



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5 CO)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](#).

[Advertencia](#)

Usted es libre para:



Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

El licenciente no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe darle crédito a esta obra de manera adecuada, proporcionando un enlace a la licencia, e indicando si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo del licenciente.



NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con finés comerciales.



Sin Derivar — Si usted mezcla, transforma o crea nuevo material a partir de esta obra, usted no podrá distribuir el material modificado.

No hay restricciones adicionales — Usted no puede aplicar términos legales ni medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros hacer cualquier uso permitido por la licencia.

Aviso:

Usted no tiene que cumplir con la licencia para los materiales en el dominio público o cuando su uso esté permitido por una excepción o limitación aplicable.

No se entregan garantías. La licencia podría no entregarle todos los permisos que necesita para el uso que tenga previsto. Por ejemplo, otros derechos como relativos a publicidad, privacidad, o derechos morales pueden limitar la forma en que utilice el material.

Aplicabilidad de la teoría del error en el proceso disciplinario para el caso colombiano

Paula Alexandra Lugo Reina¹

Resumen

La aplicabilidad de la denominada teoría del error en el derecho disciplinario colombiano, como una causal de exclusión de responsabilidad, es el tema central que se desarrolla en el actual documento, revisando de manera puntual, su aplicabilidad en el error de hecho y de derecho, trayendo a colación la formulación dogmática que al respecto se ha construido desde el derecho penal. Así, la pretensión es ver como se concentra este vacío en el ámbito del derecho disciplinario, que de otra parte no ha tenido la suficiente discusión desde la jurisprudencia que al respecto puede elaborarse.

Palabras claves: *ius puniendi*, derecho disciplinario, culpabilidad, responsabilidad, teoría del error, error de hecho, error de derecho.

Abstract

The applicability of the denominated theory of error in the Colombian disciplinary law as grounds for exclusion of liability, is the central theme developed in the current document, checking punctually, its applicability in the error of fact and law, bringing up the formulation dogmatic about it it has been built from the criminal law. Thus, the aim is to see how this gap is concentrated in the area of disciplinary law, which other party has not had enough discussion from the jurisprudence that the matter can be made.

Keywords: *ius puniendi*, disciplinary law, guilt, responsibility, theory of error, error of fact, error of law.

¹ Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Coordinadora Jurídica del área Garantía Unicasa, UNIFIANZA S.A. Correo electrónico: palugo65@ucatolica.edu.co

Sumario

Introducción. 1. Fundamento del derecho disciplinario. 1.1. Autonomía del derecho disciplinario. 1.2. Relación entre derecho sancionador y derecho disciplinario. 1.3. *Ius puniendi*. 1.4. Principio de culpabilidad. 1.4.1. Culpabilidad en materia disciplinaria. 2. Teoría del error. 2.1. Error de hecho y error de derecho. 2.2. El error en materia disciplinaria. Conclusiones.

Introducción

El Derecho Disciplinario es una de las formas del *Ius Puniendi* o facultad sancionatoria del Estado, a través del cual, se busca que los servidores públicos cumplan en debida forma con sus deberes y obligaciones en relación con la función asignada, asegurando de esa manera el buen funcionamiento de la administración y los fines estatales.

Este ha sido el soporte desde el cual se ha establecido su independencia y autonomía frente a otras ramas, tales como el penal y el administrativo, fundándose en una dogmática propia, pero que en su formación ha concurrido a principios y categorías en mayor medida establecidas por el derecho penal, con lo que se ha generado serias dificultades frente a su aplicación práctica en los diversos procesos adelantados por las autoridades disciplinarias (Gómez, 2011 y 2012).

Es así como en el derecho disciplinario también presenta la existencia de dolo y la culpa como presupuesto para determinar la responsabilidad del servidor² público, pero las condiciones específicas de sujeción del sujeto con el estado y la

² Se reconoce que existe un debate sobre el diferencial entre el servidor público y funcionario público, algunos autores intentan matizar dicha diferenciación en el tipo de cargo o rama del poder a la que se pertenece, sin embargo, para efectos del actual documento, se encuentra que no existe una diferencia radical entre servidor público y funcionario público, por lo mismo, en lo que sigue, se va a seguir haciendo referencia a servidor público, pues lo importante para el caso es que tanto al servidor público, como al funcionario público, le aplica la responsabilidad disciplinaria del servidor público, y en estricto, la teoría del error.

razón de ser de la falta disciplinaria entendida como la infracción de deberes, determina un paradigma de difícil análisis y comprensión frente al principio de la culpabilidad disímil con el Derecho Penal (Sarmiento, 2015).

Lo dicho lleva a plantear que existe en la actualidad unos aspectos sustanciales del derecho disciplinario, que si bien hoy llevan a establecer que son alimento de lo que es un derecho sancionador autónomo e independiente, no dejan de reconocerse temas de debate en los que aún debe profundizarse (Molinares, 2015), puesto que se hallan vacíos que bien atendidos, servirían al fortalecimiento de esta disciplina jurídica.

Es precisamente, en reconocimiento de uno de estos vacíos de discusión jurídica, a saber, la culpabilidad, y la causal de exclusión de responsabilidad denominada como la teoría del error, en su aplicabilidad al ámbito disciplinario, que se construye el actual documento, puesto que la forma escueta en la que fue asumida dentro del ordenamiento jurídico disciplinario, de débil clasificación y definición alguna frente a sus consecuencias, que se genera un panorama oscuro y sin dirección frente a su aplicación en aquellas investigaciones en donde se constituya la existencia de un error frente a la comisión de la conducta endilgada.

En este sentido, no sólo se presenta el posible estado actual de aplicabilidad de la teoría del error en el derecho disciplinario colombiano, sino que a su vez desde la reflexión se construye un escenario comparado de aplicabilidad en la doctrinal penal, pues, se reconoce que en este ámbito, la doctrina ha logrado ahondar en su debate, logrando un profundo aspecto referencial que bien sirve para alimentar la discusión que quiere darse en materia disciplinaria.

1. Fundamento del derecho disciplinario

El debate respecto a la dogmática y naturaleza del derecho disciplinario, es bien recogido y analizado por Carlos Gómez (2012), quien establece la existencia de posturas respecto a la naturaleza y autonomía del derecho disciplinario que se

producen en la discusión contemporánea que retoman elementos del vasallaje feudal, y otras que son más recientes y alientan el debate en la actualidad que vienen más jalonadas por los desarrollos en la ciencia administrativa del Estado, en argumento próximo, al que también desarrolla Jaime Ossa (2000).

Si bien se hace una referencia a esta época de la Edad Media, lo cierto es que, como afirma Gómez (2012), esta tiene un mayor apego hacia lo que es la formación de instituciones jurídico-políticas, en lo que viene a ser la baja Edad Media con el tránsito hacia el Estado moderno, donde comienza a darse la concepción de desapego, de la figura teocéntrica de manejo de la sociedad, donde primaba fuertemente el derecho penal y civil.

De allí se viene a desprender todo lo que en acierto terminaría siendo el derecho disciplinario, primer del derecho civil viene a darse el derecho laboral, y se saca del derecho civil la relación patrono-trabajador, que visto en el caso del sector estatal, derivó en el caso del trabajador oficial, aunque, para ello, aparece la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que hoy por hoy se extiende al derecho disciplinario, fundado en el reconocimiento de una “relación especial de sujeción”, como lo establece Gómez (2012).

Con fundamento en este orden cronológico que da lugar a plantear la “relación especial de sujeción”, es que se caracteriza el debate actual respecto a la naturaleza y autonomía del derecho disciplinario, de si este compaginaría más con un carácter administrativo, o si por el contrario debe dársele un carácter penalista, como puede analizarse en el documento actual donde se estudia la aplicabilidad de la teoría del error en el derechos disciplinario, aunque el debate para Gómez, aparece en la actualidad inclinado de la siguiente manera;

En la actualidad se debate, principalmente, en torno a si el Derecho Disciplinario tiene naturaleza administrativa –visión administrativista–, fundada en la evolución de la “relación especial de sujeción” de naturaleza pública derivada del vínculo legal reglamentario que surge entre Estado y trabajador por virtud del acto de nombramiento y posesión, o bien naturaleza

penal –visión penalista–, que surge históricamente cuando adviene el Estado Constitucional de Derecho y se abandona la idea del “*volentimon fit inuria*” como sustento de la Teoría Clásica de la relación especial de sujeción; empero, la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia es por una consideración del Derecho Disciplinario como ciencia autónoma e independiente. (2012, p. 58-59)

Esta primera entrada, también manejada por Carlos Isaza (2009), acerca más al derecho disciplinario al campo del derecho administrativo que penal, aunque, este se vea finalmente separado a un ámbito de aplicación autónoma e independiente, no obstante, se considera que pueden haber ciertos matices para traer a colación elementos del derecho penal al derecho disciplinario, que es precisamente lo que busca hacerse en el actual documento, para el caso puntual de la teoría del error.

En el aparte que sigue, se precisa como el derecho disciplinario se ha ido perfilando haciendo separaciones del derecho penal, sin romper totalmente con este, y aquí se debe precisar, la necesidad que existe en derivar este nuevo tipo de derecho, el cual se basa en el reconocimiento de unos tipos penales a los que no se les puede dar lectura en estricto desde el delito común, esto, porque el servidor público se enviste de una responsabilidad de administración acorde al ordenamiento jurídico, que tecnifica la lectura de su acción u omisión administrativa.

Este es un asunto que se profundiza en la medida que se desarrolla el documento, empero, esta primera apreciación aporta para comprender de entrada la necesidad de existencia de este tipo de derecho particular, y así es defendido por otros autores como se verá más adelante, también normativamente ya que se puede ver concretizado en la caracterización que así intenta hacer la Ley 734 de 2002, aunque también es un asunto que se agota en su explicación más adelante.

Lo que se quiere, es sentar la posición de afirmar que no se puede catalogar el mismo como un tipo de derecho administrativo, sino como un tipo de derecho administrativo sancionador, dado que una cosa es la revisión del carácter sustancial

del contenido de la acción administrativa, y otra diferente, la responsabilidad de acción u omisión que recae como administrador en el servidor público. Se espera que este punto quede más claro en la medida que se da lectura al documento.

1.1. Autonomía del derecho disciplinario

Por lo anteriormente visto, se puede considerar que es necesario dotar al derecho disciplinario de una autonomía propia, esto, porque sus características y fundamentos, que en principio vacilaron entre la ciencia administrativa y la ciencia penal, hoy aparecen posicionados como propios, lo que le da un carácter de derecho sancionador, diferente a la dogmática del *ius puniendi* que se funda como base del derecho penal (Berdugo, Cadrazco, Corredor, Duarte, Mena, Pinzón y Vergara, 2013).

Al respecto, Gómez (2012) señala que los mismos pronunciamientos de las Altas Cortes, llevan a considerar que el derecho penal se materializa en razón del *ultima ratio*, “cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico” (Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1995), contrario a lo que sucede con el derecho disciplinario, el cual “no es un instrumento que opere como razón última para el control de la desviación” (Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2004), dando allí el matiz diferencial que cabe para alejar la acción disciplinaria, de la penal.

Otra de las cuestiones que trae a colación Gómez (2012), radica en los conceptos de norma objetiva de valoración y de norma subjetiva de determinación, señalando al respecto que el derecho penal persigue en su criterio funcional fundamental, el quebranto o lesión a un bien jurídico, desde donde se determina la sanción –norma objetiva de valoración–, diferente a lo que sucede con el derecho disciplinario, que se funda en la sanción de la falta al deber del funcionario “el ilícito disciplinario se configura a partir del quebrantamiento de la norma subjetiva de determinación” (p. 61), en un doble juicio; deontológico y axiológico.

Lo planteado hasta el momento sirve como insumo claro para establecer la autonomía del derecho disciplinario, que es en suma, a su apuesta funcional dentro de la lógica racional de aplicación de los derechos que pueden parecer similares, aunque como lo afirma Berdugo et al. (2013), esto no impide que se pueda nutrir el mismo de la dogmática penal, máxime teniendo en cuenta, las diferencias en el tiempo que tienen como disciplinas jurídicas, de allí que se considere que lo planteado, no limita, sino que por el contrario aviva el debate, en el que surge el problema de investigación que se desarrolla en el actual documento.

Faltaría para cerrar esta primera parte del documento, generar la claridad entre dos conceptos que aunque pueden usarse similarmente, tienen diferenciales, es el caso del derecho sancionador y el derecho disciplinario, de los que puede decirse inicialmente este último deriva del primero, y su tratamiento de tal forma, es la clave para brindarle conexidad dogmática con el derecho penal, pero también la clave para darle el grado de autonomía que sobre el mismo se predica (Gómez, 2011, 2012 y 2014).

En este sentido, lo que se encuentra en el caso colombiano es una emergencia reciente del derecho disciplinario, basado en los preceptos sustantivos y procedimentales del derecho penal, no en vano, es repetitivo en distintas cuestiones como lo que se busca reconocer con la teoría del error, sin embargo, sus autoridades y tratadistas también se han dado a la tarea de pulirlo para matizarlo del derecho penal, y los puntos ya citados, y otros que se decantan en lo que sigue del documento, dan cuenta de lo afirmado.

1.2. Relación entre derecho sancionador y derecho disciplinario

Aunque puede que en lo anterior se halla visto el derecho disciplinario como un derecho sancionador, lo cierto es que Gómez (2012), establece una relación derivada que es importante traer a colación. Para el autor, el derecho sancionador es un género de derecho, y del mismo se desprende la especie que es el derecho disciplinario, y lo mismo se plantea para el derecho penal, mediado por el mismo

género “puesto que de manera clara se ha dicho que la función del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos y la del Derecho Disciplinario el aseguramiento de los deberes funcionales” (2012, p. 62), aunque estas no sean las únicas especies;

Constitucionalmente dicha diferencia viene soportada por los fines y objetos de cada especie del Derecho Sancionador, como lo son el Derecho Penal, el Derecho Contravencional, el *Impeachment*, el Derecho Correccional y el Derecho Disciplinario, a partir de lo cual adquiere nuestra disciplina el rango de ciencia autónoma e independiente. (p. 62)

Diferenciar entre las especies que se mencionan, es un tarea fundamental para llegar a sostener la diferencia y autonomía del derecho disciplinario, aunque, como ya se ha dicho, si bien esto no implica que las categorías del derecho penal, no le sean aplicables al derecho disciplinario, su tratamiento debe hacerse con especial cuidado, dados que los fines que persigue en sí los mismos tipos de derecho son diferentes, y allí radica el éxito en el tratamiento de las mismas para no caer en imprecisiones, como lo aclara Gómez (2012);

Si bien en un principio se afirmó que las categorías penales se aplicaban también en Derecho Disciplinario, la evolución de la jurisprudencia ha sido enfática en precisar que tal señalamiento solo lo es con respecto a su revestimiento, puesto que la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como sus respectivas subcategorías dogmáticas, tienen su propio sentido y contenido. (p. 63)

Gómez (2012) acude a la misma jurisprudencia, para sostener lo dicho, en este sentido, cita lo expresado en Sentencias T-438 de 1992, cuyas posiciones han sido reiteradas por otras jurisprudencias, tal y como sucede en las Sentencias C-195 de 1993, C-244 de 1996, C-280 de 1996, C-095 de 2003, T-161 de 2009 y C-242 de 2010, en las que se reproduce lo siguiente;

En el ámbito administrativo y, específicamente, en el derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías constitucionales inherentes al debido proceso, *mutatis mutandi*, se aplican a los procedimientos disciplinarios, dado que éstos constituyen una manifestación del poder punitivo del Estado. Sin embargo, su aplicación se modula para adecuar el ejercicio del poder disciplinario a la naturaleza y objeto del derecho disciplinario y, especialmente, al interés público y a los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad que informan la función administrativa.

Es allí en la modulación de las figuras traídas del derecho penal y aplicadas al derecho disciplinario, donde se halla el éxito en el logro de la aplicación de lo que para el caso particular del actual documento sería la teoría del error, que explicada más adelante, serviría en la determinación de la culpabilidad del servidor público, matizando sobre la culpabilidad que se presenta en materia disciplinaria como se verá más adelante.

Sin embargo, lo que hasta este punto ya se quiere que quede claro, es que el derecho sancionador es una especie de tronco del derecho, del que se desprenden sus ramas del derecho penal y el derecho disciplinario, -Gómez (2012) ya explica cuál es el fin último y bien jurídico tutelado en cada uno-, en una analogía que permite intuir, la conexidad primaria que existe entre estas dos ramas del derecho, y en consecuencia postular condiciones como la de la aplicabilidad de la teoría del error del campo penal al campo disciplinario.

1.3. *Ius puniendi*

En lo visto se puede decir que la relación existente entre el derecho penal y el derecho disciplinario, es que ambos persiguen, como también lo hacen las otras especies, la *ius puniendi*, donde rigen principios como el de tipicidad, antijuricidad, proporcionalidad, irretroactividad, non bis in ídem y culpabilidad, aunque, en su parte procesal y sustantiva, son diferentes y así mismo por ejemplo las condenas

que pueden darse, inhabilidad, desvinculación, suspensión, multa sobre el sueldo, amonestación, en materia disciplinaria, y pena privativa de la libertad o accesorias en el ámbito penal (Forero, 2006).

Al encontrar un campo tan amplio por el que se pueda reconocer la *ius puniendi*, es preciso caracterizar su aplicabilidad en un campo específico como lo es el derecho disciplinario, y allí, resulta prudente ir a los pronunciamiento de la misma Corte Constitucional, quien hallando esta la variedad de aplicabilidad de la *ius puniendi*, establece sobre el particular del derechos disciplinario lo siguiente;

Esta Corporación se ha referido de manera reiterada a la potestad sancionadora en el derecho disciplinario, el cual hace parte del *ius puniendi* del Estado, conjuntamente con el derecho penal, el derecho contravencional y el derecho correccional. El ámbito disciplinario hace parte del denominado derecho administrativo sancionador y se refiere a “un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas”.

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en afirmar que la potestad sancionadora de la administración se justifica en cuanto se orienta a permitir la consecución de los fines del Estado, a través de “otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1°, 2°, 4° y 16)”.

Así, la potestad sancionadora es una característica esencial de la administración y una función que es necesaria para el adecuado cumplimiento de los fines de nivel superior. (Sentencia C-030 de 2012)

Varias cosas por mencionar de lo citado, primero, no queda duda que para el alto tribunal el derecho disciplinario es una disciplina autónoma e independiente,

sin que ello, no implique que se pueda hacer una proximidad de la misma con el derecho penal en materia de las figuras que se pueden aplicar, no obstante, ya se ha advertido que esto debe hacerse con especial cuidado para modular su contenido y alcance, conforme ya se estudiaba en el acápite pasado.

Sobre la *ius puniendi*, se encuentra claro que el hecho que se brinde tal autonomía e independencia del derecho disciplinario, esto no lo lleva a una separación total del derecho penal, pues como ya se dijo, ambos derivan del derecho sancionador del Estado, tal y como también lo ha afirmado la Corte en pronunciamientos tales como el que se encuentra en Sentencia C-242 de 2010, por la que señala lo siguiente;

La potestad disciplinaria se encuentra regida por los principios que regulan el poder sancionatorio del Estado, y su aplicación supone la estricta observancia de las bases que regulan el Derecho Sancionador, tales como el principio de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, “*con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza*”. Siendo el Derecho Disciplinario una de las manifestaciones del *ius puniendi*, como Derecho Administrativo Sancionatorio (...). Con todo, si bien el Derecho Sancionador Administrativo comparte con el Derecho Criminal un conjunto de elementos no es menos cierto que existen ciertas diferencias en razón de su especificidad: tanto el Derecho Administrativo Sancionador como el Derecho Penal son manifestaciones de la potestad punitiva estatal; pero el primero es un Derecho autónomo, con finalidades propias, como el óptimo funcionamiento de las ramas y órganos del Estado y el correcto desempeño de los titulares de la función pública.

Ante lo expuesto, puede plantearse sobre la *ius puniendi* que se encuentra en el derecho disciplinario, que es una que va en busca de sancionar la punibilidad que corrompe la institucionalidad de lo público, no obstante, esta no se presenta, primero, como recurso último tal y como sucede en el derecho penal, que bien haría la Corte en puntualizar sobre este aspecto, y segundo, su finalidad no es la

retribución de la lesión jurídica causada como ocurre en el derecho penal, sino propender por un correcto funcionamiento del Estado.

1.4. Principio de culpabilidad

Para establecer la culpabilidad que se encuentra inmersa en el análisis de las situaciones disciplinarias, es necesario primero reconocer que esta se desprende del principio constitucional de presunción de inocencia, y por el cual se considera que toda persona es inocente hasta que judicialmente se demuestre su culpabilidad conforme a las leyes preexistentes (Constitución Política de 1991, artículo 29).

De conocimiento general es que cualquier persona se presume de inocente mientras no se demuestre lo contrario, fundamento sobre el que circula la teoría de la carga de la prueba, y que hace que en materia penal o disciplinaria, sea el acusador quien deba encargarse de recoger el acervo probatoria para que sirva en el enjuiciamiento, y en los casos que sobrevenga una duda, esta debe resolverse en favor del procesado, siguiendo la lógica, del principio de *in dubio pro reo* (Tribín, 2009), que en materia disciplinar, adquiere el carácter de *in dubio pro disciplinado* (González, 2001).

Lo anterior, es consecuente con los mismos pronunciamientos de la Corte, que desde tiempos tempranos ha defendido sin vacilar el debido proceso que recorre la justicia en cualquiera de sus géneros y especies, visto este no sólo como la defensa misma del principio de seguridad jurídica, sino como la forma de brindar garantías jurídicas y procesales, a quienes en el derecho sancionador es acusado o imputado. Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-053 de 1993, afirma;

La institución del debido proceso, que se erige en columna insustituible del Estado de Derecho, responde a la necesidad imperativa de establecer un conjunto de garantías jurídicas cuyo objeto principal consiste en proteger a

la persona de la arbitrariedad y en brindarle medios idóneos y oportunidades suficientes de defensa a objeto de alcanzar la aplicación justa de las leyes. Supuesto indispensable de ello es la presunción de inocencia de todo individuo mientras no se cumpla el requisito de desvirtuarla, demostrándole su culpabilidad con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones, en su caso.

El propósito del Constituyente, del Legislador y de la Corte, es generar un escenario por el que se presuma la inocencia de toda persona a menos que se le demuestre judicialmente lo contrario. Para ello, como se señala la carga de la prueba recae en el ente acusador, quien debe reunir pruebas certeras, para que quien actúe como juez natural del acusado, puede fallar en derecho con respecto a la acusación que se hace, todo respetando el principio constitucional del debido proceso.

Este marco que propone la norma superior, se encuentra a su vez reflejado en el marco normativo de lo disciplinar, más específicamente en el Código Disciplinario Único, que es la norma que se presenta a continuación, o mejor, se presenta la manera cómo opera la culpabilidad en el derecho disciplinario colombiano, lo cual hace necesario ir a lo que al respecto de esta dice la norma en comento.

1.4.1. Culpabilidad en materia disciplinaria

Con la Ley 734 de 2002, se establece el Código Disciplinario Único que rige las actuaciones de los funcionarios, servidores o quien actúe en representación del Estado. En su primera parte, la norma agota lo que son sus principios rectores, siendo de referencia necesaria el artículo 13, que hace referencia a la culpabilidad, mencionando al respecto que; “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma

de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”.

Lo primero que se debe señalar sobre este artículo de la norma citada es que la responsabilidad, sólo acaece en términos del dolo y la culpa, extinguiendo la posibilidad de declarar una responsabilidad objetiva, aunque se reconozca una excepción en el ámbito cambiario, como lo señala María Ramírez (2008), citando a su vez la aclaración que al respecto ha hecho la Corte en Sentencias A-014 de 1999; C-506 de 2002 y; C-10 de 2003, no obstante, es insistente la reiteración de la Corte al respecto de extinguir la responsabilidad objetiva como sucede en Sentencia C-155 de 2002, por la que afirma;

El artículo 14 del Código Disciplinario Único acusado, al disponer que "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa", incorpora el principio de culpabilidad tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que " el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias sólo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso - con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso -, y de que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado".

Resalta la Corte, que en lo que corresponde a la culpabilidad del disciplinado, es necesario generar la sinergia con lo que dispone el artículo 29 superior de lo que respecta al debido proceso, y que a una persona no se le allane de responsabilidad en una conducta, sin que sobre su persona se hallan levantado las pruebas que así lo indiquen, por lo que en continuidad de la jurisprudencia citada, la Corte Constitucional asevera;

Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público

infractor solo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que *"el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado"*. (Sentencia C-155 de 2002)

Sin embargo, sobre estas posiciones de la Corte pueden hacerse algunas críticas, que por ejemplo señala Gómez (2011), en su dogmática del derecho disciplinario, o Nelson Hernández (2007), que en la misma línea de Gómez (2011, 2012 y 2014), establece que resulta equívoco importar estas categorías del derecho penal, sin hacer la tarea de razonar su aplicabilidad, partiendo de que es similar pero no igual, por ello en estricto sentido sobre el principio de culpabilidad, estable este, "como un principio que no se pueda importar y aplicar de forma acrítica en el ámbito disciplinario" (Hernández, 2007, p. 17), por lo que se plantea como reducido el estudio minucioso que sobre su verdadera naturaleza se haya realizado.

Con lo visto ya se va haciendo forma a una caracterización técnica de la culpabilidad en materia disciplinaria, esto, en su condición de amparo en el derecho penal, que ya se ha dicho, resulta tendencioso en lo que es su adaptación sin una rigurosidad en el estudio de aplicabilidad, no obstante, se pueden encontrar trabajos como el de Jaime Mejía, que han tendido a lograr una caracterización técnica más ajustada a lo que sucede en materia procesal disciplinario, indicando respecto al principio de culpabilidad que;

El Principio de Culpabilidad está soportado en la estructura dogmática – culpabilista, con la innovación de la culpa gravísima y de la culpa grave (culpas estas curiosamente deducibles por la "condición personal" del agente

y no de su “acto”). Es decir que en la realización de la conducta disciplinaria intervienen, para el análisis de la responsabilidad, la tipicidad en unión directa con la ilicitud sustancial (antijuridicidad material) y la culpabilidad (traducida en el dolo o la culpa (como responsabilidad por el “acto” o la condición personal como responsabilidad “de actor”). (2006, p. 214)

Resulta claro y acertado, lo que señala el autor respecto a la condición de existencia de la culpa, y que la misma sea demostrada, para que se considere la sanción, hecho que se entrelaza con la tipicidad y la ilicitud sustancial, para determinar finalmente la sanción. De igual manera, se hacen las siguientes salvedades para establecer el dolo, la culpa, la culpa grave y la culpa gravísima, en atención a lo que dispone la normatividad al respecto.

Primero, se establece el dolo por conocimiento y voluntad de actuar contrario a la ley; la culpa, por negligencia, imprudencia, impericia y violación de reglamentos; la culpa grave, por inobservancia en el cuidado necesario que cualquier persona del común le imprime a su actuación; y la culpa gravísima, por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, lo que lleva a plantear que, “el dolo y la culpa se predicán de los destinatarios por faltas diferentes a su función, y la culpa gravísima y la culpa grave, a los destinatarios por faltas inherentes a su función”. (Mejía, 2006, p. 214).

Con lo visto, se pueden establecer los elementos esenciales para reconocer la culpabilidad, y la culpabilidad en materia disciplinaria, que como ya se ha dicho, se puede establecer como efecto que deriva del dolo o la culpa del funcionario que ejecuta la conducta, de allí que se predique la relación especial de sujeción, desde la que nace la subjetivación de la conducta como forma de configuración de la *ius puniendi* en lo disciplinario.

Lo expresado por distintas sentencias de la Corte Constitucional, tiene en el trasfondo un análisis que comparte el juez disciplinario, que es a saber la Procuraduría General de la Nación, visto como juez natural de los servidores públicos en el país, siendo esta una posición que entra en choque con la Sentencia

115 de 2013 Consejo de Estado, por la que afirma que; “la Procuraduría no juzga ni sentencia, puesto que no es un juez”.

Como nota al margen se señala entonces que ahondar en estas divergencias desvaría evidentemente el centro de la discusión del documento, por lo que para efectos de continuar la lógica explicativa del mismo, se presume no compartida la posición decantada por el Consejo de Estado, sin que esto no signifique que se deslegitime del todo la misma, pues allí hay una discusión de fondo bastante interesante que no se podría agotar de manera suficiente en el actual documento.

2. Teoría del error

Visto lo que corresponde a la culpabilidad, sigue conectar lo dicho a la teoría del error, pues como lo afirman diferentes autores, a la culpa en diferentes contextos subyace que se presente el error, que para el caso disciplinario, es el error del servidor público en el ejercicio de sus funciones, sea por acción u omisión. Así, sobre la teoría del error se identifican distintos postulados, como el que sugiere Jaime Mejía;

Esta teoría en nuestro sentir es la base de la *culpa*, pues no hay delito culposo que no se origine en un *error* del sujeto de la infracción. La persona que obre con culpa en la mayoría de los casos tiene una visión deformada de la *realidad*, ya sea de manera *inconsciente* al no prever las consecuencias o al no conocer las condiciones en que su propia acción se desenvuelve habida cuenta de una falta de asociación mental entre la conducta y sus eventos posibles y ya sea de forma *consciente* cuando por error el sujeto prevé mal los resultados de su acción, el resultado se vislumbra como posible pero se calcula *erróneamente* su falta de verificación. La teoría se dirige a determinar que en los dos casos el error ha de ser vencible, pues de lo contrario se presentaría el caso fortuito. Puede haber casos de error vencible que no tienen relevancia penal, tal es el caso de las conductas no

incriminadas a título de culpa. En síntesis, el error consiste en *falta de asociación mental* entre la conducta y sus posibles eventos. (2006, p. 224)

En su caracterización técnica, el error aparece en la doctrina como lo señala Yecid Echeverry (2013), en dos especies; de hecho y de derecho en su versión primaria, que luego ante la necesidad de encontrar los mismos aplicables a toda la *ius punendi*, se extendieron en lo contemporáneo a los errores de tipo y de prohibición, figuras, hoy acogidas por la legislación para denotar el culpa en materia punitiva.

En el entender del error, una de sus primeras discusiones se establecía en la relación con la triada clásica de definición de la conducta punitiva, a saber, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y aunque en un principio las escuelas clásicas lo encasillaron en la tipicidad, es por las escuelas finalistas que esta migró a la culpabilidad, en el entender de que la acción y la intención no siempre era consecuente con la realidad, de modo que no siempre podría identificarse un dolo en la intención, así, como lo comenta Echeverry (2013);

Al sacar el dolo de la culpabilidad para mudarlo al tipo o a la acción, dentro de la escala del delito, el finalismo acortó el largo trayecto jurídico que en algunos casos obligaba a la realización de juicios de tipicidad y antijuridicidad para poder descartar la comisión del delito en el ámbito de la culpabilidad por ausencia de dolo (conocimiento y voluntad). En otras palabras, al sacar el dolo de la culpabilidad y ubicarlo en la tipicidad, el error se convertía, automáticamente, en causal de atipicidad y no en causal de inculpabilidad. (p. 219)

Sin embargo, allí no se agotó la discusión puesto que en principio se excusó el error de hecho, más no el derecho, entendiendo este último como el error que se aduce ante el desconocimiento de un precepto legal reconocido por todos, no obstante, podían identificarse situaciones que para determinar la culpabilidad un error de derecho, se encasillaba en un error de hecho, en un panorama de ambigüedad que fue trabajado doctrinalmente y la cual se expone a continuación.

2.1. Error de hecho y error de derecho

Lo primero que hay que poner de relieve en el debate jurídico que se sigue sobre el error de hecho y el error de derecho, es que uno de los elementos centrales de discusión radica en el asunto por el cual se propone que las personas conocen de antemano a sus intenciones y acciones, el acervo jurídico relacionado con lo que fuese las consecuencias de sus acciones, no obstante, esta discusión se plantea en el seno del Estado de derecho, y la imposibilidad de que un estamento presuma lógicamente el conocimiento que deben tener sus administrados (Echeverry, 2013).

Con los argumentos que se defienden la tesis expuesta, es que el debate respecto a los errores de hecho y derecho fue tomando posición en la doctrina y discusión jurídica, para llegar al estadio actual por el que se reconoce la existencia de errores de hecho y de derecho, denotando la primera como “la equivocación que recae sobre uno o varios de los elementos constitutivos de la conducta legalmente descrita en la ley penal, sobre una característica del objeto pasivo o sobre el objeto materia” (Reyes, 1997, p. 165).

Siguiendo así lo dicho por Reyes (1997), se establece que el error de hecho se configura en el evento de que el autor cree, por error, que existe una circunstancia de justificación que el ordenamiento jurídico no considera, o desconoce los límites de su justificación, o también por el error al que conduce las circunstancias materiales de una causal de justificación, pudiendo presentarse por ignorancia invencible o esencial (Echeverry, 2013).

De otra parte se encuentra el error de derecho, que básicamente se configura cuando el equívoco se presenta sobre la interpretación de la norma, en el evento de conocimiento de la norma, pero de entendimiento o interpretación diferente, entendiéndose así por desconocimiento de una descripción típica punitiva, o cuando en el raciocinio se considera que la acción no violenta el orden normativo (Echeverry, 2013).

En lo visto, y con esta aproximación que se hace a la teoría del error, lo que sigue es ver su aplicabilidad en materia disciplinaria para el orden normativo colombiano, lo cual se hace dialogando esencialmente con la teoría que al respecto puede identificarse, que para el caso específico de la jurisdicción colombiana, viene soportada fuertemente por el interés del Ministerio Público en clarificar estos aspectos normativos, para con ello ir elaborando la doctrina que para el caso específico deba darse (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007).

2.2. El error en materia disciplinaria

Lo visto lleva a plantear que en el entendido de lo que sigue la teoría del error, y en vista que la materia jurídica disciplinaria se debe enmarcar en los contenidos de un Estado Social de derecho como lo es el colombiano, la primera entrada que se hace apunta a señalar que existen en el actuar de la función pública errores que pueden cometerse sin que exista la intención *per se* de cometer el mismo, en lo que sería una tesis para plantear la total operancia de la teoría del error en materia disciplinaria.

En el caso del error de hecho, se tiene que este se torna vencible cuando el sujeto que cometió la conducta reprochable jurídicamente, podría, en un esfuerzo racional, haber tenido la certeza del orden de las circunstancias que rodearon la acción desplegada, por lo que en atención a dicha racionalidad su acción hubiera sido la de actuar de manera correcta (Gómez, 2011), y se convierte en invencible, cuando en la razón lógica social, no hubiera podido evitar el error (Gómez y Sánchez, 2007).

En lo que corresponde al error de derecho, sostener su carácter de invencible resulta algo no menos que difícil, en la medida que él mismo obedece al cumplimiento mismo de la ley que el funcionario debe conocer, y es complicado presumir su ignorancia, es por esta y otras situaciones razonables de la conducta, que se puede encontrar la sugerencia a la consideración dogmática penal del error,

como lo expresan Gómez y Sánchez (2007), examinar así si es vencible o no el error;

Para la aplicación de las sanciones respectivas en los eventos de error de hecho o de derecho vencible, en nuestro sentir, se debe acudir a la regulación penal por virtud del principio de integración normativa, pues el código disciplinario no contempló de forma expresa la solución a tales eventos. Habida cuenta de ello, se debe aplicar la sanción de la falta culposa frente al error de hecho vencible, siempre que la falta admita tal modalidad, y la mitad de la sanción en los eventos de error de derecho vencible.

Debe hacerse la anotación de que la norma disciplinaria (Ley 734 de 2002) contempla en su artículo 28 las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, siendo una de estas quien actúe “con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria”, sin embargo, el gran problema radica en que la norma no contempla entre los errores, la diferenciación o proximidad que puede darse con el error de hecho o de derecho invencible, siendo esta una materia pendiente en materia legislativa.

Es precisamente por este vacío normativo que se desarrollan investigaciones reflexivas como la actual, sobre la que en particular del error de derecho, sigue la tesis de Esiquio Sánchez (2005), por la que se afirma que si se trata de un error invencible, se debe excluir la responsabilidad disciplinaria; diferente, cuando es vencible, que debe tenerse como un criterio atenuante en la graduación de la sanción, en la medida que el reproche por el conocimiento de la ilicitud de la conducta es menor.

Así que, realizada la exposición dogmática de la culpabilidad y de esta la aplicación de la teoría del error, se llega a plantear que en los casos de los errores que excluyen la responsabilidad disciplinaria sean estos de hecho o de derecho, cuando se establezcan que los mismos sean invencibles, se debe excluir de culpabilidad al funcionario, pues no hay condición probatoria para justificar la sanción.

Este, que es el punto al que se quiere llegar, establece que hay una posibilidad de aplicabilidad de la teoría del error en la materia disciplinaria, permitido en el carácter justificador de la conducta sea por acción u omisión, sin embargo, es necesario ahondar en lo que ya se ha dicho su aclaración normativa, y así mismo generar jurisprudencia, que debe decirse es poca y no se encuentra centrada en la clarificación de este aspecto normativo en materia disciplinaria.

Conclusiones

Con la referencia que se hizo a la autonomía del derecho disciplinario en un primer momento, se presentó la manera como esta ha ido formando un camino de independencia del derecho penal sobre la base del derecho sancionador, aunque se hace la salvedad, de que esto no necesariamente llevaba a una separación total de la dogmática penal. Se insiste, que la base de su separación se encuentra en el argumento por el cual se involucra la materia disciplinaria en una relación especial de sujeción, diferente a la relación general de sujeción que se predica en materia penal.

No se deja de valorar la manera como ambos hacen parte de un derecho sancionador, cuyo fin es la razón jurídica sobre la acción de *ius puniendi*, no obstante, esto no lleva a unirlos sino a dividirlos como especies del derecho sancionador comentado, y de allí, que la conducta culpable adquiriera un matiz diferente en el ámbito de lo disciplinario, para lo que se revisó su aplicabilidad desde el respeto mismo del principio de culpabilidad, señalado en la norma superior.

A partir de lo anterior se comienza a definir lo técnico del derecho disciplinario, el cual reconoce la culpa, la culpa gravísima y la culpa grave, expuestas en el acápite de culpabilidad del presente documento y reguladas en los artículos 6 y 123 de la Constitución Política; conductas que se determina de acuerdo a la responsabilidad y acción desplegada por el disciplinado, y desprendiendo de la

misma la tipicidad, y su relación con la ilicitud sustancial, para determinar finalmente la sanción o absolución en un proceso disciplinario.

Entendiendo la culpabilidad, finalmente se revisó la aplicación de un precepto originario del derecho penal, al derecho disciplinario, esto, en referencia directa a la teoría del error, pudiendo configurarse los mismos por hecho o por derecho, siendo el primero el que se configura en el evento de que el autor cree, por error, que existe una circunstancia de justificación sobre su actuación u omisión, o que es lo más recurrente, que se presente una ignorancia invencible o esencial.

Por su parte, el error de derecho se estableció como aquel que sucede, cuando el equívoco se presenta sobre la interpretación de la norma, o, que, con conocimiento de la norma, su entendimiento o interpretación se halla dado de manera diferente, dicho de otra manera, por desconocimiento de una descripción típica punitiva, o también, cuando en racionamiento hecho se consideró que la acción no violenta el orden normativo.

Dicho esto, sobre la aplicabilidad de la teoría del error en la materia disciplinaria, se establece que esta es aplicable cuando se encuentre invencible el error, esto, porque la misma materia disciplinaria señala como causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria la existencia de una convicción errada e invencible de la norma (artículo 28 de la Ley 734 de 2002), es decir que no se hubiera podido evitar el error, no obstante, se identifica que la norma no contempla los tipos de errores; particularmente los errores de hecho y de derecho, que hace vacilar la aplicación de la norma en el sentido descrito, máxime cuando la jurisprudencia, tampoco ofrece claridad sobre la aplicación de esta figura.

En este sentido, los errores pueden ser excluyentes de responsabilidad disciplinaria, sea por errores de hecho o de derecho, cuando se logra establecerse que los mismos son invencibles, sin embargo, se insiste en que hay una necesidad de ahondar en su aclaración normativa, a su vez que de generar jurisprudencia al respecto, que lleven a la clarificación de este aspecto normativo, para el sano funcionamiento de la materia disciplinaria en Colombia.

No se quiere con lo propuesto afirmar que esta es la ruta que deba tomar el derecho disciplinario colombiano de entrada, pues lo que a lo sumo se encuentra en lo dicho, es unos puntos de análisis reflexivos cuya pretensión no es necesariamente la de cambiar la Ley 734 de 2002 en este sentido, sino de abrir al debate para que expertos y conocedores, dialoguen sobre lo propuesto a miras de definir si en efecto deba haber un cambio sustancial en la normatividad disciplinaria en Colombia.

Bibliografía

- Berdugo, A., Cadrazco, M., Corredor, E., Duarte, J., Mena, D., Pinzón, J., & Vergara, C. (2013). La imputación objetiva en el derecho disciplinario. *Revista Derecho Penal y Criminología* 34(97), 113-157.
- Echeverry, Y. (2013). El error como eximente de la responsabilidad penal en Colombia. *Precedente*, 3, 213-254.
- Forero, J. (2007). Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis desde la óptica de un derecho disciplinario autónomo. Colombia. *Diálogos De Saberes*, (25), 211-238.
- Gómez, C. (2011). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, C. (2012). El derecho disciplinario como disciplina jurídica autónoma. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 33(95), 51-68.
- Gómez, C (2014). *La lucha por los derechos en el derecho disciplinario*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gómez, C., & Sánchez, E. (2007). *Lecciones de derecho disciplinario. Volumen III*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

- González, P. (2001). *Derecho penal en las relaciones laborales públicas y privadas*. Bogotá: Legis.
- Hernández, N. (2007). El principio de culpabilidad en el derecho disciplinario colombiano: un concepto por definir. *Justicia Juris*, 7, 15-22.
- Instituto de Estudios del Ministerio Público (2007). *Lecciones de derecho disciplinario. Volumen II*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Isaza, C. (2009). *Teoría General del Derecho Disciplinario*. Bogotá. Editorial Temis.
- Mejía, J. (2006). *Principios Constitucionales y Legales de la Ley Disciplinaria para las Fuerzas Militares de Colombia*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Molinares, V. (editora) (2015). *Debates contemporáneos sobre derecho público en Colombia*. Barranquilla: Universidad del Norte.
- Ossa., J. (2000). *Derecho Administrativo Sancionador*. Bogotá: Legis.
- Ramírez, M. (2008). Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo. *Revista de Derecho* (29), 153-177
- Reyes, A. (1997). *La culpabilidad*. Bogotá: Temis.
- Roa, D. (2012). La jurisprudencia del Consejo de Estado y sus recientes aportes al Derecho Disciplinario. *Derecho Penal y Criminología* 33(94), 97-126.
- Sánchez, E. (2005). *Dogmática practicable del Derecho disciplinario*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación; Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Sarmiento, J. (2015). Control disciplinario ¿incontrolable? En: Molinares, V. (editora). *Debates contemporáneos sobre derecho público en Colombia*. Barranquilla: Universidad del Norte.

Tribín, F. (2009). Reflexiones sobre la presunción de inocencia en Colombia: un caso emblemático. *Umbral Científico*, (14), 144-155.