo hizo, involucro faltas gravísimas como la establecida en el articulo 48 numeral 31, donde se involucra la participación de la figura de la antijuridicidad material en el momento de establecer cual ha sido la amenaza o el daño realizado en detrimento al patrimonio público.

Es de señalar, que la antijuridicidad material, también podría tener una gran importancia al momento de tasar la cuantía de la sanción y de definir que tipo de sanción sería, puesto que se podría analizar con esta figura la lesión al bien jurídico, para el caso del derecho disciplinario la administración pública.

El concepto de la administración pública, como bien jurídico protegido por el derecho disciplinario, todavía se encuentra en contravía con lo expresado por las personas que sustentan que el principio de Ilícitud Sustancial es suficiente en materia disciplinaria, puesto que la conducta solo será antijurídica si afecta el deber funcional sin justificación alguna, es decir si la conducta contradice lo establecido en la norma que establece los deberes y prohibiciones de los servidores público y particulares en ejercicio de la función pública, para el caso de nuestro análisis dentro del Consejo Seccional de Judicatura de Nariño, lo establecido en el artículo 153 y 154 de la ley 250 de 1.996.

Aunque es muy respetable también el criterio que nos indica que el derecho disciplinario debería ser autónomo e independiente con respecto a influencia de conceptos ajenos a esta materia, pero en realidad, el derecho penal como máximo representante del derecho sancionatorio no puede ser apartado al momento de incluir criterios fundamentales o dejar de hacerlo, puesto que esta área del derecho es la que más ha evolucionado a lo largo de la historia, y toda esta evolución surge de la necesidad de respetar derechos fundamentales establecidos en el ordenamiento jurídico Colombiano.

El Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, como los otros y también como el Consejo Superior de la Judicatura en sus Sala Disciplinaria, deben tener en cuenta que existen controversias que ciertamente necesitaran del principio de antijuridicidad material, para poder clasificar las conductas como disciplinables y, en base a este concepto, también poder definirse la clase de sanción y su monto.

BIBLIOGRAFÍA

GOMEZ, Pavajeau Carlos Arturo “Elementos y Propuestas para el control contencioso administrativo de la actividad disciplinaria, Instituto Colombiano de derecho Disciplinario “ICDD”.

SANCHEZ, Herrera Esiquio Manuel “Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario” Preguntas y Respuestas, Ediciones Nueva Jurídica 2007.

FORERO, José Rory “Garantías Constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales, análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo”, Revista Diálogo de Saberes, revista No 25, julio diciembre de 2006

MAYA, Edgardo José, “La ilicitud sustancial frente a la sentencia C-818 de 2005” Boletín informativo mensual de la Procuraduría General de la Nación “Procurando”, revista 43, abril 2006.

CRUZ, Fernando, “derecho disciplinario Práctico” universidad Cooperativa de Colombia, mayo de 2007.

CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA 1991

Ley 734 de 2002, código disciplinario único.

Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Fallo de segunda instancia del 2 de noviembre de 2006. Radicación N° 161-3231

UNIVERSIDAD DE NARIÑO. Observatorio de Justicia Regional. Proyecto Administración de Justicia en Nariño – Primera Etapa. Informe Ejecutivo No. 1. 2007.

VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 2002

Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2.002

Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1.997

Corte Constitucional, sentencia C- C-1076 de 2.002

Corte Constitucional, sentencias C-252 de 2.003

Corte Constitucional, sentencia C-341 de 1.996

Corte Constitucional, sentencia C-404 de 1998

Corte Constitucional, sentencia C- 948 de 2002