

## LA JURISDICCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO

*Jaime Ossa Arbeláez*

Desde cuando las corporaciones jurisdiccionales iniciaron el reclamo del debido proceso en las decisiones sancionatorias de la administración, se abrió el camino de la judicialización en el procedimiento administrativo, incorporando al mismo, por vía doctrinal, una serie de garantías que debían otorgársele a todos aquellos que pudieran verse afectados por la decisión gubernamental final, garantías que ya habían sido normatizadas en el derecho penal y que algún sector encontraba extraño su trasplante. Se trataba de un cúmulo de principios propios del ordenamiento penal, que hacía imperiosa su vigencia en las manifestaciones represivas del Estado dada la circunstancia indiscutible de que el derecho sancionatorio carecía de esquemas claros y de diseños explícitos que garantizaran el adecuado acceso obligatorio de los asociados en los procedimientos administrativos. Por cuanto que las reglas máximas que presidían el ordenamiento penal, tales como el derecho a ser oído, el derecho de aportar pruebas, el derecho de controvertirlas, el derecho a exigir una resolución fundamentada, el derecho a impugnar la decisión, etc., no tenían una regulación explícita en la organización procedimental administrativa de tipo sancionatorio, se impulsó la doctrina de los tribunales hacia una consagración extralegal audazmente fincada en la racional interpretación constitucional del debido proceso.

Ese movimiento jurisprudencial, secundado por la teoría administrativista y constitucional de los expertos en derecho público, se acentuó notoriamente con el advenimiento del fenómeno de la despenalización que determinó el exorbitante crecimiento de la potestad sancionadora de la administración y la incontenible expansión del Derecho Administrativo sancionador.

El alzamiento contra el monopolio penalista de los principios garantistas frente al Estado, acercó progresivamente el derecho punitivo de carácter penal y el derecho sancionatorio administrativo en forma tan notoria que las exigencias del primero se plasmaron en doctrina de los jueces e hicieron realidad, como verdadero apotegma, la obligación de que el poder punitivo del Estado, en cualquiera

de sus manifestaciones, debía estar dotado de los instrumentos idóneos y realmente eficaces que hicieron viables un comportamiento gubernamental de garantías a los derechos fundamentales de los asociados, similares a los estatuidos en el derecho penal.

Desde la época de Duguit se hablaba de esa tendencia de acercamiento de la represión sancionatoria y concretamente de la represión disciplinaria a la represión penal y de que llegaría el momento en el que la represión disciplinaria se confundiría con la represión penal.

Hoy día la mayoría de los autores sientan la afirmación de la identidad sustancial de las sanciones penales y de allí, justamente, que la doctrina universal propugna un tratamiento de aplicación de los principios inspiradores del derecho penal al derecho administrativo sancionador y particularmente al derecho disciplinario, como que ambos son manifestaciones del derecho punitivo del Estado y más si se tiene en cuenta que no escasean las sanciones administrativas que, sin implicar privación de la libertad, tienen entidad aflictiva de mayor gravedad que algunas sanciones penales. Es el caso de la destitución, de la pérdida de la investidura de congresistas, de la accesoria de inhabilidad para ocupar cargos públicos por determinado tiempo, etc. etc.

En este espacio se ha desarrollado lo que se da en llamar la principiología del derecho disciplinario que no constituye más que un conjunto de directrices del procedimiento disciplinario al cual debe recurrir el aparato estatal cuando se trata de aplicar dicha normatividad. Con los principios se requiere significar, en toda forma, que el diseño de la institución que se regula debe regirse por tales derroteros o en obediencia a dicha orientación. Constituyen los principios, en suma, una verdadera guía interpretativa del estatuto interpretativo y así, en verdad, se institucionalizó el Capítulo Único del Título I de la Ley 200 de 1995 contentivo de las pautas hermenéuticas de la ley.

Esos principios como el de la legalidad, el del debido proceso, el del indubio pro reo, presunción de inocencia, gratuidad, prescripción de la responsabilidad objetiva, favorabilidad, igualdad ante la ley, etc. deben acogerse obligatoriamente por imperativo mandato del artículo 19 de la citada Ley 200.

De otro lado, la codificación de tales directrices no sólo despeja el panorama deductivo que aquejó a un sector importante de la jurisdicción, sino que fortalece el imperio del derecho al señalar los canales garantistas de los servidores públicos y fijar los esquemas interpretativos de las normas disciplinarias, evitando así los desbordamientos administrativos y el atropello gubernamental. De esta manera se concreta la doctrina judicial que había luchado por positivizar el derecho disciplinario.



Porque si no es el colmo de la pretensión de absoluta jurisdiccionalización de la prescripción legal de las garantías que deben otorgársele a los que conforman el área funcional, ese comportamiento sí constituye un paso de la mayor importancia en el orden constitucional del País.

Tal es el sentido primigenio del concepto de la jurisdiccionalización, el cual, bajo una perspectiva eminentemente formal o procesal, se circunscribe al establecimiento de un conjunto de garantías de forma y de procedimiento, dirigida a lograr y asegurar la vigencia de los derechos de defensa y del debido proceso de los agentes vinculados a la administración; garantías que, por lo demás, no se prevenían en el pasado.

Pero no solo es el ángulo proteccionista de los servidores públicos el que busca la jurisdiccionalización disciplinaria, sino también y de manera preponderante, el principio de la seguridad jurídica del Estado que exige proteger el interés general y el cauce constitucional de la aplicación de los principios generales del derecho penal.

Debe ponerse de presente que no se trata propiamente de la aplicación de normas, sino de principios. Es decir, no es que el derecho administrativo sancionador sea el receptor de las normas del estatuto punitivo penal, sino que las directrices que allí rigen para su interpretación deben presidir las que se refieren al código penal. Por lo menos esa es la inteligencia racional que reclama la interrelación jurídica de normas legales de diferente ordenamiento, a menos que sea la misma disposición la que haga la remisión, caso en el cual se estaría en presencia de una aplicación extensiva de carácter legal.

En todo caso, es de subrayar que los principios rectores del ordenamiento penal deben gobernar la del disciplinario, sean principios constitucionalizados o del derecho positivo penal propiamente dicho.

Dentro de ese orden de ideas es importante anotar que el envío jurisprudencial y legal por virtud de la Ley 200 de 1995, a que se ha hecho mención, tiene fundamentos filosóficos que bien pueden tratarse en este escrito y que han sido considerados por la doctrina: a) El derecho penal tiene consolidados sus principios fundamentales, lo que no sucede con el derecho administrativo disciplinario que todavía se mueve en un campo de imprecisión y cierta vacilación. En éste falta mucho por lograrse no obstante su estructura codificada. La jurisprudencia empieza ahora a decantar su entorno jurídico. b) La experiencia ancestral del derecho penal debe ser aprovechada por el derecho sancionatorio administrativo, concretamente por el disciplinario. El desarrollo doctrinal y jurisprudencial del derecho penal ha logrado una estructura sólida y una construcción lo suficiente-

mente clara como para desatender sus criterios. c) Los principios inspiradores del derecho penal son fieles manifestaciones del progreso constitucional que depende el respeto de la igualdad ante la ley, la legalidad del debido proceso, el reconocimiento de la dignidad humana, el principio de la igualdad, el de contradicción, etc. d) Tanto el derecho administrativo sancionador como el Penal se proyectan como manifestaciones estatales del poder punitivo, "En rigor, por tanto, cuando se imponen al derecho administrativo sancionador los principios del derecho penal, no es que se considere a éste de naturaleza superior, sino porque tales principios son los únicos que se conocen —hasta ahora— como expresiones del derecho punitivo del Estado",<sup>1</sup> principios que han servido para estructurar el poder represivo del Estado.

"La influencia del Derecho Penal ha puesto una exacerbación garantista individual a costa de una marginación de los intereses generales y, en definitiva, del equilibrio entre una y otros, que es el secreto de todo derecho" ha dicho Alejandro Nieto para resaltar hasta dónde la preeminencia del respeto a los principios del ordenamiento penal debe instruir el poder punitivo estatal.

O sea que, como lo manifiesta el profesor español José Suay Rincón,

Lo verdaderamente importante es el establecimiento de las garantías necesarias, no sólo en el interés del propio funcionario, sino también para asegurar que los poderes que el ordenamiento jurídico atribuye a los diversos sujetos del derecho se ejerzan con rectitud y para los fines que aquél les asigna.<sup>2</sup>

La doctrina de la Corte Constitucional del País ha sido particularmente celosa en salvaguardar dichos intereses y con regularidad ha puesto de presente que los principios reguladores del estatuto penal deben protegerse para su aplicación en el campo disciplinario.

Las consideraciones anteriores se encierran en el primer estadio conceptual de la jurisdiccionalización, aunque con alcance un tanto restringido, pero es cierto que satisface las iniciales aspiraciones de jurisdiccionalización, o sea la de lograr que el sistema garantista esté positivizado o, por lo menos, jurisprudencialmente avalado para la práctica cotidiana de la administración sancionadora del Estado.

Por lo que corresponde al entorno jurídico del patrio, debe tenerse presente que el constitucionalismo colombiano introdujo en la Carta Fundamental de

1 Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 2a. edición, 1994. p. 169.

2 *Ibid.* p. 176.



1991 la premisa del debido proceso en las actuaciones administrativas, norma sobre la cual ha venido pronunciándose la Corte Constitucional para fijar su alcance, precisar su contenido y comprender su exacta inteligencia: pronunciamientos que, por lo demás, son sin duda de los más numerosos de entre el resto de los demás temas tratados por esa alta corporación. A vía de ejemplo se tienen los siguientes apartes:

Las normas administrativas de naturaleza disciplinaria deben ser aplicadas teniendo en cuenta el debido proceso y las garantías mínimas que de allí se derivan a potestad punitiva del Estado en materia administrativa y disciplinaria no puede desconocer los principios de inocencia, defensa y contradicción.<sup>3</sup>

La discrecionalidad del funcionario nominador no autoriza a introducir procedimientos, pruebas o criterios secretos en la actuación administrativa dirigida a seleccionar los candidatos entre los cuales se ejercerá la discrecionalidad, al nombrar a uno y no a otro de los elegibles, la Corte advertirá a la Fiscalía General de la Nación, que en el futuro, se abstenga de contrariar las normas del debido proceso en la selección de su personal y no repita las prácticas inconstitucionales que pretendió defender en el presente proceso y que fueron, en buena parte, las que lo originaron.<sup>4</sup>

La garantía del debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgador de primera instancia, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión del presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características. Todo ello descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible la imposición de penas o de sanciones administrativas.<sup>5</sup>

El debido proceso "es el conjunto de garantías que buscan asegurar al ciudadano que ha acudido al proceso, una recta y cumplida administración de justicia y la debida fundamentación de las resoluciones judiciales".<sup>6</sup>

3 Sentencia Corte Constitucional T-097, marzo 7/94. Exp. T 231. Magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 *Ibid.* Sentencia T-085, marzo 2/94. Exp. T 211330. Magistrado ponente doctor Carlos Gaviria Díaz.

5 *Ibid.* Sentencia C-176, abril 12/94. Exp. L.A.T. 021. Magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero.

6 *Ibid.* Sentencia T-458, octubre 24/94. Exp. 38768. Magistrado ponente doctor Jorge Arango Mejía.

Visto pues es el primer acercamiento a la jurisdiccionalización y sentado el comportamiento jurisprudencial, como también la conducta legislativa y la constitucionalización de la misma, parece oportuno considerar la aproximación al segundo estadio que tiene proyecciones de mayor amplitud y una cobertura conceptual de insospechable espectro.

Los administrativistas no se contentaron con ser expectantes del movimiento jurisprudencial que implicó el nacimiento de la jurisdiccionalización, en cuanto al reconocimiento de los principios protectores del derecho penal a toda la esfera punitiva del Estado, como tampoco su positivación legislativa o constitucional. El esfuerzo didáctico de la doctrina avanzó más y se proyectó con una pretensión que apenas sí se ve realizada parcialmente en Europa y muy escasamente en América Latina.

Pues bien: el fenómeno despenalizador que se observa en todos los países y que circunscribe infracciones consideradas francamente penales al ámbito de la ilicitud administrativa, ha incrementado notoriamente el procedimiento sancionador del Estado y pese a que no se ha logrado su sistematización, pues sus principios, reglas fundamentales y el mismo procedimiento se encuentran dispersos en los más diversos ordenamientos.

A este panorama frustrante, se ha intentado en Europa la conformación de tribunales especiales que se encarguen de la tarea de juzgamiento.

Si en España ha fracasado la codificación, no sucede lo mismo en Alemania en donde el procedimiento ofrece una gran semejanza con la instrucción criminal, según O. Mayer.<sup>7</sup>

Concretamente en lo que se refiere al derecho disciplinario, la organización de la jurisdicción disciplinaria está establecida en dos instancias: las cámaras disciplinarias federales y la corte disciplinaria federal, independientes y subordinadas solamente a la ley, y en donde sus integrantes son funcionarios de carrera.

También se observan conductas de jurisdiccionalización en Italia, Francia, Australia y Holanda bajo la idea de que debe trasladarse la competencia para sancionar las faltas disciplinarias de la administración activa, a la jurisdicción integrada por organismos de autonomía orgánica y funcional.

7 O. Mayer. *Derecho administrativo*. Cita de José Suay Rincón. En: *Libro Homenaje a José Luis Villar Palasí: Potestad Disciplinaria*. Ed. Civitas S.A. Madrid-España. Ed. 1989. p. 1.339.



De Visscher, citado por Federico Castillo Blanco, precisa sobre este tópico que

cuando se habla de jurisdiccional la función disciplinaria, se cree, generalmente, que la justificación de la reforma reside en la necesidad de proteger a los funcionarios, a quienes se supone naturalmente inclinados a tiranizarlos, imponiendo sanciones por los motivos más inconfesables, siendo así que la realidad es completamente diferente: los jefes, presionados por intereses personales, sindicales, políticos y de cuerpo, no sancionan casi nunca, con el resultado de que quien sale perjudicado es el funcionario cumplidor, al que se le priva de todo estímulo.<sup>8</sup>

En tales circunstancias se comprende la razón de la fuerza inconmensurable que va adquiriendo el poder punitivo de la administración y la razonada pretensión de lograrse la institucionalización de un organismo que, separado del poder ejecutivo, obre con la libertad y autonomía propios del órgano jurisdiccional.

Es precisamente la concepción material de la jurisdiccionalización la meta idealizada por sus autores y concretamente popularizada por Visscher quien propugnó, en sentido de Suay Rincón,<sup>9</sup> los jueces disciplinarios no deben quedar sometidos a las ordenes de la autoridad jerárquica y sus decisiones deben estar revestidas de la autoridad de cosa juzgada con la reserva de recurso ante la jurisdicción superior.

Los publicistas del derecho administrativo europeo se regocijan con el movimiento ejemplarizante emprendido por Alemania y sus enseñanzas las expanden en sus obras y en las cátedras para que el legislador sirva de eco a este clamor.

Esta experiencia en vía de difusión se presenta como una reacción contra la autoridad jerárquica, tradicionalmente titular de dicha potestad. Pero también es cierto que revela la crisis del modelo de jurisdicción pública fuertemente jerarquizada.

En el caso colombiano el comportamiento jurídico de la jurisdiccionalización del derecho disciplinario marcha en primer orden, y de seguro que sus lineamientos van a servir de ejemplo en otras latitudes. Como puede colegirse de lo atrás expuesto, la jurisprudencia de las altas cortes y el mismo derecho positivo han avanzado significativamente.

8 Federico Castillo Blanco. *Función pública y poder disciplinario del Estado*. Centro de Estudios Municipales y Corporación Interprovincial (Cemi). Editorial Civitas. 1992. p. 181.

9 De Visscher. *Op. cit.* p. 1.338.

Primero fue la posición contundente de la Corte Suprema de Justicia en defender el entorno penal del derecho disciplinario. También la doctrina del Consejo de Estado marchó casi paralela aunque, a decir verdad, con ciertas reticencias en lo referente a institutos como la favorabilidad, culpabilidad y aun el debido proceso, revelada en providencias confirmatorias de sanciones administrativas que merecieron reiteradas críticas y tachas permanentes de algunos profesores de derecho público y de una de las procuradurías delegadas ante esa corporación.<sup>10</sup>

Sin embargo es de subrayar que ahora la Corte Constitucional se ha constituido en el primer defensor de los derechos del administrado y ha pregonado la vigencia real y efectiva de los principios rectores vigentes en el derecho sancionatorio del Estado, censurando las prácticas del agravio y el desconocimiento a los derechos constitucionales consagrados en la Carta de 1991.

Principios tales como el debido proceso, el de legalidad, el de favorabilidad, de proporcionalidad, de razonabilidad, de la buena fe, de igualdad, de la doble instancia, etc. han sido ampliamente analizados a la luz de la orientación del estado social de derecho, de la constitucionalización del debido proceso en las actuaciones administrativas en los términos del artículo 29 de la Carta y de la positivización del derecho disciplinario en la Ley 200 de 1995. De tal suerte que hoy en día esa constitucionalización del debido proceso dirige las actuaciones de la administración y particularmente de los procesos sancionatorios.

Dentro de ese contexto, también el código disciplinario reservó el Título I del Libro I a los principios rectores que deben presidir la acción disciplinaria del Estado y sin que se hubiera dejado de lado la normatización de otros tantos principios que regulan la actuación disciplinaria en el aspecto procesal propiamente dicho y tal como puede verificarse en el Capítulo I y del Título V del Libro III del mismo estatuto.

Catalogado por el profesor argentino Zafaroni como el primer código disciplinario de América Latina, el estatuto disciplinario está llamado a ser el inicial eslabón jurídico de primer orden en la cadena que a toda la comunidad jurídica americana se extenderá y al mismo tiempo representará un instrumento de autocontrol administrativo y de control externo en la administración pública. Será herramienta de eficacia contra la corrupción y dada su jurisdiccionalización, dice contra la arbitrariedad jerárquica.

10 Conceptos Fiscalía Tercera Delegada y Procuraduría Octava Delegada ante el Consejo de Estado. Jaime Ossa Arbeláez. p. 58-59, 16, 89, 140.



Estos propósitos ya son lo suficientemente respetables y de entidad jurídica sólida frente a la innegable inmadurez del derecho sancionatorio general.

Finalmente ha de relievase que si realmente se quiere consolidar la jurisdiccionalización del derecho disciplinario, debe propugnarse la tesis de la autonomía ya que sólo bajo esta perspectiva tiene sentido la estructura de su institucionalización, la dinamicidad de sus principios y la necesaria cobertura funcional de sus disposiciones en el ámbito del derecho administrativo.

El criterio de la dependencia y subordinación al derecho penal, le resta dimensión administrativa y categoría jurídica como emanación del derecho punitivo a cargo del Estado.

La jurisdiccionalización material también se ve francamente acogida, aunque parcialmente, en el código de la materia en el cual se prevé el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación. Tanto el Jefe de este organismo, como sus delegados y agentes, pueden avocar, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de parte, el conocimiento de aquellos asuntos que se tramiten internamente ante cualquiera de las ramas u órganos del poder público. Así se dispone en el artículo 8 de la citada Ley 200.

De tal suerte que tratándose del control externo opera la autonomía y no el poder jerarquizado, con lo cual se evitarían los problemas inherentes a éste. De esa manera la jurisdiccionalización entra a una órbita autónoma, pues el poder disciplinario se ejerce por un órgano independiente del ejecutivo y bajo unas reglas procedimentales debidamente codificadas.