

# EL INJUSTO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO\*

*James Fernández Córdoba\*\**

*María Consuelo Parodi Gámez\*\*\**

*Luis Carlos Torregroza DíazGranados\*\*\*\**

*David Antonio Vásquez Flórez\*\*\*\*\**

*Jaime Alonso Zetién Castillo\*\*\*\*\**

**Resumen:** En este artículo se presenta un análisis sobre la naturaleza del injusto penal y el ilícito disciplinario, conceptualizaciones, características y diferencias; partiendo de la premisa de que el Derecho disciplinario es un área del Derecho

---

\* Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2013. Fecha de modificación: 5 de diciembre de 2013. Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2013. Para citar el artículo: CÓRDOBA, JAMES FERNÁNDEZ; PARODI, MARÍA C. et al. "El injusto en el derecho disciplinario", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, n.º 97, julio-diciembre de 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 159-174.

\*\* Abogado, de la Universidad Cooperativa de Bogotá. Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Actual Rector del Conservatorio de la Universidad de Tolima. Correo-e: jfcabogados@gmail.com.

\*\*\* Abogada, de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, especialista en Derecho público de la misma universidad. Actualmente Juez Penal Municipal con función de control de Garantías en el Distrito Judicial de Bucaramanga. Correo-e: cheloparody@hotmail.com.

\*\*\*\* Abogado, de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Contratación Estatal, Derecho Público y Derecho Disciplinario de la misma universidad. Correo-e: luiskacha@hotmail.com.

\*\*\*\*\* Abogado, de la Universidad de Cartagena. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: davidvasquezflorez@hotmail.com.

\*\*\*\*\* Abogado, de la Universidad de Cartagena, con especialización en Derecho constitucional, de la Universidad Nacional de Colombia, Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, de la Universidad de Alcalá (España) y Derecho penal, de la Universidad del Rosario. Fiscal Auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia. Correo-e: zetien.jaime@gmail.com.

sancionador, que guarda independencia del Derecho penal, y en la cual el ilícito disciplinario ostenta una categoría propia y totalmente autónoma, frente a la antijuridicidad material prevista por el Derecho penal.

En el artículo se tuvo en cuenta el modelo de Estado vigente en Colombia, la importancia de la Constitución Política, la filosofía del Derecho, la jurisprudencia, así como la notable posición pacífica que la doctrina nacional mantiene sobre la ubicación, fundamentos y efectos del injusto penal en el Derecho penal y del principio de ilicitud sustancial en el Derecho disciplinario.

**Palabras clave:** Derecho Disciplinario; Ilícito disciplinario; Antijuridicidad material; Antijuridicidad formal; Teoría de la norma.

## THE UNJUST IN THE DISCIPLINARY LAW

**Abstract:** This article presents an analysis of the nature of the unjust criminal and disciplinary illicit, conceptualizations, characteristics and differences; starting from the premise that disciplinary law is an area of the sanctions law, keeping independence of criminal law, and where the disciplinary illicit boasts a fully autonomous category against the material provisions provided by the criminal law.

This article takes into account the State model existing in Colombia, the importance of the political Constitution, the philosophy of law and jurisprudence, as well as the remarkable peaceful national doctrine about location, fundamentals and effects of the unjust criminal in the criminal law and the principle of substantial unlawfulness in disciplinary law.

**Keywords:** Disciplinary Law; Wrongful Discipline; Material Provisions; Formal provisions; Standard theory.

## 1. INTRODUCCIÓN

MARCO AURELIO (Roma, 121-180), emperador y filósofo, desde su época expresó, en la magna obra *Las Meditaciones*, la importancia de conocer el deber, de cumplirlo, advirtiendo que si en el camino surgen problemas, hay que seguir adelante con sentido común, sin alejarse de lo que parezca justo.

En vigencia actual de un Estado Social y Democrático de Derecho, previsto desde el artículo 1.º de la Constitución Política de 1991, se estableció en el ordenamiento jurídico nacional *un modelo garantista*, que respeta la dignidad del hombre, en el que obra una doble sujeción del Derecho al Derecho, que en palabras de FERRAJOLI<sup>1</sup>, “afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma

1 FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y Garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 22.

y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial, o si se quiere, la racionalidad formal y la racionalidad material weberianas”.

En ese sentido, existen los derechos fundamentales, que enmarcan la necesidad de su reconocimiento y protección, bajo parámetros de igualdad jurídica, que con el desenvolvimiento social emergen diversas relaciones de sujeción, en las cuales, de manera independiente, el Derecho penal y el Derecho disciplinario constituyen herramientas legales de control estatal, especialmente, de ejercicio del poder sancionador oficial.

Tanto el Derecho disciplinario como el penal surgen como especies autónomas, con instituciones que permiten diferenciarlos, estructural y funcionalmente, entre ellas el concepto de *antijuridicidad* que se maneja en las específicas relaciones de sujeción, sin perder de vista en un plano elemental que lo antijurídico será siempre el comportamiento humano realizado contrario a lo que imponen el Derecho y la ley.

El quebranto de la norma, proscribiendo una responsabilidad objetiva, determinará en su oportunidad qué es lo que estructura una falta disciplinaria, cuándo es que la conducta del servidor público o el particular que eventualmente cumpla o ejercita la función pública, por afectar el deber funcional llama la atención del Derecho disciplinario; pero también, el quebranto de la ley matizará la vulneración de bienes jurídicos, de manera muy concreta, como *ultima ratio* atraerá la aplicación del Derecho penal.

Al lado de estas áreas del Derecho sancionador estatal, fluye *la dogmática*, también propia u original de cada una de ellas, que emplea la categoría de la antijuridicidad, en materia penal (artículo 11 de la Ley 599 de 2000, Código Penal), refiriendo el término injusto o ilícito indistintamente, a la afectación de bienes jurídicos que comprende el delito; mientras que en el Derecho disciplinario, la antijuridicidad de que trata el principio de ilicitud sustancial (artículo 5 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único), por esencia utilizará el término ilícito disciplinario para ocuparse del quebrantamiento sustancial de deberes funcionales, en lo que representa o constituye la falta disciplinaria.

## 2. LA VISIBLE CONFIGURACIÓN AUTÓNOMA DEL DERECHO DISCIPLINARIO FRENTE AL DERECHO PENAL

Como premisa central del análisis que se postula, es la consideración que estimamos viene adquiriendo solidez,<sup>2</sup> de la identificación del Derecho disciplinario como una disciplina jurídica autónoma e independiente del Derecho penal y de otras ciencias legales, como el Derecho administrativo y el Derecho laboral.

---

2 SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIO MANUEL. “Dogmática practicable del derecho disciplinario”, p. 124; sin embargo, el mismo autor señala que en la doctrina se mantiene aún una fuerte polémica entre los llamados penalistas disciplinarios y administrativistas disciplinarios, distinguiendo que ello no es óbice para que un criterio rector, como lo es la ilicitud sustancial, no tenga sus propios caracteres y contenidos.

Al respecto, con apoyo en la dogmática como *ciencia del Derecho* que tiene como fundamento la identificación de las instituciones a partir de un trabajo conceptual fundado en las diferencias y semejanzas, así como en las nociones de género a especie o de especie a especie, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU<sup>3</sup>, sostiene que el Derecho penal y el Derecho disciplinario son dos especies, junto a otras, del Derecho sancionador o *ius puniendi* del Estado.

GÓMEZ PAVAJEAU, haciendo uso de una contextualización histórica y política del Estado y del Poder Público, de la importancia de la Constitución, el garantismo y de una ideas sociales liberales de las instituciones jurídicas, establece unas bases estructurales y funcionales propias del Derecho disciplinario, que lo particularizan del Derecho penal.

Para diferenciar el Derecho disciplinario del Derecho penal, se tienen en cuenta las categorías dogmáticas de *relación general de sujeción* y de *relación especial de sujeción*<sup>4</sup>, regulada desde la Constitución Política, respecto del comportamiento de la persona en vista de los derechos de los demás y el orden jurídico, y del referido a la conducta oficial de los servidores públicos, lo cual permite determinar el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal y no del Derecho disciplinario, como instrumento para el control de conductas sociales.

Así mismo, merecen fijarse como parámetros diferenciales los conceptos de *norma objetiva de valoración* y de *norma subjetiva de determinación*, que adquieren relevancia, en la medida en que “lo injusto penal se funda en el quebrantamiento de una norma objetiva de valoración como criterio nuclear de la afectación del bien jurídico –antijuridicidad material–, y elemento fundante del injusto penal en Colombia es el desvalor de resultado; por el contrario, al no ocuparse el Derecho disciplinario de intereses jurídicos bajo la denominación dogmática de ‘bien jurídico’, el fundamento de su ilícito es el quebrantamiento sustancial de deberes funcionales<sup>5</sup>”.

En ese orden, otras bases teóricas para la distinción y construcción de un Derecho disciplinario autónomo lo constituyen la importancia de valores colectivos y principios constitucionales en el Estado Social y Democrático de Derecho, así como que el Derecho sancionador es el género y el Derecho disciplinario como una de sus especies.

---

3 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “El derecho disciplinario como disciplina autónoma. Derecho Penal y Criminología”, en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, vol. XXXIII, n.º 95, julio/diciembre 2012, pp. 51-68.

4 SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIVO MANUEL. Ob. cit., p. 126. Igualmente trae como criterio diferenciador las relaciones de especial sujeción, indicando que para que una conducta sea objeto del Derecho disciplinario es preciso que ella tenga relación con la función, el servicio o el cargo público.

5 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. Ob. cit., p. 60.

La jurisprudencia<sup>6</sup> también plasma unas características del Derecho disciplinario, entre ellas:

- El Derecho disciplinario está integrado por normas que les exigen a los servidores públicos determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente del órgano o rama a la que pertenezcan.
- El fundamento de las investigaciones disciplinarias es la necesidad de realizar los fines estatales que le impone un sentido al ejercicio de la función pública.
- El ejercicio del Derecho disciplinario no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados.
- La formulación de imputación en el Derecho disciplinario se basa en la infracción de deberes funcionales.
- El Derecho disciplinario comprende, por una parte, el poder disciplinario y el conjunto de norma a través de las cuales se ejerce el poder disciplinario.
- La estructura disciplinaria tiene como categorías propias: la no necesaria aplicación de teorías causales y finalistas; la inexistencia de la inimputabilidad; la existencia de tipos abiertos y en blanco (el principio de cobertura legal), de sujeto activo calificado; la delimitación del concepto o principio de ilicitud sustancial; se excluyen formas de culpabilidad como la culpa y la preterintención; finalmente, la vigencia del sistema de sanción de faltas disciplinarias denominado de los números abiertos o *numerus apertus*, contrario al sistema de números cerrados o *clausus* del Derecho penal.

GÓMEZ PAVAJEAU, en su obra *La dogmática del Derecho disciplinario*<sup>7</sup>, expresó: “El Derecho disciplinario debe diferenciar el contenido y sentido de las categorías y sub categorías de la conducta punible de que se ocupa, de aquellas de las que lo hace el Derecho penal, pues de lo contrario se repetirían sin sentido dos formas de control social sin perjuicio de una política criminal correcta y diferenciadora que introduzca criterios limitativos a la actividad punitiva del Estado, que en lo penal tiene el carácter de última ratio”.

En sí mismas, las definiciones de Derecho penal y del Derecho disciplinario, encierran diferencias ostensibles.

---

6 Corte Constitucional, Sentencias C-417 de 1993, C-181 de 2002, C-252 de 2003, C-014 de 2004, C-030 de 2012, C-948 de 2002 y C-155 de 2002.

7 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *La dogmática del derecho disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, 5ª ed., Bogotá, 2011, p. 217.

El Derecho disciplinario comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado constitucional, conforme a las instituciones encargadas de materializar la función de control disciplinario, externo e interno, propugna el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los funcionarios públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. En suma, un sistema de control social e institucional que busca garantizar el cumplimiento de los fines y funciones atribuidos al Estado; y en la medida en que determinadas conductas de aquellos que afecten tales objetivos por desconocimiento del principio supralegal del interés público al infringir el instrumento normativo vigente, corresponde a la administración pública aplicar las sanciones que el injusto amerita, previa incoación y trámite de proceso, investigación o expediente, rodeado de los derechos y garantías descritos<sup>8</sup>.

El Derecho penal tradicionalmente se define como un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas<sup>9</sup>.

La configuración de la autonomía del Derecho disciplinario, frente al Derecho penal, se denota aun más, sin lugar a equívocos, en el tratamiento de la ilicitud sustancial, como categoría dogmática propia, frente al alcance y límites del injusto penal.

### 3. DEL INJUSTO PENAL Y EL ILÍCITO DISCIPLINARIO

El empleo del término antijuridicidad no ostenta autor preciso, pero tiene varios referentes, entre ellos, T. DECIANUS, que en su *Tractatus Criminalis* (1590) formuló el concepto como presupuesto independiente del delito.

Se atribuye en 1867 a R. VON IHERING la formulación de manera técnica del concepto de *injusto*, quien lo utilizó desde el Derecho civil y delimitándolo del Derecho penal, como la mera contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, de donde nació, en su momento, la antijuridicidad objetiva, a la que se opondría la antijuridicidad subjetiva.

ZAFFARONI<sup>10</sup> expresa: “Hace varias décadas se desarrollaba el debate conocido como *causalismo/finalismo*, discutiendo la ubicación del dolo (para unos en la culpabilidad, para otros en el tipo) y, por ende, la naturaleza objetiva o subjetiva del injusto, lo que llevó a que algunas veces se creyese discutir si la antijuridicidad era objetiva o subjetiva. Esto produjo gran confusión, (a) primero, porque se confundía injusto o ilícito con

8 Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2002.-

9 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO.- GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p 33.

10 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 467.

antijuridicidad y (b) segundo, porque no se sabía qué se quería decir con el carácter objetivo de la antijuridicidad.

“Está hoy bastante claro que el injusto, o sea, la acción típica y antijurídica, tiene aspectos objetivos y subjetivos, no pudiendo prescindirse de ninguno de ellos, aunque se los requiera con diferentes extensiones en las varias corrientes de la teoría del delito. También está claro que la antijuridicidad es la característica del injusto penal no el injusto en sí. El injusto es el objeto desvalorado, la antijuridicidad es la característica que presenta ese objeto como resultado de la desvaloración”.

Sostiene FRANCISCO MUÑOZ CONDE que en el Derecho penal se emplean el término *antijuridicidad* y el de *injusto* como equivalentes. Sin embargo, ambos términos deben diferenciarse.

La antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma. Mientras que la antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto (a veces también llamado ilícito) es una acción antijurídica determinada: la acción antijurídica de hurto, de homicidio, de incumplimiento contractual, de infracción administrativa. Por eso se habla de injusto o ilícito penal, de injusto civil o de injusto administrativo, aunque la antijuridicidad sea unitaria para todo el ordenamiento jurídico. En Derecho penal se emplea la expresión –tipo de injusto– para calificar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad<sup>11</sup>.

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ<sup>12</sup> enseña que la evolución del concepto de antijuridicidad ha estado siempre ligado al desarrollo de la teoría del tipo penal, por lo que la dogmática penal transitó por distintas posiciones: la antijuridicidad objetiva, la antijuridicidad subjetiva, la antijuridicidad formal y material, la antijuridicidad y la teoría de los elementos subjetivos del injusto, hasta llegar a la antijuridicidad y la teoría del *injusto personal*.

Agrega VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “En la ciencia penal alemana se observan tres concepciones sobre el injusto; *la objetiva monista*, para la que se concebía como mero desvalor de resultado, esto es, solo la afectación de bienes jurídicos a partir de una teoría objetivista de la norma (norma de valoración objetiva); *la subjetivista monista*

---

11 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant Lo Blanch Libros, Valencia, 2010, p. 300.

12 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2010, pp. 461-462.

que, por conducto de W.GALLAS, E.HORN, A. KAUFMAN, K. LUDERSSEN y D. ZIELINSKI, considera que el desvalor de acción es suficiente para apreciar el injusto, pues el desvalor de resultado es una mera condición objetiva de punibilidad; y la *dualista*, que aglutina dentro de él tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, como lo hace gran parte de la dogmática contemporánea. De esta manera, la lesión al bien jurídico y la acción personalmente antijurídica conforman el injusto: la antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado”.

Considera VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ que la postura más coherente es la última, pues el injusto está conformado por el *desvalor de acción* (dentro del cual se examinan las condiciones objetivas del autor, los elementos subjetivos del injusto, y el dolo y la culpa) como por el *desvalor de resultado* (que comprende la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y el modo externo con el que se produce esa lesión o puesta en peligro). Debe, pues, partirse de una *concepción moderada del injusto personal*.

MIR PUIG<sup>13</sup> consagra que el juicio de desvalor que permite la antijuridicidad penal, pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho. Se sigue de lo anterior, que el desvalor de la conducta, presupuesto del desvalor de resultado, no solo depende de la parte objetivo-externa del hecho. Ello se debe a la imposibilidad de una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho a la hora de captar su sentido social y jurídico.

SANTIAGO MIR PUIG concluye que la conducta humana es una unidad objetivo- aspectos.

BACCIGALUPO<sup>14</sup> puntualiza que lo ilícito penal debe expresar un hecho social y, por lo tanto, deberán tomarse en consideración elementos personales. Esta teoría se conoce con el nombre de *teoría o concepto personal de lo ilícito*.

Con respecto al ilícito disciplinario y no injusto disciplinario, como bien afirma en sus obras GÓMEZ PAVAJEAU<sup>15</sup>, tenemos que la doctrina y la jurisprudencia claramente diferencian el injusto penal del ilícito disciplinario, puesto que en el injusto penal el juicio de desvalor procede, internamente, por no ajustarse aquella –la conducta– a los patrones éticos y laborales determinados por y para la administración, en procura de lograr su normal desenvolvimiento en el cumplimiento de sus cometidos institucionales.

13 MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2010, pp. 166 y 167.

14 BACCIGALUPO, ENRIQUE. *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi Editor, Buenos Aires, 1994, p. 52.

15 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Dogmática del Derecho disciplinario*, 5ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 290 y en el artículo “La ilicitud sustancial”, en *Colección Lecciones de Derecho disciplinario*, vol. 1, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2008, p. 18.



El ilícito disciplinario, a diferencia del injusto penal, se constituye a partir del incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad; en este caso, se trata de la responsabilidad disciplinaria.

Es decir, el ilícito disciplinario comporta el quebrantamiento sustancial de deberes, base sobre la cual se sostiene; se deja claro que en el Derecho disciplinario su objeto no se centra en la protección de bienes jurídicos y que el quebrantamiento del deber debe entenderse no como la simple contradicción de la norma, sino como el acompañamiento de la razón de ser que los deberes comportan en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

En materia del Derecho disciplinario, existe el Principio de Ilícitud Sustancial (artículo 5 CDU, Ley 734 de 2002), que se particulariza por ser la brújula para establecer cuándo un comportamiento de un servidor público tiene el carácter de reprochable o no como falta disciplinaria.

El principio de ilicitud sustancial se aplica desde el preciso momento en que el operador jurídico tiene conocimiento de un hecho o le corresponde evaluar una queja o información, pues cuando de dichos soportes se considere que los acontecimientos descritos son sustanciales, debe ordenar la actuación correspondiente. Si ello no es así, o la conducta resulta irrelevante, el funcionario del caso inhibirá de iniciar actuación alguna, conforme se desprende del parágrafo 1.º del artículo 150 de la Ley 734 de 2002<sup>16</sup>.

En todo esto, no puede perderse de vista que el Derecho disciplinario descansa sobre la teoría de la norma subjetiva de determinación, la cual conlleva a que el ilícito disciplinario se estructura a partir de un desvalor de acción y no de resultado. En contravía, a lo postulado por el Derecho punitivo, que emplea tanto la norma subjetiva de determinación y la norma objetiva de valoración cuyo resultante será el injusto penal.

La ilicitud sustancial como razón de ser y eje de la existencia de la falta disciplinaria aparece, según el profesor ESQUIO SÁNCHEZ HERRERA<sup>17</sup>, bajo dos posiciones radicales: una primera, que tiene un alto contenido y fundamentación en el Derecho penal, en virtud de la cual se afirma que en Colombia el injusto disciplinario viene sustentado por un dualismo normativista, y otra que apunta a la autonomía del Derecho disciplinario, porque en esta materia no cabe el criterio de antijuridicidad material y de ilicitud sustancial conducido a aspectos simplemente materiales de producción de resultados.

---

16 PALOMEQUE TORRES, LUIS FELIPE. "El principio de ilicitud sustancial", en *Colección Lecciones de derecho disciplinario*, vol. 10, Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2009, p. 39.

17 SÁNCHEZ HERRERA. ESQUIO MANUEL. Ob. cit., p. 132.

En el artículo titulado “Ilícito disciplinario”, MARTHA MERCEDES LÓPEZ MORA<sup>18</sup>, magistrada del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria, refirió: “En esencia el Derecho penal es concebido en aras de proteger el orden social colectivo y su aplicación persigue esencialmente un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente, mientras el Derecho disciplinario tiene por finalidad conservar el orden administrativo interno, esto es, el funcionamiento de la administración, razón por la cual recae sobre determinados sujetos que tienen una relación de sujeción específica con la administración, diferencia de tipo teleológico que arraiga la naturaleza del Derecho disciplinario en una potestad de supremacía especial”.

La doctrina nacional<sup>19</sup>, que recientemente analiza el tema de la ilicitud sustancial, expone: “Además de la inobservancia de ese deber funcional, debe constatarse si con esta se afectaron los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, sus fines, los principios de la función pública y los derechos fundamentales. Esto para indicar que la afectación sustancial no se reduce a la simple infracción del deber funcional, para materializar y configurar la existencia de falta disciplinaria, como se lee en el artículo 5 del Código Disciplinario Único, deber que típicamente está representado como un todo en la ley a través de mandatos (deberes y prohibiciones), causales de inhabilidad, impedimento e incompatibilidad y conflicto de intereses, sino que es forzoso verificar si el incumplimiento a ese deber o a la incursión en una de tales situaciones afecta sustancialmente los fines del Estado, los principios de la función pública y los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política”.

#### 4. ANOTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE EL ILÍCITO DISCIPLINARIO Y EL INJUSTO PENAL

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura e incluso de la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia integran, en este análisis, un valioso aporte, sin dejar por fuera el avance del constitucionalismo contemporáneo, que irradia todos los frentes del ordenamiento jurídico, conforme bien distingue LUIS PRIETO SANCHÍS<sup>20</sup>: “La Constitución es así, ante todo, una norma suprema interna a la vida del Estado, que regula y garantiza la organi-

---

18 LÓPEZ MORA, MARTHA MERCEDES. “Ilícito disciplinario”, en *Lecciones de Derecho disciplinario*, vol. 13, p. 44.

19 ROA SALGUERO, DAVID ALONSO. “La jurisprudencia del Consejo de Estado y sus recientes aportes al Derecho disciplinario. Artículo. Derecho Penal y Criminología”, en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. XXXIII, n.º 94, enero/junio 2012, Universidad Externado de Colombia, p. 100.

20 PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Neocostitucionalismo y Ponderación Judicial. Neocostitucionalismo (s)*. Edición de MIGUEL CARBONELL, Editorial Trotta, 4ª ed., Madrid, 2009, p. 128.

zación del poder, así como las fuentes del Derecho, que son dos aspectos de una misma realidad, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles”.

De una detenida lectura de la variedad de decisiones procedentes de las altas cortes relacionadas, se desprende una línea jurisprudencial que propende porque la ilicitud sustancial sea un elemento configurador de la antijuridicidad en el Derecho disciplinario y un criterio diferencial frente al Derecho penal.

La Corte Constitucional ha expuesto que el incumplimiento de los deberes funcionales es el fundamento de la responsabilidad disciplinaria, por lo que el Derecho disciplinario protege de manera preferencial la moralidad de la administración y se esmera en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios<sup>21</sup>.

La razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, y mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de faltas disciplinarias<sup>22</sup>.

GÓMEZ PAVAJEAU<sup>23</sup> reseña que de una manera clara e incontrovertible aparece en la jurisprudencia, la distinción nítida entre injusto penal e ilícito disciplinario:

Si bien el tema que de manera directa aborda la jurisprudencia tiene que ver con el principio de culpabilidad, no es menos cierto que efectúa una anotación muy importante y definitivamente relevante para el entendimiento del injusto penal y el ilícito disciplinario. En efecto, respecto del injusto penal dice que la responsabilidad se funda en la causación de un resultado entendido en su dimensión normativa y, respecto del ilícito disciplinario afirma que la responsabilidad se funda en la infracción del deber funcional como primeros eslabones del juicio de reproche, el cual finalmente se culmina con la censura por actuar, muy a pesar de la libertad de que gozó el agente activo en el momento de la realización del comportamiento antijurídico, en forma contraria al ordenamiento jurídico<sup>24</sup>.

Cobra trascendencia la actividad jurisprudencial que viene adelantando el Consejo de Estado-Sección Segunda, Subsección A y B, en materia de interpretación de las reglas disciplinarias, sus fundamentos y principios, lo cual evidencia un ejercicio hermenéutico acorde con las nuevas tendencias del Derecho Constitucional, siendo meritorio referenciar distintos pronunciamientos, tales como: Sentencia del 1 de octubre de

---

21 Corte Constitucional, sentencias C-948 de 2002 y T-093 de 2004, C-712 de 2001 y C-373 de 2001.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002.

23 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Fundamentos del derecho disciplinario colombiano*, vol. 4, Instituto Colombiano de derecho disciplinario-Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011, pp. 129-130.

24 Corte Constitucional, Sentencia SU-901 de 2005.-

2009, radicado n.º 2002-0240-01 y la sentencia del 10 de febrero de 2011, radicado n.º 2002-11803-01.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A<sup>25</sup>, particularmente señaló:

Si bien hay alguna afinidad entre el Derecho penal y el Derecho administrativo disciplinario, ya que los dos pertenecen al género del Derecho punitivo que ejerce el Estado, por la naturaleza de sus destinatarios y de los bienes jurídicos que protegen cada una de estas especies, en sus ritualidades, en su dogmática y consecuencias hay una marcada independencia y autonomía, aclarando además que los dos sistemas jurídicos obedecen a unas reglas propias, tienen objetivos diferentes, como diversas formas de imputación y de culpabilidad, a tal punto que es legalmente factible la existencia de faltas disciplinarias no constitutivas de ilícito penal.

Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura<sup>26</sup> viene exponiendo que mal pueden asimilarse entonces como iguales conceptos o acepciones como injusto e ilícito, cuyas categorías como fases en la estructura del delito o de la falta disciplinaria difieren substancialmente, pese a que ambas son criterios legislados en la búsqueda de una mayor eficacia en el ejercicio del poder punitivo del Estado, pero teniendo como marco referencial el principio mayor previsto en la *norma normarum*, que regula la concepción del Estado colombiano como Democrático y Social de Derecho, cuyo cumplimiento de sus fines interesa a todos sus integrantes, pero radicado el ilícito como basamento de la formación del Derecho disciplinario para corregir a los encargados de hacer cumplir esos fines, pues se tienen como referentes las especiales reglas de sujeción.

El Derecho colombiano, con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, ha llegado a reconocer en la práctica que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente, muy a pesar de que guarde una estructura y fundamentos de un sistema de Derecho continental<sup>27</sup>; de allí que en el presente análisis se haya incorporado a la jurisprudencia como sustento del estudio del injusto penal y el ilícito disciplinario, para su conceptualización, pero esencialmente, para diferenciarlas ampliamente.

---

25 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011, radicado n.º 2002-11803-01. C. P.: ALFONSO VARGAS RINCÓN.

26 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia del 16 de septiembre de 2003. M.P.: TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ. Radicado n.º 1997-1473-01. Citado por LÓPEZ MORA, MARTHA MERCEDES. "Ilícito disciplinario", en *Lecciones de Derecho disciplinario*, vol. 13, Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2009, pp. 52-53.

27 BERNAL PULIDO. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 153.

## CONCLUSIONES

1. El injusto penal es una categoría propia del Derecho penal, que comporta un concepto y alcance muy diferente al del ilícito disciplinario.
2. El injusto penal descansa bajo postulados distintos a una mera antijuridicidad formal, que sí es compatible con el Derecho disciplinario, y que no se refiere únicamente al quebrantamiento sustancial de deberes, premisa estructural sobre la que se sostiene el ilícito disciplinario.
3. No cabe duda de que el injusto penal se ampara en la vulneración de una norma objetiva de valoración, como elemento fundamental de la violación al bien jurídico y cuya columna es el desvalor de resultado. En cuanto al ilícito disciplinario, su razón de ser es el quebrantamiento sustancial de deberes funcionales, que emerge desde el quebrantamiento del desvalor sustancial de acción, o bien, de la afrenta de la norma subjetiva de determinación.

## BIBLIOGRAFÍA

Ley 599 de 2000 (Código Penal).

Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único).

Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

### Doctrina nacional

BERNAL PULIDO, CARLOS. *El Neocostitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

CADAVID QUINTERO, ALFONSO. *Introducción a la teoría del delito*. Díké-Biblioteca Jurídica, Medellín, 1998.

FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. “Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales. Análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal desde la óptica de un Derecho disciplinario autónomo”, en *Lecciones de Derecho Disciplinario*, vol. 3, Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, Bogotá.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “El Derecho disciplinario como disciplina autónoma”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Instituto de Ciencias Penales

y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, vol. XXXIII, julio/diciembre 2012, Bogotá.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “La ilicitud sustancial”, en *Lecciones de Derecho Disciplinario*, vol. 1, Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, Bogotá.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Aspectos liberales y sociales del Derecho penal*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2013.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Dogmática del Derecho disciplinario*. Universidad Externado de Colombia, 5ª ed. actualizada, Bogotá, 2011.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *El principio de la antijuridicidad material*, Giro Editores, 5ª ed., Bogotá, 2006.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Elementos y propuestas para el control contencioso administrativo de la actividad disciplinaria*, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario - Ediciones Nueva Jurídica, vol. 3, Bogotá.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Estudios de dogmática en el Nuevo Código Penal*, Primera parte, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Fundamentos del Derecho disciplinario colombiano*, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario - Ediciones Nueva Jurídica, vol. 4, Bogotá.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Introducción al Derecho penal constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica. 1ª ed. Bogotá, 2012.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *La dogmática jurídica como ciencia del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

LÓPEZ MORA, MARÍA MERCEDES. “Ilícito disciplinario”, en *Lecciones de Derecho Disciplinario*, vol. 13, Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, Bogotá.

PALOMEQUE TORRES, LUIS FELIPE. “El principio de ilicitud sustancial”, en *Lecciones de Derecho Disciplinario*, vol. 10, Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, Bogotá.

ROA SILGUERO, DAVID ALONSO. “La jurisprudencia del Consejo de Estado y sus recientes aportes al Derecho disciplinario”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*,

Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, vol. XXXIII, julio/diciembre 2012, Bogotá.

SÁNCHEZ HERRERA, ESIQUIO MANUEL. *Dogmática predicable del Derecho disciplinario. Preguntas y respuestas*, 3ª ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 4ª ed., Bogotá, 2010.

YATE CHINOME, DIOMEDES. “Del principio rector de la ilicitud sustancial en la Ley 734 de 2002-CDU”, en *Lecciones de Derecho Disciplinario*, vol. 6, Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, Bogotá.

### **Doctrina extranjera**

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi - José Luis De Palma Editor, 3ª ed., Buenos Aires, 1994.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y Garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

FOCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2005.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed., Editorial Reppettor, Barcelona, 2010.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARAN, MERCEDES. *Derecho Penal - Parte General*. 8ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia - España, 2010.

PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Neococonstitucionalismo y Ponderación Judicial. Neoconstitucionalismo (s)*. Edición de MIGUEL CARBONELL, 4ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2009.

RAWLS, JOHN. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica de México, México, 1997.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal*, Ediar-Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2006.

ZAGREBLESKY, GUSTAVO. *El Derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

## **Jurisprudencia nacional**

### *Corte Constitucional*

Sentencias C-417 de 1993, C-181 de 2002, C-252 de 2003, C-014 de 2004, C-030 de 2012, C-948 de 2002 y C-155 de 2002.-SU-901 de 2005.

Sentencias T-093 de 2004, C-712 de 2001 y C-373 de 2001.

### *Consejo de Estado*

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011, radicado n.º 2002-11803-01. C.P.: ALFONSO VARGAS RINCÓN.

Sentencia del 1 de octubre de 2009, radicado n.º 2002-0240-01.

Sentencia del 10 de febrero de 2011, radicado n.º 2002-11803-01.

### *Consejo Superior de la Judicatura*

Sentencia del 16 de septiembre de 2003. M.P.: TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ. Radicado n.º 1997-1473-01.