



Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos Abiertos y *Numerus Apertus*

León David Quintero Restrepo

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo.
Docente de Cátedra, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de
Antioquia. Correo electrónico: celtax99@yahoo.com.ar

Resumen

El Derecho Disciplinario se erige como una herramienta jurídica en desarrollo, con la que cuenta el Estado para mantener el orden y la disciplina de sus servidores públicos. Esta herramienta jurídica merece especial atención por las implicaciones que la misma conlleva en el normal desarrollo y funcionamiento de las instituciones y procedimientos estatales. Es importante recalcar la tipicidad, toda vez que esta no puede ser construida de manera arbitraria sin obedecer a los mismos hechos que rodean la acción, por lo que se pretende, mediante este escrito, dar un inicial paso para un estudio pormenorizado de la tipicidad en materia disciplinaria y los conceptos alrededor de los cuales la misma se ha ido construyendo.

Palabras Clave: Derecho Disciplinario; Tipicidad; servidores públicos; herramienta jurídica.

Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos Abiertos y *Numerus Apertus**

Introducción

En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha manifestado que las garantías del Derecho Penal se proyectan *mutatis mutandi*¹ en materia disciplinaria,² en lo que sea compatible a la propia estructura del Derecho Disciplinario. En ese sentido, el contenido de la falta disciplinaria reviste un esquema semejante a la conformación de la conducta punible, por lo tanto, en Derecho Disciplinario también es dable hablar de acción típica, antijurídica y culpable.

El desarrollo del Derecho Disciplinario ha permitido la construcción de su propia dogmática, y con ella, la construcción de categorías y conceptos propios de esta especial rama del derecho encargada del cumplimiento del deber funcional de los servidores estatales; en ese sentido, se encuentra la tipicidad disciplinaria, la cual ha sido construida con fundamento en la diversidad de conductas en las que pueden incurrir los servidores estatales. Esta multiplicidad de conductas disciplinables ha generado la imposibilidad de consagrar todos y cada uno de los comportamientos en un mismo cuerpo normativo, por dicha razón se ha aceptado la utilización de tipos abiertos.

En igual sentido, el dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo en Derecho Penal han experimentado un desarrollo propio en materia disciplinaria, así, ambos conceptos no se aplican de la misma manera como se hace en Derecho Penal; es decir, su frente a la calificación de la falta disciplinaria, ha sido desarrollada de manera especialísima, ya que la amplia gama de conductas que atentan contra el régimen disciplinario, dejan librado al operador disciplinario para calificar la modalidad dolosa o culposa de la conducta mediante el sistema de *numerus apertus*.

Por lo anterior, resulta importante estudiar la tipicidad en materia disciplinaria así como la calificación de la conducta, bien sea dolosa o culposa, conocida en esta rama del derecho como *numerus apertus*.

El Derecho Disciplinario

Podemos definir, para efectos del presente trabajo, el Derecho Disciplinario como una rama del derecho cuya naturaleza es pública, en tanto el sujeto destinatario, el objeto regulado y la consecuencia jurídica de sus normas pertenecen a la esfera del Derecho Público.

* Trabajo realizado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, 2009.

¹ Locución latina que significa “cambiando lo que haya que cambiar”. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición.: Consultado En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=mutatis%20mutandi. Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2009.

² Se pueden consultar entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-438/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-195/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-244/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-280/96, C-827/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis S.V. Magistrados Rodrigo escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

Esta rama, como la hemos denominado, hace parte de una más genérica, la cual ha sido denominada por la jurisprudencia colombiana³ como derecho sancionador; así, se ha dicho que “(...) el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies, a saber: el Derecho Penal delictivo, el derecho contravencional, el Derecho Disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o ‘impeachment’.”⁴

La denominación “disciplinario” encuentra sustento en la relación de subordinación que existe entre el servidor público y el Estado, y como fundamento constitucional del Derecho Disciplinario se encuentra el artículo sexto, según el cual los servidores públicos son responsables, no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones; de este modo, la relación, bien sea legal y reglamentaria, en tratándose de empleados públicos, contractual cuando se trata de trabajadores oficiales, o de libre nombramiento y remoción, bajo la cual se subordinan al mismo para el cumplimiento de las funciones estatales, deviene en el vínculo originador de la responsabilidad disciplinaria, pues los actos en los que incurran sus servidores, contrarios a la buena marcha y funcionamiento estatal, contrarían el objetivo de satisfacción de las necesidades colectivas y el interés general, deviniendo en merecedores del reproche disciplinario.

El cumplimiento de los fines y funciones estatales se logra a través de la eficiencia, eficacia y buen servicio de quienes están al servicio estatal; así, corresponde al Estado velar por el cumplimiento de los deberes funcionales de sus servidores, en ese sentido, el control disciplinario se ejerce concretamente cuando los servidores públicos incurrían en “incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, se incurre en prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.”⁵

El Derecho Disciplinario busca la buena marcha y funcionamiento de la administración pública, por ello las normas en materia disciplinaria se orientan hacia el cumplimiento de los deberes propios de cada servidor, con lo cual se pretende el logro de las finalidades estatales. Frente al tema, la Corte Constitucional ha dicho:

La administración en dicho Estado ha sido instituida para servir a los altos intereses de la comunidad, lo cual se traduce en el deber de desarrollar actividades concretas de beneficio colectivo para satisfacer las necesidades insatisfechas de ésta, mediante el ejercicio de los diferentes poderes de intervención de que dispone. Ello impone la necesidad de que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia, la eficiencia y la moralidad administrativa. Así se asegura, el adecuado funcionamiento de los servicios estatales, el correcto manejo y la preservación del

³ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-155, marzo 5 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680.

⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-948, noviembre 6 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-3937 y D-3944. En esta sentencia se cita: la Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell.

⁵ Así, a groso modo, prescribe las faltas disciplinarias el artículo 23 de la ley 734 de 2002, actual Código Disciplinario Único.

patrimonio público, y la buena imagen de la administración, la cual gana legitimidad y credibilidad frente a la comunidad.”⁶

El Estado ejercita la titularidad de la potestad sancionadora disciplinaria, en pos de lograr obediencia y disciplina por parte de sus servidores en el cumplimiento de las funciones para las cuales han sido asignados, por lo tanto, las sanciones disciplinarias están orientadas a reprimir conductas que afecten el buen desarrollo de la administración en temas relacionados con moralidad, eficiencia y transparencia de la administración pública.

Ahora, debido a la amplitud de los conceptos anteriores, ha sido necesario un desarrollo dogmático del Derecho Disciplinario para evitar arbitrariedades en la aplicación del mismo, principalmente en lo que a la tipicidad hace referencia, por lo que a continuación pasamos a estudiar.

Tipicidad

La tipicidad es un concepto propio del derecho sancionatorio, en especial del Derecho Penal; el tipo, eje central de la tipicidad, se erige como desarrollo del principio de legalidad entendido éste como *nullum crime, nulla poena sine lege scripta, stricta, certa e praevia*. Este aforismo indica que el tipo se encuentra atado a una rigurosa forma jurídica bajo la cual todo éste debe ser escrito (*scripta*) haciendo referencia a su consagración normativa; estricto (*stricta*), con lo cual se hace alusión a que el operador jurídico sólo estará sometido a la ley sin poder acudir a la analogía para llenar lagunas; la certeza (*certa*) indica que la conducta y la sanción deberán encontrarse clara, precisa y taxativamente consagradas en la norma; y finalmente, ser previa (*praevia*), indica que la consagración de la conducta típica debe ser anterior al hecho objeto de sanción, se trata de la vigencia la norma.⁷

El concepto de tipicidad ha sido ampliamente estudiado en materia penal, para acercarnos un poco al entendimiento del mismo, se toma una sencilla definición que indica que “la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.”⁸

Puede intentarse, con cierta laxitud, una definición más general que ubique a la tipicidad fuera de la órbita del Derecho Penal, sin apartarse de la esfera del derecho sancionador; en ese sentido, se definirá la tipicidad, para efectos del presente trabajo, como la exigencia de una descripción específica y precisa de una conducta considerada infractora del ordenamiento jurídico, descripción realizada mediante una norma jurídica que establece como consecuencia de dicha conducta infractora, la imposición de una sanción.⁹

La tipicidad tiene una triple función: por un lado, se encarga de seleccionar los comportamientos humanos que revisten importancia en el campo sancionatorio; en

⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-341, agosto 5 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-1135.

⁷ Para profundizar el tema Ver: Velásquez Velásquez, Fernando (2004). *Manual De Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Temis. Bogotá, págs. 57-62

⁸ Muñoz Conde, Francisco (2002). *Teoría General del Delito*. Temis. 2ª Edición. Bogotá. Pág. 31

⁹ Sobre el tema puede verse la Sentencia C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

segundo término, es la garantía de que sólo los comportamientos subsumibles en el tipo serán objeto de sanción, y, en tercer lugar, la descripción típica de los comportamientos motivará mediante la conminación de la sanción a las personas a no incurrir en dichos comportamientos.¹⁰

El tipo se encuentra conformado, de un lado, por la descripción de la conducta típica, es decir, la parte objetiva, y de otro lado, por la parte subjetiva, última conformada por el dolo o la culpa. Se puede concluir que la conducta típica es el resultado de la conjunción de la parte objetiva sumada a la parte subjetiva del tipo.

La parte objetiva del tipo es el aspecto externo de la conducta, se trata del hecho descrito en la norma y cuya trasgresión acarrea la consecuencia jurídica sancionatoria. En materia penal, algunos tipos exigen un efecto adicional como sería el resultado (ejemplo de ello sería la muerte en el delito de homicidio). En Derecho Disciplinario, por tratarse de normas que pretenden el cumplimiento de deberes funcionales, se exige que la trasgresión al hecho típico conlleve la afectación del deber funcional, es decir, que la trasgresión posea ilicitud sustancial.¹¹

De otro lado, la parte subjetiva del tipo se encuentra integrada por el dolo o la culpa.¹² Así, “la parte subjetiva del tipo se halla constituida por la voluntad-consciente, como el dolo, o sin conciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como la imprudencia-, y a veces por especiales elementos subjetivos (por ejemplo, el “ánimo de lucro” en el delito de hurto)”.¹³

Para intentar un mejor acercamiento al objeto estudiado, pasemos a tomar las definiciones que de dolo y culpa nos ofrece el profesor Santiago Mir Puig, quien indica que:

“En la actualidad, gracias al finalismo, se prefiere un concepto más restringido de dolo, que se entiende como ‘dolo natural’. Según el finalismo ortodoxo, el dolo incluye únicamente el conocer y el querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo de injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica.”¹⁴

Respecto de la culpa, el doctrinante en cita dice que “(...) el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado (es decir: por inobservancia del cuidado debido)”.¹⁵ Realiza una distinción de dos clases de culpa, así, se encuentra la culpa consciente la cual “se da cuando, si bien no se quiere causar la

¹⁰ Muñoz Conde, Francisco. Op cit. pág. 32.

¹¹ Para profundizar más en este concepto, puede consultarse la Sentencia C-819 de 2006. MP. Jaime Córdova Triviño. Expediente D-6234.

¹² La doctrina, principalmente ibérica, ha denominado a la *culpa* como *Imprudencia*. “El término ‘imprudencia’ equivale al de ‘culpa’, y el de ‘imprudente’ al de ‘culposo’. Aunque todos ellos se hallan ampliamente extendidos en la doctrina, la palabra ‘imprudencia’ tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la distinción respecto al término ‘culpabilidad’, de uso muy distinto. Ver: Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 5a ed. Barcelona.2002. Reimpresión junio 2002. Corregrafic SL. Barcelona. pág. 269.

¹³ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 5a ed. Barcelona.2002. Reimpresión junio 2002. Corregrafic SL. Barcelona. pág. 197.

¹⁴ *Ibíd.* Mir Puig. pág. 240.

¹⁵ *Ibíd.* Mir Puig. pág. 268.

lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya dolo eventual”,¹⁶ y la denominada culpa inconsciente que “supone, en cambio, que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro”.¹⁷

Tipicidad en materia disciplinaria

El concepto de tipicidad se engloba como garantía constitucional del debido proceso y protección de derechos fundamentales de las personas, la cual, en materia disciplinaria, reviste claros desarrollos que la diferencian de la estricta definición hecha de la misma en materia penal.

Se encuentra que en materia disciplinaria, a diferencia del Derecho Penal, los tipos son abiertos; es decir, que un tipo sea abierto conlleva a la estructura de una norma jurídica que no cumple con la exigencia de ser una descripción estricta y precisa (stricta y certa) de una conducta considerada infractora del ordenamiento jurídico de acuerdo a la definición usada en párrafos anteriores.

El tipo abierto es una norma jurídica que se complementa mediante la remisión a otras disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico. En el caso concreto del Derecho Disciplinario, se trata de tipos cuya concreción se obtiene mediante la remisión a “todas las disposiciones en las que se consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos”¹⁸; en ese sentido, el tipo está conformado por una norma que establece el incumplimiento de deberes, funciones, omisiones y extralimitaciones del servidor público como objeto de persecución disciplinaria, y el reenvío a las normas que en concreto consagran los deberes, funciones y prohibiciones del servidor que será disciplinado.

La Corte Constitucional, entidad que más desarrollos ofrece en esta materia, ha establecido que si la finalidad del Derecho Disciplinario es la buena marcha y el buen funcionamiento de la administración pública mediante la labor realizada por sus servidores sin importar la entidad a la cual pertenezcan, considera razonable que el Derecho Disciplinario, como un cuerpo normativo, esté “[...] 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”.¹⁹

Dicho ente jurisprudencial ha declarado que la utilización de los tipos abiertos en materia disciplinaria se encuentra acorde a la Constitución, pues corresponde al legislador, al tenor de los artículos constitucionales 124, 125 y 150-2, determinar mediante la ley, qué conductas serán sancionadas disciplinariamente, estos fundamentos han permitido que se declare como ajustado a la Constitución el uso de tipos abiertos en Derecho Disciplinario, argumentando la existencia de un amplio margen para que el

¹⁶ *Ibid.* Mir Puig. pág. 270.

¹⁷ *Ibid.* Mir Puig. pág. 270.

¹⁸ *Ibid.* Mir Puig. pág. 270.

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-417, octubre 4 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-243.

operador disciplinario valore y concrete la conducta en la cual incurre el servidor público, debido a “la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario”.²⁰ Además en la concreción de los deberes, funciones, omisiones y extralimitaciones en las que puede incurrir el servidor público, entran en juego los exclusivos intereses de cada entidad estatal, intereses que solo pueden plasmarse en los reglamentos internos de trabajo y en los manuales de funciones para el cumplimiento del objeto y misión de dichas entidades. Estos reglamentos y manuales terminan siendo las normas de remisión a las que se debe acudir para concretar el tipo disciplinario.

En ese sentido, la tipicidad en materia disciplinaria se establece a partir de la lectura de todas las normas que consagran funciones, órdenes, prohibiciones y limitaciones a los servidores estatales, se trata de definir la conducta reprochable disciplinariamente a partir de normas que podemos considerar complementarias. Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional que los tipos en blanco:

[...] consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. Sobre los tipos en blanco, la Corte ha dicho, esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente.²¹

La imposibilidad del legislador “de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos”,²² es una situación que, aunque discutible, presenta una cierta lógica, ya que si se tiene presente el sin número de funciones de las cuales se encarga el Estado en pos de lograr la satisfacción del interés general y las necesidades colectivas de sus asociados, se está ante una gama de situaciones tan amplias que sólo son susceptibles de ser conocidas mediante la remisión a leyes, decretos, reglamentos y demás normas específicas en las cuales se consagran todos y cada uno de los deberes de los servidores según la entidad a la que pertenezcan y las funciones en específico que cumplan. Frente a este tema dijo la Corte:

También se justifica este menor requerimiento de precisión en la definición del tipo disciplinario por el hecho de que asumir una posición estricta frente a la aplicación del principio de tipicidad en este campo llevaría simplemente a transcribir, dentro de la descripción del tipo disciplinario, las normas que consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos.²³

²⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-427, septiembre 29 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz. Expediente D-562.

²¹ *Ibid.*, Sentencia C-404, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Cfr. Sentencias C-127/93 y C-599/99. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-404, abril 19 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3218. Tesis que se repite entre otras en las sentencias C-155/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-948/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1093/04 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1034/06 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²³ Colombia, Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión de Tutelas, Sentencia T-1093, noviembre 4 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349.

Finalmente, el último argumento que sustenta la constitucionalidad del uso de tipos abiertos en materia disciplinaria, a tenor de la Corte Constitucional, es que el uso de los mismos se debe a que

[...] asumir una posición estricta frente a la aplicación del principio de tipicidad en este campo llevaría simplemente a transcribir, dentro de la descripción del tipo disciplinario, las normas que consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos.²⁴

Los tipos abiertos también hayan sustento, en la comparación hecha por la Corte Constitucional entre el contenido del tipo penal y el contenido del tipo disciplinario;²⁵ así, se encuentra que en materia penal el tipo debe abarcar la descripción del sujeto activo, la conducta, el sujeto pasivo, el bien jurídico protegido y todos los elementos delimitadores de las circunstancias en las cuales acaece la acción, por contraposición, en materia disciplinaria se encuentra de por medio la función pública y el cumplimiento de deberes funcionales que se sitúan en el campo de la institucionalidad propia del Estado, por lo cual se permiten criterios de apreciación bastante amplios a fin de encuadrar la conducta del servidor como acorde o no a las finalidades estatales.

La Corte Constitucional ha continuado su misma línea argumentativa al resolver vía tutela²⁶ la supuesta violación de derechos fundamentales al debido proceso en la sentencia de T-1034/06, en la cual reitera que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado de todos aquellos comportamientos que consagran conductas antijurídicas desde el punto de vista disciplinario, se acepta la utilización de tipos abiertos en esta materia, por lo cual no es de recibo que las personas al invocar protección a sus derechos fundamentales, comparen el Derecho Disciplinario con el Derecho Penal. Así, la Corte concluyó que las diferencias entre la tipicidad penal y la tipicidad disciplinaria se observan en materia disciplinaria, pues no existe la precisión típica exigida en materia penal, así como en el hecho de que el operador jurídico-disciplinario no cuente con un mayor margen para realizar el proceso de adecuación típica que el operador jurídico-penal.

En dicha sentencia se indicó que en cuanto a la primera diferencia, esta Corporación ha reconocido que en el ámbito del proceso disciplinario son admisibles las faltas disciplinarias que consagren tipos abiertos “ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.”²⁷

²⁴ *Ibid.* Corte Constitucional. Sentencia T-1093.

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-155, marzo 5 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680. La referencia exacta de esta comparación se encuentra en la Sentencia C-427, septiembre 29 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz. A partir de ésta sentencia se ha seguido la misma línea de argumentación en las sentencias C-708/99 M.P. Álvaro Tafur Galvis, la sentencia citada C-155/02, C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-948/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, Sentencia T-1034, diciembre 5 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T-1245476.

²⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-948, noviembre 6 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-3937 y D-3944.

De esta manera, las normas disciplinarias estructuradas en forma de tipos abiertos remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagran deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos; y es a este complemento al cual debe acudir el juez disciplinario al momento de decidir dentro de un proceso la existencia de responsabilidad y la procedencia de una sanción [...]

En cuanto a la segunda diferencia, la Corte ha admitido que en materia disciplinaria el fallador goza de una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables, pues por lo general la descripción de las faltas disciplinarias deben ser objeto de complementación o determinación a partir de la lectura sistemática de un conjunto de normas jurídicas que desarrollan deberes, mandatos y prohibiciones.²⁸

Para concretar, en lo referente a la tipicidad en materia disciplinaria, existe un verdadero desarrollo jurisprudencial que permite diferenciarla de la tipicidad en materia penal, por cuanto el operador jurídico-disciplinario cuenta con un mayor margen para valorar la conducta considerada como falta disciplinaria, al estar inmersa en el ámbito de los deberes funcionales de los servidores públicos, dichos deberes se encuentran dispersos en todo el ordenamiento jurídico, debido a la diversidad de funciones que están a cargo del Estado, lo que hace imposible al legislador desarrollar un catálogo único de conductas infractoras a la ley disciplinaria y justifica la utilización de tipos abiertos.

La Corte cita a Nieto García para terminar de diferenciar el tipo penal del tipo disciplinario:

“Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir una reproducción de textos en doble tipografía”.²⁹ [sic]

Ahora, los límites a la apreciación discrecional del operador jurídico-disciplinario, según la Corte Constitucional, se encuentran en el contenido material de las disposiciones disciplinarias y de los principios de interpretación del derecho sancionador que “prohíbe la interpretación extensiva de los preceptos que configuran faltas disciplinarias”,³⁰ sin embargo, la Corte en dicha sentencia no desarrolla esta prohibición de extender los preceptos que configuran faltas disciplinarias y se limita a indicar que la amplitud con que cuenta el operador jurídico-disciplinario no puede vulnerar los derechos de contradicción y defensa del servidor público investigado.³¹

²⁸ *Ibíd.*, Sentencia T-1034, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁹ Nieto García, Alejandro (1994). *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos. Madrid, pág. 298. Citado por: Ossa Arbeláez, Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador*. Ed. Legis Bogotá 2000. Esta cita se encuentra en la sentencia C-404/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁰ *Ibíd.* Sentencia T-1034, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹ Cfr. Sentencia T-1034, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En iguales términos, frente a casos concretos, el Consejo de Estado, al decidir acciones de nulidad y restablecimiento del derecho con motivo de procedimientos disciplinarios, ha asumido la posición de la Corte Constitucional en materia de tipicidad disciplinaria, encontrando justificada la adopción de tipos disciplinarios abiertos, ha dicho:

A juicio de la Sala la motivación de los cargos resulta suficiente, pues se hace una imputación fáctica determinable que posibilita al perjudicado para preparar y ejercer su defensa. Hay que advertir que tal y como se ha puesto de presente por la jurisprudencia constitucional, una peculiaridad propia del Derecho Disciplinario es la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. De manera que "... el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario..."³²

De igual forma, la consagración de tipos abiertos en las normas disciplinarias, conlleva la existencia de límites que deben ser respetados, así, se encuentra el principio de legalidad como principal límite, con fundamento en este principio, el tipo es abierto pero encuentra su contenido en el mismo ordenamiento jurídico vigente, el cual consagra los deberes funcionales de los servidores estatales; es decir, queda proscrito al operador jurídico-disciplinario ir más allá de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes en que se encuentran determinadas las funciones, ordenes, prohibiciones y limitaciones de los servidores públicos, como también le está vedado recurrir a la analogía de funciones; el operador debe limitarse a las estrictamente señaladas por el ordenamiento jurídico.

Numerus Apertus

La Constitución Política proscribiera la responsabilidad objetiva cuando en su artículo 29 inciso cuarto indica que "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable", se trata de la consagración del principio de culpabilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito del Derecho Disciplinario esta consagración normativa es desarrollada por el artículo 13 de la Ley 734, el cual indica que "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa", se exige la determinación de la finalidad dolosa o culposa de la acción en que incurre el servidor público, esta definición en materia disciplinaria es conocida con el nombre de *numerus apertus*.

Podemos definir, a grandes rasgos, el concepto *numerus apertus*, como la forma para determinar si la conducta en que incurre el servidor público le corresponde una calificación a título de dolo o de culpa.

La infracción disciplinaria implica la transgresión por parte del servidor público, de normas cuyo contenido conllevan el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades,

³² Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Sentencia de febrero 15 de 2007, C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Radicación 25000-23-25-000-1996-06319-01(6319-05). En dicha sentencia se cita la Sentencia de la Corte Constitucional C-708 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses; así un servidor público será 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[...].”³³

Como ya se vio, la pretensión de buena marcha y funcionamiento en pos de lograr los cometidos estatales, es el objetivo del Derecho Disciplinario, objetivo que se aspira obtener mediante la consagración de tipos abiertos los cuales ofrecen un amplio margen de apreciación al operador jurídico-disciplinario; así el sistema de *numerus apertus* se erige, entonces, como el complemento del tipo disciplinario y se presenta como un sistema mediante el cual se calificará el dolo o la culpa de la falta disciplinaria. Sobre el particular, ha dicho la Corte Constitucional:

[...] el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado “numerus apertus”, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.³⁴

Se observa que el sistema de *numerus apertus* es el medio por el cual el operador jurídico-disciplinario tiene la posibilidad de calificar la modalidad dolosa o culposa de la falta disciplinaria en la que incurre el servidor público; en ese sentido, existe una cierta lógica, bajo la cual, si el tipo es abierto y corresponde al operador jurídico disciplinario adecuar la infracción con el ordenamiento jurídico, también le corresponde valorar la modalidad dolosa o culposa en que se incurrió en la infracción, salvo las excepciones hechas cuando el tipo se encuentra redactado con frases como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de”, transcritas en la cita anterior.

Queda en manos del operador jurídico-disciplinario determinar qué tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa, esto porque, en principio, las conductas consideradas como faltas disciplinarias por tener una relación inescindible con el cumplimiento de deberes funcionales, se predica su comisión bajo la modalidad dolosa; ahora, el arbitrio con el cual cuenta el operador jurídico disciplinario para determinar qué conducta se comete de manera dolosa o culposa, se encuentra limitado por el propio comportamiento infractor, respecto de esto ha dicho la Corte Constitucional:

La determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento. En otros términos, el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo

³³ *Ibíd.*, Sentencia C-155, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁴ *Ibíd.*, Sentencia C-155, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles.³⁵

De esa forma, el sistema de *numerus apertus*, identifica al Derecho Disciplinario como sistema para la calificación dolosa o culposa de la conducta al arbitrio del operador jurídico disciplinario, limitado por la misma naturaleza de la conducta.

Conclusiones

El anterior estudio descriptivo de la tipicidad en materia disciplinaria, merece algunas conclusiones:

Se tiene que el dolo y la culpa, como elementos a ser apreciados por el operador jurídico-disciplinario al momento de la calificación de la conducta (*numerus apertus*), no se encuentra librado de manera exclusiva al arbitrio de dicho operador jurídico; por el contrario, se encuentra limitado por el mismo hecho de la norma que trasgrede el servidor. Así, en principio y a título ejemplificativo, es difícil plantear que un servidor en desarrollo de sus deberes, incurra en la falta consagrada en el numeral 48 del artículo 48 del Código Disciplinario Único (consumir, en el sitio de trabajo o en lugares públicos, sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica, asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes), pues ingerir licor o consumir sustancias de este tipo se hace con la voluntad y la conciencia de hacerlo, lo que ubica dicha conducta como dolosa, salvo que alguien le suministre a un servidor público una bebida o sustancia de este tipo sin que el servidor conozca su procedencia, caso en el cual se considera que no obraría con culpa, sino bajo una eximente de responsabilidad (fuerza mayor o caso fortuito).

También se encuentra que frente al *numerus apertus* el arbitrio del operador jurídico-disciplinario no puede convertirse en una arbitrariedad, pues la facultad de calificar el dolo o la culpa de la infracción se encuentra limitada por expresiones como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de”, contenidas en los propios tipos disciplinarios.

La tipicidad en materia disciplinaria se encuentra sometida al principio de legalidad, así y pese a la existencia de tipos abiertos, el operador jurídico-disciplinario se encuentra sometido al ordenamiento jurídico vigente al momento de tipificar la conducta del servidor público como falta disciplinaria, no pudiendo acudir a cualquier norma a su arbitrio, sino a la norma que en concreto consagra el deber funcional del servidor público; es decir, queda proscrito al operador jurídico-disciplinario ir más allá de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes en que se encuentran determinadas las funciones, órdenes, prohibiciones y limitaciones, como también le está prohibido recurrir a la analogía de funciones.

Los tipos abiertos no se encuentran librados al margen valorativo del operador jurídico-disciplinario, estos tienen límites, los cuales son las funciones en concreto que realiza el servidor encartado, así como también se encuentra limitado por los principios y derechos que emanan directamente de la Carta, una interpretación más allá de esta no solo deja

³⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-181, marzo 12 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3676.

abierto el paso a la arbitrariedad, sino a la violación de derechos y garantías fundamentales a las personas que prestan sus servicios al Estado.

Para generar inquietudes y abrir paso a nuevos trabajos que permitan un desarrollo más amplio y académico del Derecho Disciplinario se plantean las siguientes cuestiones:

Que el operador jurídico-disciplinario para determinar el tipo se ve en la obligación de acudir a reglamentos internos de trabajo y manuales de funciones, las cuales son normas tomadas en un sentido muy laxo del concepto de norma e inferiores a la ley y a los decretos, lo cual genera la siguiente duda: ¿se viola el principio de legalidad cuando se acude a dichas normas?

Finalmente, y en la medida en que se permite la determinación de la falta por tipos abiertos, queda preguntarse entonces, si está excluida la ausencia de responsabilidad en materia disciplinaria por atipicidad? Pregunta que resulta muy importante, toda vez que el operador jurídico-disciplinario siempre hallaría la forma de encontrar la adecuación típica de cualquier conducta, sin existir la posibilidad de librar al servidor encartado por atipicidad de la conducta.

Referencias Bibliográficas

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión de Tutelas, Sentencia T-438, julio 1º de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente 1413.

_____, Sentencia C-155, marzo 5 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680.

_____, Sala Plena, Sentencia C-948, noviembre 6 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis. Expediente D-3937 y D-3944.

_____, Sala Plena, Sentencia C-341, agosto 5 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-1135.

_____, Sala Plena, Sentencia C-417, octubre 4 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-243.

_____, Sala Plena, Sentencia C-404, abril 19 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3218.

_____, Sala Plena, Sentencia C-155, marzo 5 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680.

_____, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, Sentencia T-1034, diciembre 5 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente T-1245476.

_____, Sala Plena, Sentencia C-708, septiembre 22 de 1999, M.P. Alvaro Tafur Galvis. Expediente D-2329.

_____, Sala Plena, Sentencia C-181, marzo 12 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3676.

_____, Sala Tercera de Revisión de Tutelas, Sentencia T-1093, noviembre 4 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349.

Congreso de la República de Colombia, Ley 734 de 2002 “*por la cual se expide el Código Disciplinario Único.*”

Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección “A”, Sentencia de febrero 15 de 2007, C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Radicación 25000-23-25-000-1996-06319-01(6319-05).

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* 5a ed. Barcelona. Reimpresión junio 2002. Corregrafic SL. Barcelona.

Muñoz Conde, Francisco (2002). *Teoría General del Delito.* Temis. 2ª Edición. Bogotá.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición.: Consultado el 8 de noviembre de 2009 En: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=mutatis%20mutandi.

Velásquez Velásquez, Fernando (2004). *Manual De Derecho Penal*. Parte General. Segunda Edición. Temis. Bogotá.