



CIJUS

MONOGRAFÍA

Naturaleza jurídica del Derecho Disciplinario

ELABORACIÓN PROYECTO DE ESTATUTO DEL ABOGADO

Lina Fernanda Buchely Ibarra

2000 11 823

ASESORES:

Director: Dr. Gustavo Quintero

Dra. María del Socorro Rueda

Dra. Maritza Formisano

Dra. Sylvia Fajardo

Bogotá, D.C., Marzo 20 de 2.003.

ÍNDICE GENERAL

Introducción	4
I. Dimensión pública de la profesión de abogado: “colaboradores de la administración de justicia”	7
1.1. Legitimidad de la vigilancia pública de la abogacía.....	8
1.2. Disciplina Vs. Ética: la falacia de los llamados “Estatutos Éticos”	11
1.3. El Objeto del Derecho disciplinaria.....	13
1.4. Potestad disciplinaria del Estado: necesidad de vigilancia a los agentes.....	18
II. Naturaleza Administrativa del Derecho Disciplinario	23
2.1. Configuración del Derecho Disciplinario Administrativo.....	23
a. Criterio Orgánico: Alcance del poder preferente disciplinario de la Procuraduría General de la Nación.....	23
• Tesis de la Corte Constitucional respecto al poder preferente.....	28
• Tesis del Consejo de Estado: Altos Magisterios y Rama Judicial como “fueros especiales” del derecho disciplinario esencialmente administrativo.....	29
b. Criterio Material: Esencia Administrativa de la función disciplinaria.....	33
2.2. Las potestades públicas.....	35
2.3. Sistemas de Control.....	37
2.4. Control externo disciplinario.....	38
III. Derecho Disciplinario como Derecho Administrativo: Parangón con el Derecho Penal	42
3.1. Penalización de la jurisdicción disciplinaria.....	46
3.2. Tesis Doctrinarias	47
a. Derecho Penal administrativo.....	47
b. Derecho Administrativo.....	49

c.	Derecho administrativo penal.....	51
d.	Derecho sancionatorio administrativo.....	51
e.	Distinciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario.....	53
IV.	La jurisdiccionalización del derecho disciplinario para funcionarios judiciales.....	57
4.1.	Estructura del Estado y autonomía de la rama judicial y sus agentes en la Constitución de 1991.....	57
4.2.	Criterio Orgánico: Creación de la Sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.....	60
4.3.	Criterio Legal: Organización de la ley estatutaria de administración de justicia (art.11).....	66
4.4.	Criterio Jurisprudencial: Descripción del régimen disciplinario actual/ Sentencia C-417 de 1993.....	66
4.5.	Vulneración al derecho a la Igualdad: Fundamentos de la escisión entre servidores públicos y administradores de justicia.....	66
V.	Consideraciones Finales.....	69
VI.	Bibliografía.....	73

INTRODUCCIÓN

Con un propósito meramente reflexivo hemos querido recoger y formular en éste escrito una serie de consideraciones relacionadas con el tema de la *Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario*, con especial énfasis en el caso colombiano, dada la necesidad de establecer algunas precisiones sobre el alcance y el ámbito de aplicación de esta importante área del Derecho. El Derecho Disciplinario, como praxis jurídica, se configura apartir de importantes y apasionantes debates, tanto en materias adjetivas como procesales. El carácter evolutivo de la ciencia jurídica ha demostrado históricamente el impulso que las cambiantes relaciones existentes dentro de la comunidad le han impreso al Derecho como instrumento ideológico y normativo, encaminado a regular el comportamiento del ser humano desde las diferentes ópticas de su accionar. Posiblemente, esta sea una de las aproximaciones explicativas sobre la redistribución del contenido jurídico y sobre el surgimiento de una gran diversidad de especialidades que superan los esquemas de la antiquísima división del Derecho, a partir de lo público y lo privado, inclusive, desbordando los límites que tradicionalmente se le asignaban a componentes de estos dos grandes sectores.

El Derecho Administrativo no ha sido ajeno al proceso mencionado y su contenido se ha visto notoriamente enriquecido como consecuencia de las transformaciones del Estado Moderno, particularmente del Estado Social de Derecho, circunstancia que le ha impuesto al aparato administrativo un mayor y complejo círculo de responsabilidades, propiciando las necesarias regulaciones normativas para el logro de los objetivos propuestos. De allí el objeto de éste trabajo, en el sentido de comprometerse en el análisis de una de las especialidades del Derecho Administrativo, el llamado Derecho Disciplinario, teniendo en cuenta el carácter sancionador con que suele identificársele y la discutida investigación que algunos sectores le asignan, con pretensiones de predominio, al Derecho Penal.

Dentro de los sistemas de control, la potestad disciplinaria se reconoce como la facultad – que posee la administración pública esencialmente, entendida en sentido amplio- de regular la conducta de los agentes que colaboran en la realización de las funciones públicas, conforme a patrones de profesionalismo y efectividad, garantizando de ésta manera la consecución de los principales fines del

Estado. Sin embargo, el constituyente de 1991 diagramó un esquema bastante complejo en cuanto al control disciplinario se refiere. Por un lado, recogiendo la doctrina francesa, la potestad disciplinaria es reconocida como una función administrativa, delegada a un órgano independiente de carácter también administrativo, como es la Procuraduría General de la Nación. El Ministerio Público está encargado pues de la regulación disciplinaria de los denominados “servidores públicos” – entendiendo por ellos todas las personas que laboran para el Estado, independientemente del origen de su vinculación -, como representantes del concepto de autoridad estatal y como ejecutores de sus políticas y orientaciones.

No obstante lo anterior, la Carta Política también crea un órgano jurisdiccional que ejerce funciones de control disciplinario paralelas a la Procuraduría, que recaen sobre los funcionarios de la rama judicial encargados directamente de administrar justicia; de ésta forma se configura la Sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Esto implica que el control disciplinario ejercido por el Ministerio público posee un trámite administrativo con el posterior control judicial de la jurisdicción contenciosa administrativa, en tanto que el C. S. de la J. ejerce funciones netamente jurisdiccionales y sus providencias tienen el efecto propio de dicha actividad pública: la cosa juzgada. La pregunta que subyace a ésta concepción del sistema disciplinario es si la creación del C.S. de la J. implica una “jurisdiccionalización” de la potestad disciplinaria, escindida aparentemente dentro de la actual estructura del Estado conforme a las ramas de poder público. La Corte Constitucional, respondiendo al anterior interrogante y armonizando las dos posiciones, establece que la función disciplinaria es esencialmente administrativa, articulando la figura del “*poder preferente*” de la Procuraduría, con las funciones judiciales ejercidas por el C. S. de la J, cuya creación se fundamenta en la autonomía funcional de la rama judicial como una de las principales directrices de la configuración del Estado Social de Derecho.

Pese a la validez del argumento de la autonomía judicial, no deja de ser cuestionable la contradicción que implica la armonización funcional de la Corte Constitucional, apoyada además por disposiciones de la Ley Estatutaria de administración de Justicia (Art. 111), que reconociendo el mismo alcance jurisdiccional a la regulación disciplinaria de la rama judicial, se percibe igualmente como un error de planeación en la técnica administrativa. No se entiende como entes jurisdiccionales pueden ejercitar potestades eminentemente administrativas, puesto que este ejercicio resulta divergente con la organización pública y la lógica que constitucionalmente se le ha otorgado a las funciones del Estado.

De la disparidad existente en el régimen disciplinario se deriva también una amenaza al derecho a la igualdad, puesto que la autonomía de la rama judicial no resulta ser un fundamento suficiente para el disímil tratamiento de los servidores públicos en general y de los funcionarios judiciales en particular. Pese a lo anterior, el análisis de razonabilidad constitucional respecto a la vulneración de los derechos fundamentales anula cualquier posibilidad de violación del mencionado derecho a la igualdad, puesto que la aplicación de cualquiera de los dos regímenes tiene efectos similares, dado que ambos trámites están permeados por las garantías del debido proceso.

Es precisamente el anterior debate el tema que estructura el presente escrito. Su análisis en materia procesal esta encaminado a ponderar los argumentos que caracterizan al Derecho Disciplinario como Administrativo o Jurisdiccional, en tanto sustancialmente se estudiará el grado de independencia que este Derecho tiene respecto al Derecho Penal, como ordenamiento punitivo. Iniciando con el análisis de la legitimidad del Estado frente a la regulación de las profesiones con dimensión pública como la abogacía, la primera parte se ocupa de la ubicación jurídica del Derecho disciplinario, para lo cual se estudia el marco de referencia del Derecho Administrativo y el nuevo concepto de Administración Pública como objeto de aquel. Posteriormente, tomando como referencia los dos anteriores, se ocupa conclusivamente de analizar las posiciones doctrinarias sobre la naturaleza específica del Derecho Disciplinario, reafirmando su posición administrativa pero, igualmente, sus relaciones benéficas con el Derecho Penal, denotando las dificultades de tales relaciones en el Derecho Colombiano. Por último, se describe el régimen actual del derecho disciplinario, estudiando los diferentes criterios que determinan su actual carácter jurisdiccional frente a los funcionarios de la rama judicial y a los abogados como colaboradores de la administración de justicia, en lo que se percibe como un sistema complejo de articulación del régimen, puesto que no resulta coherente con la esencial naturaleza administrativa del régimen disciplinario.

I. DIMENSIÓN PÚBLICA DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO: “COLABORADORES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”

Desde la estructuración decimonónica de las profesiones liberales en el marco de los Estados de Derecho, la abogacía se ha reconocido como un ministerio esencial en la construcción de las bases jurídicas de todos los órdenes sociales y políticos. Su ejercicio siempre ha trascendido la esfera privada, desarrollando valores y principios esenciales para la configuración del ente público. Esta estrecha vinculación con la esfera colectiva fundamenta la especial dimensión que se le ha otorgado al profesional del Derecho dentro de los Estados modernos, que regulan y vigilan de manera particular su ejercicio.

Considerando que el abogado es el profesional del Derecho que concretamente defiende en juicio los derechos o intereses de partes encontradas, es importante precisar cuál es la verdadera misión que cumplen los Abogados dentro de la organización de los Estados, puesto que su función va mucho más allá de un mero formulismo conceptual y requiere de un análisis más profundo de su verdadero alcance jurídico y social, que trasciende de su papel en el litigio. Realmente resulta complejo encuadrar la fusión de la abogacía dentro del contexto de las profesiones liberales, precisamente porque los abogados – idealmente- no debemos preocuparnos por levantar puentes, maximizar el beneficio o plasmar las alternativas de la estética para “vivir mejor”. La construcción de un orden social equitativo y la colaboración con la recta administración de justicia es la insignia que se nos atribuye como profesionales legalmente, dentro del Estatuto ético de la Abogacía aun vigente, D. 196/1971.

La Abogacía esta revestida de complejos elementos que la configuran. El alto ministerio social que cumplen los Abogados, se plasman en la defensa de los intereses de todo orden comunitario, así como de la libertad, el patrimonio, la honra y el bienestar colectivo y humano, lo que hace que el papel de los abogados sea único y fundamental¹. El Abogado tiene como finalidad suprema y principal la defensa del Estado de Derecho y de las instituciones democráticas que imperan en el país, consagradas en la Constitución Política del Estado y en las leyes que la complementan, contribuyendo de esta manera al progreso de la legislación y de la sociedad. Es también el servidor y auxiliar de la administración de

¹ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Ética del Abogado*. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1985, Introducción.

justicia, puesto que deberá ser juez antes que defensor en la causa a él encomendada, ya que siendo la Abogacía vocación apasionante por excelencia, el Abogado enfrenta el reto de juzgar con cordura, equidad y profesionalismo el mérito de valorar su defensa conforme a estrictos parámetros de racionalidad jurídica plasmados en los instrumentos legales². El sentido de defensa de las libertades constituye el fundamento de la abogacía, puesto que, al ser una profesión eminentemente liberal, tiene una profunda significación democrática que promueve el perfeccionamiento de las instituciones, la paz mundial, el respeto y la dignidad de los hombres, así como la libertad de los pueblos. El Abogado es el fiel defensor de la ley, la libertad, la justicia y el Derecho, por lo que, Couture, acertadamente manifestara: *"En cuanto a la fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz...esa no necesita explicaciones entre los mandamientos del Abogado. Porque si éste no tiene fe en la libertad, más le valiera, como dice la escritura, atarse una piedra al cuello y lanzarse al mar"*³

Sin embargo, lejos de la caudalosa retórica doctrinaria que fundamenta la función de la abogacía, se encuentra el escenario real - no tan añorable - que han construido los abogados hoy en día. En estos tiempos en que nuestro país se debate en una crisis de valores y que pareciera existir un total desconocimiento sobre la filantrópica misión del Abogado y de los valores éticos y morales que revisten su profesión, se hace imprescindible un control constante y objetivo acerca del papel del abogado en la coyuntura, labor que realiza desde 1992 la sala disciplinaria del Consejo Superior de la judicatura en razón de la potestad de vigilancia que frente a determinadas profesiones ejerce el Estado.

1.1. LEGITIMIDAD DE LA VIGILANCIA PÚBLICA DE LA ABOGACÍA

Por la función que tiene el Estado de inspeccionar y vigilar el ejercicio de las profesiones, más aún, de las que implican un riesgo social, se habilita al ente público para dictar normas de carácter ético, con la finalidad de proteger y salvaguardar los intereses colectivos. Dichas normas, en el caso de los profesionales del derecho atienden al propósito de velar por el interés general, a la realización efectiva de la justicia y al logro de la excelencia y el enaltecimiento de la profesión del derecho, lo cual en última instancia redundaría en beneficio de quienes la escogieron como un medio de realización personal. Bajo este contexto y dado que profesiones como la del abogado cumplen una función social, en la medida en que su actividad no es sólo privada, sino que ante las autoridades actúan en procura de la preservación y el perfeccionamiento del Estado Social de Derecho, éste se halla habilitado para intervenir y vigilar su

² *Ibidem*, 29.

³ Ofelia Rosenkranz, Roque J. Caivano, Gisela F. Mayer. ***Ética profesional de los Abogados*** Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Capítulo 1, p.33-35.

ejercicio, con poderes disciplinarios suficientes que sirvan a la vez como medio de prevención y represión del mal ejercicio de las mismas. La dimensión pública de dicha función social ha sido definida por la Corte en sentencia C- 540 de 1993 ⁴ así:

“El ejercicio de la abogacía implica el desarrollo de una función social que implica responsabilidades lo cual faculta al legislador para crear instrumentos y diseñar mecanismos que le permitan al Estado encauzar dicha función y conseguir las finalidades propias de la profesión del derecho, e impedir el ejercicio indebido de la correspondiente actividad profesional”.

En este orden de ideas, esta función social abarcaría, como lo ha afirmado la propia sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: *la defensoría pública, la de oficio, la curaduría ad litem, y la abogacía de pobres*, funciones que a su parecer no podría escindir de esta función social⁵. Así, la misión del abogado es la de defender en justicia los derechos, en dos frentes: la sociedad y los particulares. Sin embargo, este fin ha sido ampliado por la jurisprudencia constitucional, en donde se afirma que las normas generales de la ética rigen para el ejercicio de todas las profesiones y su cumplimiento no debe estimarse como una indebida intromisión en el fuero interno de las personas, con menoscabo de su moral personal, ya que ello se fundamenta en que la ética profesional tienen como soporte la conducta individual, la cual a su vez se vincula a la protección del interés comunitario ⁶.

De este modo, dentro de estos fines y misión de la abogacía, se entiende que la exigencia en la buena práctica profesional debe ser mayor para los abogados, esto dado que el abogado debe asistir, patrocinar y colaborar en el desarrollo de las relaciones jurídicas entre particulares y dentro de la sociedad, ya que los profesionales del derecho, en tanto que defensores de la justicia, son los depositarios de la confianza de las personas. De esa forma, las intervenciones que se puedan prescribir por parte del legislador en esta materia, son de carácter general y abstracto e imponen límites a una función de tanta trascendencia como lo es la abogacía.

Dentro de la legislación vigente, la labor del abogado es configurada como colaboración directa a la administración de justicia, por lo cual tendrá que velar por el respeto y desarrollo de la Constitución Nacional y por otro lado desarrollar el Estado Social de Derecho Colombiano, ya que son los abogados, quienes a través de sus actuaciones en búsqueda de la justicia, conocen aplican y desarrollan los procedimientos y actuaciones en el marco de este Estado Social.

⁴ Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell

⁵ C. S JUD. Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sent. Feb. 4 de 1993, M. P. Myriam Donato de Montoya.

⁶Corte Constitucional, Sentencia C-190 de 1996 y sentencia C-152 de 1993 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

De los citados fines de la profesión de abogado se deduce que su ejercicio, incluso a diferencia de otras profesiones, admite la exigencia de un mayor rigor en cuanto al comportamiento del profesional en todos los órdenes, en atención a la trascendental misión que realizan estos profesionales como depositarios de la confianza de sus clientes y como defensores del derecho y la justicia, lo cual conlleva a que, ante el incumplimiento de estos deberes sea necesaria la consagración de sanciones, ya sean de carácter penal, civil o disciplinario. Por lo tanto, las sanciones disciplinarias de que pueden ser objeto los abogados, constituyen dada la alta misión social que cumplen, una retribución que le deben a la sociedad por el incumplimiento de los respectivos deberes.

En la esfera constitucional enmarcada dentro del contexto del Estado Social de Derecho, la estructuración de las regulaciones profesionales percibidas como exigencias al ejercicio de determinadas profesiones debe ser cuidadosamente ponderada con derechos fundamentales como el trabajo y la libre escogencia y ejercicio de la profesión, teniendo en mente que por principio, ni siquiera la comprensión más excesiva de las libertades tolera que ellas se ejerzan en contra del interés general o el interés público o social; por consiguiente, es propio de la competencia del Estado, en ejercicio de la función legislativa, regular la conducta profesional de los abogados en el aspecto ético y en lo relativo a la responsabilidad profesional que, con ocasión del desarrollo de las actividades que le son propias, se les debe exigir frente a sus propios clientes, la sociedad y la administración de justicia.

La consagración de faltas y sanciones presentes en dichas regulaciones debe leerse como consecuencia y desarrollo de la dimensión social que encarna la abogacía, limitando esta misión al cumplimiento de ciertas responsabilidades. De allí que los deberes de los abogados establezcan entonces límites constitucionales a la libertad de escogencia de profesión u oficio, presente en el Art. 26 de la Constitución Política de 1991, tal como lo estudió la Corte constitucional⁷:

"Los derechos fundamentales, y dentro de ellos el derecho al trabajo íntimamente relacionado con el derecho a escoger profesión u oficio, cuentan con límites internos y externos. Son límites internos los que señalan las fronteras del derecho como tal y conforman su propia definición; son externos, los señalados expresa o implícitamente en el texto constitucional, para defender otros derechos protegidos por la norma de normas. Así, por ejemplo, la propia Constitución establece un límite al derecho consagrado en el artículo 26 de la Carta Política, al señalar que el legislador puede exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones que requieran formación académica, y que las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán su ejercicio. Es claro, pues, que el legislador está expresamente autorizado para intervenir en el ejercicio de las profesiones

⁷Corte Constitucional, Sentencia T-525/94. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

y que los requisitos que condicionen su ejercicio deben ser de carácter general y abstracto, es decir, para todos y en las mismas condiciones, buscando siempre la prevalencia del interés común."

Es así como el ejercicio de la abogacía, en desarrollo del derecho constitucional al trabajo consagrado en la carta, debe interpretarse no sólo como una prerrogativa, sino también como una obligación que demanda aptitudes, comportamientos éticos e idoneidades técnicas que deben ser reglamentadas por ley, para que dichas facultades le den seguridad, confianza y rectitud a los ciudadanos. Si bien las limitaciones que se establezcan al derecho al trabajo no pueden en ningún caso desconocer las garantías constitucionales que de su contexto y finalidad se predicán, es permitida la intervención estatal legítima, que propenda a salvaguardar los principios, derechos y deberes que, por su jerarquía constitucional, merecen, al menos, igual protección que la que se ofrece al derecho al trabajo. En tal virtud, el Estado, al prever sanciones para los abogados que faltan a la ética profesional, está activando, protegiendo y requiriendo el cumplimiento de principios, derechos y deberes constitucionales, como son: el de que "Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundada en la prevalencia del interés general" y que "Las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (arts. 1 y 2 C.P., subrayados fuera de textos).

1.2. DISCIPLINA Vs. ÉTICA: LA FALACIA DE LOS LLAMADOS "ESTATUTOS ÉTICOS"

Aparentemente, en lo que a materia de técnica legislativa se refiere, parece existir una correspondencia entre los vocablos "ético" y "disciplinario", confluencia lingüística que, como se explicará ahora, no deja de ser falaz.

El derecho disciplinario es quizá la más antigua rama del derecho como expresión ética y sociológica de la humanidad, aunque bastante tarde se haya pensado en darle contenido positivo, y en estudiarla como instrumento auxiliar de la buena marcha de las más diversas instituciones sociales y políticas. Desde el punto de vista general, derecho disciplinario es un conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto imponer a los miembros de un determinado grupo, una regla de conducta, con el propósito de obligarlos a actuar conforme con un fin o interés colectivo, razón de ser de éste grupo⁸. Si restringimos el concepto al régimen disciplinario que se debe aplicar a quienes laboran por cuenta de una función pública o social, el derecho disciplinario puede definirse como un conjunto de preceptos, normas y disposiciones que señalan deberes, obligaciones, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de

⁸ Rafael Ballén, *Derecho Disciplinario Administrativo*, Bogotá, Ed. Temis, 1998, p.6.

los agentes, las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de los preceptos jurídicos y los mecanismos que se deben seguir en la investigación a que haya lugar. Es así como en ésta definición se conjugan elementos tanto sustanciales como adjetivos o procesales.

La disciplina, que sujeta a los individuos a unas determinadas reglas de conducta -"Observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o Instituto", según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua- es elemento necesario en toda comunidad organizada; factor esencial de su funcionamiento; presupuesto y requisito de su operatividad y eficacia, todo lo cual explica la existencia de regímenes disciplinarios tanto en las instituciones públicas como en las privadas⁹.

En lo que concierne al Estado, no podría alcanzar sus fines si careciera de un sistema jurídico enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas.

El derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas. Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas. Según las voces del artículo 124 de la Constitución, *"la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva"*.

Con arreglo al principio plasmado en el artículo 6 de la Constitución, al paso que los particulares únicamente son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, los servidores públicos lo son por las mismas causas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Esto quiere decir que, por lo que atañe al campo disciplinario aplicable al servidor público -como también ocurre en el terreno penal- se es responsable tanto por actuar de una determinada manera no querida por el legislador (conducta positiva) como por dejar de hacer algo que debería hacerse según los mandatos de la ley (conducta negativa u omisión), siempre y cuando se establezca la culpabilidad del sujeto.

La aludida responsabilidad guarda relación con la existencia de límites a toda función pública, los cuales están orientados por el postulado de su previa determinación y son propios del Estado de Derecho, toda vez que él implica el sometimiento de los particulares y de los servidores públicos a unas reglas generales y

abstractas que impidan su comportamiento arbitrario. De allí que no haya empleo público o función social que no tenga funciones detalladas en la Constitución, la ley o el reglamento (artículo 122 de la Carta Política).

1.3. EL OBJETO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Para Michel Foucault, la disciplina institucional, asociativa o de un grupo determinado de individuos con fines comunes, no es más que una manifestación de la disciplina social, que se muestra en los signos ordinarios de reproche ante una conducta que se juzga impropia. Las normas disciplinarias vivas en una sociedad cualquiera llegan a construir una micropenalidad social, asociada a la función punitiva del sistema social, que el Estado asume en nombre del mismo. Foucault da ejemplos de esa micropenalidad en su obra clásica, *Vigilar y Castigar*:

"En el taller, en la escuela, en el ejército, reina una verdadera micropenalidad del tiempo (retrasos, ausencias, interrupciones de tareas), de la actividad (falta de atención, descuido, falta de celo), de la manera de ser (descortesía, desobediencia), de la palabra (charla, insolencia), del cuerpo (actitudes 'incorrectas', gestos impertinentes, suciedad), de la sexualidad (falta de recato, indecencia). Al mismo tiempo se utiliza, a título de castigos, una serie de procedimientos sutiles, que van desde el castigo físico leve, a privaciones menores y a pequeñas humillaciones"

"Se trata a la vez de hacer penables las fracciones más pequeñas de la conducta y de dar una función punitiva a los elementos en apariencia indiferentes del aparato disciplinario: en el límite, que todo pueda servir para castigar la menor cosa; que cada sujeto se encuentre prendido en una universalidad castigable-castigante"

Las normas disciplinarias cumplen en lo social una función "normalizadora", vale decir, de adaptación de la persona a las pautas reconocidas en ellas, de manera que reprimen la conducta que no se adecua a dichos parámetros. Por ello, esa tarea, repetida permanentemente, de adaptar la conducta humana a la norma por medio del control social, se encamina a formar, desde el punto de vista social, al "hombre dócil". Desde el punto de vista jurídico la normalización disciplinaria busca la auto-tutela o autoprotección de la Administración, y emana del poder sancionador del Estado -*Ius Punitiendi*-¹⁰. Los análisis de Foucault sobre la sociedad disciplinaria suponen una lectura filosófica de lo que la filosofía positivista habría denominado "control social", mecanismo que la sociedad utiliza en sus diferentes nichos y niveles para asegurar la socialización de los individuos que la integran. A esta tarea coadyuvan las instituciones sociales, sus núcleos de poder, los medios masivos de comunicación, los centros de

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 417 de 1993, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰ Zulma Navarro de Bautista, ***La Potestad Disciplinaria***, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000, p. 16.

transmisión del conocimiento, como las universidades, las escuelas y los centros educativos, y todo el conjunto de la vida social.

El objeto del derecho disciplinario es entonces la regulación de la conducta profesional de los agentes concentrados en el cumplimiento de determinada función pública, calificada de acuerdo a paradigmas de eficiencia en el desarrollo de su labor. Se busca el cumplimiento ágil y eficaz de determinados fines, conservando siempre comportamientos adecuados o aceptados dentro de la elite política, social o académica a la que se pertenece. Los estatutos profesionales no pueden ser catalogados como cartas de ontológicas que determinan la orientación ética de las personas. El rendimiento profesional es una esfera independiente de las convicciones morales, políticas y éticas que posean los seres humanos, ya que estas configuran el fuero interno de los asociados dentro de un Estado Liberal de Derecho¹¹. Siendo la ética la sistematización de los principios morales individuales exteriorizados por medio de las conductas sociales, el ente público no puede hacer exigible determinada vocación ética, puesto que ésta se desarrolla en dimensiones personales exentas de las regulaciones legales.

Estamos presenciando la construcción de un ordenamiento jurídico que reivindica la multiculturalidad y el pluralismo social, por lo que pretender que en el espacio contemporáneo se unifique los diversos “ethos” por los canales profesionales resultaría contrario al espíritu de los Estados Constitucionales modernos, respetuosos de la esfera individual de los agentes sociales.

En el contexto actual, la aparente “*vocación de justicia del abogado*” por alguna razón no es necesaria en el desarrollo profesional actual dentro del marco de la actual crisis de la administración de justicia, pero sin embargo sigue siendo una premisa ineludible y un tópico recurrente en las discusiones acerca de lo que es el Derecho y lo que debería ser el ejercicio de la abogacía. La palabra Derecho – y en consecuencia de ella su ejercicio –, posee una dimensión axiológica fuerte que lo liga con los valores de lo justo, lo correcto, lo deseable. El paradigma ilustrado percibe al cuerpo normativo como la objetivación de la voluntad popular, de una mayoría que se pone de acuerdo en lo que es o no socialmente deseable y en lo que debe ser o no respetado colectivamente; esas *reglas de juego* planteadas democráticamente permiten la convivencia pacífica de un cuerpo social y protegen lo humanamente concebido como esencial, bueno y justo. Pero la postmodernidad suelta una vulgar carcajada frente a la utopía ilustrada y resulta entonces que el Derecho ya no garantiza, sino aliena; no delimita la

¹¹ Armando S. Andruet, ***Deontología del Derecho Abogacía y Abogados: Estado Actual de la Cuestión***, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, p.66.

convivencia social, sino que tecnocratiza, es un vil invasor el mundo de la vida (Habermas); no habla sobre lo justo, sino que esconde lo político siendo una mera ideología (D. Kennedy- Foucault); ya no es una construcción absoluta sino que tiene que guardarle puesto a sistemas informales de resolución de conflictos, pues lo paraestatal y lo plural ya no es una simple amenaza, sino que se erige en la única alternativa de resurrección del Derecho.

En el año 1995, la crisis generalizada del sistema de administración de justicia llevó al gobierno a trazar mecanismos de investigación que indagaran sobre las verdaderas causales de la crisis. No resulta sorprendente la conclusión de quienes consideran que la reforma estructural de la administración de justicia no puede quedar confinada a una reforma de leyes, haciendo abstracción de los hombres que sirven la justicia. Fue precisamente la legítima preocupación sobre la suerte de la profesión de abogado y su incidencia social los factores que orientaron el estudio del Ministerio de Justicia y del Derecho “*El Abogado en el Tiempo de la Gente*”¹², formulado como un espacio de discusión hacia la solución de los problemas que afrontan los abogados actualmente en nuestro país. Dentro de dicho estudio, la exploración cualitativa realizada para comprender la imagen actual del abogado en Colombia indicó la existencia de una diferencia importante entre la imagen que se tiene del derecho como profesión y la de los abogados como profesionales. Por un lado, la profesión se percibe en términos muy positivos y se le reconoce: 1) Aporte al país en la medida en que el derecho es necesario para garantizar la existencia misma de una estructura social que permita el desarrollo social y económico, 2) Aporte a la paz, puesto que el derecho es la forma de resolver los conflictos por vías legales y pacíficas, que eviten las soluciones violentas, tradicionales en el país; 3) Aporte social, entendiendo el derecho como opción de darle acceso a la justicia a las clases menos favorecidas de la población. Paralelamente el acceso a la justicia se percibe como un derecho básico¹³.

Sin embargo, dentro de la misma fase cualitativa al abogado se le percibe negativamente, se tienen de ellos una imagen desfavorable siendo asociados como “pícaros” y “ladrones” en todos los segmentos de la población registrados en el estudio. Es interesante anotar que la imagen desfavorable es mayor entre las personas de niveles altos, mientras que mejora en los otros niveles, esto conjugado con el hecho de que las personas que han utilizado directamente los servicios de un abogado tienen una imagen más desfavorable que las personas que no los han utilizado. Dentro de la mecánica procesal, el papel del abogado se percibe como defensor a ultranza de los intereses de su cliente, papel que equilibra

¹² Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, ***El Abogado en el tiempo de la Gente: Realidad y prospectiva de la enseñanza del Derecho en Colombia*** Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1995, p13.

¹³ Ibidem, p.21.

el litigio en la medida en que su oponente también actúa por los mismos motores. El problema aparece cuando se analizan los medios que se utilizan para lograr la finalidad última, que es la de ganar el pleito y obtener del tribunal el reconocimiento del derecho pretendido. El cuestionamiento moral entonces no subyace respecto a los objetivos en sí mismos, sino en los recursos que se utilizan para alcanzarlo. Dichos recursos, cubiertos por un aparente velo de legitimidad que da su carácter consuetudinario en la conciencia de muchos abogados, esconden conductas desleales contrarias a la ética jurídica, que desnaturalizan la profesión y su concepción como función social al servicio de la correcta administración de justicia¹⁴.

Tras el problema de la crisis de la abogacía subyacen varios problemas sistémicos del ordenamiento jurídico nacional, que se focalizan en dos dimensiones, según el estudio ya citado. El primero radica en la causal indirecta del ejercicio de la abogacía. Este fenómeno socialmente se percibe como la ineficacia de las normas jurídicas que lleva precisamente a instrumentalizar la labor del abogado dentro de un contexto general de ilegitimidad del sistema jurídico; esto lleva que socialmente el ordenamiento no se practique, y el aparato de administración de justicia tenga que *supra* actuarse desdoblado sus laborales, intentando internar la realidad social en un supuesto contra-fáctico de normatividad que nadie realiza. Dentro de esta coyuntura, el único canal de legalización o mecanismo social para entrar al ámbito de legalidad son los abogados, quienes se convierten en puentes entre la ilegitimidad social del ordenamiento jurídico y la administración de justicia legalmente institucionalizada. Dicho papel de mediador entre la ilegalidad y la legalidad, hace reconocer a la abogacía como una venta mercantilista de recursos legales, prostituyendo completamente su labor¹⁵.

La segunda dimensión de análisis se encuentra en la judicialización de los conflictos, dentro de la cual se concibe el procedimentalismo institucional como único instrumento para la resolución de conflictos. Esta mentalidad está fortalecida por el papel que la abogacía ha asumido socialmente, en el que se cuestiona su labor como gendarmes de la justicia reconociéndoles solo su papel en la defensa de intereses individuales. El abogado debe subvertir su rol –natural y necesariamente parcial dentro de la estructuración procesal– armonizando los intereses particulares de su cliente con su papel como apologeta del sistema de administración de justicia, función última que además de profesional resulta moralmente exigible, siendo la justicia como materia esencial de la abogacía, un valor supremo dentro de la dimensión axiológica del hombre. Es posible compatibilizar ambos aspectos, litigando con buena

¹⁴ Cfr. Ofelia Rosenkranz, Roque J. Caivano, Gisela F. Mayer, ***Ética profesional de los Abogados*** Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires.

¹⁵ Cfr. Mauricio García Villegas, ***La eficacia Simbólica del Derecho***, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1993.

fe sin detrimento de la eficacia profesional. Lo anterior implica un proceso de reestructuración cultural del aparato de administración de justicia, depurándolo de manifestaciones arraigadas en las que prevalece en carácter individual del litigante sobre la función social y pública que engendra su profesión, situación que se percibe como la principal causal de la crisis del ejercicio de la abogacía e impulsa a proponer mecanismos de legitimación de dicha profesión frente a la sociedad.

Paralelamente a la esfera individual se encarnan problemáticas de orden general, compuestas a su vez por tres elementos: 1) La formación y la estructura sociocultural de la sociedad, que a la vez esconde una generalizada crisis de moralidad e indisciplina social, dentro de la cual el desprestigio de la abogacía es solo una subespecie. Esta variable se relaciona con una crisis de transmisión de valores sociales, que se estructura en todos los sectores socioeconómicos de la sociedad. Esta crisis estaría relacionada tanto con factores culturales (el ambiente lleva a los abogados a no ser éticos), como factores familiares (no les han inculcado formación axiológica de ningún tipo). El comportamiento anti-ético, la corrupción, la impunidad y otros sin fin de problemas similares que se observan diariamente y que incluso son practicados o transmitidos entre profesionales del derecho, tienen una estrecha relación con procesos de inversión de valores, o incluso con la pérdida de los mismos con relación a épocas pasadas del país y a lo que se pudiera considerar como “valores ideales”; 2) La deficiente formación profesional en materia de ética jurídica y responsabilidades profesionales, que no contribuye a cambiar la mentalidad pleitista y formalista de los abogados y por lo contrario, la fortalece. Los abogados siguen incorporando el litigio judicial como el remedio natural para solucionar una controversia, y creen que es legítimo emplear cualquier herramienta con tal de obtener un resultado positivo para el cliente. Ello demuestra que uno de los aspectos del problema radica en la formación que se da en las universidades. No se concientiza suficientemente al estudiante sobre el significado social del conflicto y de la abogacía como colaboradora en la tarea de pacificación social, ni tampoco sobre las diversas posibilidades que se abren para poder lograr el objetivo prioritario de solucionar satisfactoria y pacíficamente los conflictos con menor desgaste y mayor eficacia para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas; 3) La laxitud ética del sistema de la administración de justicia, que en ocasiones parece justificar y tolerar demasiado en aras del derecho de defensa en juicio. No se trata pues de deficiencias normativas ni estructurales, ya que la legislación dispone expresamente la ilegitimidad de las conductas y brindan –a los jueces y a los tribunales de ética forense- herramientas suficientes para evitarlas y sancionarlas. La fuente del problema es de raigambre cultural, que solo podrá sanearse con la incorporación de patrones racionales, creativos, éticos e innovadores a la organización judicial, además del dinero y la tecnología. Los abogados pues, deben internalizar e incorporar como patrones de comportamiento, los principios

que les permitan recuperar la credibilidad pública, y revalidar la credibilidad social de la profesión en un proceso de relegitimación¹⁶.

Sin embargo, toda la problemática anteriormente descrita se inserta en un contexto de crisis generalizada, que incorpora factores tanto sociológicos como estructurales. Dentro de los primeros se encuentra esa innegable vocación de los colombianos hacia la solución violenta de los conflictos. En países como Colombia la cultura del interés individual y las construcciones acolectivas se han degenerado en la más atroz y cruenta violencia, dentro del fenómeno mal llamado “cultura del conflicto”¹⁷. Los colombianos seguimos ejerciendo y padeciendo una violencia sin fin. En este país los argumentos de fuerza han terminado por imperar en casi todas las relaciones sociales y políticas hasta enquistarse en las relaciones más espontáneas de la vida cotidiana y es en ese momento donde, como reacción a la violencia y a la ruptura del pacto social, se puede llegar a la construcción de consensos mínimos vitales que deben ser respetados si todos queremos sobrevivir¹⁸. Esa ética del terror, la ética para no morir resulta de la canalización del deseo de seguridad colectiva como elemento de cohesión social. La construcción de nuevos imaginarios sociales fundamentados en dicha *seguridad colectiva* nos dará a nosotros los abogados buenas razones para defender y a los actores sociales buenos motivos para creer en el Derecho. En ese camino de relegitimación hay todo por hacer, pero no debe perderse de vista que la crisis axiológica de la sociedad posee una dimensión estructural, por lo que no puede focalizarse en la abogacía. Los factores éticos son desarrollados culturalmente en los diferentes núcleos de la sociedad, y deben reconstruirse en procesos políticos y sociales colectivos, sin necesidad de coerción jurídica, puesto que el ámbito de la ética está por fuera de los alcances legales de un estado de derecho. La eficiencia profesional de los abogados debe medirse entonces en términos “disciplinarios” que involucren la técnica profesional y no las calidades éticas de los asociados, todo encaminado a la construcción de una recta administración de justicia¹⁹.

1.4. LA POTESTAD DISCIPLINARIA DEL ESTADO: NECESIDAD DE VIGILANCIA A LOS AGENTES

Las organizaciones sociales no pueden restringirse a fijar o alcanzar fines concretos, sino que es indispensable establecer algunos mecanismos que encaminen, delimiten y adecuen las conductas de las

¹⁶ Ministerio de Justicia y del Derecho, Op. Cit. p. 28.

¹⁷ Luis Alberto Restrepo M., ***Ética para una sociedad en conflicto ¿Ética civil o pacto social?*** En ***Ética y Conflicto***, Ediciones Uniandes, TM Editores, Bogotá, p. 81.

¹⁸ Ibidem, p.82.

personas hacia el logro de esas metas. Por ello, se precisan entre las diferentes asociaciones, por una parte, ciertos procesos sociales que tienden al establecimiento de objetivos (elemento teológico), y por otra, procedimientos que buscan la represión de los comportamientos violatorios de las metas que no se acomodan a los fines propuestos (elemento de control o disciplinario).

La administración pública cumple básicamente tres funciones correspondientes a la tradicional división tripartita del poder público: la función legislativa, la función jurisdiccional y la función ejecutiva, dentro de la cual se encuentra la función disciplinaria. El régimen disciplinario tienen como objetivos asegurar a la sociedad y a la Administración Pública la eficiencia en la prestación de los servicios y las funciones a cargo del Estado y el orden de la Administración, así como la legalidad, la moralidad, la imparcialidad, la responsabilidad y la eficiencia de la Administración Pública, mediante la aplicación de un sistema que regula la conducta de los empleados y colaboradores, sancionando las actuaciones activas o pasivas calificadas por la ley como faltas del funcionario o colaborador incompatibles con los objetivos señalados o con la dignidad que implica el ejercicio de las funciones públicas y sociales, conforme a un procedimiento legal que garantice el derecho de defensa y evite la arbitrariedad, lo que se traduce en la potestad disciplinaria del Estado²⁰.

García de Enterría y Fernández, citados por Iván Velásquez Gómez en su Manual de Derecho Disciplinario²¹, con el propósito de construir un concepto técnico de "potestad" sostienen que ella *no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento*. En segundo término, no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas. No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares. En fin, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (normalmente de un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica, los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad; esa sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa (si del ejercicio de la potestad deriva para ellos un beneficio), o desventajosa (si de la potestad surge para ellos un gravamen; sería la sujeción estricto sensu o por excelencia), o indiferente (si no llega a afectar a su esfera jurídica), pero en ningún caso

¹⁹ Armando S. Andruet, Op. Cit, p. 66-68.

²⁰ Jorge Enrique Ayala Caldas, ***Elementos del Derecho Administrativo Disciplinario en Colombia***, Ediciones Doctrina y ley, Bogotá, 1996, p. 8.

implicaría un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma. Como consecuencia de este origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto, en cuanto a creación del derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercerla o no, pero no puede transferirla; la propia ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio. Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas la confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; sólo la ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas.

La función preventiva que cumple el “ius punitendi disciplinario” tiene su particular asidero en la concepción de Estado social que pretende una gestión pública eficaz. De otro modo, las demandas sociales son canalizadas por el aparato estatal respecto del cual se exige su total actividad. Y es allí en donde encuentra legitimación la potestad y acción disciplinaria del Estado, garantizando la actividad plena de su aparato y adoptando -si es el caso- medidas que, al afectar unos pocos, logre desestimular el actuar de otros, estimado como incorrecto²². El eventual estancamiento del aparato estatal, materializado en ciertos comportamientos de algunos de sus colaboradores, a la postre afecta toda la sociedad, para lo cual el mismo Estado genera sus propios mecanismos de prevención y control con la pretensión de evitar el efecto general abrasador de la inercia y la consiguiente ruptura de legitimación.

La gestión pública en general encuentra en el control disciplinario la doble condición de estímulo-desestímulo, pues de un lado, la potestad disciplinaria del Estado puede constituirse en el motor de la función pública cuando funge de acicate en cierto sector de su estructura; y de otra parte la potestad y el accionar particular en materia disciplinaria pretende, en lo fundamental, el desestímulo general de conductas no deseadas por considerar que las mismas corrompen la actividad estatal.

Particularmente también puede considerarse la potestad y acción disciplinaria, como el canal adecuado de participación del ciudadano común en la actividad estatal. Cuando como partícipe del contrato social demanda un actuar que garantice su condición de miembro social un derecho o el cumplimiento de una expectativa razonable generada por el mismo Estado, la eventual inercia del aparato estatal encuentra en

²¹ Iván Velásquez Gómez, ***Manual de Derecho Disciplinario***, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 1era Edición, Medellín, 1996, p.19.

la potestad y acción disciplinaria el factor de estímulo- desestímulo al que el ciudadano puede acudir. Huelga decir que este actuar también tiene sus propios límites, que podríamos sintetizar en el principio de legalidad, el derecho de defensa y el debido proceso, con toda la carga semántica que debe caracterizar estos principios, como luego se verá.

La materialización de esa potestad disciplinaria del Estado se hace efectiva mediante la función disciplinaria, la cual está a cargo del jefe o representante del organismo público correspondiente, el cual velará por el cabal cumplimiento de la ley y responderá por sus actuaciones u omisiones antijurídicas, conforme se precisa en el principio de dirección rector de la doctrina de la administración pública²³. Pero en todo caso, es deber de todo servidor o colaborador público poner en conocimiento del jefe o representante de la respectiva entidad, inmediatamente, la comisión de una falta disciplinaria.

En el caso concreto de los abogados, como se había mencionado anteriormente, se perciben como colaboradores directos en la correcta y eficiente administración de justicia, labor que por su carácter colectivo e importancia pública, ha sido objeto de expresa regulación estatal, buscando garantizar la eficiencia en el desarrollo de tan importante ministerio. En esta medida, la potestad disciplinaria que detenta el Estado también recaerá en el ejercicio de la abogacía como función social que desarrolla los fines esenciales del estado y construye el orden jurídico de la nación. Es así como el Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 16 de 1968 expidió el decreto 196 de 1971, Estatuto ético del abogado.

La potestad disciplinaria es entonces una función estatal. Por medio de lo que se denomina el control disciplinario interno, todas las entidades públicas son depositarias de dicha potestad, pero el órgano estatal por antonomasia que la posee es la Procuraduría General de la Nación; de hecho, su potestad disciplinaria es preferente por mandato constitucional²⁴. De este modo, se podría afirmar que la cláusula general de competencia en materia disciplinaria corresponde a la Procuraduría, que siendo un organismo de naturaleza administrativa, ejercería la importante función de vigilancia y control de la función pública en cabeza del Estado. Un particular no tiene, en consecuencia, la potestad disciplinaria; cuando más tendrá la posibilidad de ejercer la acción disciplinaria. Surge entonces el siguiente interrogante: ¿podrá pensarse en la posibilidad de que los particulares sean investidos de tal facultad?

²² Danilo Rojas Betancourt, ***Hermenéutica y Principios rectores de la ley disciplinaria***, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio público, 1998, p.63.

²³ Danilo Rojas Betancourt, Op. Cit., p.64.

²⁴ *Ibidem*, p.65.

Aun la interpretación más dogmática del artículo 116 de nuestra Constitución llevaría a concluir que ello es posible, pues la restricción para investir a particulares de funciones públicas, se limita al tiempo y a que, por supuesto, la ley lo permita. Es lo que ocurriría con los funcionarios nombrados ad-hoc para que realicen una investigación disciplinaria.

II. NATURALEZA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Tanto a nivel nacional como internacional, se ha discutido desde siempre cuál es la naturaleza del derecho disciplinario. Asunto de gran importancia, ya que estamos hablando de un régimen que apenas se está dando a conocer en forma autónoma, con un desarrollo legal especial. Por ello, para efectos de aplicar e interpretar, es necesario analizar y tener muy presente, cuál es la esencia de esta clase de derecho. Dentro del desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legal se han sostenido varias teorías, donde se ha argumentado que el derecho disciplinario es un derecho penal administrativo, o un derecho netamente administrativo, otros han considerado la idea de llamarlo derecho administrativo penal o derecho sancionatorio administrativo.

Para nuestra normatividad, la cual posee grandes deficiencias, es de gran importancia entrar a definir cuál es la naturaleza del derecho disciplinario porque esta es la base que nos permitirá interpretar sus normas, sobre los conflictos y llenar los vacíos legales. Antes de llegar a cualquier conclusión, hacemos un breve recorrido por el desarrollo que a este tema se le ha dado, para sacar así nuestras propias conclusiones.

2.1. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO ADMINISTRATIVO: TESIS DOCTRINALES Y TEORÍA COMPARADA

a. Criterio Orgánico: El poder preferente disciplinario

Si bien el monopolio de la función disciplinaria del Estado se encuentra diseminado en sus órganos administrativos, se privilegia a la Procuraduría general de la Nación como órgano de control de la conducta de los funcionarios públicos y particulares que ejerzan funciones públicas. El mecanismo para hacer realidad este privilegio lo constituye el denominado *poder preferente disciplinario*, el cual permite que la Procuraduría General de la Nación desplace a cualquier otra autoridad administrativa del conocimiento de una investigación disciplinaria. Esta decisión debe motivarse, indicando las razones que determinan dicho desplazamiento.

La discusión más relevante que se ha presentado en torno al poder preferente disciplinario se encuentra alrededor de la pregunta de si esta potestad de la Procuraduría puede hacerse en relación con

cualquier autoridad pública que ejerza la función disciplinaria. Queda claro que respecto de los organismos administrativos en general no hay cuestionamiento alguno; ni tampoco en relación con el Congreso en cuanto no sea juez disciplinario de funcionarios con fuero especial²⁵.

Tampoco existe duda alguna en relación con la potestad preferente de la Procuraduría en relación con los miembros de la fuerza pública. En este punto es ilustrativa la sentencia C-399/95 de la Corte Constitucional, en la que señaló:

Por ello el fuero militar no afecta las competencias y funciones de los organismos de control, puesto que ese fuero es exclusivamente penal y no se extiende a las otras esferas de actividad de los órganos estatales. Así, las funciones de la Procuraduría General de la Nación no se ven limitadas por el fuero militar, ni desde el punto de vista disciplinario -pues los miembros de la fuerza pública son servidores públicos que están entonces sujetos a la supervigilancia disciplinaria de esa entidad (CP art. 277 Ord. 6º)-, ni en relación con las otras funciones del Ministerio Público (CP arts 277 y 278), en particular la relativa a su participación en los procesos penales. La Corte coincide entonces con la Vista Fiscal en que no existe ningún fuero militar de fiscalización, pues el fuero militar es de carácter estrictamente penal y de interpretación restrictiva. Esto ya lo había establecido durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia cuando señaló que el control del Ministerio Público se extiende "sobre todos los funcionarios y empleados del Estado, como en efecto lo son también los miembros de las Fuerzas Armadas"²⁶. En el mismo sentido, esta Corte Constitucional también había precisado que no existe ningún fuero disciplinario para los integrantes de la Fuerza Pública porque "el Ministerio Público, de acuerdo con el Ordenamiento constitucional de 1886 y con el que hoy rige, es el ente competente encargado de ejercer la potestad disciplinaria sobre todos los servidores estatales, y los miembros de las Fuerzas Militares lo son"²⁷.

La controversia se encuentra en relación con el disciplinario de los funcionarios y empleados de la rama judicial, cuya competencia disciplinaria se encuentra, en general, en cabeza de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Judicatura en lo que a funcionarios se refiere, y en cabeza de los jueces y magistrados en relación con sus subalternos. Las funciones jurisdiccionales del Consejo Superior de la Judicatura cuestionan la naturaleza administrativa del poder disciplinario. Pese a esto, existen varios argumentos que sustentan la génesis administrativa de dicha potestad.

El órgano que expide, preferentemente, actos de carácter disciplinario, es la Procuraduría General de la Nación y la naturaleza administrativa de éste no genera duda. Lo propio se puede predicar respecto de

²⁵ Danilo Rojas Betancourt, Op. Cit. p. 67.

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia No 68 del 16 de junio de 1983. Magistrados Ponentes. Manuel Gaona Cruz y Carlos Medellín Forero. **Gaceta Judicial**, CLXXV, P 352.

²⁷ Sentencia C-152/93. MP Carlos Gaviria Díaz. En la sentencia C-358 de 1997, la Corte, luego de reiterar lo dicho anteriormente en la sentencia C- 399 de 1995, recordó la constitucionalidad por ella impartida (sentencia C- 196 de 1997) al numeral d. Del art. 175 de la ley 201 de 1995 que estableció que los militares en servicio activo no pueden ocupar cargos en la Procuraduría o en la Defensoría del pueblo.

rama ejecutiva en general cuando ejerce funciones disciplinarias. Podría objetarse que cuando la sanción disciplinaria sea expedida por un órgano no administrativo -Vg. la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura-, tanto el anterior argumento, como el de los controles se derrumba. Brevemente examinaremos esta situación:

De un lado hay quienes consideran que las decisiones tomadas por este tipo de órganos son actos administrativos. Al efecto consideran que su calificativo de jurisdiccional nace de la capacidad para dirimir conflictos de competencia y no del ejercicio de aquella función. (La disciplinaria.) Si ello fuera así, se hubiera jurisdiccionalizado toda la función disciplinaria, y no solo la que se ejerce con relación a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional pues no hay ninguna razón para suponer que ella cambie su naturaleza óptica según el sujeto pasivo de la misma. Esto implicaría que no podría existir control por el contencioso administrativo de los actos nacidos del ejercicio de la función disciplinaria tesis que muy seguramente nadie se atrevería a sostener. Igualmente las consecuencias para la justicia serían muy graves, pues el adelantamiento de la investigación disciplinaria inhibiría para adelantar cualquiera acción penal por el mismo hecho, pues se violaría el principio de *non bis in idem* consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

La tesis contraria admite como verdadera sentencia judicial la decisión con que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria culmina su investigación. En lo sustancial, las razones son las siguientes:

Las decisiones adoptadas por el Tribunal Disciplinario, concretamente en relación con la función disciplinaria respecto de los abogados por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión, no tienen naturaleza administrativa sino jurisdiccional tanto desde el punto de vista del órgano que las expide, como desde el punto de vista del procedimiento y las formas adoptadas para su expedición, lo mismo que desde el punto de vista de la calificación expresa de la ley²⁸. La reforma introducida al artículo 82 del C.C.A. por parte del artículo 12 del Decreto 2304 de 1984, tuvo precisamente por finalidad eliminar la falta de técnica jurídica de que adolecía la norma subrogada cuando expresaba que no eran demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo las sanciones que impusiere el Tribunal Disciplinario, toda vez que siendo tales decisiones de carácter jurisdiccional, constituía una consagración extraña en su inciso tercero, en esta jurisdicción²⁹.

²⁸ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, auto de marzo 27 de 1990, exp. 1394, Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, auto de abril 24 de 1992, exp. 1946, Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez. Se reitera aquí lo dicho en auto de marzo 27 de 1990, sala unitaria, exp. 1394, del mismo ponente.

Las decisiones acusadas por haber sido dictadas en ejercicio de la función disciplinaria tienen carácter jurisdiccional y por lo tanto no pueden dar lugar a controversias o litigios administrativos. En consecuencia no son impugnables ante la jurisdicción contencioso- administrativa, por lo que entonces la demanda resulta inadmisibles³⁰.

Consideramos acertada la tesis que ve en la decisión de la Sala Disciplinaria, una típica decisión judicial y no un acto administrativo. A pesar de la contundencia de las razones esbozadas por la doctrina citada, es posible rebatirlas en el siguiente sentido:

- a) Aunque es claro que la naturaleza de la decisión que resuelve el conflicto es un acto jurisdiccional pues "el conflicto de competencia es de carácter eminentemente jurisdiccional y por lo mismo el acto que lo dirime no puede apartarse de dicha naturaleza, ya que sus efectos se extienden a un presupuesto procesal (la competencia)³¹, este solo argumento no es razón suficiente para considerar que el carácter jurisdiccional de la Sala Disciplinaria se debe exclusivamente a dicha situación. Por el contrario, diríamos que la atribución de dirimir conflictos de jurisdicción corrobora el carácter jurisdiccional que le deviene por otras razones, como adelante se explicará.
- b) No es necesario pensar en la "jurisdiccionalización" de la función disciplinaria en general ni se altera la "naturaleza óntica según el sujeto pasivo de la misma". Si se acepta la tesis de la naturaleza del acto desde el punto de vista orgánico. Así, no es nada descabellado pensar que un órgano o funcionario administrativo, al ejercer la función disciplinaria, lo haga expidiendo actos administrativos, sujetos a los controles jurídicos propios; al paso que la misma función ejercida por un órgano jurisdiccional, lo haga a través de un acto de esta misma naturaleza³², en cuyo caso se ha surtido el itinerario propio de un proceso judicial especialmente en lo relacionado con el derecho de defensa y el debido proceso. En este último caso, y merced al rito procesal judicial que precede la decisión no resulta pertinente ni necesario un control judicial ajeno, como el que se haría ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por el contrario; de hacerlo, podría alentarse contra principios tales como la cosa juzgada y el "*non bis in ídem*".

³⁰Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, auto de marzo 27 de 1992, exp. 1755, Ponente Yesid Rojas Serrano.

³¹ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, auto de noviembre 25 de 1993, exp. 2662, Ponente Miguel González Rodríguez.

³² De hecho, la Corte Constitucional así lo ha manifestado: "cuando la sanción disciplinaria es impuesta por una autoridad judicial, el acto por medio del cual se resuelve sobre ellas es de naturaleza jurisdiccional; pero cuando el acto sancionatorio proviene de la Procuraduría, es de naturaleza administrativa."

- c) No puede ser causa de inhibición "el adelantamiento de la investigación disciplinaria... para adelantar cualquiera acción penal por el mismo hecho, pues se violaría el principio de "non bis in ídem" consagrado en el artículo 29 de la Constitución", pues es claro que aunque la causa sea la misma conducta, el sustento normativo, así como las consecuencias en uno y otro caso son distintas. Lo que a la postre ocurre es la procedencia del traslado de pruebas pertinentes, teniendo en cuenta el procedimiento legal para el efecto. Es más, como con ocasión del análisis del principio "non bis in ídem" se verá, con una misma conducta, un agente de la administración puede dar lugar al inicio no solo de dos procesos, sino hasta tres y cuatro: uno disciplinario - acción disciplinaria -, uno penal - acción penal -, el contencioso administrativo -acción de reparación directa- y el fiscal, y en cada uno de ellos las consecuencias son disímiles y a veces contradictorias, sin que, en términos generales, pueda hablarse de prejudicialidad, ni de violación del "non bis in ídem".

Por lo demás, ha sido criterio reiterado de la Corte Constitucional otorgarle naturaleza jurisdiccional a las decisiones proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria. Algunos de los argumentos más destacados sobre el punto son los siguientes:

(...) a dicho organismo le compete cumplir funciones disciplinarias y algunas judiciales, que corresponden a la Sala Disciplinaria, como las de examinar la conducta y sancionar, en las instancias que señale la ley, las faltas de los funcionarios de la Fama Judicial (...) fue creada únicamente para el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria que, por constituir función pública de administración de justicia actúa como órgano autónomo y con independencia de sus nominadores (sentencia C-265/93).

(...) dicha Sala fue creada con el fin de garantizar que, dentro de la propia Rama Judicial un organismo autónomo de alto rango con funciones de naturaleza jurisdiccional tuviera a su cargo la tarea de examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la misma (...) Formalmente, el ejercicio de la función jurisdiccional implica el desarrollo de una serie de actos procesales que culminan en la expedición de un acto final -sentencia-, llamado a definir el punto controvertido con fuerza de verdad legal. Es esto precisamente lo que acontece con las providencias que profiere la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y los consejos seccionales en desarrollo de la aludida función. (...) Sus actos en materia disciplinaria son verdaderas sentencias que no están sujetas al posterior estudio y pronunciamiento de otra jurisdicción, como sería el caso de la Contenciosa Administrativa (...) Mal podría, entonces, negárseles tal categoría y atribuir a sus providencias el carácter de actos administrativos, pese a la estructura institucional trazada por el constituyente (sentencia C-417/93)³³.

³³ Esta tesis ha sido reiterada por la Corte, entre otras providencias, en las siguientes: sentencia T- 438 ya citada y T- 444/94.

Cierra toda la discusión planteada, el argumento legal según el cual el artículo 51 del Decreto 1888 de 1989³⁴, otorga carácter jurisdiccional a las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios judiciales; y el argumento de intención del constituyente, para quien los miembros del Consejo Superior de la Judicatura “*deben tener las calidades que los habiliten para otorgarles a sus decisiones finales, en el campo jurisdiccional, la categoría de sentencias*”³⁵.

Esta discusión sobre la naturaleza de la decisión disciplinaria de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, como puede verse, en nada afecta el carácter administrativo del derecho disciplinario. Simplemente, sus decisiones se sustraen al control del juez contencioso administrativo, por mandato legal.

2.1.1. Alcance del Poder Preferente en materia disciplinaria. A pesar de la disposición consagrada en el inciso 3 del artículo 61 Código Disciplinario Único, existen dos posiciones jurisprudenciales abiertamente distintas sobre el poder preferente de la Procuraduría. Mientras la Corte Constitucional ha considerado que el poder preferente disciplinario de la Procuraduría no abarca a los magistrados de las altas cortes - Corte Constitucional Corte Suprema de justicia y Consejo de Estado- pues su juzgamiento corresponde al Congreso, el Consejo de Estado sostiene la tesis según la cual no opera el poder preferente disciplinario en relación con todos los funcionarios de la rama judicial pero sí respecto de los empleados.

Mostraremos a continuación los argumentos que sustentan las tesis anteriormente referidas. Para la Corte Constitucional:

*“En el evento en que la Procuraduría General de la Nación ejerza este poder sobre un funcionario judicial en un caso concreto, desplaza al Consejo Superior de la Judicatura - Sala Disciplinaria- o al Consejo Seccional correspondiente y al superior jerárquico. En síntesis, los funcionarios de la Rama judicial - esto es aquellos que tienen a su cargo la función de administrar justicia (jueces y magistrados con excepción de los que gozan de fuero constitucional) - pueden ser investigados y sancionados disciplinariamente por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a menos que se produzca el indicado desplazamiento hacia el control externo de la procuraduría*³⁶.

³⁴ Declarado exequible por la Corte en la ya citada sentencia G-417 de 1993, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁵ Este fue el criterio de los constituyentes Alvaro Gómez Hurtado y Jaime Fajardo Landaneta. La transcripción corresponde a las sesiones de discusión en la comisión IV de la A. N. C. cuya grabación y texto reposa en la base de datos del Banco de la República, Sala Constitucional.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 417 de 1993.

Las funciones de los funcionarios judiciales que gozan de fuero constitucional, entonces, están sustraídas del poder preferente disciplinario. Valga complementar el punto sobre el fuero con la siguiente pauta jurisprudencial:

“La Constitución Política ha plasmado una estructura institucional coherente dentro de la cual el Presidente de la República, los magistrados de las altas corporaciones mencionadas en la norma y el Fiscal General de la Nación gozan de fuero especial en lo que concierne a su juzgamiento.

(...)los citados funcionarios, dada su alta investidura y la necesaria autonomía en el ejercicio de sus atribuciones, únicamente están sometidos al escrutinio y juicio del Senado de la República, cuando incurran en las faltas que la Constitución contempla, y al de la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal- cuando se trate de la comisión de delitos. Por tanto, en razón del mismo fuero, se hallan excluidos del poder disciplinario del Consejo Superior de la Judicatura que, en los términos del artículo 257, numeral 3, de la Constitución, ha de ejercerse por dicha Corporación sobre los funcionarios de la Rama Judicial carentes de fuero y sobre los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley”³⁷.

Queda entonces claro que para la Corte los únicos funcionarios de la rama judicial que tienen fuero especial son los mencionados en el art. 174 constitucional, y que por tal razón la competencia para su juzgamiento disciplinario corresponde no a la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, sino al Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes. Respecto a ellos ni opera, se insiste, el poder preferente disciplinario.

La jurisprudencia nacional muestra una discordancia en el tema en cuestión por cuanto el Consejo de Estado delimita de manera disímil el poder preferente de la Procuraduría general de la Nación:

“El poder preferente disciplinario esta referido a la vigilancia y poder disciplinario que otras autoridades, como los superiores jerárquicos, puedan ejercer normalmente en razón de la ley, pero no puede entenderse frente al poder disciplinario que la misma constitución ha atribuido directamente a otra autoridad y que configura así un fuero especial, como es el caso del poder disciplinario atribuido al Consejo Superior de la Judicatura y frente a los funcionarios de la rama judicial”³⁸.

Así, para el Consejo de Estado el carácter de funcionario con fuero no se agota en los magistrados de las altas corporaciones judiciales – como se establece en la tesis de la Corte Constitucional-, sino que abarca todos aquellos que administran justicia. Como tales tienen un juez especial: para unos el Senado de la República y para otros la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- 417 de 1993. Argumento así la Corte, para declarar inexecutable la parte del numeral 3 del art. 9 del D. 2692 de 1991 que otorgó competencia disciplinaria al Consejo Superior de la Judicatura, sobre los magistrados de las altas corporaciones judiciales y el Fiscal general de la nación.

“(...) la misma Constitución reconoce que existen procesos disciplinarios contra funcionarios sometidos a fuero especial, en relación con los cuales el art. 278 de la CP prevé que al procurador, como titular de la potestad disciplinaria preferente del Estado en abstracto, corresponde simplemente emitir conceptos.

(...)para efectos del fuero especial consagrado en el numeral 3 del art. 256 de la CP, son funcionarios de la rama judicial aquellos servidores que pertenecen a un organismo de los que actualmente hacen parte de esta rama y que además, tienen efectivamente la función y el poder de administrar justicia, como son los magistrados, los jueces y los fiscales”³⁹

De esta forma, puede establecerse que el Consejo de Estado no hace distinción alguna entre los funcionarios de la rama judicial para efectos forales, sino que en su versión, todos están cobijados. Así, tanto los magistrados de las altas corporaciones judiciales a que se refiere el art. 174 de la CP, como los demás funcionarios –magistrados de Tribunales, jueces y fiscales- tienen fuero constitucional. Vale la pena recalcar que en éste concepto, la potestad disciplinaria tendrá siempre naturaleza administrativa, por lo cual, los regímenes que se apartan de ésta tendrán siempre la categorización de “fueros especiales”; en esta medida, la función jurisdiccional ejercida por el Consejo Superior de la Judicatura no determinará la jurisdiccionalidad de la potestad disciplinaria, sino una regla especial estatuida en razón de la autonomía de la Rama Judicial.

Dentro de un análisis de la jurisprudencia sentada por las dos corporaciones, vistas las cosas desde otro ángulo, puede decirse que ambas doctrinas coinciden en cuanto consideran que el poder preferente disciplinario no puede tocar los funcionarios con fuero, esfera que se dilata o se contrae según la tesis de la corporación que se escoja. Ambos tribunales coinciden en considerar que el poder preferente disciplinario no es un principio absoluto, sino limitado por el fuero constitucional. La diferencia estriba en la concepción de fuero que tiene cada corporación, pues para la Corte sólo tienen fuero los funcionarios de las altas cortes, mientras que para el Consejo de Estado, el fuero cobija a todo funcionario judicial que administra justicia.

En consecuencia, el fuero constitucional protege al funcionario de la rama judicial del desplazamiento propio del ejercicio del poder preferente disciplinario de la Procuraduría. Se da por descontado que los mismo ocurre frente a la investigación que adelante el Congreso en lo que corresponde en materia disciplinaria, respecto de los ya indicados funcionarios de la rama judicial. Desde ya se observa que la comprensión otorgada por el Consejo de Estado al asunto de fuero constitucional en materia

³⁸ Consejo de Estado, Sección primera, sentencia de febrero 17 de 1995, exp. 2614, Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

³⁹ Consejo de Estado, sentencia de febrero 17 de 1995, cit.

disciplinaria, resulta más garantista de los derechos de los investigados, salvo en lo que adelante se dirá respecto a los empleados.

De otro lado, merecen resaltarse dos presiones adicionales realizadas por la Corte en relación con el punto que se viene analizando: a) las faltas que pueden servir de fundamento a una posible acusación contra dichos funcionarios (art. 174 de la CP), *“son tan solo las constitucionales, es decir las que establece el art. 233 de la CP: rendimiento no satisfactorio y mala conducta”*⁴⁰; y b) la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados *“no puede abarcar el campo funcional, esto es, el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en el cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno”*⁴¹.

Las anteriores consideraciones deben destacarse en la medida que, de una u otra manera, se enfatizan principios de orden constitucional, como el de legalidad – con el ítem de taxatividad para el presente caso-, y los de autonomía e independencia de la rama judicial. Finalmente, debe agregarse que la inferencia que se hace de la citada decisión del Consejo de Estado, en el sentido de que los demás servidores que no tengan fuero – v.g. los empleados de la rama judicial -, si pueden ser objeto de desplazamiento por la procuraduría, deja en entredicho el derecho a la igualdad si se tiene en cuenta la naturaleza de la decisión, pues habría discriminación en cuanto a que para unos la decisión proferida es de naturaleza judicial, mientras que para otros sería un acto administrativo, con la correspondiente vía gubernativa y posterior control judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa. En este caso nos encontraríamos ante una tensión de normas constitucionales, puesto que si bien el C. S. de la J. se conforma en razón de la autonomía de la rama judicial desarrollando el art. 228 constitucional, esta medida puede estar en desmedro de la igualdad constitucional establecida como derecho fundamental en el art. 13 de la Carta.

Para llegar a una respuesta armónica de dicha tensión, una norma tendría que ceder respecto a la otra. Esto llevará a ponderar las dos normas en el caso concreto, para lo cual se utilizará el conocido instrumento del test de proporcionalidad. Debe hacerse énfasis en que la aplicación de dicho test es estrictamente circunstancial; esto implica que debe aplicarse a cada proceso disciplinario particular que origine la aplicación del fuero del C. S. de la J. Esto implicaría que, en cierta medida y con criterios constitucionales estrictos, la Corte debería declarar la constitucionalidad condicionada del art. 111 de la

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- 417 de 1993. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

⁴¹ *Ibidem*.

Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que declara el carácter jurisdiccional de los actos del C. S. de la J.

El mencionado test de proporcionalidad tendrá tres pasos fundamentales, que buscarán determinar la adecuación de medios a fines en un esquema de razonabilidad instrumental. El mencionado test de razonabilidad es la implementación de la racionalidad limitada - entendida como la discrecionalidad del juez constreñida en el desarrollo de su ámbito por la atención imperativa a razones de orden superior, como principios o valores contenidos en el mismo ordenamiento- en el razonamiento jurídico, que se desarrolla en sentencias como la C-530 de 1993. Los pasos del test son:

1. *Determinar la constitucionalidad del fin perseguido;* es el caso en cuestión el fin perseguido es la autonomía funcional de la rama judicial. Este propósito resulta constitucional en la medida en que es uno de los fines de la estructura del Estado declarados constitucionalmente en el art. 228 de la Carta Política.
2. *Determinar la constitucionalidad del medio utilizado para realizar el fin;* en términos del art. 111 de la L.270 de 1996, la jurisdiccionalización de la función disciplinaria de los funcionarios de la rama judicial es un instrumento fortalecedor de la autonomía de la administración de justicia. Este medio sólo es constitucional en la medida en que desarrolle los postulados de los arts. 228 y 230 constitucional.
3. *Determinar la adecuación del medio al fin perseguido.* Este punto tiene dos dimensiones:
 1. La primera implica que el medio utilizado tiene que ser eficaz para la consecución del fin.
 2. La segunda requiere que el medio utilizado sea imperativo o necesario, es decir, que sea el único instrumento que pueda utilizarse para cumplir con tal eficacia el propósito buscado. El juicio realizado en este punto es completamente rígido, en la medida en que es aquí donde se determina que norma tiene que ceder circunstancialmente ante la aplicación de otra.

El C. S. de J. fue creado como órgano jurisdiccional por el constituyente de 1991 con el ánimo de garantizar la autonomía e independencia funcional de la rama judicial del poder público, siendo ésta una característica esencial y necesaria para el desarrollo de su labor en el contexto del Estado de Derecho. Por su configuración constitucional, todos los actos que profiera la sala disciplinaria tendrán efecto de cosa juzgada, formal, en caso de las consejos seccionales, o material, en caso del C. S. de la J. , por lo cual el art. 111 del la ley 270 de 1996 no adolece de ningún vicio constitucional y en cambio desarrolla los principales postulados respecto a la administración de justicia establecidos por la Carta. El régimen disciplinario no se altera puesto que la misma jurisprudencia constitucional a reconocido y desarrollado

el poder preferente que recae sobre la Procuraduría General de la Nación, por lo que en principio todos los servidores públicos están regidos por el mismo régimen, dado que como se ha visto ocurre un *desplazamiento* de la potestad disciplinaria cuando se da un conocimiento procesal anterior por parte de la Procuraduría. La vulneración al mencionado derecho fundamental se desvirtuaría por tanto el trámite administrativo (ejercido internamente por cada organización pública y externamente por la Procuraduría General de la Nación) y el jurisdiccional (ejercido por el C. S. de la J.) resultan permeados por la garantía del debido proceso, y en esta medida, ninguno de los efectos de las dos alternativas resultaría peyorativo para el investigado. Por otro lado, el fuero especial que maneja el Consejo Superior de la Judicatura como órgano jurisdiccional se estatuye en razón de la “administración de justicia” que ejercen algunos funcionarios de manera directa – como los magistrados, jueces y fiscales –, no pudiéndose extender éste supuesto a los empleados de la rama judicial, a quienes se les aplican las disposiciones administrativas relativas a los servidores públicos (Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002-).

Por lo demás, cuando se produzca el ejercicio del poder preferente disciplinario, *debe estarse al procedimiento que es propio a la Procuraduría General de la Nación, aun cuando respecto de las faltas y sanciones se acoja el específico de la entidad*⁴².

b. Criterio material: Esencia Administrativa de la función disciplinaria

De las tres funciones atribuidas al Estado moderno – la legislativa, jurisdiccional y ejecutiva o administradora –, al ejecutivo le corresponde básicamente ejercitar la *función administrativa*. Las “funciones” son las “formas que asume la actividad estatal para la realización de los cometidos o tareas asignadas al Estado”⁴³. Y mientras la legislativa es normativa, objetiva y general, y la jurisdiccional formula reglas concretas aplicadas a situaciones controvertidas, la administrativa se caracteriza por el carácter ejecutor de la ley, expidiendo actos y operaciones administrativas y realizando operaciones materiales. Es pues, práctica, concreta, continua, ejecutoria de la normativa jurídica. La administración Pública es entendida entonces como una gran empresa autónoma de naturaleza jurídica, creada en interés de la sociedad política, adscrita a la rama ejecutiva del poder público, cuyos órganos en sus diferentes grados desarrollan una actividad concreta, práctica, directa, regular y continúa, en ejecución de los cometidos a cargo del Estado señalados en la Constitución y en la ley.

⁴² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de mayo 31 de 1994, exp. 7245, Ponente Dr. Dolly Pedraza.

De otra parte, la administración pública también tiene su historia que ha dependido de sus relaciones con el derecho. Es evidente que los orígenes de la administración pública - entendida en sentido moderno -, se confunde con los del Derecho administrativo y con los del Estado de Derecho, en particular con los del Estado social de Derecho, todos los cuales son de relativa reciente creación. La temática del Derecho administrativo está constituida por la estructura y la actividad de la administración. El Estado de Derecho surge cuando la administración adquiere naturaleza sublegal, cuando su actividad se subordina a la norma legal, cuando se aplica el *principio de legalidad*. Hasta antes de la Revolución francesa de 1789, la Administración, bajo el llamado Estado de policía, no estuvo sometida a la ley: no existía separación de poderes sino concentración de ellos en el soberano. Con la revolución francesa aparece el principio de legalidad; la administración se somete a la ley. Entonces aparece el Estado de Derecho, el Derecho Administrativo y la administración pública en su concepción moderna.

Paralelamente con el Estado de Derecho, forjado con nuevas concepciones filosófico – políticas del Estado, surgió una nueva técnica humanizadora del poder público, adscribiéndole entonces funciones no de *imperium* sino de dirección y organización, no de simple mando sino esencialmente de servicio en interés público. Administrar es servir, etimológica y jurídicamente⁴⁴.

Toda eficiente administración exige una previa organización, y toda sólida organización supone la preexistencia de una jerarquía, y con ella, de una adecuada distribución y coordinación de las atribuciones y funciones entre los varios órganos que la integran, de conformidad con la cadena de niveles y grados establecida. Por ello, se ha dicho, particularmente por la Ciencia de la Administración, que organizar es armonizar lo heterogéneo, coordinar las funciones y las actividades de las partes que integran el organismo. De suerte que una organización supone subordinación entre los órganos, así como coordinación de la acción o funciones dadas a éstos, y además unidad de fines, entre las varias acciones o funciones atribuidas a tales órganos. Tal subordinación conduce al principio de la jerarquía (una escala de órganos superiores e inferiores), de igual manera que la noción de coordinación conduce al concepto de la competencia. Por su parte, el mantenimiento de la jerarquía exige la presencia constante de un orden a través de una disciplina⁴⁵. Entendida la jerarquía como una gran escala de grados de autoridad y poderes en razón de las investiduras de los funcionarios o trabajadores, obviamente aparece un poder de mando en los superiores, llamado por la doctrina poder jerárquico, y,

⁴³ Enrique Sayagués Lazo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1963, TI, p.50.

⁴⁴ Enrique Sayagués Lazo, Op. Cit. p. 60.

⁴⁵ Manuel María Diez, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, TII. 1963, p. 21.

correlativamente para los inferiores una subordinación, en razón del deber de obediencia que se les impone. Ese poder jerárquico se manifiesta dictando normas internas, vigilando y controlando la actuación de los inferiores (reformando y revocando sus actos), delegando funciones, decidiendo conflictos de competencia y ejercitando el poder disciplinario. En esa forma apareció y se mantiene el poder disciplinario como un atributo o manifestación del poder jerárquico. Ese es el fundamento de la potestad disciplinaria. La capacidad sancionadora no persigue objeto distinto al de hacer efectiva la jerarquía, como sostén que es de la disciplina, y ésta de la organización⁴⁶.

2.2. LAS POTESTADES PÚBLICAS

Al Estado, según su filosofía política, se le señala determinadas tareas, llamadas cometidos por la doctrina, los cuales varían según se trate de un Estado capitalista, intervencionista o socialista. Para realizarlos utiliza un sistema de poderes jurídicos, señalados en el ordenamiento legal y en los cuales fundamentan su coercibilidad. Esos poderes son aptitudes para obrar, determinados o establecidos en el Derecho objetivo. Constituyen un elemento esencial de Estado y atribuyen la competencia para cumplir sus fines y actividades. Para la realización de tales cometidos, la actividad estatal asume determinadas formas, que la doctrina denomina funciones. Hay pues una relación medio a fin entre los poderes y los cometidos y entre éstos y las funciones.

Generalmente se acepta una triada de funciones: legislativa, jurisdiccional y ejecutiva o administrativa, y algunos agregan la constituyente, todas las cuales se ejercitan mediante el poder público.

Las potestades suelen ser entendidas como sinónimo de poder, pero dentro del Derecho administrativo tienen un significado especial. Se les entiende como la sectorización del poder público, en cuanto es ejercido por el ejecutivo o la administración. Son pues las o competencias que recibe la administración pública para la realización de la función administrativa. Por ello es frecuente hablar indiscriminadamente de poderes o potestades administrativas. En sentido estricto, las potestades corresponden al poder administrador: son la fracción del poder jurídico que le corresponde a la administración.

Como es vasta la gama de cometidos asignados al ejecutivo, y por lo tanto extensa la variedad de atribuciones que la constitución y la ley le señala a la administración, es obvio que también sean

⁴⁶ *Ibidem*, T. II, p. 56.

múltiples sus potestades, mediante las cuales cumple su función administrativa. La doctrina las ha clasificado en cuatro categorías, a saber: a) potestad de mando, b) potestad reglamentaria, c) potestad disciplinaria o sancionadora y d) potestad administrativa jurisdiccional⁴⁷.

Así, el Estado tiene un poder de supremacía, que en cuanto a la rama administrativa se denomina poder de mando. La potestad de mando, también llamada imperativa y ejecutiva, se entiende como el poder de acción que tiene la administración, en sentido abstracto, y que sirve de fundamento para el ejercicio de las potestades. Por eso ha sido definida como la facultad que posee la administración de dictar órdenes y obligar a su cumplimiento⁴⁸. Ese poder se realiza mediante el ejercicio de diferentes mecanismos o medios, entre los cuales puede citarse el de la capacidad de dictar normas internas para el funcionamiento del organismo administrador, el de dar órdenes de servicio por parte del superior jerárquico al inferior, el de vigilar el cumplimiento de esos órdenes, el de delegar funciones si existe autorización previa legal, el de revocar los actos del inferior, el de castigar con sanciones administrativas las conductas de los inferiores que atenten contra sus deberes, o desconozcan las prohibiciones o derechos. Esta última fracción del poder de mando es la que se conoce con el nombre de poder disciplinario. Como se ve, el poder disciplinario emana del poder de mando, por una parte, y por otra, poder disciplinario contiene o ejerce un poder punitivo.

De otra parte, existe un poder punitivo general del Estado, que debe diferenciarse del poder punitivo especial contenido en el poder disciplinario. La mayor parte de la doctrina señala que de su distinto fundamento se deriva la independencia de sus dos poderes, de la que se derivan importantes consecuencias⁴⁹:

- a) En primer lugar, que es admisible el ejercicio simultáneo de los dos poderes, sin que se viole el principio *non bis in ídem*;
- b) En segundo lugar, que no todos los principios fundamentales que sirven para el ejercicio del poder punitivo general, sirven también para el ejercicio del poder disciplinario. Así, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad disciplinaria no se aplica la norma general del derecho penal *nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege* (art. 1 del Código Penal). Si para la interpretación puede recurrirse a los principios e instituciones del Derecho Penal con el objeto de llenar las frecuentes lagunas del

⁴⁷ Enrique Sayagués Lazo, Op. Cit, p. 62.

⁴⁸ Ibidem, p.63.

⁴⁹ Gustavo Humberto Rodríguez, ***Derecho Administrativo Disciplinario***, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, p. 27.

Derecho Disciplinario, sin embargo, dada la independencia de los dos ordenamientos, penal y disciplinario, el recurrir al derecho penal no se hace para integrar por vía analógica el Derecho Disciplinario con el Derecho penal, sino para encontrar en éste aquellos principios e instituciones que son propios de todo poder punitivo y que pueden ser también acogidos en el Derecho Disciplinario como tales.

- c) Por último, la consecuencia de que el ejercicio del poder disciplinario normalmente no da lugar a actos jurisdiccionales, como sucede en cambio para el ejercicio del poder punitivo penal, sino a actos de administración, ejercidos bajo formas administrativas por autoridades administrativas.

2.3. SISTEMAS DE CONTROL

El ejercicio de la potestad administrativa va íntimamente ligado a las funciones de inspección y vigilancia, que genéricamente se configuran dentro de los denominados *sistemas de control*. Desde el punto de vista general, la palabra control significa inspección, observación, vigilancia, comprobación, mantenerse constantemente enterado de ciertos actos, hechos o cosas cuyo conocimiento interesa o sirve a alguien para una determinada finalidad⁵⁰. En nuestra constitución política, dicho concepto no va separado, sino atado a otros como el control interno, control político, control de gestión y órganos de control. Así pues, cuando la Constitución dice que la Procuraduría o la Contraloría General de la República son órganos de Control, nos está señalando que son partes vitales del Estado cuya tarea es la inspección, la vigilancia, el conocimiento de los hechos y las acciones que debe desarrollar este para el cumplimiento de los fines que se ha propuesto.

Si quisiéramos hacer el esfuerzo por definir jurídicamente el concepto de control, necesariamente tendremos que tomarlo como aparece en la Constitución Política, es decir, incorporando a los órganos que cumplen esa tarea. Entonces podemos decir que control es el conjunto de normas que señalan los distintos órganos y las diversas funciones que cada uno de ellos desarrollan mediante unos procedimientos, para vigilar, observar y comprobar las acciones del Estado en la realización de sus fines.

El anterior concepto resulta de la lectura sistemática de la Constitución y del alcance que ésta le da al Ministerio Público y a la Contraloría General de la República, pues además de los órganos que integran las ramas del poder público existen otros dos, autónomos e independientes para el cumplimiento de las

⁵⁰ Rafael Ballén, *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cit, p. 15.

funciones del Estado (art. 113). Con esa independencia y autonomía se define el Ministerio Público y la Contraloría General como órganos de control (art. 117), pero por más autónomos e independientes que sean, deben colaborar armónicamente con los demás órganos de estado para la realización de sus fines (art. 113, parte final).

2.4. EL CONTROL EXTERNO DISCIPLINARIO

Ya es abundante la jurisprudencia y la doctrina que clasifican el poder disciplinario en *interno* y *externo*. En esta materia la Procuraduría General de Nación y la Corte Constitucional son las abanderadas. En efecto, tan pronto entraron a operar los organismos creados por la Constitución Política de 1991, la Procuraduría fijó un criterio sobre este asunto y lo ha sostenido de manera reiterada, tanto en documentos oficiales como en conceptos de ministerio público en las demandas de inconstitucionalidad. Más tarde lo hizo la Corte Constitucional, y no ha variado sus puntos de vista en reiteradas jurisprudencias. Ahora, la ley 734 de 2002, arroja más claridad en este aspecto, motivo de controversia entre algunos organismos. No deja de resultar ilustrativo, citar y transcribir algunos conceptos y jurisprudencias.

En julio de 1992, dijo la Procuraduría General de la Nación “*de acuerdo con los puntos tratados en reunión celebrada con usted y los demás magistrados de la sala jurisdiccional disciplinaria el pasado mes de abril (...), lo más conveniente para la propia independencia de la rama judicial es que la vigilancia interna de los funcionarios y empleados de la misma, se inicie lo más pronto posible por el Consejo Superior de la Judicatura, asumiendo dicha función en todo el territorio nacional (...). De otra parte, por mandato constitucional, la Procuraduría General de la Nación seguirá ejerciendo vigilancia superior y selectiva sobre los servidores de la rama judicial, al igual que hoy lo hace en los demás órganos de la administración pública, y en ese sentido, habrá algunas quejas que serán radicadas en esta entidad, donde haremos la investigación y aplicaremos la respectiva sanción si a ello hubiere lugar*”⁵¹.

En mayo de 1993, dijo la Procuraduría:

"Son muchos los sistemas de control que estableció la Constitución de 1991. Como sería demasiado prolijo enunciarlos todos, me refiero a los principios generales. En primer lugar, estatuyó la vigilancia interna en todos los órganos de la administración pública, para asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a cargo de cada uno de ellos, y eventualmente sancionar a quienes actúen de manera irregular. Desde este punto de vista, se podría decir que todo organismo del Estado tiene dos clases de funciones: una relacionada con la prestación del servicio por la naturaleza misma de la entidad (seguridad, educación, justicia, etc.), y otra relacionada con el control interno para que ese servicio se preste correctamente. En el marco de esos sistemas de control, hay organismos que tienen hasta tres tipos de vigilancia disciplinaria, como ocurre, por ejemplo, con las entidades

⁵¹ Carta enviada por el procurador delegado para la vigilancia judicial al Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, citado por, Rafael Ballén, Op. Cit. p. 31.

que prestan el servicio de salud: control interno, control de la Superintendencia respectiva y control de la Procuraduría. Sin embargo, a ninguna rama ni órgano del poder público le dio la Carta un instrumento tan fuerte, autónomo e independiente para realizar su control interno, como a la rama judicial. Es un sistema sui generis, donde se aprecia con mucha claridad los dos tipos de funciones a que me referí antes: administrar justicia, y hacer un rígido control interno para que haya una diligente y eficiente prestación de este servicio (...). Pero además de la propia vigilancia interna para todos los organismos del Estado, en general y de la rama judicial, en particular, la Constitución estableció unos institutos cuya misión exclusiva es, el control externo de los servidores públicos. Así pues, en lo que respecta a la conducta oficial de los miembros de la rama judicial, existe una administración, aparejada con un control interno de jerarquía especial que debe ejercer el Consejo Superior de la Judicatura (arts. 256, 3 y 4), sin perjuicio del control externo, superior y con poder disciplinario preferente, que debe ejercer la Procuraduría General de la Nación (arts. 118 y 277-6). Los dos organismos ejercen funciones separadas, pero de la misma naturaleza: control. Así sucede con los demás organismos del Estado: ejercen vigilancia interna y la Procuraduría desempeña el control externo, solo que no en todas las entidades el organismo de control interno es de tan alta jerarquía y de tanta autonomía como lo es en la rama judicial"⁵².

El texto de la carta anterior fue repetido por el procurador general de la nación en el concepto número 198 de 20 de mayo de 1993, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 51 del decreto 1888 de 1989, relacionado con el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la rama judicial. La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad parcial de la norma demandada, hizo entre otras las siguientes consideraciones:

"El derecho disciplinario es uno solo, su naturaleza es la misma, bien que se aplique al personal que se encuentra al servicio de las cámaras legislativas o de las corporaciones administrativas, ya sea que se haga valer frente a los servidores públicos que pertenecen a la rama ejecutiva en cualquiera de sus niveles o respecto de los funcionarios o empleados de la rama judicial. Y se ejerce también por servidores públicos que pueden pertenecer a cualquiera de las ramas u órganos, según lo que determine la Constitución o la ley, en diversas formas e instancias, tanto interna como externamente (...). De conformidad con lo previsto en el art. 226, num. 3, de la Constitución, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los consejos seccionales, según el caso y de acuerdo con la ley, la atribución de examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como la de los abogados en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, sin perjuicio de la atribución que la Constitución confiere al procurador general de la nación de ejercer preferentemente el poder disciplinario (Const. Poi., art. 277, num. 6). En el evento en que la Procuraduría General de la Nación ejerza este poder sobre un funcionario judicial en un caso concreto, desplaza al Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- o al consejo seccional correspondiente y al superior jerárquico, evitando así dualidad de procesos y colisión de competencias respecto de un mismo hecho. El desplazamiento se produce, en aplicación de la nombrada norma constitucional, dado el carácter externo del control que ejerce el procurador.

"En síntesis, las normas anteriores, interpretadas armónicamente, deben ser entendidas en el sentido de que, no siendo admisible que a una misma persona la puedan investigar y sancionar disciplinariamente dos órganos distintos, salvo expreso mandato de la Constitución, los funcionarios de la rama judicial - esto es, aquellos que tienen a su cargo la función de administrar justicia (jueces y magistrados, con excepción de los que gozan de

⁵² Carta dirigida por el Procurador General de la Nación al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, citada en Ballén, Op. Cit. p. 32.

*fuero constitucional)- pueden ser investigados y sancionados disciplinariamente por la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a menos que se produzca el indicado desplazamiento hacia el control externo de la Procuraduría*⁵³.

A partir de esta jurisprudencia, han sido reiterados los mismos criterios de la Corte Constitucional, siempre que se encuentra frente al tema del control disciplinario externo y preferente de la Procuraduría General de la Nación, como en la sentencia del 25 de mayo de 1995, cuando dijo:

"El control disciplinario tiene dos grandes ámbitos de aplicación. Por un lado, encontramos una potestad sancionadora de la administración de carácter interno, por medio de la cual el nominador o superior jerárquico investiga la conducta administrativa de su subordinado y, en caso de que sea procedente, adopta y hace efectiva la sanción disciplinaria correspondiente. Al lado de esa potestad disciplinaria interna de la administración, la Constitución consagra un control disciplinario externo, conocido tradicionalmente como la potestad de supervigilancia disciplinaria y que esta atribuido a la Procuraduría General de la Nación". Esta potestad externa del procurador es entonces, como lo señala la norma constitucional, prevalente, por lo cual el ministerio público puede desplazar dentro de un proceso disciplinario que se adelanta contra determinado funcionario al nominador o jefe superior del mismo. Y una tal función de supervigilancia disciplinaria comporta la facultad constitucional del procurador, sus delegados y sus agentes no solo de adelantar las investigaciones correspondientes sino además de imponer, conforme a la ley, las sanciones respectivas".

El sistema de controles, externos e internos a la administración, tienen entonces una vinculación con la potestad sancionadora del Estado. La potestad sancionadora en manos de la administración es enteramente necesaria, ya que se percibe como un complemento a la potestad de mando o imperativa. Esta sola no sería suficiente para asegurar el cumplimiento de las órdenes y mandatos, puesto que siempre será indispensable la coerción, que se traduce en sanción correctiva y disciplinaria. La administración tiene a su cargo el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, y, como tal, es una vasta empresa que no puede funcionar sin la observancia de una fuerte disciplina externa e interna. Privarla de un poder sancionador que la mantenga, es privarla de defensa y condenar al desorden su labor. La potestad sancionadora radica en la competencia de las autoridades administrativas para imponer sanciones a las acciones u omisiones antijurídicas⁵⁴.

La potestad sancionadora de la administración se subdivide en potestad disciplinaria y potestad correctivo. La potestad disciplinaria es interna de la administración y se aplica a todos los agentes de ésta. Tiene, en consecuencia, sus límites, dentro de la misma. Su objeto, como dijimos, es sancionar las infracciones de los agentes de la administración por acciones u omisiones en el ejercicio de sus

⁵³Corte Constitucional, Sentencia C-417 de 1993, Magistrado Ponente José Gregorio Hernandez.

⁵⁴ Gustavo Humberto Rodríguez, Op. Cit. p. 9.

funciones. En cuanto a la potestad sancionadora correctiva, es externa de la administración, y comprende a todas las personas, sean o no agentes de la administración. Tiene por objeto sancionar las infracciones a las órdenes o mandatos de ésta. Es dentro de éste poder donde se estructura la regulación disciplinaria de los abogados, como colaboradores de la administración de justicia⁵⁵. La potestad correctiva se aplica a las contravenciones, y la distinción entre delito y contravención fue la que originó la consideración doctrinaria sobre la existencia de un derecho penal administrativo, el cual, dentro de nuestro ordenamiento, es autónomo, o independiente del penal.

De esta forma, se reconoce una potestad sancionadora interna, por cuanto se predica en referencia a las relaciones de la Administración con sus agentes, funcionarios o servidores, en razón del poder disciplinario que el estado posee. De igual modo, existe una potestad sancionadora externa que ejerce el poder correccional, consistente en esa misma capacidad en cuanto a las relaciones de los terceros administrados que resulten ser infractores de las normas y órdenes de la administración, configurando las llamadas contravenciones administrativas.

⁵⁵ *Ibíd.*

III. DERECHO DISCIPLINARIO COMO DERECHO PUNITIVO. PARANGÓN CON EL DERECHO PENAL.

Es evidente que las objetivas diferenciaciones marcadas entre el Derecho Administrativo Disciplinario y el Derecho Penal han propiciado en la Doctrina un paulatino alejamiento del propósito de incorporar la judicialización directa de la potestad sancionadora de la Administración en la esfera típicamente penalista, pero ello no es impedimento para reconocer y admitir un acentuado acercamiento filosófico entre tales instituciones, en tanto que ambas proceden de un mismo origen socio- político con altas repercusiones jurídicas: *el poder coercitivo* del Estado, generador en una de sus modalidades del llamado en algunos sectores *Derecho Sancionador*, universo normativo del cual forma parte el Derecho Penal, y el Derecho Administrativo Sancionador, una de cuyas ramificaciones es el Derecho Disciplinario en su versión restrictiva.

El sentido comentado en cuanto la relación coincidente entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal se observa no sólo en posiciones doctrinarias, sino, además, en importantes disposiciones de carácter constitucional que han generado interesantes desarrollos jurisprudenciales al respecto. Tal es el caso de la Constitución Española cuando en su artículo 25 categoriza los delitos, las faltas y las infracciones administrativas, reconociendo la potestad sancionadora de la Administración e imponiendo la aplicación en dicha esfera sancionadora de todos y cada una de las exigencias inherentes al general principio de la legalidad penal.

Precisamente, en su obra sobre *El Procedimiento Administrativo Sancionador*, el profesor Español Garberí Llobregat, después de analizar las consideraciones fundamentales sobre la materia y de reconocer el fracaso de los intentos sobre la conformación de un Derecho Penal Administrativo, resalta la relación entre dichas materias observando que el carácter punitivo de la potestad sancionadora de la Administración aparece como el más sólido baluarte capaz de fundamentar el que éste se rija por criterios *semejantes* a los estrictamente penales, tomando como sustento para ello específicos pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español, cuyos argumentos se resumen de la siguiente manera:

a) Se ha manifestado, en primer término, que los principios penales derivados del artículo 25 CE son aplicables con ciertos matices a la potestad sancionadora de la administración (v.gr., legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, non bis in ídem, prohibición de analogía).

b) Igual aplicación deben recibir los principios procesales recogidos en el Art. 24 CE, aplicación que ha de efectuarse en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el Art. 9 CE (v.gr. defensa, presunción de inocencia, conocimiento previo de la imputación, derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable⁵⁶).

En Colombia ha ocurrido un fenómeno similar al descrito y se encuentran posiciones doctrinarias, algunas ya comentadas, y jurisprudenciales que tienden a admitir la aplicación en el Derecho Administrativo Disciplinario de algunos de los más importantes principios aplicables en el Derecho Penal. Sea pertinente comentar la posición asumida por la Corte Constitucional Colombiana en diversos fallos, especialmente en Sentencia T-430 del 1 de julio de 1992, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes, cuando considera que el poder disciplinario está respaldado por el Derecho Disciplinario como conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los Servidores Públicos en los eventos en que éstos violen sus deberes, obligaciones o incurran en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la Ley.

Con base en ese criterio, la Corte agrega que *Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a Información 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. Para sustentar su posición la Corte Constitucional expone como argumento el hecho de que 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. Y agrega que ambos derechos emplean las penas como el principal mecanismo de coerción represiva. Aun cuando posteriormente la Corporación judicial aclara que *materias penales* no es equivalente a *materias criminales*, sino a materias en las que se apliquen penas y explica el término *penas* en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada, con lo cual se reafirma la independencia pero igualmente la relación entre Derecho Administrativo Disciplinario y Derecho Penal, la institución en comento pasa desapercibido el verdadero origen coincidente de ambos ordenamientos normativos. El Derecho Disciplinario como parte del Derecho Administrativo, y el Derecho Penal, expresiones del Derecho Público por otras razones, forman parte y encuentran fundamento en la concepción reguladora de la responsabilidad de los servidores públicos y de los

⁵⁶ José Barberi, ***La potestad sancionadora de la administración***, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 61, citado por Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, ***Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario***, Procuraduría General de la Nación, 1998, p. 50.

administrados, como soporte sectorial del poder sancionatorio en su condición alternativa del poder coercitivo del Estado. Es aquí en donde coinciden el Derecho Administrativo Disciplinario, versión Sancionadora, y el Derecho Penal.

Por su parte, el Consejo de Estado mantiene una cordial discrepancia entre sus Secciones Primera y Cuarta en cuanto a la independencia y a las relaciones entre Derecho Administrativo y Derecho Penal, en el tema que nos ocupa. En diversas oportunidades la Sección Cuarta ha sostenido la total independencia entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, excluyendo expresamente la aplicación de los principios de éste último con respecto a las actuaciones derivadas del primero. Para tal efecto, se recurre a la diferenciación en el sentido *Teleológico* de las sanciones debido a que se dice que en el campo administrativo se persigue un objetivo político del Estado, generalmente con el propósito de imponer un orden determinado de comportamiento en ciertos sectores, como por ejemplo el económico (Sanciones Tributarias). En cambio, en el campo penal se dice que se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quienes incurrir en ella según se desprende de la sentencia del 26 de junio de 1987, Exp. No. 1028, Ponente Jaime Abella Zárate.

Esta posición también se ratifica en sentencia del 20 de septiembre de 1994, exp. No.5658, con el mismo ponente, al expresarse que Sobre la naturaleza de las sanciones administrativas y la inaplicabilidad de *los principios y normas por los cuales se rigen las infracciones a la Ley penal, como los de favorabilidad, la Sala ha venido reiterando su criterio, en el sentido de que la infracción a las disposiciones de las Normas Tributarias por regla general no constituyen infracciones a la Ley Penal, y por ende no le son aplicables los principios y normas por los cuales se rigen las infracciones de naturaleza estrictamente penal.* En este último fallo se observa con mayor notoriedad que la Sección Cuarta del Honorable Consejo de Estado al reafirmar categóricamente la independencia absoluta entre el Derecho Administrativo Sancionador (Tributario) y el Derecho Penal, también omite referirse a las eventuales relaciones entre ambos conjuntos normativos como consecuencia de la coincidencia en su origen, tal como lo expusimos para el caso de la posición de nuestra Carta Constitucional.

En su caso, la Sección Primera del Consejo de Estado también ha reiterado su posición, diferente a la de la Sección Cuarta, en el sentido de admitir la independencia entre el régimen sancionatorio administrativo y el régimen sancionatorio penal, pero considerando igualmente que en ciertos eventos la afinidad entre lo administrativo y lo penal determinaría la aplicación de los principios de éste con respecto a aquel. Por ejemplo, en materia de favorabilidad esta Sección ha sostenido que si bien la regla

general es la de que la Ley rige hacia futuro, cuando posteriormente surja una más conveniente para el implicado, administrativa o penalmente, deberá aplicarse la nueva disposición.

Lo anteriormente expuesto tiene una excepción: en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. A su vez, ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corporación que en materia sancionadora, al igual que en materia penal, se debe aplicar el principio de la favorabilidad⁵⁷.

Pues bien, a más de los comentarios y posiciones jurisprudenciales hasta aquí expuestos con carácter ilustrativo sobre las tendencias de esta materia en nuestro país, consideramos que existen dos postulados constitucionales que, si bien en su desarrollo conducen a reafirmar la independencia del Derecho Administrativo Sancionador y del Derecho Penal, igualmente sustentan la viabilidad de la aplicación de principios comunes para la definición de los asuntos que correspondan a cada sector.

Se trata del artículo 124 de Carta Constitucional, analizado en otro aparte, en virtud del cual se le defiere al Legislador la facultad de determinar la responsabilidad de los Servidores Públicos y la manera de hacerla efectiva, en armonía con el artículo 29 del mismo texto constitucional, precepto éste que en forma categórica extiende la aplicación del derecho fundamental al Debido Proceso no sólo a las actuaciones judiciales sino también a las Administrativas.

En verdad, debe tenerse presente que antes de la Constitución de 1991, el tema del Debido Proceso para efectos administrativos sólo aparece precariamente regulado en el Código Contencioso Administrativo de 1984 y la experiencia demostró su poca receptibilidad en la dinámica de la Administración. La categorización constitucional del Debido Proceso, por el contrario, le imprime a las actuaciones administrativas, particularmente a las sancionadoras, un carácter de respetabilidad, de fortalecimiento y protección de los administrados, quienes cuentan con específicos instrumentos jurídicos para la definición de los asuntos que les son propios en sus actuaciones con la Administración, independientemente de considerar que tales instrumentos son universales y que, por lo tanto, deben ser igualmente aplicables en otras áreas del Derecho, porque no son exclusivos de ninguna de ellas.

Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de

⁵⁷ Sentencia de marzo 20 de 1997, Exp.No.3993, Ponente doctor Libardo Rodríguez R.

los trámites rituales. De consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal en esta materia⁵⁸. Así las cosas, en nuestro medio, no obstante la independencia del Derecho Administrativo Disciplinario y el Derecho Penal, ambas ramas se identifican filosóficamente en el poder coercitivo del Estado para efectos sancionatorios, y constitucionalmente en los artículos 124 y 29 del Orden Superior en cuanto a la definición legal de la responsabilidad y a la aplicación de los principios que conforman el derecho fundamental del Debido Proceso.

3.1. PENALIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DISCIPLINARIA

Dentro de un somero estudio material de la jurisprudencia disciplinaria proferida por el Consejo Superior de la Judicatura se observó una constante utilización de lenguaje penal en el razonamiento del operador disciplinario, quien al recurrir a los elementos del delito – como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- para estructurar el análisis de la conducta del abogado acusado, evidencia la permeabilidad de la jurisdicción disciplinaria ante la praxis penal, en lo que se configura como un fenómeno jurídico que cuestiona la naturaleza misma de los procedimientos disciplinarios, como lo hemos venido anotando..

El fenómeno anteriormente descrito se limita, dentro de la jurisprudencia analizada, a consideraciones lingüísticas que se encaminan a organizar el razonamiento disciplinario, estructurado conforme a vínculos causales, que se articulan en primera medida entre la verificación de la conducta reprochada y las categorías penales, y posteriormente entre éstas y el reproche ético como objeto de la jurisdicción disciplinaria:

“Lo anterior conduce a la Sala a avalar la posición del a-quo cuando concluye en la sentencia apelada que el letrado investigado incurrió en comportamiento típico, antijurídico y culpable, merecedor de reproche ético, no sólo por la falta a la debida diligencia profesional, ante su comportamiento abstensivo u omisivo, sino por retención de documentos (...), ya que estaba obligado a devolverlos a los interesados tan pronto fue requerido para ello; lo que no hizo sino ante la sobrada insistencia de éstos para que tal hecho se cumpliera”⁵⁹.

Sin embargo, aunque la presencia de vocabulario penal en los análisis jurisprudencias es bastante frecuente, la mayoría de veces no obedece al seguimiento estructural del análisis punitivo, y las

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-521 del 19 de septiembre de 1992, Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁹ Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca N. 19970044; MP: Myriam Donato de Montoya.

categorías de éste se utilizan de manera disociada bien sea como criterios explicativos de los elementos disciplinarios, o como un simple recurso retórico:

*“Para el caso del numeral 3° del artículo 53 del Decreto 196 de 1971, además de la descripción básica de la conducta reprochable disciplinariamente, el legislador insertó como elemento normativo subjetivo del tipo, el móvil o fin de la conducta, consistente en el ánimo de desviar la libre decisión del cliente sobre el manejo del asunto. La importancia de la presencia de tal elemento normativo subjetivo se revela en que, si no concurre, no se da el respectivo tipo sino otro, o definitivamente, el hecho resulta atípico. De suerte que, en este caso en concreto, para que se produzca la falta no basta que el endosatario en procuración halla callado hechos o situaciones relevantes del proceso, sino que es menester que lo haya hecho con el ánimo de desviar la libre decisión del ejecutante sobre el proceso en curso”*⁶⁰. (Criterio Explicativo)

*“Es verdad que el jurisperito con el anhelo de esquivar las consecuencias de su antijurídico proceder manifestó no estar incurso en la falta disciplinaria en estudio porque, según él, su objetivo siempre fue el de la búsqueda de la verdad, y por eso incluso manifestó a los funcionarios del municipio que a su juicio Comfamiliar Nariño no estaba obligada a pagar el impuesto”*⁶¹. (Recurso retórico)

Como se anotó anteriormente, la construcción de un fenómeno jurídico que evidencie -tanto pragmática como teóricamente- el progresivo desdibujamiento de la frontera que escinde los razonamientos jurídicos de los operadores disciplinarios y penales, se fundamenta en el poder punitivo en cabeza del Estado que sustenta los dos regímenes. Del análisis jurisprudencial que exponemos solo se puede extraer palmarias tendencias de unificación lingüística en los dos ámbitos y la constante utilización de figuras propias del respeto al debido proceso en el Estado social de Derecho, sin que esto llegue a constituir una desconfiguración de la naturaleza autónoma de los mismos.

3.2. TESIS DOCTRINARIAS

a. Derecho penal administrativo

En esta corriente encontramos, tal como lo expresa el doctor Iván Velásquez Gómez⁶², que fue Jarne Goldschmiat quien propuso la tesis de derecho penal administrativo, ya que entendía la conducta como un ilícito administrativo que recibe un tratamiento más benéfico, flexible y discrecional. Para Adolfo Merk, el derecho penal administrativo consiste en la competencia de las autoridades administrativas para imponer sanciones a las actuaciones u omisiones antijurídicas, una de cuyas especies es el derecho penal disciplinario, que se dirige contra los funcionarios públicos. Para Alfonso Reyes Echandía, el derecho disciplinario regula las relaciones de subordinación y dependencia entre ciertas entidades y las

⁶⁰ Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cesar N. 335A/848^a

⁶¹ Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño N. 14748 A/698-A, MP. Myriam Donato de Montoya.

⁶² Iván Velásquez Gómez, **Manual de Derecho disciplinario**, p. 7-9.

personas a ellas vinculadas "el derecho penal disciplinario entra a actuar, cuando han sido violadas aquellas normas que prevén para tal caso la imposición de sanción"⁶³.

Igualmente, dentro de esta corriente, se encuentra el abogado Luis Eduardo Mesa Velásquez, quien en su libro de Lecciones de derecho penal, argumenta lo siguiente: "El derecho penal es la parte del derecho que trata del delito y de la pena, que es su conciencia legítima y necesaria, el derecho penal se puede definir como el ordenamiento de conceptos o sistemas de principios relativos al delito y a las sanciones. El fin político de esta disciplina es el amparo de los derechos y bases jurídicas fundamentales de la comunidad y del individuo, tales como la existencia del Estado, la libertad, la vida, las propuestas, etc. Esta tutela se ejercerá mediante la prevención, prohibición y castigo, por parte de los órganos autorizados del Estado, de aquellas acciones que tienden a lesionar tales valores y a poner en peligro la tranquilidad pública. El derecho penal es una rama del derecho público, por cuanto del delito surge una resolución jurídica pública, que se desarrolla entre el Estado como titular que es del derecho punitivo, y el delincuente"⁶⁴.

En este orden de ideas entre las divisiones del derecho penal, se contempla el derecho penal disciplinario y lo define, así: "lo integran las normas expedidas con la creación de una sanción, que puede ser de multa, suspensión, destitución, arresto, etc. Para procurar que los funcionarios y empleados públicos cumplan cabalmente los fines propios de su cargo, y observen la obediencia debida a los superiores ... tal ocurre, por ejemplo, con las medidas correccionales previstas en los reglamentos de las cárceles y las sanciones disciplinarias establecidas por faltas contra la ética profesional, por parte de los abogados, médicos, etc"⁶⁵.

Por su parte, el doctor Federico Estrada Vélez, en su obra "Manual de derecho penal", dice que: "Se puede hablar también del derecho penal administrativo, entendido por tal el conjunto de normas que conminan con sanciones la violación de demandas interesadas de la Administración Pública. Dentro de este derecho se ubica la facultad disciplinaria que la ley le otorga a los funcionarios públicos para sancionar con penas de arresto o de multa a las personas que les falte al respeto"⁶⁶. Por último, Juan Fernández Carrasquilla, manifiesta que: "Reina gran confusión doctrinal en cuanto a lo que deba entenderse por derecho penal administrativo, según lo expuesto, por tal debe entenderse el conjunto de normas jurídicas extrapenales de derecho público interno, que a la violación de los intereses preceptivos, funcionales o sociales de la administración, asocian una represión administrativa (pena en amplio sentido jurídico, pero no jurídico - criminal). En este concepto entran los derechos disciplinarios, fiscal y ético, que a veces reciben el mal nombre de derechos penales especiales, aunque sólo forman parte del derecho administrativo sancionatorio"⁶⁷. Y agrega, retornando a

⁶³ Referenciados en: Luis Eduardo Mesa, **Lecciones de Derecho Penal**, Universidad Externado de Colombia, 1979.

⁶⁴ Iván Velásquez Gómez, Op. Cit, p. 7-9.

⁶⁵ Ibídem, p.5.

⁶⁶ Federico Estrada Vélez, **Manual de Derecho Penal**, p.8.

⁶⁷ Iván Fernández Carrasquilla, **Derecho Penal Fundamental**, 1998, p.51.

Merrel, *"El derecho disciplinario amenaza sanciones administrativas a quienes violan los especiales deberes de lealtad y rectitud que por medio de una investidura pública les vienen impuestos. Al aplicarla (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"*⁶⁸.

b. Derecho Administrativo

Para Gustavo Humberto Rodríguez, *"la falta disciplinaria no se puede identificar con el delito, ni la sanción disciplinaria con la sanción penal. En efecto, la falta esta regida en preservación de la disciplina y de la eficiencia del servicio público, e igual ámbito se predica de la sanción. Difieren en el bien jurídico tutelado. La responsabilidad disciplinaria entre dentro de la categoría más amplia de la responsabilidad administrativa, responsabilidad derivada de la transgresión de toda clase deberes administrativos frente a la administración y que supone unas sanciones administrativas, en forma administrativa. De todo lo que antecede se deriva que dos elementos esenciales concurren para la identificación del poder disciplinario: por un lado la naturaleza punitiva de dicho poder, y de otro lado, su naturaleza administrativa, duplicidad de naturaleza que es fuente de importantes consecuencias en orden al ejercicio de dicho poder"*⁶⁹.

De los anteriores planteamientos doctrinales podemos deducir las principales consecuencias de la naturaleza administrativa del Derecho Disciplinario:

- 1) De la naturaleza administrativa se desprende que sea declarada y aplicada por una autoridad administrativa y oído un consejo disciplinario.
- 2) De la naturaleza administrativa del Derecho Disciplinario se desprende que "no podrá recurrirse a la aplicación analógica de las normas del procedimiento penal, sino sólo aquellas instituciones de garantía previstas en él.
- 3) De la naturaleza administrativa de la sanción se desprenden tres consecuencias:
 - La anulabilidad de oficio de la sanción, por ilegitimidad por parte de la misma autoridad administrativa, a semejanza de cualquier otro acto administrativo.
 - La impugnabilidad de la sanción al igual que cualquier otro acto administrativo.
 - La posibilidad de revocatoria de la sanción por parte de la autoridad que la aplica.

⁶⁸ *Ibidem*, p.54.

⁶⁹ Gustavo Humberto Rodríguez, *Op. Cit*, p.55.

- La acumulabilidad del procedimiento disciplinario con otro penal por los mismos hechos, si éstos revisten la misma categoría del delito (o sea que no hay aplicación del principio Non bis in ídem).

Para este último efecto se admite la prejudicialidad penal y añade que en tal evento hay "*preeminencia del procedimiento penal sobre el administrativo*", preeminencia que se muestra, así:

- En la suspensión del procedimiento disciplinario hasta la resolución del procedimiento penal.
- En la eficiencia en el procedimiento disciplinario de las sentencias penales de cadena en cuanto a la realidad de hecho, su ilicitud y a la responsabilidad del condenado. En cuanto a las sanciones absolutorias, vinculan a la administración en el procedimiento disciplinario sólo aquellos que lo sean por inexistencia del hecho o por insuficiencia de pruebas del mismo; mientras que las otras (por que el hecho no constituye delito, o por insuficiencia de pruebas sobre otros elementos del delito) pueden dar lugar a una apreciación autónoma del hecho en el procedimiento disciplinario.

Por la naturaleza del poder punitivo se dan como consecuencias la aplicación del mínimo de garantías (derecho de defensa, previa notificación de cargos), cuya omisión genera ilegitimidad y la aplicabilidad de la amnistía del indulto, de la gracia y de la condonación de sanciones⁷⁰.

La doctrina más moderna reconoce que el derecho administrativo disciplinario forma parte integrante del derecho administrativo, lo que es lógico ya que este derecho administrativo disciplinario se refiere al Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos, vale decir, de personas que tienen una responsabilidad especial con la Administración Pública. Se aplica en lo interno de la administración, puesto que son sanciones que el superior jerárquico impone al inferior por faltas disciplinarias. La responsabilidad disciplinaria es independiente de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal, por lo que estas tres responsabilidades pueden coexistir con respecto a un mismo hecho sin violación del principio non bis in ídem. Para Diego Younes Moreno: "*Es evidente que tratándose de procesos disciplinarios estamos en presencia de una actividad administrativa y no jurisdiccional que tiene como finalidad el ejercicio*

⁷⁰ Gustavo Humberto Rodríguez, Op. Cit, p. 55.

efectivo del poder disciplinario en defensa de la sociedad y de la probidad administrativa, así como de las garantías constitucionales y legales que se le deben ofrecer a los inculpados"⁷¹.

Jorge Enrique Ayala Caldas, en su obra "*Elementos de derecho administrativo disciplinario en Colombia*", manifiesta lo siguiente: "El punto de partida es el mantenimiento de la disciplina en la Administración Pública en lo referente con las resoluciones entre los servidores públicos y la administración. Su contenido hace referencia principalmente a la disciplina que está disgregada en los derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades de los servidores públicos; sus faltas disciplinarias; el proceso disciplinario y las sanciones que se imponen a los incursos en faltas disciplinarias. El derecho administrativo disciplinario tiene una doble naturaleza: administrativa y sancionadora o punitiva. El derecho disciplinario que se ejerce sobre **los** servidores públicos forma parte del derecho administrativo, por cuanto sus normas, faltas, el procedimiento **y** las sanciones son administrativas"⁷².

c. Derecho Administrativo Penal

Fernando Velásquez Velásquez, sostiene que "Así como el derecho penal, el administrativo supone una potestad sancionadora que, en razón con este último, se desarrolla en dos direcciones: una de naturaleza correctivo en virtud de la cual se imponen a los ciudadanos, en su condición de administrados, penas encaminadas a tutelar el orden social (sanciones de orden público, urbanístico, de mercado) cuando transgreden sus mandatos; y otra de índole disciplinario para sancionar las faltas cometidas por los sujetos vinculados a la administración por especiales deberes y resoluciones jurídicas (funcionarios, contratistas, etc) con miras a proteger la propia organización u orden interno (sanciones incluidas en el Régimen Disciplinario de los empleados públicos, etc.). De una amplia potestad sancionadora por parte de la administración, se podría pensar en la posibilidad de denominar a este ordenamiento de carácter mixto con el nombre de derecho administrativo penal. Con dicha designación sería factible reconocer la existencia de un ordenamiento cuya esencia es administrativa, ya que, por implicar un ejercicio de la potestad sancionadora en buena medida sustraída al derecho penal, debería regirse por los principios inspiradores del derecho punitivo para preservar la seguridad jurídica, que es un presupuesto intangible de la organización estatal"⁷³.

d. Derecho Sancionatorio Administrativo

Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la administración en un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa;

⁷¹ Diego Younes Moreno, ***Derecho Administrativo Laboral***, 1985, p. 227.

⁷² Citado en Gustavo Humberto Rodríguez, Op. Cit, p. 67.

⁷³ Fernando Velásquez, ***Derecho Penal General***, Temis, Bogotá, 1999, p. 63 y 66.

anteriormente a la Constitución, incluso arresto personal del infractor. Se distingue estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: Aquéllas, la administración; éstas los tribunales penales. En todos los casos no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia, han fracasado. Sólo razones de política criminal explican las opciones varias, y a menudo contradictorias del Legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas. Queda como último número irreducible, un solo criterio: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de la libertad y las privativas de otros derechos civiles y políticos en el orden administrativo, como la capacidad para ser contratista de la administración. Pero aún ese criterio lo es en nuestro derecho sólo desde la Constitución Francesa de 1978⁷⁴.

También el fin de las penas judiciales y de las sanciones administrativas es distinguible. Aquéllas, hoy por mandato constitucional (Art. 25.3), "estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social", en tanto que las sanciones administrativas buscan una finalidad represiva más pragmática, tanto que se ha pretendido incluso que pueden proceder por responsabilidad objetiva o al margen de la culpabilidad del infractor, extremo, sin embargo, hoy no sostenible en nuestro derecho⁷⁵.

Fernando Velásquez, luego de hacer un análisis de la naturaleza sancionatoria del derecho administrativo y al concluir que no existe diferencia seria y categórica con la del derecho penal, sino simplemente unos postulados netamente formales, procede a hablar de las "relaciones de sujeción especial" dentro de la potestad sancionadora entre ellas, la potestad disciplinaria: *"Potestad disciplinaria, que es la que la administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados en su organización. Aún en los países que mantienen con menor rigor el monopolio sancionatorio de los jueces, la administración, para mantener la "disciplina" interna de su organización ha dispuesto siempre de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual puede imponer sanciones a sus agentes, sanciones otorgadas normalmente al régimen funcional de los sancionados. La peculiaridad de esta especie de sanciones administrativas reside en dos caracteres: El reconocimiento de una especie nacional de la administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propia organización y funcional por una parte; y, en segundo término la estimación como ilícitos sancionables de conductas valoradas con criterio de ontológicos más que estrictamente jurídicos. Por ello, la tradición del derecho público ha pretendido dispensar el ejercicio de este tipo de potestad de los requisitos generales de la legalidad y la tipicidad, sustituyendo estas reglas por una suerte de*

⁷⁴ Eduardo García de Entoría, citado por Velásquez, Op. Cit., p. 163 y 166.

*potestad doméstica legitimada en la simple posición de un previo sometimiento general de los destinatarios de las medidas disciplinarias. Sin embargo, la evolución general de todos los derechos ha conducido o está conduciendo a una integración general de estos poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales. La única singularidad que hoy resta de las sanciones disciplinarias respecto de las demás sanciones administrativas es, en su relación con las penas judiciales, la inaplicación respecto de ellos del principio non bis in ídem, esto es, su compatibilidad con dichas penas. Así lo ha establecido, por razones fácilmente comprensibles"*⁷⁶.

e. Distinciones entre Derecho Penal y Derecho Disciplinario

Existen derecho disciplinario de naturaleza administrativa- punitiva, como hay otro de naturaleza laboral punitiva, derecho que cobra cada día mayor entidad y autonomía dentro de la amplia esfera del derecho administrativo general. La confusión de los derechos - el penal y el disciplinario- se ha originado en una pretendida e imposible identidad entre el "delito" y la "falta disciplinaria", entre sus procedimientos y sus sanciones, identidad que en no pocas ocasiones se ha llevado hasta las legislaciones. No puede darse esa confusión, pues el derecho penal tiene como finalidad la de mantener el orden jurídico social o general, en tanto que el Disciplinario Administrativo tiene apenas la de conservar el orden jurídico administrativo, que es solo una parte bien diferenciada de aquél. El Penal tutela el bien jurídico básico de la libertad, en esencia; en tanto que el Administrativo Disciplinario esta vinculado con el trabajo de los empleados públicos, y vela por la disciplina administrativa, por el buen crédito de la Administración Pública y por la eficacia de los servicios públicos.

Las diferencias son bien notorias. Mientras el "delito" afecta a la sociedad política en general, a la libertad humana, tiene trascendencia social, la "falta disciplinaria" lesiona la disciplina administrativa, perjudica el orden jerárquico y el buen crédito y la eficacia de la Administración, en la esfera restringida en donde se comete. Mientras la "sanción penal" es represiva o depurativa (así las modernas tendencias las humanicen), la "sanción disciplinaria" es esencialmente correctivo: únicamente pretende mantener o preservar la disciplina dentro del organismo estatal, con medidas que en esencia solo privan al empleado infractor de sus derechos, o los limitan, adquiridos por razón de su investidura. Con razón a las sanciones disciplinarias se les ha llamado "correcciones pedagógicas" y "penas medicinales". El daño es diferente, y por tanto la sanción.

⁷⁵ Velasquez, Op. Cit. p. 166.

⁷⁶ Ibidem, p. 169 a 171.

Tampoco pueden identificarse el "procedimiento penal" con el "procedimiento disciplinario", si bien, por ser ambos punitivos, éste toma en ocasiones algunos de los institutos de aquél: la imputabilidad, el derecho a la defensa, a la representación, y el principio de congruencia entre la falta y la sanción. La jurisprudencia colombiana ha señalado esas diferencias:

*"En el caso del régimen disciplinario, su objeto o el interés que protege, es el del propio servicio público; se lesiona ese interés por comisión de simples faltas contra el servicio, aunque en algunos casos graves pueden esas faltas, a la vez, configurar delitos; el procedimiento para investigarlas y sancionarlas es puramente administrativo, interno de la administración, no jurisdiccional, y las sanciones aplicables no tienen carácter penal. Así resulta de leer los arts. 130 a 167 del Decreto Reglamentario 1950 y los correspondientes de los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 de que son reglamento aquellos(...). De donde no aparece fundado hablar de analogía entre régimen disciplinario administrativo y régimen penal, siendo el último un estatuto de defensa social, aplicable a los antisociales, mediante un procedimiento judicial específico y con criterio sobre la culpabilidad y responsabilidad de naturaleza diferente a los enunciados para el primero"*⁷⁷.

Por su parte, la Corte Constitucional ha establecido las siguientes reglas jurisprudenciales acerca de la independencia existente entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal:

"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 deben 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 predicen 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 dichos.

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, 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. 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

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio civil, Concepto septiembre 15 de 1975, Ponente: Luis Carlos SÁCHICA.

las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas."⁷⁸

El desarrollo de éste aparte nos lleva a concluir la insostenible defensa de una tesis ecléctica sobre el tema, que perciba una dualidad penal- administrativa del Derecho disciplinario, y mucho más, en la precariedad de abogar por una pretendida pero inexistente posición de una autonomía total del Derecho Disciplinario. Entendemos pues que la responsabilidad disciplinaria entra dentro de la categoría más amplia de la responsabilidad administrativa, responsabilidad derivada de la trasgresión de toda clase de deberes administrativos frente a la administración, y que supone unas sanciones administrativas que han de aplicarse por autoridades administrativas, con forme el debido procedimiento.

De esta manera, en consonancia con los conceptos que se han emitido, debemos reconocer la importante transformación del Derecho Administrativo Disciplinario, como consecuencia de la trascendente evolución del Derecho Administrativo sancionador, orientación en la que han jugado un papel preponderante las modernas y afortunadas tendencias protectoras de los derechos fundamentales, entre ellos, el del Debido Proceso. Pero, igualmente, es importante reconocer lo que sostiene gran parte de la doctrina, que al contrario de lo que sucede en el Derecho Penal, el Derecho Administrativo adolece de una elaboración acabada sobre la infracción como determinante de la sanción administrativa, lo que venía generando condiciones de indefensión para el administrado.

De este modo, frente al afianzamiento de los criterios y de los métodos del Derecho Penal, el Derecho Sancionatorio Administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo, primario y arcaico, donde seguían teniendo cabida las antiguas técnicas de la responsabilidad objetiva, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables, de las pruebas por presunciones con desplazamiento al reo de la carga de probar su inocencia, de los procesos sancionatorios no contradictorios, o de los que pueda resultar la sorpresa de una *reformatio in pejus*⁷⁹.

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. T - 438 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Este precedente ha sido reiterado en jurisprudencias como la c-259 de 1995, c-280 de 1996 y c-095 de 1998.

⁷⁹ Eduardo García de Entería, ***Curso de Derecho Administrativo***, p. 161, citado en Rafael Ostau de Lafon Pianeta, Op. Cit. p. 66.

Bajo las consideraciones descritas se impone asumir el ineludible compromiso de continuar una persistente gestión académica sobre la concepción actual del Derecho Administrativo Disciplinario, en beneficio de la consolidación de las garantías ciudadanas como supuesto real para el logro de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

IV. LA JURISDICCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO PARA LA RAMA JUDICIAL.

Como se ha venido estableciendo, la naturaleza esencialmente administrativa de la actuación disciplinaria determina que las decisiones adoptadas en desarrollo de la misma tengan el carácter de actos administrativos, sometidos supletivamente a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y al control de la jurisdicción especializada en la materia, sin perjuicio de los aportes igualmente supletivos y de favorabilidad que pueden derivarse del Código Penal y de Procedimiento Penal.

No obstante, es pertinente aludir a la distorsión que se presenta en Colombia con respecto a la naturaleza administrativa de las decisiones disciplinarias como consecuencia de la naturaleza y las funciones disciplinarias que se le conceden al Consejo Superior de la Judicatura.

4.1. ESTRUCTURA DEL ESTADO Y AUTONOMÍA DE LA RAMA JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La directriz que rige la estructuración del poder público de los estados se matiza acudiendo a algunos principios que están en la base de la organización de cualquier aparato gubernativo. El principio de separación de poderes se configura frente a la necesidad de organización para efectos de ejercicio del poder, respondiendo al problema de la tendencia a la monopolización natural de éste por parte de sus titulares de naturaleza humana, como se plantea conforme a los postulados de la teoría clásica que demarca éste tópico. De la noción palmaria de soberanía popular del siglo XVIII perteneciente al desarrollo teórico de Rosseau, subyace la noción de que el poder no es posesión del gobernante sino de la comunidad, y se evocan substanciales fundamentos democráticos planteados desde la antigüedad que postulan mecanismos de canalización del poder asegurando un orden social, frente a la inminente difusión yaciente de la caracterización comunitaria de dominación del poder. Es así como estos mecanismos de canalización se objetivan en la Teoría de separación de poderes de Montesquieu, quien establece que el poder público no es uno solo, sino que se configura por tres poderes disímiles y paralelos, establecidos dentro de la misma dimensión jurídico política del Estado y encargados de hacer la ley, aplicarla y resolver los conflictos subsecuentes a su aplicación (Poder Legislativo, Ejecutivo y

Judicial, separación de poderes establecida constitucionalmente en el Art. 113 de la Carta Política de 1991).

Por el desarrollo temporal y teórico natural de las instituciones sociales y políticas, el principio Montesquieuano evoluciona a una concepción contemporánea, que percibe al poder público como unitario y fragmentado en virtud de su ejercicio en ramas de labor que poseen una interacción continua y armónica dirigida a la colaboración recíproca, lo cual excluye la idea moderna fundamental de una separación de poderes absoluta que se sustenta también con la existencia de órganos separados e independientes de las ramas con una autonomía relativa respecto a estas, pero con un campo de acción genuino enfocado a la realización de los fines estatuidos estatalmente.

Estos planteamientos se recogen en la teoría de la distinción y colaboración entre poderes. Por un lado es necesaria la coordinación entre los diferentes poderes de modo que su actividad se despliegue en armonía con una dirección política unitaria y por otro, si bien en términos generales cada poder debe contenerse a la órbita de su propia función institucional, de ordinario son oportunas ciertas excepciones a tal principio (transferencias más o menos extensas e importantes de funciones que correspondían a otros poderes)⁸⁰. Nuestra Constitución Política consagra en su Art. 113, por una parte la división de poder, y por otra, el principio de *colaboración armónica* de ramas que lo conforman, sin interferir en la independencia y autonomía esenciales para el ejercicio de cada función.

Para la Rama judicial, encargada de la administración de justicia, el principio de autonomía cobra una dimensión especial, puesto que el desarrollo jurisdiccional propio del Estado de Derecho implica una absoluta independencia de los operadores jurídicos, para proferir soluciones en derecho libres de cualquier influencia o presión política, garantizando así los postulados esenciales del Debido Proceso, como lo consagra el Art. 228 constitucional. El constituyente de 1991, consiente de la importancia de la mencionada independencia, estableció disposiciones especiales que fortalecieran la autonomía de las autoridades jurisdiccionales. Se trata de garantizar, como lo hace la Constitución mediante tales normas, que no exista ninguna clase de interferencia por parte de unos órganos judiciales en las funciones que ejercen otros con igual rango constitucional. Ello armoniza con la garantía de autonomía funcional de los jueces plasmada en sus artículos 228 y 230 de la Constitución. En razón de autonomía, la Constitución de 1991 creó, pues, una jurisdicción, cuya cabeza es la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el mismo nivel jerárquico de las demás encargadas de resolver las cuestiones disciplinarias

⁸⁰ Paolo Biscaretti de Ruffia, ***Derecho Constitucional***, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, p. 219.

internas a los funcionarios de la rama judicial encargados de ejercer directamente la facultad de administrar justicia⁸¹. En efecto, de conformidad con el artículo 116 de nuestra Constitución Política, el Consejo Superior de la Judicatura forma parte de la Rama judicial y el Art. 254 ibídem lo divide en una Sala Administrativa y en una Sala jurisdiccional disciplinaria.

Sobre esta autonomía la Corte Constitucional ha tenido ya ocasión de pronunciarse en los siguientes términos:

*"El principio democrático de la **autonomía funcional del juez**, hoy expresamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Aún cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia apelada o consultada (artículo 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se ajusta a las prescripciones legales pero sin imponer su criterio personal en relación con el asunto controvertido. De ningún modo se podría preservar la autonomía e independencia funcional de un juez de la República si la sentencia por él proferida en un caso específico quedara expuesta a la interferencia proveniente de órdenes impartidas por otro juez ajeno al proceso correspondiente, probablemente de especialidad distinta y, además, por fuera de los procedimientos legalmente previstos en relación con el ejercicio de recursos ordinarios y extraordinarios. Téngase presente que en el Estado de Derecho no son admisibles las atribuciones implícitas ni las facultades de alcance indeterminado, lo cual equivale al rechazo del acto proferido por quien carece de autoridad previa y claramente definida por norma positiva para actuar en la materia correspondiente (artículos 6º, 122 y 123 de la Constitución).*

De este postulado se concluye con facilidad que en el campo de la administración de justicia quien cumpla tan delicada función pública únicamente puede hacerlo revestido de jurisdicción y competencia. Ya que la segunda tiene a la primera por presupuesto, si falta la jurisdicción tampoco se tiene la competencia para fallar en el caso concreto"⁸².

Estos principios deben reafirmarse ahora, pues habiendo establecido el Constituyente ramas y jurisdicciones autónomas y separadas (Títulos V y VIII de la Constitución) y dadas las características de desconcentración y autonomía con las cuales el artículo 228 de la Carta ha distinguido la función judicial, de ninguna manera encajaría dentro de la normativa fundamental un sistema que permitiera a un juez de jurisdicción distinta, o a órganos o ramas diferentes, invadir la esfera de esa autonomía funcional sometiendo a juicio el fondo de las decisiones judiciales.

⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 417 de 1993, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

4.2. CRITERIO ORGÁNICO: CREACIÓN DE LA SALA DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

La función jurisdiccional disciplinaria que el constituyente le asignó al Consejo Superior de la Judicatura para controlar de los funcionarios de la rama judicial, salvo los sometidos a fuero especial, reafirmó el carácter judicial de las decisiones adoptadas en tal sentido por dicho órgano, tal como se reconoció en el pasado con respecto a las medidas del extinto Tribunal Disciplinario.

La Corte Constitucional, en sentencia C- 417 del 4 de Octubre de 1993, a decidir la inexequibilidad del numeral 3 del Art. 9 del Decreto 2652 de 1991 y de las palabras empleado del Art. 51 de Decreto 1888 de 1989, expresó textualmente que:

“La Constitución de 1991 creó, pues, una jurisdicción, cuya cabeza es la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el mismo nivel jerárquico de las demás. Sus actos en materia disciplinaria son verdaderas sentencias que no están sujetas al posterior estudio y pronunciamiento de otra jurisdicción, como sería el caso de la Contencioso Administrativa.. Mal podría, entonces, negárseles tal categoría y atribuir a sus providencias el carácter de actos administrativos, pese a la estructura institucional trazada por el Constituyente. Eso ocasionaría el efecto -no querido por la Carta- de una jurisdicción sometida a las determinaciones de otra”.

El Procurador General de la Nación, en concepto propuesto para la providencia antes citada, defendió el carácter esencialmente administrativo de la función disciplinaria, puesto que el derecho disciplinario se encuentra establecido tanto para la Rama Ejecutiva, como para la Judicial y Legislativa; el Estado cumple la función disciplinaria a través de las autoridades administrativas o de acuerdo con su competencia, por autoridades legislativas y judiciales. Sin embargo la naturaleza de tal función es una sola, no importa el órgano del poder público que la cumpla. Se trata de la misma función circunstancialmente desempeñada por una u otra rama del poder. En otros términos no es la persona jurídica de derecho público la que le concede naturaleza al acto que expide.

El Ministerio Público se apoya en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que fue uniforme con excepción de lo plasmado en sentencia 35 de marzo 14 de 1991, y del Consejo de Estado, al atribuirle naturaleza administrativa a la función disciplinaria. En este sentido agrega el Procurador general de la Nación:

⁸² Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C543 de octubre 1 de 1992. MP. José Gregorio Hernandez Galindo.

“No obstante, la norma acusada a más de asignar naturaleza judicial a lo que es eminentemente administrativo, se dirige a dos categorías de servidores judiciales los funcionarios y los empleados, diferentes en cuanto a su tratamiento: en Jueces y Magistrados el juzgamiento de la conducta que da lugar a la investigación disciplinaria y a la consecuente decisión, se produce por autoridad o instancia imparcial; en los empleados, cuando de faltas de conocimiento de única instancia se trata, es el mismo superior quien de oficio abre proceso disciplinario contra su subalterno lo que acarrea en abstracto la ocurrencia de parcialidad, excluido el evento en que resulte el implicado sancionado con destitución. (Artículo 30 Decreto 1888 de 1989). De otra parte y aún siendo ajena la autonomía de la Rama al tema que nos ocupa, cabría preguntarse si tal independencia entendida como tendencia hacia el aislamiento y hacia la ausencia de controles externos, se contrapone al balance de frenos y contrapesos que caracteriza a un Estado demoliberal en cuando apuntalado sobre la idea de la tridivisión de los poderes y que la Carta de 1991 ha redefinido junto con la intervención del Ministerio Público...”

Según la Corte Constitucional, el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan. Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye derecho sino que es ante todo deber del Estado. El derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas.

El régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. La jurisprudencia constitucional establece que el derecho disciplinario es uno solo, su naturaleza es la misma, bien que se aplique al personal que se encuentra al servicio de las cámaras legislativas o de las corporaciones administrativas, ya sea que se haga valer frente a los servidores públicos que pertenecen a la Rama Ejecutiva en cualquiera de sus niveles, o respecto de los funcionarios o empleados de la Rama Judicial. Y se ejerce también por servidores públicos que pueden pertenecer a cualquiera de las ramas u órganos, según lo que determine la Constitución o la ley, en diversas formas e instancias, tanto interna como externamente.

Pese a la anterior unidad del Derecho disciplinario, de los criterios jurisprudenciales se deduce que la Constitución Política de 1991 no concentra la función disciplinaria en cabeza de un organismo único, aunque establece una cláusula general de competencia en la materia a cargo de la Procuraduría General de la Nación. A ésta encomienda la atribución de *“ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen*

funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley" (artículo 277, numeral 6º C.N.).

Esa competencia de la Procuraduría se ejerce respecto de todo funcionario o empleado, sea cualquiera el organismo o rama a que pertenezca, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la Constitución. En cuanto a éstos se refiere, como ya se dijo, el Procurador General tan sólo tiene a su cargo la función de emitir concepto dentro del proceso que adelante la autoridad competente (artículo 278, numeral 2, C.N.).

Con respecto a los funcionarios judiciales que carecen de fuero se aplica el artículo 278, numeral 1, de la Constitución, que dice:

"Artículo 278.- *El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:*
1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo".

De conformidad con lo previsto en el artículo 256, numeral 3º, de la Constitución, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los consejos seccionales, según el caso y de acuerdo con la ley, la atribución de *"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"*, sin perjuicio de la atribución que la Constitución confiere al Procurador General de la Nación de ejercer preferentemente el poder disciplinario (artículo 277, numeral 6º C.N.). En el evento en que la Procuraduría General de la Nación ejerza este poder sobre un funcionario judicial en un caso concreto, desplaza al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- o al Consejo Seccional correspondiente y al superior jerárquico, evitando así dualidad de procesos y colisión de competencias respecto de un mismo hecho. El desplazamiento se produce, en aplicación de la nombrada norma constitucional, dado el carácter externo del control que ejerce el Procurador.

En síntesis, las normas anteriores, interpretadas armónicamente, deben ser entendidas en el sentido de que, no siendo admisible que a una misma persona la puedan investigar y sancionar disciplinariamente dos organismos distintos, salvo expreso mandato de la Constitución, los funcionarios de la Rama Judicial -esto es aquellos que tienen a su cargo la función de administrar justicia (jueces y magistrados, con excepción de

los que gozan de fuero constitucional)- pueden ser investigados y sancionados disciplinariamente por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a menos que se produzca el indicado desplazamiento hacia el control externo de la Procuraduría. Los empleados de la Rama Judicial -es decir aquellos servidores que no administran justicia- están sujetos al juicio de sus superiores jerárquicos, sin detrimento de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación.

De esta forma, se atribuye naturaleza jurisdiccional a unas determinadas providencias proferidas en materia disciplinaria: concretamente a las que se dicten en relación con funcionarios y empleados judiciales. Así, al calificar como jurisdiccionales las providencias mediante las cuales se impone sanción disciplinaria a funcionarios o empleados judiciales, excluye expresamente toda posibilidad de acción ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Un análisis material acerca del contenido -administrativo o jurisdiccional- de tales actos, corrobora el carácter jurisdiccional de los mismos, toda vez que, en cuanto se refiere a funcionarios judiciales, la propia Constitución ha señalado el órgano encargado de investigar su conducta y de imponer las correspondientes sanciones -la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura- y ha otorgado el rango de providencias judiciales a los actos mediante los cuales dicho órgano se pronuncia. En efecto, dispone el primer inciso del artículo 116 de la Constitución:

***"Artículo 116-** La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar".*

El artículo 254 divide el Consejo Superior de la Judicatura en dos salas, una de las cuales tiene a su cargo funciones jurisdiccionales. Es claro que dicha Sala fue creada con el fin de garantizar que, dentro de la propia Rama Judicial, un organismo autónomo de alto rango con funciones de naturaleza jurisdiccional tuviera a su cargo la tarea de examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la misma, con la excepción de aquellos que gozan de fuero constitucional (artículo 256, numeral 3, de la Constitución).

Formalmente, el ejercicio de la función jurisdiccional implica el desarrollo de una serie de actos procesales que culminan en la expedición de un acto final -la sentencia-, llamado a definir el punto controvertido con fuerza de verdad legal. Es esto precisamente lo que acontece con las providencias que profiere la Sala

Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y los consejos seccionales en desarrollo de la aludida función.

En otros términos, al crearse el Consejo Superior de la Judicatura, se instituyó un órgano imparcial e independiente, al cual se encomendó por la Constitución la misión de administrar justicia en materia disciplinaria, en el interior de la Rama Judicial y, por fuera de ella, en relación con los abogados. Así lo ha reconocido explícitamente la jurisprudencia de esta Corte:

"La Corte encuentra que la creación del Consejo Superior de la Judicatura obedece a varios propósitos del Constituyente, entre los que está la idea de modernizar y transformar las funciones correspondientes a la administración de los recursos económicos y de personal de la justicia, y la del fortalecimiento de la actividad disciplinaria, garantizando el mantenimiento de elementos doctrinarios y de distribución de competencias orgánicas y funcionales de los distintos poderes públicos que, en especial, se relacionan con la autonomía de integración y de orientación de la misma Rama Judicial".

"Además, a dicho organismo le compete cumplir funciones disciplinarias y algunas judiciales, que corresponden a la Sala Disciplinaria, como las de examinar la conducta y sancionar, en las instancias que señale la ley, las faltas de los funcionarios de la Rama Judicial, así como la de los abogados en el ejercicio de su profesión y la de dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones (Arts. 256 de la C.N. y 10º del Decreto 2652 de 1991)".

(...)

"En efecto, como se ha advertido anteriormente, la Constitución crea dos Salas autónomas (la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Administrativa Art. 254 C.N.), a las que por su separación, origen, denominación y finalidad implícita, les ha prescrito un funcionamiento separado, respecto de las funciones constitucionales que a su naturaleza y finalidad correspondan. Así la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha sido creada orgánica y funcionalmente en forma autónoma. En efecto, fue creada únicamente para el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria, que, por constituir función pública de administración de justicia actúa como órgano autónomo y con independencia de sus nominadores (Art. 228 C. Pol.). Por consiguiente a esta Sala no puede atribuírsele funciones constitucionales administrativas"⁸³.

La Constitución de 1991 creó, pues, una jurisdicción, cuya cabeza es la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el mismo nivel jerárquico de las demás (Título VIII, capítulo 7 de la Carta). Sus actos en materia disciplinaria son verdaderas sentencias que no están sujetas al posterior estudio y pronunciamiento de otra jurisdicción. Mal podría, entonces, negárseles tal categoría y atribuir a sus providencias el carácter de actos administrativos, pese a la estructura institucional trazada por el Constituyente. Eso ocasionaría el efecto -no querido por la Carta (artículos 228 y 230 C.N.)- de una jurisdicción sometida a las determinaciones de otra.

⁸³ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-265 del 8 de julio de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz

Otro es el caso de los *empleados* judiciales, es decir, el personal subalterno o de apoyo de la Rama Judicial, que no tiene a su cargo la función de administrar justicia. Estos no están comprendidos dentro del ámbito de competencia del Consejo Superior de la Judicatura, tal como surge del mencionado numeral 3 del artículo 256 de la Constitución, que en modo alguno alude a ellos, mientras que el artículo 277, numeral 6, de la Carta dispone:

"Artículo 277.- *El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:*

(...)

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

Preferencia, según el Diccionario de la Academia Española de la Lengua es "primacía, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor, ya en el merecimiento"; "Elección de una cosa o persona, entre varias". Aplicado este concepto al asunto que nos ocupa, significa que la Procuraduría General de la Nación es el organismo que goza, por mandato constitucional, de una cláusula general de competencia para conocer de las faltas disciplinarias de los empleados, en ejercicio de un poder que prevalece sobre el de otros órganos estatales.

Pese a las claras directrices que ha trazado la jurisprudencia constitucional sobre el tema, un álgido debate a configurado el cuestionamiento acerca de la verdadera naturaleza - administrativa o jurisdiccional - del régimen disciplinario. El Consejo de Estado ha expresado que en el caso del régimen disciplinario su objeto o interés que se protege es el propio servicio público; se lesiona ese interés por comisión de simples faltas contra el servicio, aunque en algunos casos graves pueden esas faltas a la vez configurar delitos; el procedimiento para investigarlas y sancionarlas es puramente administrativo, interno a la administración, no jurisdiccional, y las sanciones aplicables no tienen carácter penal. Las actuaciones del Consejo Superior de la Judicatura y los Consejos Seccionales proferidas mediante providencia no tienen la connotación de jurisdiccionales, estableciendo la no posibilidad de recursos ni de control por vía contencioso administrativa; por el contrario, al ser la potestad disciplinaria una potestad del Estado, independientemente de las ramas o órganos que la ejerzan, de conducir, corregir, y rectificar el comportamiento del servidor público, en tanto éste se desvía en la actitud que mínimamente debe seguir para garantizar la prestación adecuada y continua del servicio, la órbita sobre la cual se pronuncia el Estado es eminentemente administrativa. Creemos que ésta función disciplinaria de los funcionarios y

empleados de la rama judicial, en aras del principio de favorabilidad, debe regirse por las normas administrativas, más no por las jurisdiccionales, para que se puedan hacer efectivos o tengan más posibilidades de ejercer los derechos de defensa, de contradicción y de debido proceso, independientemente del órgano que las ejerza”⁸⁴.

4.3. CRITERIO LEGAL: LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Por su parte, reiterando la posición jurisprudencial transcrita, la ley Estatutaria de Administración de justicia (L. 270 de 1996) regula el alcance de la potestad disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en su Art. 11, de la siguiente manera:

“Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria se resuelven los procesos que por infracción a sus regímenes disciplinarios, se adelanten contra los funcionarios de la rama judicial, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la constitución política, los abogados y aquellas personas que ejerzan función jurisdiccional de manera transitoria u ocasional. Dicha función la ejerce el Consejo Superior de la Judicatura a través de su sala disciplinaria. Las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios judiciales son actos jurisdiccionales no susceptibles de acción contenciosa administrativa. Toda decisión disciplinaria de mérito, contra la cual no proceda ningún recurso, requiere la fuerza de cosa juzgada”.

Como es sabido, por mandato del Art. 153 constitucional, la Ley Estatutaria de Justicia fue sometida a revisión previa de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, quien se pronunció al respecto en sentencia 037 de febrero 5 de 1996, reafirmando la constitucionalidad del contenido del art. 111 en comento, reiterando el precedente sentado por la sentencia C-417 de 1993 ya citada, lo que en resumen significa que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de la Consejo Superior de la Judicatura ejerce poder disciplinario sobre los funcionarios de la rama judicial, es decir, aquellos que directamente administran justicia, salvo los sometidos a fuero especial, mediante la adopción de decisiones judiciales, a menos que opere el desplazamiento de competencia hacia el Procurador General de la Nación en virtud del ejercicio del poder disciplinario preferente que constitucionalmente le pertenece. Por su parte, los empleados de la rama judicial, es decir, aquellos que no administran justicia, están sujetos al control disciplinario de sus superiores jerárquicos, mediante decisiones de carácter administrativo, sin perjuicio de la competencia preferente del procurador, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente.

⁸⁴ Consejo de Estado, Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, 15 de Septiembre de 1975.

Utilizando una hermenéutica teleológica, respetuosa de la voluntad del legislador, resulta pertinente anotar algunos comentarios del Oscar Humberto Marmolejo Espitia, miembro de la comisión redactora de la L. 200/95, modificada por la ley 734 de 2002, respecto a la debatida jurisdiccionalidad del régimen disciplinario de la rama judicial:

¿Cuál es el verdadero significado del poder preferente que ejerce la Procuraduría general de la nación, frente a todos los servidores públicos, cualquiera que sea la rama a que pertenezcan?. Que nosotros, y cuando digo nosotros me refiero a la comisión redactora de la Ley 200, incluimos en este artículo tercero la preferencia del poder disciplinario, por parte de la Procuraduría General de la Nación, frente a todos los organismos del Estado. Ya para la época conocíamos la situación de la Ley estatutaria de Justicia u que allí se habían incluido algunos artículos a través de los cuales se pretendía sacar a la Procuraduría del ejercicio disciplinario frente a los funcionarios judiciales. El Art. 111 de la ley estatutaria establecía que correspondía a la Sala disciplinaria del CS de la J y a los consejos seccionales, conocer las faltas disciplinarias de los funcionarios judiciales, los abogados y los empleados subalternos de los consejos, a exclusión de cualquier otra autoridad. Pues bien, en las reuniones con los ponentes de la referida ley estatutaria, logramos que se suprimiera esa locución con exclusión de cualquier otra autoridad, porque si esta situación quedaba así, significaba, ni más ni menos, que la Procuraduría General de la Nación quedaba excluida de intervenir en procesos disciplinarios frente a funcionarios judiciales. Sin embargo, en el inciso segundo, quedó consignada la exclusión con los siguientes palabras: las decisiones disciplinarias que profieran contra los funcionarios judiciales, tienen carácter jurisdiccional; eso en buen romance significa que como la Procuraduría general de la Nación es una entidad de carácter eminentemente administrativa y no tienen funciones para proferir decisiones jurisdiccionales, quedaba excluida de la investigación y posible sanción a los funcionarios de la rama.

Como tuve la fortuna de participar en la comisión, los representantes del CS de la J y el Procurador, con los miembros de la comisión y los ponentes del Senado y de la Cámara y el Ministro de Justicia, hicimos unas tres o cuatro reuniones para buscarle una solución amigable al conflicto, que considero, fue un conflicto que se llevó a buenos términos y de una manera muy cordial, con argumentos posiblemente muy poderosos, de parte y parte, y allí, con el DR. Gálvez Argote, fuimos comisionados para redactar un proyecto de artículo que decía, palabra más, palabra menos, que el Procurador general de la nación ejercerá el poder preferente disciplinario, mediante decisión motivada para aquellos casos que, en su concepto, tuviera especial trascendencia en la vida nacional.

Después de haber redactado ese proyecto, el Consejo Superior de la Judicatura no lo aceptó, y entonces nos fuimos al Congreso de la república. Allí logramos que se quitara expresión “con exclusión de otra autoridad” pero ellos lograr incluir el carácter jurisdiccional de las decisiones administrativas contra funcionarios judiciales”⁸⁵.

Sin perjuicio de la complejidad del tema, debe denotarse el evidente desequilibrio que se presenta con respecto al juzgamiento disciplinario entre los funcionarios judiciales y los demás servidores públicos. En todo caso es claro que naturaleza administrativa de las actuaciones disciplinarias ofrece mejores garantías procesales para el administrado, por aquello de la subsidiariedad entre la vía gubernativa y el control judicial ejercido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Sin embargo, la vulneración al mencionado derecho fundamental se desvirtuaría por tanto ambos tramites resultan perneados por la garantía del debido proceso, y en esta medida, ninguno de los efectos de las dos alternativas resultaría

peyorativo para el investigado, y por el contrario se fortalecería la autonomía funcional de las ramas del poder público como uno de los criterios esenciales para la estructuración del Estado moderno.

⁸⁵ Colección Código Brevis, ***Régimen Disciplinario de los servidores públicos***, Ed. Leyer, 2002, p. P. 27-28.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El aparato estatal de configuración contemporánea resulta de una compleja estructura. Su evolución orgánica ha dinamizado su campo de acción en un paradigma de interrelación entre sus componentes sistemáticos. La moderna propuesta de Montesquieu ha sido matizada y cuestionada de tal forma que su división tripartita de poderes a sido ampliada como principio básico y su formulación se replantea conforme al cuestionamiento de si son varios poderes los que configuran al ente estatal, o si en cambio dentro de él yace un solo albedrío de génesis popular y desarrollo público que tendrá varias manifestaciones materiales individualizadas, pero intrínsecamente relacionadas formalmente. En esa realidad abstracta que personifica al estado, confluyen muchos más elementos de los imaginables para lo teóricos políticos modernos; en ella se superponen ámbitos de antagónica naturaleza, objetivando una realidad jurídico política compleja en la que una identificación sistemática con paradigmas preestablecidos resulta de manera alguna imposible, ya que ningún modelo se encaja respecto a ella de manera contingente⁸⁶. Así, partiendo de la misma premisa clásica que justifica la separación de los poderes como una necesidad que evita la natural tendencia de los gobernantes a abusar del poder para configurar a éste como una facultad absoluta individualizada unívocamente en su propio cuerpo, se ha concebido la estructura del Estado como un esquema de complementos, en el que aparecen órganos paralelos a las tres ramas tradicionales –superando la percepción de poderes de Montesquieu- que de manera autónoma e independiente, recreada bajo el misma idea de Estado de Derecho por la que guían la acción esferas preestablecidas, realizan una *colaboración armónica* dirigida substancialmente a la objetivación y la consecución de los fines estatales. La creación de estas nuevas esferas esquematizan las acciones del Estado no en ramas individualizadas, sino en funciones disímiles que se interceptan mediante relaciones de control - conocido como frenos y contrapesos -, cooperación y coordinación⁸⁷.

⁸⁶ En este sentido, la expresión contingente se utilizara para denotar el adjetivo de la materia que excede lo necesario, que otorga más de lo eminentemente básico.

⁸⁷ En la concurrencia de las tres ramas de poder público se perciben tres modelos de relaciones entre ellas, que el constituyente combino para la configuración de un sistema mixto diseñado para solucionar el desequilibrio atribuido a un excesivo presidencialismo. De esta forma, las relaciones entre ramas pueden ser caracterizadas a) Por una estructura de frenos y contrapesos de tradición Madisoniana clásica imperante en los Estado Unidos, b) por un sistema de colaboración armónica planteada por Wilson y Roosevelt que pretendía un replanteamiento del sistema de Madison para hacer más eficiente y responsable al Estado, que debía intervenir en la economía e impulsar practicas sociales, o c) un sistema de relaciones denominado de concurrencia, en el cual más de una rama participa en el desarrollo de una misma actividad o decisión. En la estructuración del Estado colombiano, el principio de configuración armónica se estipula dentro del artículo 113 y, además es predominante en el ámbito de la intervención del Estado en la economía, con el elemento adicional que los principales fines del estado que orientan la colaboración armónica están expresamente enumerados en el artículo dos de la Constitución. En materia de frenos y contrapesos entre las ramas del poder público, se fortaleció el Poder Judicial para revisar la

Dentro de los sistemas de control, la potestad disciplinaria se reconoce como la facultad – que posee la administración pública esencialmente, entendida en sentido amplio - de regular la conducta de los agentes que colaboran en la realización de las funciones públicas, conforme a patrones de profesionalismo y efectividad, garantizando de ésta manera la consecución de los principales fines del Estado. Sin embargo, el constituyente de 1991 diagramó un esquema bastante complejo en cuanto al control disciplinario se refiere. Por un lado, recogiendo la doctrina francesa, la potestad disciplinaria es reconocida como una función administrativa, delegada a un órgano independiente de carácter también administrativo, como es la Procuraduría General de la Nación. El Ministerio Público esta encargado pues de la regulación disciplinaria de los denominados “servidores públicos” – entendiendo por ellos todas las personas que laboran para el Estado, independientemente del origen de su vinculación -, como representantes del concepto de autoridad estatal y como ejecutores de sus políticas y orientaciones.

No obstante lo anterior, la Carta Política también crea un órgano jurisdiccional que ejerce funciones de control disciplinario paralelas a la Procuraduría, que recaen sobre los funcionarios de la rama judicial encargados directamente de administrar justicia; de ésta forma se configura la Sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Esto implica que el control disciplinario ejercido por el Ministerio público posee un trámite administrativo con el posterior control judicial de la jurisdicción contenciosa administrativa, en tanto que el C. S. de la J. ejerce funciones netamente jurisdiccionales y sus providencias tienen el efecto propio de dicha actividad pública: la cosa juzgada. La pregunta que subyace a ésta concepción del sistema disciplinario es si la creación del C.S. de la J. implica una “jurisdiccionalización” de la potestad disciplinaria, escindida aparentemente dentro de la actual estructura del Estado conforme a las ramas de poder público. La Corte Constitucional, respondiendo al anterior interrogante y armonizando las dos posiciones, establece que la función disciplinaria es esencialmente administrativa, articulando la figura del “*poder preferente*” de la Procuraduría, con las funciones judiciales ejercidas por el C. S. de la J, cuya creación se fundamenta en la autonomía funcional de la rama judicial como una de las principales directrices de la configuración del Estado Social de Derecho.

constitucionalidad de las demás ramas del poder, se conservó la objeción presidencial a los proyectos de ley, así como también el control político del legislativo al ejecutivo, en materia de concurrencia, especialmente con la adopción de la moción de censura contra los ministros, los nuevos poderes del senado como cámara alta en materia de estados de excepción y la institución de pérdida de investidura de los integrantes del congreso, decretada por un órgano judicial como el Consejo De Estado cuando e dan las causales jurídicas prescritas constitucionalmente (Manual José Cepeda, ***Introducción a la constitución de 1991***, Presidencia de la República, 1991).

Pese a la validez del argumento de la autonomía judicial, no deja de ser cuestionable la contradicción que implica la armonización funcional de la Corte Constitucional, apoyada además por disposiciones de la Ley Estatutaria de administración de Justicia (Art. 111), que reconociendo el mismo alcance jurisdiccional a la regulación disciplinaria de la rama judicial, se percibe igualmente como un error de planeación en la técnica administrativa. No se entiende como entes jurisdiccionales pueden ejercitar potestades eminentemente administrativas, puesto que este ejercicio resulta divergente con la organización pública y la lógica que constitucionalmente se le ha otorgado a las funciones del Estado.

De la disparidad existente en el régimen disciplinario se deriva también una amenaza al derecho a la igualdad, puesto que la autonomía de la rama judicial no resulta ser un fundamento suficiente para el disímil tratamiento de los servidores públicos en general y de los funcionarios judiciales en particular. Pese a lo anterior, el análisis de razonabilidad constitucional respecto a la vulneración de los derechos fundamentales anula cualquier posibilidad de violación del mencionado derecho a la igualdad, puesto que la aplicación de cualquiera de los dos regímenes tiene efectos similares, dado que ambos trámites están perneados por las garantías del debido proceso.

Por otro lado, en el análisis sustancial y adjetivo del derecho disciplinario, se reconoce una independencia relativa del Derecho Disciplinario ante el Derecho Penal, aunque confluyan en muchas de las instituciones por su derivación de la Potestad punitiva del Estado. La diferencia entre las dos praxis radica en la naturaleza preventiva y correctiva del Derecho disciplinario, encaminado a proteger bienes jurídicos diametralmente distintos de los protegidos con las sanciones penales.

En este orden de ideas y en resolución con lo tratado en el presente trabajo sobre la naturaleza del Derecho disciplinario, considero que para la actual legislación y doctrina es de común consenso la naturaleza administrativa del mismo, al menos en el ámbito sustancial. En la esfera procesal, los criterios constitucionales, legales y jurisprudenciales determinan el carácter jurisdiccional del derecho disciplinario para funcionarios de la rama judicial y colaboradores de la administración de justicia (abogados), cuestión que como se ha venido planteando, genera grandes cuestionamientos.

Y la verdad, es que en caso de entrar a dilucidar sobre la esencia de este derecho entre el derecho penal, el derecho administrativo y hasta el derecho laboral, me inclino por el segundo; porque partiendo de la finalidad de la legislación, su ámbito de aplicación y contenido es claro que hace parte de la Administración Pública; considerada ésta, como el conjunto de entidades y las personas que tienen a su

cargo el cumplimiento de los cometidos estatales, la prestación de los servicios públicos y el efectivo reconocimiento de los derechos e intereses de los habitantes y el funcionamiento de un Estado.

Si bien, al principio existía una incipiente regulación de los asuntos disciplinarios del servidor público y los colaboradores de la administración, lo que permitió que se hablara del derecho penal como origen y naturaleza del derecho disciplinario, vemos como en la medida en que éste se fue desarrollando, volviéndose más completo y especial, se le fue dando una naturaleza de derecho administrativo, pero, considero que no se puede quedar ahí. Compartiendo lo que expresa el doctor Iván Velásquez Gómez, es necesario que el derecho disciplinario se convierta en una rama autónoma e independiente.

Su aplicación cada vez se hace más difícil, por que sus principios son tomados del derecho penal, la práctica de las pruebas del derecho civil, de una relación laboral dentro del ámbito de la Administración Pública, con un procedimiento que se acoge al del derecho administrativo, lo que ocasiona vacíos y gran cantidad de interpretaciones, conllevando con ella a una gran inseguridad jurídica. El derecho disciplinario cuenta con todos los elementos para ser considerado como otra rama del derecho y no como una vertiente de otra ya existente. Aunque el actual régimen es un gran avance, es necesario que se realicen algunas modificaciones y adiciones, que le den vida propia a este régimen, sin necesidad de tener que acudir a otras ciencias jurídicas.

Haciendo una abstracción de la vivencia jurídica, es decir mirándolo de manera ontológica, considero que el derecho disciplinario no es de naturaleza administrativa o penal, es un derecho particular, especial que si se quiere encuadrar en algo, se puede decir que hace parte de los derechos sancionatorios. Derecho que se forma de las necesidades que generan la convivencia, las resoluciones de trabajo y la organización del Estado y que se alimenta de otras ramas del derecho como complemento y adecuación dentro de un gran contexto normativo.

Espero, como administrador, como servidor público, como usuario y como parte de una sociedad que el derecho disciplinario llegue a tener su propia definición y naturaleza, que sea tan completo y estructurado que permita que el ejercicio de la función pública sea una labor seria, responsable y eficiente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Marco Gerardo Monroy Cabra, **Ética del Abogado**, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1985.
- Ofelia Rosenkranz, Roque J. Caivano, Gisela F. Mayer. **Ética profesional de los Abogados**, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1996.
- Rafael Ballén, **Derecho Disciplinario Administrativo**, Bogotá, Ed. Temis, 1998.
- Zulma Navarro de Bautista, **La Potestad Disciplinaria**, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000.
- Armando S. Andruet, **Deontología del Derecho Abogacía y Abogados: Estado Actual de la Cuestión**, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 1999.
- Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, **El Abogado en el tiempo de la Gente: Realidad y prospectiva de la enseñanza del Derecho en Colombia**, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1995.
- Mauricio García Villegas, **La eficacia Simbólica del Derecho**, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1993.
- Luis Alberto Restrepo M., **Ética para una sociedad en conflicto ;Ética civil o pacto social?** En **Ética y Conflicto**, Ediciones Uniandes, TM Editores, Bogotá, 1995.
- Jorge Enrique Ayala Caldas, **Elementos del Derecho Administrativo Disciplinario en Colombia**, Ediciones Doctrina y ley, Bogotá, 1996.
- Iván Velásquez Gómez, **Manual de Derecho Disciplinario**, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 1era Edición, Medellín, 1996.
- Danilo Rojas Betancourt, **Hermenéutica y Principios rectores de la ley disciplinaria**, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio público, 1998.
- Enrique Sayagués Lazo, **Tratado de Derecho Administrativo**, Montevideo, 1963.
- Manuel María Diez, **Derecho Administrativo**, Buenos Aires, TII. 1963.
- Gustavo Humberto Rodríguez, **Derecho Administrativo Disciplinario**, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997.
- José Barberi, **La potestad sancionadora de la administración**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, **Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario**, Procuraduría General de la Nación, 1998.
- Luis Eduardo Mesa, **Lecciones de Derecho Penal**, Universidad Externado de Colombia, 1979.

- Iván Fernández Carrasquilla, ***Derecho Penal Fundamental***, 1998.
- Diego Younes Moreno, ***Derecho Administrativo Laboral***, 1985.
- Fernando Velásquez, ***Derecho Penal General***, Temis, Bogotá, 1999.
- Paolo Biscaretti de Ruffia, ***Derecho Constitucional***, Editorial Tecnos, Madrid, 1982.
- Manuel José Cepeda, ***Introducción a la constitución de 1991***, Presidencia de la República, 1991.

Consejo de Estado

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio civil, Concepto septiembre 15 de 1975, Ponente: Luis Carlos SÁCHICA.
- Consejo de Estado, Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, 15 de Septiembre de 1975.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

- Corte Constitucional, Sentencia C-190 de 1996 y sentencia C-152 de 1993 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-525/94. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 417 de 1993, MP. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia C-152/93. MP Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 417 de 1993. MP. José Gregorio Hernandez Galindo.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-265 del 8 de julio de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 de octubre 1 de 1992. MP. José Gregorio Hernandez Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia No. T - 438 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia T-521 del 19 de septiembre de 1992, Ponente doctor Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia No 68 del 16 de junio de 1983. Magistrados Ponentes. Manuel Gaona Cruz y Carlos Medellín Forero. ***Gaceta Judicial***. CLXXV, P 352.

Consejo de Estado

- Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, auto de marzo 27 de 1990, exp. 1394, Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, auto de abril 24 de 1992, exp. 1946, Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.
- Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, auto de marzo 27 de 1992, exp. 1755, Ponente Yesid Rojas Serrano.
- Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, auto de noviembre 25 de 1993, exp. 2662, Ponente Miguel González Rodríguez.
- Consejo de Estado, Sección primera, sentencia de febrero 17 de 1995, exp. 2614, Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.
- Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de mayo 31 de 1994, exp. 7245, Ponente Dr. Dolly Pedraza.
- Consejo de Estado, Sección primera, *Sentencia* de marzo 20 de 1997, Exp. No. 3993, Ponente doctor Libardo Rodríguez R.

Consejo Superior de la Judicatura

- Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sent. Feb. 4 de 1993, M. P. Myriam Donato de Montoya.

Consejos Seccionales de la Judicatura

- Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Cauca N. 19970044;
- Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cesar N. 335A/848^a.
- Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño N. 14748 A/698-A.