



ESTRATEGIAS DE LITIGIO PENAL Y DISCIPLINARIO

Tomo I



DOCUMENTOS ESTRATEGIAS DE LITIGIO PENAL Y DISCIPLINARIO

Tomo I

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

• • •

2024

Defensoría del Pueblo

Plan de capacitación
Defensores públicos
Derecho Penal y Disciplinario



**Defensoría
del Pueblo**
C O L O M B I A

#NosUnenTusDerechos



#NosUnenTusDerechos

Copyright © 2024 Defensoría
Colombia. Defensoría del Pueblo. Do-
cumentos Estrategias de litigio penal y
disciplinario.

Tomo I.

Páginas: 382

Bogotá, D. C., 2024

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU
Autor - Asesor académico

Diseño y diagramación
EVML

Fotografías
Banco de fotos de la
Defensoría del Pueblo

Impresión
Imprenta Nacional de
Colombia

CARLOS CAMARGO ASSIS
Defensor del Pueblo

LUIS ANDRÉS FAJARDO ARTURO
Vicedefensor del Pueblo

ÓSCAR JULIÁN VALENCIA LOAIZA
Secretario General

NELSON FELIPE VIVES CALLE
Secretario Privado

ROBINSON DE JESÚS CHAVERRA TIPTON
Director Nacional de Defensoría Pública

Coordinación y edición general

GISSELA ARIAS GONZÁLEZ
**Directora Nacional de Promoción y Divulga-
ción de los Derechos Humanos.**
Secretaría Técnica del Comité Editorial

**Defensoría del Pueblo de
Colombia**
Calle 55 No. 10-32
Bogotá D.C., Colombia

*Este documento debe citarse así:
Este documento debe citarse así: Defensoría
del Pueblo de Colombia. (2024). Documentos
Estrategias de litigio penal y disciplinario.
Tomo I.*

DOCUMENTOS ESTRATEGIAS DE LITIGIO PENAL Y DISCIPLINARIO

Tomo I

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

• • •

2024

Defensoría del Pueblo

Plan de capacitación

Defensores públicos

Derecho Penal y Disciplinario

CONTENIDO

Tomo I

Presentación por la Procuradora General de la Nación

Presentación por el Defensor del Pueblo

Primer estudio

Introducción

Capítulo 1

El papel institucional y constitucional en la historia de la Procuraduría General de la Nación en la conformación del derecho constitucional disciplinario en Colombia

Capítulo 2

El sistema de exigencia del “principio de jurisdiccionalidad” como garantía del cumplimiento de los derechos convencionales en el orden público internacional de los derechos humanos

Capítulo 3

Consideraciones finales sobre la constitucionalidad de las normas acusadas

Referencias

Segundo estudio

La defensa técnica en el derecho procesal disciplinario colombiano

Introducción

Capítulo 1

Ley 13 de 1984

Capítulo 2

Ley 200 de 1995

Capítulo 3

Ley 734 de 2002

Capítulo 4

Ley 1952 de 2019

Referencias

Tercer estudio

Relaciones especiales de sujeción en el estado constitucional

Introducción

Capítulo 1

Relaciones especiales de sujeción y Derecho Disciplinario

Capítulo 2

Relaciones especiales de sujeción frente a personas privadas de la libertad

Capítulo 3

Relaciones especiales de sujeción y personal castrense

Capítulo 4

Especial relación de sujeción con las autoridades de tránsito

Referencias

Cuarto estudio

Regímenes sobre cargas probatorias y distribución de la carga probatoria en materias penales y disciplinarias. Los modelos europeos y el colombiano

Introducción

Capítulo 1.

Problemática de la presunción de inocencia

Capítulo 2.

Presunción de inocencia y distribución de la carga de la prueba

Capítulo 3.

La revolución sustancial del fenómeno procesal de la presunción de inocencia en la doctrina europea

Capítulo 4.

La garantía procesal de la presunción de inocencia en Colombia

Referencias

Quinto estudio

La culpabilidad en el Derecho Disciplinario colombiano: principio y categoría dogmática

Introducción

Capítulo 1.

Las consecuencias constitucionales del principio de dignidad del ser humano en la configuración y fundamentación del principio de culpabilidad

Capítulo 2.

Regulación legal y dignidad de la persona en la legislación sancionatoria

Capítulo 3.

Dolo y culpa como expresiones de la culpabilidad como principio. Su ubicación en la tipicidad

Referencias

Sexto estudio

Don Florentino González, primer procurador general de Colombia: un inicio al estudio del Derecho Disciplinario

Introducción

Capítulo 1.

Vida y obra

Capítulo 2.

Un inicio al estudio del derecho disciplinario

Capítulo 3.

Poder Moral, lucha contra la corrupción y la inmoralidad administrativa, control externo y Derecho Disciplinario de alta intensidad

Conclusiones

Referencias

Séptimo estudio

Estrategias jurídicas sustanciales, procesales y probatorias para enfrentar la problemática de la acreditación de la culpabilidad en materias penal y disciplinaria

Introducción

Capítulo 1

Responsabilidad objetiva

Capítulo 2

Responsabilidad subjetiva

Capítulo 3

La dignidad humana como principio primordial según el artículo 1 de la Carta Política, el artículo 1 del Código Penal y el artículo 1 de la Ley 1952 de 2019

Capítulo 4

La problemática de los indicios de culpabilidad

Referencias

Octavo estudio

La analogía como el más importante instrumento del derecho de defensa y vehículo del logro de la justicia material. Su esencia en los principios rectores

Introducción

Capítulo 1

La analogía, la interpretación de la ley y los principios generales del derecho

Capítulo 2

La analogía: contenidos y sus diferentes manifestaciones

Capítulo 3

Destinatarios de las normas de analogía

Referencias

Noveno estudio

El Derecho Penal y Disciplinario constitucionales en Colombia. Necesaria referencia al pensamiento y obra de Nódier Agudelo Betancur

Introducción

Capítulo 1

Derecho Constitucional y Derecho Penal

Capítulo 2

Derecho Constitucional y Derecho Disciplinario

Capítulo 3

Ideas Comunes al Derecho Penal y al Derecho Disciplinario

Referencias



DIGNIFIQUEMOS
NUESTRA VIDA
EN PRISION

JUNIOR

ESPAN

PRESENTACIÓN

POR LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

El Derecho Disciplinario colombiano es único en el mundo, sin duda, pensado, construido y desarrollado por más de dos siglos a partir de las ideas seminales del Libertador Simón Bolívar, cuyas primeras pinceladas las encontramos en el Discurso de Angostura de 1819, preparatorio de la Convención de Cúcuta de 1821. En este discurso, Bolívar delineó las bases para la creación de un Decreto por medio del cual se organizaba el Poder Moral, cuarto poder al lado del ejecutivo, judicial y legislativo con su mismo nivel de jerarquía y reconocimiento, dotado de funciones administrativas preventivas y jurisdiccionales. Este concepto se anticipó por casi tres décadas al famoso Fallo Blanco francés, que rompió la dogmática cerrada y ortodoxa de la tridivisión del poder de Montesquieu, quien no admitía transversalidad de funciones entre ellos, en cuanto este se predicaba como una invasión en las esferas ajenas de competencia. Con ello, se abrió el camino para modernamente entender que son poderes separados en el ejercicio de sus atribuciones, que excepcionalmente pueden tener funciones transversales que ejercen autónoma e independientemente, pero que actúan armónicamente en la consecución de los fines del Estado. En el contexto colombiano, esto se vino a cristalizar en la figura de la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo e independiente por su nueva fisonomía y arquitectura constitucional de la cual la dotó la Asamblea Nacional Constituyente con la Carta Política de 1991.

Este recorrido principiológico ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-030 de 2023, como se evidencia de manera clara y contundente en su ratio decidendi (Fundamentos Jurídicos N.os 112 y 113), que da cuenta de que el ius puniendi es un género compuesto por cinco especies, a saber: “i) el derecho penal, ii) el impeachment o juicios políticos a cargo del Congreso de la República, iii) el derecho correccional

legislativo, iv) el derecho disciplinario judicial y v) el derecho administrativo sancionador” (Fundamento Jurídico N.º 118). Su cometido constitucional es garantizar y materializar principios, valores y derechos constitucionales fundamentales a la luz del artículo 2 de la Carta Política, como son: “i) el principio de legalidad, que se traduce en la existencia de una ley previa que regule la conducta reproachable, las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos para su imposición; ii) el principio de tipicidad, que obliga al Legislador a describir la conducta o el comportamiento ilícito y a determinar expresamente la sanción; iii) el debido proceso, que se refiere a un procedimiento dotado de las garantías mínimas y esenciales propias del derecho de defensa; iv) el principio de proporcionalidad, que exige que la sanción guarde correspondencia con la falta; y v) la independencia de la sanción penal, lo que habilita la imposición del castigo en sede administrativa, al margen de si el hecho que da lugar a ella también puede constituir infracción al régimen penal” (Fundamento Jurídico N.º 126).

Estos procesos disciplinarios, por tratarse de sujetos con autoridad pública -servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas-, se justifican en “la necesidad de asegurar el adecuado funcionamiento de la función pública, en procura de que la actividad estatal se someta a los límites legales y constitucionales. En ese orden de ideas, el derecho disciplinario da cuenta del conjunto de principios y preceptos jurídicos que persiguen el cumplimiento eficiente de las políticas, funciones y fines del Estado, así como aquellos que contemplan medidas para prevenir y corregir las infracciones que interfieren en la buena marcha de la organización estatal, de aquí que dicha disciplina, según la doctrina, haya alcanzado su propia autonomía”, al “incorporar las garantías del debido proceso en materia judicial al procedimiento administrativo disciplinario” (Fundamentos Jurídicos N.os 128 y 136), dentro del marco constitucional del “control sobre los servidores públicos, de conformidad con el artículo 209 superior” (Fundamento Jurídico N.º 138).

En términos generales, allí nos encontramos con los precedentes judiciales constitucionales sobre la materia. No obstante, la Corte Constitucional va más allá, pues concibe la viabilidad constitucional de sintonizar y sincronizar la actividad sancionatoria administrativa con un control judicial pleno de los tribunales contenciosos administrativos en cumplimiento del artículo 113 constitucional (Fundamentos Jurídicos N.os 279, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 294, 298, 306, 307 y 308) y, sobre todo, resaltando que el artículo 92 de la Carta Política le otorga un estatus especialmente relevante y significativo al Derecho Disciplinario, pues lo ubica casi a la par del Derecho Penal

(Fundamentos Jurídicos N.os 3 -cita de pie de página N.os 417-, 286, 322 y 372), pues allí se da cuenta de un derecho constitucional instrumental de accionar en pro de la defensa y protección de los derechos y deberes de tal orden (Título II, Capítulo 4). Esto coincide con la aspiración bolivariana de construir un instrumento de control fuerte que protegiera los valores de la democracia y la civilidad, el patrimonio público y la moral pública, así como la legalidad y el orden jurídico en el marco de la garantía de los “derechos del hombre y del ciudadano” (Decreto de 1819, proferido por Simón Bolívar, que organizó el Poder Moral) de la para entonces en boga Revolución francesa, excelsa y sin igual carta de derechos al uso para la época, con el fin de que se “garantice la protección del individuo [...] y se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia” (Fundamento Jurídico N.º 311), que no es otra cosa diferente a ir más allá de la justicia formal, buscando hacer justicia material.

Pero al igual que Simón Bolívar, nuestra Corte Constitucional entiende que “los derechos del hombre y del ciudadano” también son objeto de agresión, y quizás con un impacto cualitativo y cuantitativo mayor, debido a la corrupción tanto pública como privada (Fundamentos Jurídicos N.os 300 a 309). Esta postura fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su informe del 6 de diciembre de 2019 y elevada a la categoría de tratado internacional por la Convención Mundial de Lucha Contra la Corrupción de la ONU en el 2004, la cual fue incorporada como legislación interna colombiana por la Ley 970 de 2005. Esta ley acoge plenamente el modelo colombiano diseñado por Simón Bolívar, que hoy es seguido y respetado en el ámbito jurídico mundial. En dicha convención, Colombia jugó un papel determinante al cambiar de paradigma, pues se pasó de entender que el Derecho Disciplinario no cumplía ningún papel en la lucha contra la corrupción, dado que se ocupaba solo de faltas culposas y meras irregularidades administrativas por virtud de la denostada potestad doméstica disciplinaria, a concebirse como un instrumento o herramienta idónea en esa tarea.

Significa lo anterior que los tratados de lucha contra la corrupción son, en consecuencia, instrumentos de protección de los derechos humanos en un sentido material, sin que sea necesario que se mencione expresamente esa función (sentido formal). Colombia ha adoptado, por lo tanto, un sistema mixto de reconocimiento en este aspecto, según lo establece el artículo 93 de la Carta Política, en conjunto con el artículo 92, ambos instrumentos de garantía del cumplimiento y materialización de los derechos humanos. Por lo tanto, esta labor no es trivial ni secundaria en nuestra arquitectura constitu-

cional. Debe ser considerada con seriedad, ya que tiene efectos significativos de naturaleza principiología y axiológica. Es una tarea pendiente conectar los derechos humanos con el mal mayor que supone la corrupción, incluso por encima del impacto que generan los grupos armados violentos e ilegales. La corrupción afecta con mayor rigor e intensidad los derechos más preciados de los individuos vulnerables y en situación de debilidad física, psicológica y económica manifiesta.

Allí reside la importancia del trabajo realizado por el Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau para la Defensoría del Pueblo, bajo el liderazgo del señor defensor Carlos Camargo Assis, el vicedefensor Luis Andrés Fajardo y el director de defensoría pública Robinson Chaverra Tipton. El Dr. Pavajeau aborda de manera amplia y exhaustiva las problemáticas inherentes a los temas cruciales de discusión en las áreas penal y disciplinaria, por lo que sus estudios servirán como insumo importante para la búsqueda e inspiración de una interpretación adecuada por parte de los operadores jurídicos, con el objetivo de armonizarlas con el Derecho Constitucional y Convencional.

La Defensoría del Pueblo ha tomado muy en serio la nueva misión constitucional desarrollada por la Ley 2094 de 2021, capacitando y publicando instrumentos de trabajo para sus defensores públicos, servidores de la entidad y el público en general interesado en estas significativas e importantes temáticas.

Margarita Cabello Blanco

Procuradora General de la Nación

PRESENTACIÓN POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo, a través de su oficina responsable de la capacitación, ha venido construyendo, por instrucciones del defensor, el vicedefensor y el director de la defensa pública, la información e instrucción que prepare a sus defensores públicos en el ámbito del Derecho Disciplinario, aprovechando, además, la transversalidad del Derecho sancionador para ahondar en la temática penal. Derecho Penal y Derecho Disciplinario son dos disciplinas cruciales para la garantía misional que cumple constitucionalmente la Defensoría del Pueblo, que ha asumido una nueva función dentro de su encargo constitucional de la defensa de los derechos humanos.

Sin embargo, si se analiza la práctica judicial y administrativa de ambas disciplinas, se llega a la conclusión de la existencia de un inadecuado manejo, por traslape indebido de conceptos de uno a otro, de la responsabilidad penal y disciplinaria. Esto conlleva a una extensión y aplicación desmedida en perjuicio de la defensa material y técnica, por lo es necesario abordar las problemáticas inherentes al asunto y buscar, a través de la actividad defensorial, los cambios jurisprudenciales necesarios para un adecuado tratamiento y conforme a las garantías constitucionales y convencionales.

Para llevar a la práctica la teoría, es fundamental construir líneas defensoriales que puedan ser aprovechadas por los defensores públicos en el ejercicio de su actividad defensorial, que reclama eficacia y efectividad en esta alta misión constitucional.

Estas investigaciones apuntan a entrenar a los defensores públicos a partir del Estado Constitucional de Derecho, lo que indica que el poder estatal en cualquiera de sus órdenes de expresión se encuentra controlado por el Derecho. De esta manera, la Carta Política se erige en fundamento y límites tanto del Derecho Penal como del Derecho Disciplinario.

Uno y otro se entrelazan y en no pocas ocasiones se superponen, pues no existe como tal una teoría general del Derecho sancionador como género y sus específicas de las especies penal y disciplinario. Esto implica que, en ocasiones, sus instituciones se confundan, lo que genera incertidumbre y desconfianza en la aplicación de la institucionalidad, como ocurre con la figura del *non bis in idem*, especialmente.

Esta investigación se ocupa de tales problemáticas y se centra en el especial ámbito de la sanción de las dos disciplinas a partir de un mismo hecho, uno de los temas más discutidos a nivel del Derecho comparado. Este tema ha sido objeto de múltiples pronunciamientos en los tribunales internacionales que, de alguna manera, van perfilando la forma de tratar el asunto a nivel global o regional.

El artículo 282 de la Carta Política establece, sin distinción *ratio materiae* alguna, que el Estado tendrá una Defensoría del Pueblo que se encargará de la defensa pública de las personas que la lleguen a necesitar por sus condiciones socioeconómicas.

En un principio, muy seguramente por lo dramático del tema, se instituyó únicamente en el ámbito penal, pero luego evolucionó hacia otras áreas, sin dejar de lado al Derecho Disciplinario. Sin embargo, en la actualidad, donde los tribunales constitucionales e internacionales de derechos humanos avanzan en lo que se ha denominado jurisdiccionalización del Derecho Disciplinario, aceptado sin reservas en ambos ámbitos con la llamada administración de justicia en sentido material, la búsqueda de garantías y derechos procesales no se detiene. Por lo tanto, se avizora que en el espíritu del Derecho americano en evolución como mandato de la Carta Interamericana de Derechos y Deberes del Hombre y su Convención Americana, además del principio de progresividad, nada impedirá que el requisito esencial y constitutivo de la defensa técnica se convierta de simple desiderátum a regla de validez general del procedimiento, en términos de la noción del debido proceso en sentido formal y material, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 29 y 228 de la Carta Política, en armonía con los artículos 8 y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La ley colombiana ha dado un paso significativo al establecer en el artículo 70 de la Ley 2094 de 2021 la necesidad de institucionalizar la defensa pública para el proceso disciplinario. Este asunto es de gran relevancia en el concierto de los derechos constitucionales, considerando las realidades que se ofre-

cen en su práctica y las sanciones que se pueden imponer. Estas sanciones no se limitan a pequeños recortes de derechos, sino que pueden implicar intervenciones de mayor calado, en la medida en que también nuestro Derecho Disciplinario va más allá de las meras irregularidades administrativas y faltas culposas, para adentrarse en la protección de la moral pública y el patrimonio del Estado, valores de relevancia constitucional como se puede apreciar en los artículos 88 y 209 de la Carta Política.

Dada la urgencia de capacitar a los nuevos defensores públicos en materia disciplinaria, se ha puesto en marcha un completo y urgente plan de capacitación, del cual, por supuesto, formarán parte estos escritos. Como defensor del pueblo y en cumplimiento de mis responsabilidades constitucionales, especialmente las enunciadas en el numeral 1.º del artículo 282 de la Carta Política, estas capacitaciones permitirán ofrecer un mejor servicio público a nuestros usuarios y promover un mayor crecimiento profesional en nuestros defensores públicos.

El Derecho Disciplinario colombiano se distingue como un modelo único en el mundo, pues desde su creación en el segundo decenio del siglo XIX, por obra del Libertador Simón Bolívar, se destaca por su originalidad. Este sistema se fundamentó en la propuesta del Cuarto Poder Público, denominado el “Poder Moral”, el cual se encarnó en el Areópago, compuesto por dos Cámaras: la de la Moral y la de la Educación.

La Constitución de Cúcuta de 1821 no acogió su idea, quizás por falta de mayor información y entendimiento, lo que relegó su estudio para más adelante. Sin embargo, es claro la propuesta que sí fructificó en la Constitución Boliviana de 1826, en la cual el Congreso de la República se componía de tres Cámaras, una de las cuales, llamada de “Los Censores”, asumía las competencias que para el efecto tenía su homóloga del Areópago de que habló el Libertador en su famoso y clásico Discurso de Angostura de 1819.

En ese tránsito de construcción del Ministerio Público en Colombia, que arranca constitucionalmente con la institucionalización de la Procuraduría General de la Nación en la Constitución de 1830, adscrita al presidente de la República, y que desapareció en 1832 para luego volver al ruedo institucional en 1853, aparece la descollante figura de Florentino González, primer procurador general de la Nación elegido por voto popular en 1854. González fue uno de los juristas más importantes del continente, tanto que ha sido comparado con don Andrés Bello, el célebre profesor chileno que elaboró el Código Civil de Chile de 1853 con base en el Código de Napoleón de 1804.

Don Florentino González contribuyó con el Derecho Constitucional y Público, particularmente con la Ciencia de Policía y la Ciencia de la Administración, precursoras del Derecho Administrativo, en las cuales encontraba coherente explicación el Ministerio Público. Este jurista participó activamente en la discusión en torno a si la Procuraduría General de la Nación debía hacer parte de la Cámara de Representantes, lo que se tomó muy en serio en las constituciones de 1858 y 1863 a favor de dicha tesis. Esto sin duda otorgaba mayor peso a su concepción como un órgano que representaba a la sociedad, dado su origen popular.

Las buenas prácticas y los objetivos planteados para una organización administrativa adecuada del Estado, que promovieran la eficacia y eficiencia en el logro de sus metas, convirtieron a la Ciencia Constitucional y la Ciencia de la Administración en instrumentos sumamente valiosos que trascendían las meras competencias y procedimientos en el ámbito del Derecho Público. Estas discusiones están relacionadas con el surgimiento en Colombia del Derecho Administrativo, posiblemente apartándose de la ortodoxia aceptada que consideraba su origen exclusivo en el Derecho francés.

En estas discusiones también se advierte un Ministerio Público polifuncional, cuyo rasgo más sobresaliente es el ejercicio del control disciplinario de los servidores públicos, en cabeza de un órgano de control externo. Este enfoque va más allá del examen de pequeñas irregularidades administrativas y faltas culposas, centradas en casos de evidente corrupción y atentados contra la moral pública y el patrimonio público, lo que fructificaría constitucionalmente con la Carta Política de 1991 y la configuración de la Procuraduría General de la Nación como un órgano de control autónomo e independiente.

Allí estriba la importancia del Ministerio Público y la Procuraduría General de la Nación en el nacimiento y configuración del Derecho Disciplinario colombiano, asunto que muestra unos visos *sui generis* en el constitucionalismo global y el Derecho Comparado. Por esta razón, resulta aconsejable que quienes se preparan en estas nuevas lides de la defensa pública disciplinaria conozcan los orígenes y fundamentos de las instituciones involucradas.

La evolución legal de la institución de la defensa técnica en el proceso disciplinario ya anunciaba las buenas nuevas para la institución de la defensa pública. A pesar de que la jurisprudencia no se había atrevido a dar los pasos necesarios para su consolidación, esto cambió de manera certera con la reforma introducida al Código General Disciplinario por el artículo 70 de la Ley 2094 de 2021. Es un verdadero reto poner en práctica la nueva misión constitucional. Para

ello, hemos emprendido un plan de capacitación a gran escala de nuestros defensores públicos, a través de profesores de primera categoría y nivel académico, reforzado con estas publicaciones producto de nuestro trabajo institucional. Se trata de un trabajo conjunto de varias oficinas de nuestra institución, tratando de coordinar esfuerzos y finalidades propias de nuestra misionalidad, con el fin de maximizar potencialidades y lograr minimizar esfuerzos en pro de la eficiencia sin perder eficacia, de tal manera que sincrónica y comparativamente se desarrollen temas penales y disciplinarios con la finalidad de obtener una capacitación integral en materia de Derecho sancionatorio en general.

Los problemas ofrecidos a la Defensoría Pública en el ámbito de los procesos penales y disciplinarios se revelan como mayúsculos en cuanto tienen que ver con el ejercicio de la misión constitucional de la defensa. Este desafío resulta evidente en el manejo de garantías constitucionales como la presunción de inocencia y su engranaje con las instituciones dogmáticas sustanciales de naturaleza penal y disciplinaria, pues contrasta lo fuertemente arraigado de los máximos niveles de garantía reconocidos normativamente con su escasa aplicación y reconocimiento en la praxis judicial, a pesar de que los operadores jurídicos tengan alguna consciencia de lo equivocado que resulta el punto cuestionado.

Es necesario tener plena consciencia de cómo se aborda esta temática en el Derecho europeo, con el fin de entender nuestro sistema jurídico y su divorcio con la realidad práctica. Todo esto con el fin de corregir malas prácticas que no honran claros e inequívocos derechos fundamentales constitucionales y convencionales.

Además de cuestionables entendimientos de las instituciones concernidas en la anterior problemática, conspiran los llamados sesgos cognitivos que contribuyen a derrumbar un sólido edificio de garantías. En no pocas ocasiones, estas parecieran servir solo de inspiración teórica en cuanto al vaciamiento de su contenido producido en la praxis diaria de lo penal y disciplinario.

La tarea de la Defensoría del Pueblo tiene que superar estas aporías, pues su deber constitucional así se lo impone. Por lo tanto, los defensores públicos deben luchar en el foro por el respeto que merece la materialización de los derechos constitucionales y convencionales fundamentales. Aquí tienen un valioso instrumento de reflexión en nuestro cometido institucional de ofrecer capacitación y formación en la defensa pública penal y disciplinaria.

La defensoría pública se encarga de materializar la garantía del derecho de defensa técnica constitucionalmente relevante y la presunción de inocencia

en aras de mantener incólume la dignidad de la persona, que no se pierde en ninguna circunstancia (artículos 1, 5 y 29 de la Carta Política). Esto sucede en el ámbito penal y disciplinario, especialmente en este último, a partir de la reforma introducida por la Ley 2094 de 2021, que desarrolló con mayor espectro de garantías el artículo 282, numeral 4.º, de la Carta Política.

La evolución reciente del Derecho Disciplinario en el campo sustancial y procesal, especialmente en la llamada jurisdiccionalización de las garantías procesales, ha ido de alguna manera acercando lo disciplinario a lo penal, hasta el punto de que conocemos estrategias muy colombianas de conseguir tales efectos, bien sea instituyendo jurisdicciones disciplinarias orgánicamente concebidas, delegación de funciones jurisdiccionales a autoridades diferentes a las judiciales o declarando que la aplicación de la ley disciplinaria por autoridades administrativas se constituye en un ejercicio de administración de justicia en sentido material. Esto ha sido afirmado por la Corte Constitucional en las sentencias C-014 de 2004, SU-901 de 2005 y T-350 de 2011, esta última de singular importancia, pues allí se afirmó que los principios de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se aplican a todos los procesos disciplinarios.

Resulta fundamental desarrollar una estrategia mixta en el ámbito de las garantías tanto penales como disciplinarias para el ejercicio de la defensa pública. Esta estrategia busca potenciar y brindar una mayor eficacia y eficiencia a la función misional de la defensoría pública, lo cual concientiza de mejor manera a los defensores públicos en el cumplimiento de su importante misión constitucional y legal. Existe cierta intercambiabilidad de garantías procesales entre ambas disciplinas, lo que favorece el desarrollo del entrenamiento y la capacitación de quienes se encargan de materializar la misión defensiva en la práctica de los tribunales, juzgados y operadores jurídicos en general.

Nuestro propósito es implementar estrategias en temas cruciales y de primer orden en el ejercicio de la defensa técnica, mostrando la evolución del pensamiento jurídico sobre la materia desde los orígenes de la civilización hasta el entendimiento actual de los problemas. Aspiramos a que la capacitación tenga suficientes fundamentos históricos, culturales, jurídicos, lógicos, legales, jurisprudenciales y doctrinales para un manejo amplio y efectivo de la materia.

Carlos Camargo Assis

Defensor del Pueblo de Colombia

PRIMER ESTUDIO

*Constitucionalidad y convencionalidad
del nuevo esquema procesal disciplinario
colombiano*

INTRODUCCIÓN

La sentencia del 8 de julio de 2020, pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha causado revuelo en los estudiosos del Derecho Disciplinario colombiano. Son incontables los estudios que sobre el tema se han efectuado, al mismo que le dedicamos prácticamente gran parte de nuestra publicación colectiva *Debates fundamentales sobre Derecho Disciplinario Tomo II*, publicada a finales del año 2020. En esta publicación, defendía la idea de la creación de una “Jurisdicción Convencional”, cuyo fundamento central era otorgarle la competencia del juzgamiento y sanción a autoridades judiciales, siguiendo una propuesta efectuada en el año 2009 en mi libro *Elementos y propuestas para el Control Contencioso Administrativo de la actividad disciplinaria* y posteriormente en el Prólogo al libro de mis apreciados colegas Carlos Duarte Martínez y David Roa Salguero sobre temas de convencionalidad, lo cual parcialmente se cumplía con la exigencia del “Principio de Jurisdiccionalidad” de que se habló en la decisión internacional antes mencionada¹.

El Estado colombiano, a través del Congreso de la República y a instancia de la Procuraduría General de la Nación, promulgó la Ley 2094 de 2021, donde se adopta un sistema híbrido de “Jurisdicción”, atendiendo más a criterios materiales que a los formales y orgánicos, lo que en cierta forma tiene aside-ro en sentencias como la C-014 de 2014, SU-905 de 2005 y T-350 de 2011, donde la Corte Constitucional ha señalado que la función disciplinaria es Administración de Justicia en sentido “material”, criterio que posteriormen-

¹ Finalmente, por el momento histórico vigente, la Corte Constitucional, en la sentencia C-030 de 2023, declaró inconstitucional las facultades jurisdiccionales otorgadas por el legislador a la Procuraduría General de la Nación. No obstante, dejó intactas sus facultades disciplinarias sancionatorias, incluidas las de afectar los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, por supuesto, con el control judicial vía recurso extraordinario de revisión por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

te veremos acogido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en sentencias como la de *López Mendoza vs. Venezuela*.

La polémica está viva, detractores y defensores afirman y defienden sus posiciones, aun cuando considero que el mejor camino era el de la creación de una “Jurisdicción Convencional”, que implicaba apartarse de la interpretación gramatical-literal de la jurisprudencia internacional en cita, por demás bastante exótica en el ámbito convencional y constitucional moderno, método desaconsejado de manera permanente y sistemáticamente por todo intérprete serio de textos normativos, ha venido insistiendo en que el artículo 23, numeral 2.º, de la Convención Americana de Derechos Humanos exige perentoriamente de manera exclusiva y excluyente que quien debe conocer en el asunto es un juez penal y por medio de un proceso penal. Esto resulta contradictorio con los mismos argumentos de la motivación, donde dice que para dichos efectos la Procuraduría General de la Nación conserva sus facultades constitucionales dispuestas en el artículo 277, numeral 6.º, en torno a las funciones de instrucción y acusación. Estas funciones constitucionales son disciplinarias, lo que riñe con la naturaleza del “proceso penal” de que se da cuenta, lo que implicaría que desapareciera un instrumento de control muy colombiano y arraigado en su historia institucional y constitucional, único en el mundo.

Creemos, firmemente, que la reforma llevada a cabo por la ley mencionada no es la mejor, pero de allí a entender que sea inconstitucional hay mucho trecho. Por lo tanto, cuando las directivas de la Universidad Externado de Colombia me asignaron la tarea de realizar el estudio de constitucionalidad en razón del concepto que le solicitó la Corte Constitucional en el juicio de exequibilidad sobre la ley reseñada, sostuve la constitucionalidad en el concepto rendido, siguiendo y profundizando los derroteros que al efecto había expuesto el día 22 de abril de 2021 en nombre del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario a raíz de la invitación que se le hiciera al mismo para intervenir en los debates que se llevaban a cabo en el Congreso de la República.

En este escrito condenso los criterios jurídicos del orden constitucional y convencional que sustentan la exequibilidad de la reforma, con el objetivo de contribuir al debate que marcará el futuro del Derecho Disciplinario en Colombia. Pero, además, en orden a la cronología que ha tenido lugar desde el momento en que se rindió el concepto de constitucionalidad, he sumado a este escrito otras argumentaciones que apoyan el inicial pedido de constitucionalidad respecto de las normas demandadas y, como convencido estoy

de estos argumentos, además creo que el ideal de Simón Bolívar encuentra el desarrollo más cercano que se tiene en la historia de la Procuraduría General de la Nación con las reformas introducidas por la Ley 2094 de 2021.

Los demandantes solicitaron la declaratoria de inexequibilidad de algunas normas de la Ley 2094 de 2021, pues, en su sentir, desconocen y vulneran los artículos 29, 93, 113, 116, 117, 118, 152, 277.6 y 278.1 de la Constitución y 8 y 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Se admitió, finalmente, solo la petición de inexequibilidad del artículo 1 de la Ley 2094 de 2021. El fundamento básico de los demandantes estriba en que, en su criterio, se desconocen los artículos 8 y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por ende, los artículos 29 y 93 de la Carta Política.

En nuestra opinión, muy respetuosamente consideramos que un criterio diferente al de los demandantes emana de una interpretación sistemática, teleológica, sociológica, axiológica, evolutiva y progresiva de las normas convencionales anunciadas y de nuestro orden constitucional como lo son los artículos 1, 2, 4, 5, 9, 29, 93 y 113, 116, 118 y 277, partiendo de un punto de vista histórico, como se puede apreciar si analizamos los acápites que se desarrollan a continuación.

Capítulo 1.

El papel institucional y constitucional en la historia de la Procuraduría General de la Nación en la conformación del Derecho Constitucional Disciplinario en Colombia

La Procuraduría General de la Nación es una institución genuinamente colombiana, arraigada en su historia y conciencia constitucional por más de doscientos años, concebida por el Libertador Simón Bolívar como un poder independiente al lado de los tradicionales imperantes en Europa en los siglos XVIII y XIX, a partir de lo que concebía como un “Poder Moral”.

El llamado “Poder Moral” fue una idea revolucionaria en la concepción del Derecho Disciplinario a nivel de Derecho Comparado, toda vez que se revela con características únicas en el mundo, mismas que muestran una tendencia a ser acogidas por la comunidad internacional, así:

1) Una visión fundamentadora y limitadora del Derecho Disciplinario como Derecho constitucional Disciplinario;

2) Una concepción del Derecho Disciplinario como especie del ius puniendi con autonomía e independencia del Derecho Penal, Contravencional General o Administrativo Sancionador, Impeachment y Derecho Correccional²;

3) Una naturaleza jurídica transversal a lo público-privado y a lo nacional-internacional;

4) Una visión del Derecho Disciplinario como encarnación de una relación especial de sujeción del alto voltaje, referida a su

² Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena, sentencias del 2 de junio de 1981, de 21 de abril de 1982, N.º 84 de 1983 [Proceso N.º 1078], N.º 5 de febrero 10 de 1983, N.º 51 de abril 14 de 1983 [Proceso 1062 -152 E-], de 31 de mayo de 1984, N.º 17 de marzo 7 de 1985 [Proceso N.º 1259], N.º 67 de julio 2 de 1987 [Proceso N.º 1585] y de marzo 10 de 1988.

competencia para conocer de procesos de gran envergadura e importancia significativa como la lucha contra la corrupción y en la versión de la Carta Política de 1991, además, de las graves violaciones a los Derechos Humanos. Por el contrario, uno de Bajo Voltaje e Intensidad, sólo se ocupa como ocurre prácticamente en el mundo entero, cuya figura es la Europea del Control Interno o Potestad Doméstica, de pequeñas irregularidades administrativas y faltas culposas³;

5) Una visión única y exclusiva en el mundo que concibe al Derecho Disciplinario Público bajo tres modalidades a saber: administrativa, judicial y política;

6) Una visión única y exclusiva en el mundo donde el Derecho Disciplinario Público no tiene sustento principal sino secundario en la “potestad doméstica administrativa” del control interno disciplinario, sino en una principal y primaria con sustento en un “control disciplinario externo”;

7) Sus funciones de inspección y vigilancia tienen naturaleza jurisdiccional;

8) Sus miembros son inmunes a presiones exteriores, con suficiente estabilidad en el cargo y funciones, dotados de una gran dignidad y reconocimiento público y social;

9) Es un órgano autónomo e independiente, con periodo indefinido, solo controlable

por sus propios miembros como cuerpo colectivo, sin injerencia del ejecutivo, salvo que exista renuencia a ejercer el poder moral a su interior, caso en el cual, ante la insistencia fracasada del Gobierno, asume la función de reprensión el Senado de la República; y,

10) La función disciplinaria tiene una naturaleza moral o ética de lo público como valor supremo que inspira, fundamenta y guía su existencia, evolución y función-misión institucional, no solo en el sentido de las sanciones negativas, sino positivas y más allá de ser un órgano reactivo a través de su Cámara Moral, se constituye en un cuerpo preventivo y de prognosis futura tanto de la función pública como de las costumbres morales del pueblo, a través principalmente de la educación temprana de los futuros ciudadanos.

La propuesta de la composición e institucionalización jurídicas de un “Poder Moral” fue realizada por Simón Bolívar al Congreso de Angostura de 1819, con el nombre del “AREÓPAGO”, cuerpo colegiado creado con el “fin de que ejerciera autoridad plena e independiente sobre las costumbres políticas”, como lo resalta el historiador de la Procuraduría General de la Nación, Castro Perdomo⁴.

El Proyecto elaborado y presentado por Bolívar, y adoptado por Decreto, establecía su carácter de “autoridad plena e independien-

³Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “Aspectos decisivos que determinaron, determinan y determinarán la evolución del Derecho Disciplinario en Colombia” en Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

⁴César Castro Perdomo. La Procuraduría en Colombia, 1985, pp. 31 y ss.

te sobre las costumbres políticas y sobre la primera educación” (artículo 1 Sección Primera). Este cuerpo colegiado debería componerse por dos cámaras: i) De moral y ii) De educación (artículo 2, Sección Primera).

Este cuerpo colegiado, compuesto por plurales miembros, sería elegido por el Congreso de la República y la designación de su presidente estaría a cargo del Senado, de listas de doce candidatos, presentada una por el presidente de la República y otra por la Cámara de Representantes, con quorum especial de votación, requisitos muy exigentes de moralidad pública e intachable vida personal y edad mínima de treinta y cinco años (artículos 3 a 5 Sección Primera). Además, se le reconocía la dignidad especial y derechos de por vida como su pertenencia al colegiado que le permitía la asistencia si se jubilaba con veinticinco años de ejercicio en el cargo con el título de “Padre Benemérito de la Patria” (artículos 6 a 10, Sección Primera), con periodos indefinidos y cuyos derechos solo se perdían por muerte o destitución a cargo del mismo colegiado, teniendo el Areópago la calidad de “tribunal esencialmente irrepreensible y santo” y en subsidio, si fueren renuentes a hacerlo, lo asumiría el Senado a petición del Gobierno cumplidos algunos requisitos de insistencia al mismo tribunal como criterios de procedibilidad (artículos 10 a 14, Sección Primera). Sin embargo, si existiesen problemas de tal tipo, y ante varias sanciones en un término de doce años, el cuerpo colegial debería ser renovado totalmente, salvo aquellos miembros que hubiesen mostrado honorabilidad ante los desafueros cometidos (artículo 15, Sección Primera).

Las dos salas mencionadas cumplen el papel del pleno y tienen funciones detalladas (artículo 16, Sección Primera). Entre estas funciones, se destaca la facultad de destituir a sus miembros y designar su reemplazo (numeral 2.º).

La Cámara Moral “dirige la opinión moral de toda la República, castiga los vicios con el oprobio y la infamia, y premia las virtudes públicas con los honores y la gloria” (artículos 1 y 13, Sección Segunda). En su actividad de inspección se decanta la falta, más que por la infracción a los deberes del cargo, por aquellas que atenten contra la virtud exigida y se imponen penas de censura y morales, así como inhabilitaciones para el ejercicio de funciones públicas (artículos 2, 5, 6, 7 y 12, Sección Segunda). Tiene el carácter de autoridad independiente y absoluta y su naturaleza es jurisdiccional (artículos 4 y 6, Sección Segunda). La Cámara Moral tiene su propia “Policía Moral” (artículo 10, Sección Segunda) y su autoridad cubre incluso a los funcionarios judiciales (artículo 11, Sección Segunda).

La Cámara de Educación propende por “la moral de los niños desde su nacimiento, hasta los doce años cumplidos” (artículo 1, Sección Tercera), llevará datos, inspeccionará y construirá centros educativos, dirigirá la instrucción moral, etc. (artículos 2 a 13, Sección Segunda).

La propuesta del orientador del nacimiento de la Patria, aunque no fue acogida a nivel constitucional por la Constitución de Cúcuta de 1821, sí encontró cierto eco a

nivel legal, reflejado en el reconocimiento de ciertos funcionarios como los síndicos personeros del común.

En la Constitución de 1830 se contempla la figura del Procurador General de la Nación como agente del Poder Ejecutivo y difiere a la ley sus atribuciones y demás cuestiones administrativas (artículos 100 a 103). La Ley Orgánica que desarrolló las facultades constitucionales le atribuyó la función de “supervigilar la conducta oficial de los funcionarios y empleados públicos y de perseguir los delitos” (Resaltado fuera de texto).

Allí, en la expresión “supervigilancia”, se encuentra la clave de la particularidad y esencia del Derecho Disciplinario colombiano, un control externo por fuera de la administración pública ejecutiva encargado a una autoridad con pretensiones de autonomía e independencia en el campo moral, cuyas autoridades no derivaban de quien al interior del cuerpo de disciplinados tenía los poderes de control jerárquico y de tutela, que configuran lo que en Europa se ha dado en llamar “la potestad doméstica de la Administración”.

Desapareció su consagración constitucional entre los años de 1832 y 1853, para reaparecer en 1853 como figura constitucional con

funciones de vigilancia, fuero constitucional a cargo del Senado y elevado al cargo por elección popular. Así se refrendó en 1856 y 1858, con las atribuciones de acusar a los altos funcionarios del Estado ante el Senado y “vigilar a los funcionarios públicos en general”. De tal manera se mantuvo en la Constitución de 1863, incluso, se agregó que entraría en la línea de sucesión presidencial por vacancia de su titular.

En la Constitución de 1886 se refrenda su estatus constitucional y se dispone que tendrá como funciones la de “supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social”.

La doctrina es clara en perfilar la dependencia estructural del ius puniendi, pero también la autonomía e independencia funcional del Derecho Disciplinario respecto de sus pares, como el Derecho Penal, Contravencional o Sancionador Administrativo, Correccional e *impeachment*⁵.

Se ha intentado diferenciar entre un Derecho Penal Administrativo y un Derecho penal disciplinario⁶, atribuyendo una distinta sustantividad entre ambos y entre los dos con el Derecho Penal. Esta distinción

⁵ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “El derecho disciplinario como disciplina jurídica autónoma” en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Año XXXIV N.º 403, Ediciones RAP, Abril 2012 Buenos Aires [Argentina] y Juan B. Lorenzo De Membiela. “Potestad disciplinaria y Administración pública” en Fundación Democracia y Gobierno Local, disponible en qd112_10_est07_lorenzo.pdf (gobiernolocal.es), 2009, pp. 129 y 130, consultado el 9 de junio de 2021.

⁶ José María Rodríguez Devesa. Derecho penal español, parte general, 10.ª edición, Madrid, Dykinson, 1986, p. 30.

es respaldada por autores como García de Enterría, quien también diferencia entre un Derecho Disciplinario y un Derecho Sancionador, teoría compartida por otros autores⁷ y que es congruente con las dos categorías del Derecho Sancionador aludidas. Conforme a este criterio, pertenecen al primero, además del disciplinario *sensu stricto*, la policía demanial, las de autoprotección, las rescisorias de actos favorables y las tributarias, contrapuestas a las sanciones de orden público. Específicamente, Enterría diferencia entre las sanciones por las que la Administración tutela su organización y orden interno, incluyendo el sistema de sus actos jurídicos, y otras por las que tutela el orden social general, en un amplio sentido, el orden público⁸. En cualesquiera de los casos, la potestad por la cual la Administración pública impone sanciones deriva del *ius puniendi* previsto en el artículo 25 de la CE y, por ello, esta distinción es irrelevante: sea desde la esfera del Derecho Administrativo, sea desde su sustantividad frente al Derecho Penal.

Destacamos aquí, para diferenciarnos de otros sistemas disciplinarios, que el nuestro no opera por reducción y subsidiariedad, como afirma la doctrina mexicana que ocu-

rre en su país, pues se concibe la responsabilidad administrativa como aquella donde “los actos u omisiones no son tan graves como para constituir un delito ni tan serios como para ser materia de un juicio político”⁹.

Un primer escollo que debe superarse es el atinente a los fundamentos del Estado moderno, pues de conformidad con la teoría de la tridivisión del poder, las facultades sancionatorias de la Administración aparecen como incompatibles con el sistema de justicia. No obstante, se reconoce su entrega acelerada al Ejecutivo y hoy resultaría impensable la viabilidad de la sociedad sin su existencia, claro está, sometido a los respectivos controles que implica el Estado de derecho.¹⁰

Y no resulta de recibo, frente a la Carta Política de 1991, aquellas concepciones de un Derecho Disciplinario fundado en principios de conveniencia y oportunidad, al cual se refiere la doctrina de manera muy crítica y con un rechazo *in limine*:

El Derecho disciplinario del personal de las administraciones públicas se integra dentro del concepto más amplio de responsabilidad administrativa consistente en el ejercicio de una potestad discrecio-

⁷ J. A. García-Trevijano Fos. Tratado de Derecho administrativo, tomo III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, p. 969 con remisión al tomo I, c. XIV.

⁸ Eduardo García de Enterría. “El problema jurídico de las sanciones administrativas” en Revista Española de Derecho Administrativo, 1976, 10, p. 399 y ss.

⁹ Villasana Rangel, Los principios generales de la potestad sancionatoria de la administración y su relación con el derecho disciplinario, ob. cit., pp. 810 y 811.

¹⁰ Villasana Rangel, Los principios generales de la potestad sancionatoria de la administración y su relación con el derecho disciplinario, ob. cit., pp. 819 y ss.

nal con un objeto de aplicación difuso cuando no contradictorio. Quizás esa versatilidad en el ejercicio de la facultad se deba a la compleja simbiosis existente entre las exigencias de la gestión y la aplicación de las normas jurídicas que regulan aquélla y que ante ciertas circunstancias la amordazan. En muchas ocasiones, además, la estricta observancia del reglamento se modula para alcanzar una solución extrajurídica amparada por el principio del “mal menor” o el de “necesidades del servicio” o el de “potestad de autoorganización”, principios delictuosamente etéreos que amparan actuaciones, en ocasiones, de difícil justificación legal. Pero que usados en unas administraciones más que en otras, dan cobertura a una patrimonialización particular y no general de lo público cuando se anteponen otros intereses desde luego desviados a los previstos en el ordenamiento jurídico¹¹.

1.1. La importancia de la Procuraduría General de la Nación en la tarea de esculpir el Derecho Disciplinario colombiano

El Derecho Disciplinario colombiano no puede ser entendido y comprendido sin considerar la historia, evolución e institucionalización actual de la Procuraduría General de la Nación.

La particularidad del Derecho Disciplinario en el concierto del Derecho Sancionatorio, especialmente su consideración acerca de constituirse en una disciplina autónoma e independiente, está vinculada a la historia de la Procuraduría General de la Nación.

A su vez, la institucionalidad sui generis en el mundo occidental y allí dentro de la familia del civil law de la Procuraduría General de la Nación, es asunto que solo puede

¹¹ Lorenzo de Membiela, Potestad disciplinaria y Administración pública, ob. cit., p. 125.

entenderse dentro del pensamiento visionario del Libertador Simón Bolívar, quien pensó muy creativamente un “poder moral”¹² al lado de los tradicionales ya poderes ejecutivo, judicial y legislativo.

Simón Bolívar estudió y tuvo una estancia larga en Francia, donde pudo apreciar la nueva institucionalidad que superó el Ancien Regime, comparándolos con sus vivencias, formación y aspiraciones como con toda la realidad política, social y económica, propias de su natal América.

Sus ideas políticas, jurídicas e institucionales se esculpieron entre el dolor de los hombres y mujeres americanos oprimidos por el colonialismo español, por un lado y, por otro, con la nueva vida en libertad y prosperidad que implicaba la República como modelo político.

Monsalve da cuenta de manera clara de ese excepcional privilegio, pues afirma que “Bolívar conocía a su país y el genio de sus habitantes”. Por ello, en medio de la gesta de Independencia en 1815, señalaba que no era

¹² “El discurso de Angostura es la intervención que hizo Simón Bolívar en la provincia de Guayana, el 15 de febrero de 1819 en el recién instalado Congreso de Angostura en el contexto de la independencia de Venezuela y Colombia. El discurso fue publicado en el Correo del Orinoco, números 19, 20, 21 y 22 del 20 de febrero al 13 de marzo de 1819.

En el discurso pronunciado durante casi una hora ante el Congreso de Angostura, el Libertador analizó de manera profunda la realidad de su tiempo, señalando la conveniencia de que las instituciones que surgieran en sur América a raíz de la Independencia, debían responder a las necesidades y posibilidades de estas sociedades, sin copiar modelos de tierras extrañas. Aunque se reconoce en este documento lo favorable del régimen federal para otras naciones; se sostiene que en el caso de Venezuela es preferible un centralismo, basado en un Poder Público distribuido en las clásicas ramas: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; resaltando la fortaleza del Ejecutivo. Sugiere también Bolívar que a estos tres poderes se agregue una cuarta instancia denominada Poder Moral, destinado a exaltar el imperio de la virtud y enseñar a los políticos a ser probos e ilustrados. Asimismo, concebía la idea de una cámara alta hereditaria, para mantener en ella la tradición edificante de los «padres de la patria». Esto no encajó muy bien con la letra del Poder Moral. En una demostración de gran ilustración el Libertador hace reminiscencias de Grecia y Roma y examina las instituciones políticas de Gran Bretaña y Estados Unidos, citando para esto a filósofos y políticos de la Enciclopedia y de la Revolución Francesa, para desembocar en la necesidad de instaurar un sistema republicano-democrático, con proscripción de la nobleza, los fueros y privilegios, así como de la abolición de la esclavitud. Otro aspecto al que dedicó una importancia fundamental en el proceso de consolidación de las repúblicas latinoamericanas, fue a la educación. En este sentido, para él educar era tan importante como libertar. Después de desarrollar otros tópicos relacionados con una visión sobre la grandeza y el poderío de la América libre y unida, cierra Bolívar su discurso con la siguiente exhortación al Congreso: ‘Señor, empezad vuestras funciones: yo he terminado las mías’. Tras esto hizo entrega de un proyecto de Constitución así como del Poder Moral, a fin de que fueran estudiados por los diputados, añadiendo: ‘El Congreso de Colombia está instalado; en él reside, desde este momento, la Soberanía Nacional. Mi espada y las de mis ínclitos compañeros de armas están siempre prontas a sostener su augusta autoridad. ¡Viva el Congreso de Colombia!’”. En Poder Moral, un enigma llamado Bolívar [Wordpress.com]

admisible proponer, de antemano, principios sobre el Gobierno y su política, puesto que resultaba muy difícil “profetizar la naturaleza del Gobierno que llegará a adoptar” para las Américas. Lo único cierto es que, como lo advertía en el Congreso de Angostura -1819 y 1820-, “el sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”¹³. A ello sus más cercanos colaboradores aplaudían con fervor, advirtiendo un futuro que el “mundo admiraría con admiración”, como le respondió Francisco Antonio Zea, en tanto el libertador visionaba antes de llegar al Congreso volar “por entre las próximas edades, mi imaginación se fija en los siglos futuros, y observando desde allá con admiración y pasmo la prosperidad, el esplendor, la vida que ha recibido esta vasta región, me siento arrebatado y me parece que ya la veo en el corazón del universo”¹⁴.

Conocedor de la realidad y de las modernas instituciones, no llamaba a una copia acrítica de las mismas, solo tenía claro que la unidad, en cuanto a la aplicación de las instituciones, debería ser el derrotero. Esto lo afirmó el 15 de febrero de 1819 en la instalación del Congreso de Angostura: “Para sacar de este caos nuestra naciente repúbli-

ca, todas nuestras facultades morales no serían bastantes, si no fundimos la masa del pueblo en un todo; la composición del gobierno en un todo; la legislación en un todo; y el espíritu nacional en un todo. Unidad, unidad, unidad, debe ser nuestra divisa”.

Por ello, con magnífica inteligencia, Francisco de Paula Pérez afirma que Bolívar procedía y analizaba “con aguda penetración de sociólogo las necesidades peculiares de los pueblos que se trataban de organizar para la vida social, bajo el nuevo régimen”. Por tanto, “condenó las imitaciones de códigos extraños y aconsejó el estudio sobre las realidades políticas del medio social en que habrían de actuar los gobernantes y gobernados”¹⁵.

1.2. Las pinceladas iniciales

Como tal, la idea de un cuarto poder no cristalizó en normas jurídicas, pero es evidente que en ella se encuentra el germen de la Procuraduría General de la Nación. Simón Bolívar propuso la figura del procurador general de la Nación el 25 de febrero de 1819 por medio de decreto, en el Reglamento Provisional para el establecimiento del Poder Judicial expedido por el Congreso de Angostura y con el fin de que

¹³ José Dolores Monsalve. El ideal político del libertador Simón Bolívar, Tomo II, Madrid, Editorial América, 1916, pp. 342, 343, 361, 362, 365 y 366.

¹⁴ José Dolores Monsalve. El ideal político del libertador Simón Bolívar, Tomo I, Madrid, Editorial América, 1916, pp. 219 a 223.

¹⁵ Francisco de Paula Pérez. Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá, Ediciones Lerner, 1962, pp. 27 y 28.

fuera insertado en la primera Constitución Política, pero su propuesta se desconoció en la Carta de 1821. No obstante, las figuras propias de lo que en Colombia ha sido denominado como el Ministerio Público, como lo fueron los fiscales ante las cortes hoy denominados procuradores judiciales, tuvieron acogida por medio de la Ley del 14 de octubre de 1821, al igual que ya operaban los “síndicos personeros del común”, el equivalente hoy a los personeros municipales¹⁶. Esto evidencia un sistema de control externo y deja de lado o en segundo nivel de importancia el propio derivado de la potestad doméstica de la Administración.

Constitucionalmente, el Ministerio Público fue reconocido en la Carta Constitucional de 1830, integrado por un Procurador General que obraba como “agente del poder ejecutivo”, los procuradores generales de los departamentos, los procuradores de provincia y los síndicos personeros, a quienes se les asignaban competencias varias, pero se destaca ya como algo que se mantendrá con cierta permanencia, por desarrollo de Ley Orgánica, la “supervigilancia de la conducta oficial de los funcionarios públicos”.

En las cartas constitucionales de 1832 y 1843 desapareció su reconocimiento constitucional, pero las leyes continuaron ocu-

pándose de los fiscales –hoy procuradores judiciales- ante las autoridades judiciales. No obstante, reapareció constitucionalmente a partir de las cartas de 1853 y 1863, donde la elección del procurador general de la Nación se llevaba a cabo por virtud de elección popular, con lo que resultarían tareas tradicionales ya institucionalizadas, como: i) intervenir ante las autoridades judiciales y ii) “vigilar a los funcionarios públicos en general”.

1.3. La Procuraduría General de la Nación en nuestra vida institucional republicana

De manera definitiva, la Procuraduría General de la Nación nace, se desarrolla y evoluciona institucionalmente como ente público único en el mundo a partir de la Constitución Política de 1886, con unas características muy propias que la hacen una institución sui generis en el concierto del derecho constitucional universal.

Sus características, en la redacción original de la constitucional, son las siguientes:

¹⁶ Para una información completa y en adelante lo que será afirmado, consultar a César Castro Perdomo. *La Procuraduría en Colombia: Procuraduría General y Fiscalías, historia constitucional y legal 1819-1986*, Bogotá, Secretaría de Información y Prensa de la Presidencia de la República, 1986. Un resumen autorizado puede verse en la recopilación efectuada por Gustavo Adolfo Cortés. “Breve reseña de la historia constitucional y legal de la Procuraduría General de la Nación” en *El Ministerio Público y sus funciones en lo penal*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2003, pp. 11 y ss.

1) No hace parte de los poderes públicos legislativo y judiciales, mismos que “son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones” (artículos 57, 58 y 60), y dentro de ellos se encuentra el poder ejecutivo que encabeza el presidente de la República.

2) No obstante lo anterior, no se predica una separación absoluta de funciones de los poderes públicos, puesto que el Senado “ejerce determinadas funciones judiciales” (artículo 60 inciso final) y la Cámara de Representantes lleva a cabo las tareas fiscales de naturaleza penal inherentes a la investigación y acusación (artículo 142, inciso 2.º).

3) Dentro del marco de colaboración interinstitucional de los poderes públicos, corresponde al presidente de la República “en relación con el Poder Judicial”, la designación y remoción de “los funcionarios del Ministerio Público”, dentro de los que se encuentra, por supuesto, el procurador general de la Nación (artículo 119, numeral 3.º).

4) Por tanto, resultaba obvio, que el Minis-

terio Público era ejercido “bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás funcionarios que designe la ley”.

5) Conserva sus funciones de intervención ante las autoridades judiciales y se enfatiza en la de “supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos” (artículo 143) y, particularmente, al procurador general de la Nación, “cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes” y “cuidar de que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su encargo, y promover que se les exija responsabilidad por las faltas que cometan” (artículo 145, numerales 1.º y 3.º).

Desde un principio, se destaca que la influencia de la teoría de la “potestad doméstica de la Administración”, que explica el Derecho Disciplinario según los teóricos del Derecho Administrativo¹⁷, nunca tuvo en Colombia las repercusiones que hoy se le quiere dar,

¹⁷ En tal línea se afirma que “algunas legislaciones de la Unión Europea, por ejemplo, la alemana, la belga y la francesa, tras una evolución plausible, han privado a la autoridad jerárquica de la potestad disciplinaria en garantía de los derechos de los funcionarios. La potestad queda atribuida a órganos cuasi-jurisdiccionales. se cambio fue reclamado por la dogmática ante las deficiencias del régimen disciplinario que impera en España. Una de las tesis que esgrimían se construían sobre las defendidas por Wisscher, que, referenciando el Derecho belga, declara: ‘El cuidado que se toma el superior jerárquico de no crear enemigos y de no deteriorar la atmósfera de su servicio utilizando la potestad disciplinaria, el respeto que muestra la autoridad a las organizaciones sindicales que dominan las cámaras de recursos, el miedo a proporcionar a la oposición la oportunidad de una campaña de prensa, el riesgo, en fin, de ver la sanción disciplinaria anulada por el Consejo de Estado dieciocho meses o dos años después de haberla impuesto, son otras tantas razones que explican por qué la disciplina administrativa se muere y por qué la calidad de la Administración se va deteriorando’”: LORENZO DE MEMBIELA, *Potestad disciplinaria y Administración pública*, ob.cit, p. 128.

pues como se puede apreciar y se destaca, el equivalente al “poder moral” visualizado por Bolívar, que es la Procuraduría General de la Nación, no respondía a un control interno disciplinario fundado en la jerarquía de cada ente estatal, sino en un control externo disciplinario con característica de unidad y nacionalidad, como eran los ideales políticos del Libertador. Este enfoque no se basa en los modelos constitucionales europeos continentales, sino que la potestad disciplinaria se encarga a un ente externo que se encuentra a medio camino entre el poder ejecutivo y el poder judicial, como lo sugiere el encabezado del artículo 119 citado, amén de que no se ocupa de investigaciones de poca monta, como faltas disciplinarias y/o meras irregularidades administrativas, sino de conductas mucho más relevantes y que tocan con la “probidad administrativa”, como destaca el eminente constitucionalista José María Samper, especialmente en materia de recursos públicos, toda vez que “lo que más desprestigia y mina a los gobiernos, es la impunidad”¹⁸.

Aunque la Procuraduría General de la Nación no se considera parte del Ejecutivo, como ya lo mencionamos, se encuentra más bien en un punto intermedio entre este y el poder judicial. Su dirección está adscrita al presidente de la República, pero se ubica en un título constitucional independiente -TÍTULO XIV DEL MINIS-

TERIO PÚBLICO- separado tanto del Ejecutivo como del Legislativo. En esencia, la Procuraduría General de la Nación se percibía como un ente independiente, donde el procurador general de la Nación ejercía una verdadera magistratura moral.

Así lo ha afirmado Betancur Cuartas, quien indica que cada rama tiene funciones propias, pero no exclusivas “en razón del sistema de cooperación funcional, de colaboración armónica, en que se complementan, como organismos especializados y sin aislamiento, para realizar el bien común como fin primordial del Estado”¹⁹.

No en vano, pues, De Paula Pérez precisa que la Corte Suprema de Justicia en varios fallos “ha sostenido que los empleados del Ministerio Público participan no solo del órgano judicial, sino también del administrativo”²⁰.

En efecto, ya se decía que los poderes públicos tradicionales eran limitados, pues su fin primordial fundamental era garantizar la “seguridad de la justicia” y buscar el “equilibrio y proporción entre el derecho y el deber” a través de la “diversidad del poder”. Según Samper, el Procurador y sus funciones representaban una fórmula precisa, donde se reducían “las doctrinas de la ciencia constitucional y de la administrativa”, incluida la muy especial de la supervigilancia de la conducta oficial de

¹⁸ José María Samper. *Derecho Público Interno de Colombia. Historia crítica del Derecho Constitucional colombiano desde 1810-1886*, Tomo I, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, 1951, p. 375.

¹⁹ Jaime Betancur Cuartas. *Derecho Constitucional colombiano*, Medellín, Colección Jurídica Bedout, 1978, p. 187.

²⁰ De Paula Pérez, *Derecho Constitucional colombiano*, ob. cit., p. 373.

los empleados públicos y “hacer efectiva su responsabilidad” cuando no procedan “conforme la pauta que la Constitución y las leyes les trazan”. Esto se aplicaba a todos y absolutamente todos los funcionarios públicos, con el objetivo de garantizar el cumplimiento exacto de sus deberes, puesto que la “fiscalización” resulta ser “uno de los más preciosos elementos de buen gobierno” para que cada funcionario no se convierta en una rueda suelta del mecanismo administrativo²¹.

Por lo tanto, respecto de la presencia del Ministerio Público en la Constitución de 1886 decía Samper que “la función de administrar los intereses del Estado, por una parte, y por otra la de administrar justicia, hacen necesaria, en todos los negocios relacionados con estas dos formas de administración, la presencia de una entidad que represente al propio tiempo a la Sociedad y al Estado, y que, por lo tanto, haga oír la voz de estas grandes creaciones (natural la una y convencional la otra), no en defensa de un interés determinado, ciegamente protegido, sino en defensa de la justicia”²².

Allí, en esa tan importante misión, se requiere “quien fiscalice” la Administración con atenta vigilancia, especialmente en lo concerniente a la hacienda, rentas, riqueza y demás sustento del Estado, así como sus institucio-

nes orgánicas, apunta Samper. Este cometido debe llevarlo a cabo, dice, mediante un funcionamiento regular y permanente que sistematiza la ley como organismo, con respecto a la Nación entera, en “todo lo nacional”, por medio de una “organización descendente” que cope departamentos, provincias y distritos. Por lo tanto, debe tener “el Ministerio Público su representante en Colombia entera y en cada una de las secciones” como una “rama especial del servicio de la República” que ponga en práctica la fiscalización de los servidores públicos, en tanto “representa el principio de ponderación y el de cooperación en el fin supremo del gobierno: la justicia”²³.

De acuerdo con De Paula Pérez, “la sociedad tiene interés en que la administración judicial, y en general las demás ramas del servicio público, estén fiscalizadas y exista un organismo que procure que cada uno de los servidores del Estado llene a cabalidad sus funciones propias, rindiendo el mayor provecho posible”²⁴.

La designación del procurador general de la Nación por parte del presidente de la República suscitaba cuestionamientos, a lo que se opuso Samper -sobre todo por el hecho de que actuaría bajo la suprema dirección del Jefe de Gobierno- cuando se

²¹ José María Samper. *Derecho público interno de Colombia. Comentario Científico de la Constitución de 1886*, Tomo II, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, 1951, pp. 122 y 123.

²² Samper, *Derecho Público Interno de Colombia. Comentario Científico de la Constitución de 1886*, Tomo II, ob. cit., p. 349.

²³ Samper, *Derecho público interno de Colombia. Comentario Científico de la Constitución de 1886*, Tomo II, ob. cit., pp. 351 y 352.

²⁴ De Paula Pérez, *Derecho Constitucional colombiano*, ob. cit., p. 373.

discutió la fórmula en la Constitución Política de 1886. Sin embargo, se impuso la tesis de Miguel Antonio Caro²⁵ y las propuestas de Samper resultaron desechadas²⁶. Decía Samper que el procurador general de la Nación debía ser “nombrado y amovible por la Cámara de Representantes”²⁷.

De todos modos, según De Paula Pérez, se encomendó al Ministerio Público la ejecución en favor de la sociedad de “sus aspiraciones de perfeccionamiento en lo moral, en lo intelectual y en lo material”, lo cual evoca sin dubitación alguna al “Poder Moral” del Libertador. Por ello, los representantes del Ministerio Público no debían apoyar irrestrictamente las decisiones y actividades del Gobierno, así sean de su “inmediato superior”, “sino que de acuerdo a la tarea que le ha sido encomendada, tiene que preferir los intereses representados por la ley misma o por la Constitución. Entendida de otro modo su función peculiar, se reduce al movimiento innecesario de una sección administrativa más, que carece de toda independencia”²⁸.

1.4. El emprendimiento del camino de la autonomía e independencia de la

Procuraduría General de la Nación

Con las reformas constitucionales de 1945 y 1947 se establece la elección del procurador general de la Nación por parte de la Cámara de Representantes, de terna elaborada por el presidente de la República (artículos 102 numeral 1.º, 119 numeral 1.º y 144 de la Carta Política de 1886, con la reformas pertinentes, hasta su derogatoria por la Carta Política de 1991).

Betancur Cuartas fue un crítico muy duro de i) la suprema dirección del Ministerio Público por parte del presidente de la República, toda vez que “no parece, en técnica jurídica, que el organismo encargado del control ético de los funcionarios del Estado, sea subordinado del Gobierno, cuyas actividades va a vigilar”, con lo que se pone en duda su estatus de “conciencia moral de la Administración”, puesto que a él le corresponde el control “contra la inacción, y en favor de la moralidad en los órganos del Estado para conseguir el bien común”; y de ii) la facultad del presidente de la República para integrar la terna de la cual, la Cámara de Representantes, elegiría al procurador general de la Nación, pues no resulta concebible que un funcionario esencialmente fiscalizador de la conducta oficial de los funcionarios públicos, sea elegido a instancia de la persona

²⁵ De Paula Pérez, Derecho Constitucional colombiano, ob. cit., pp. 374 a 376.

²⁶ Miguel Antonio Caro. Estudios Constitucionales y Jurídicos. Primera Serie, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1986, p. XXIX.

²⁷ Samper, Derecho público interno de Colombia. Comentario científico de la Constitución de 1886, Tomo II, ob. cit., pp. 351 y 352.

²⁸ De Paula Pérez, Derecho Constitucional colombiano, ob. cit., pp. 377 y 378.

de quien debe fiscalizar a sus dependientes en la Administración Pública, puesto que “un carácter débil de pronto menoscaba el recto cumplimiento de su deber en agradecimiento a quien incluyó su nombre en la terna e hizo propicia su elección”. Propone, por tanto, que “mejor resultaría que la Cámara, en su ejercicio de su función de fiscalizar, eligiera a este funcionario, en forma autónoma, dentro de las calidades exigidas”²⁹.

De todos modos, su permanencia en el cargo estaba sujeta a un periodo constitucional y el presidente de la República no tenía sobre él ningún poder de remoción, el cual, dice Betancur Cuartas, le correspondía al Senado, según lo precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de octubre de 1976³⁰, como se constata además en los artículos 97 numeral 1.º y 102 numeral 4.º de la Carta Política.

1.5. La consolidación de la Procuraduría General de la Nación como un órgano de control autónomo e independiente en la Carta Política de 1991

Debe convenirse con la afirmación acerca de que “con el paso del clásico Estado liberal, al

intervencionismo de Estado, el Estado bienestar y el Estado Social de Derecho se presentó un fenómeno de expansión de la actividad estatal. Los pesos y contrapesos tradicionales entre las tres ramas del poder eran insuficientes para la verificación del cumplimiento de la función pública, y por ello se hizo necesario replantear la clásica teoría de su tridivisión y abrir campo en la estructura a los órganos encargados de hacer el control sobre ciertas actividades estatales, para agregar al control endógeno de las ramas del poder –en la Administración: jerárquico y de tutela-, un control exógeno que permitiera medir mejor los logros, fracasos y desafueros de dicha actividad. Para tal fin, en la Constitución de 1991 se creó en el marco de un esquema de autonomía, la función pública de control fiscal y de control de la conducta oficial de los servidores públicos, así como de promoción y protección de los derechos”³¹.

La fisonomía de esta entidad, única en el concierto del Derecho Constitucional comparado, se expresa en las siguientes directrices:

1) No pertenece a las “Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial”, pero sí a otro ente, calificados constitucionalmente como “autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”, coexistencia e interrelación entre todos, puesto que “los diferentes órganos

²⁹ Betancur Cuartas, Derecho Constitucional colombiano, ob. cit., pp. 291, 409 y 413.

³⁰ Betancur Cuartas, Derecho Constitucional colombiano, ob. cit., p. 411.

³¹ Departamento Administrativo de la Función Pública. Organismos de control, Manual de Estructura del Estado, en Sector organismos de control (funcionpublica.gov.co), consultado el 9 de junio de 2021.

del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”, reza el artículo 113.

2) Uno de esos órganos de control autónomo e independiente es el Ministerio Público (artículo 117), al cual “será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personas municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas” (artículo 118). Por lo tanto, se le señalan nuevas y trascendentales funciones, pero se conservan las originales de la Constitución de 1886 de i) “Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley” e ii) “Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales” (artículo 277 numerales 6.º y 7.º), con algunas precisiones adicionales en su artículo 278.

3) El Ministerio Público, que no pertenece a ninguna de las tres ramas tradicionales del

poder público, es un organismo de control autónomo e independiente, se organiza en el Título X –DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL- y capítulo 2 –DEL MINISTERIO PÚBLICO- apartes.

4) Se complementa su régimen jurídico de independencia con lo dispuesto en el artículo 279, que establece que “la ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo”.

5) Su investigación y juzgamiento disciplinario y penal –procurador general de la Nación- están en manos de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 83 numeral 1.º de la Ley 734 de 2002 y 100 de la Ley 1952 de 2019) y, respectivamente, del fiscal general de la Nación y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Como se advierte, pues, las importantes facultades que se le atribuyen históricamente a la Procuraduría General de la Nación como órgano de “Control Externo Disciplinario”³² y, sobre todo, como institución sui generis colombiana, se mantienen incólumes e incluso se amplían considerablemente sus funciones en el artículo 277 de la Carta Política de 1991. Se aclara en

³² Para el efecto, muy especialmente para el concepto de “Poder Preferente”, ver Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en decisión del 19 de abril de 2021, radicación n.º 11001-03-06-000-2021-00014-00.

su numeral 6.º que el poder de supervigilancia de la conducta oficial de servidores públicos tanto de elección popular como de otro tipo de designaciones implica un ejercicio del poder preferente de desplazamiento del órgano de control interno disciplinario de que da cuenta el artículo 209 *ibidem*. Se ocupa, sin duda alguna, de la vigilancia del comportamiento de los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones y de los principios administrativos, entre los cuales se encuentra el muy importante de la moralidad pública en cuanto derecho colectivo de la sociedad (artículos 88 y 209). Esto se refleja muy particularmente con el contenido del derecho constitucional fundamental de solicitar de las autoridades públicas la imposición de las sanciones penales y disciplinarias que surjan por el ejercicio de la función pública.

También debe destacarse que su origen está libre de la politiquería, ya que interviene en la elección del procurador general de la Nación el Senado de la República a partir de una terna configurada por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El procurador goza de un periodo fijo de naturaleza constitucional y de un estatuto especial de rango constitucional. Además, solo resulta removible por decisiones de tipo jurisdiccional, bien sea disciplinaria –la Corte Constitucional jurisprudencial-

mente ha determinado que los fallos disciplinarios en los procesos contra el procurador general de la Nación son decisiones judiciales– o penal.

Finalmente, como experiencia institucional de más de doscientos años de la Procuraduría General de la Nación en Colombia y como expresión de un control externo disciplinario que resulta indiscutiblemente prevalente y preferente al control interno disciplinario fundado en la potestad doméstica, se tiene que además cubre las deficiencias de esta para explicar el Derecho Disciplinario sobre los particulares que ejercen funciones públicas, que no tienen cabida en él, sino que la competencia es exclusiva y excluyente en favor de la Procuraduría³³. Pero, además, resulta obvio que no solo el poder prevalente y preferente de la Procuraduría General de la Nación (artículo 277 numeral 6.º de la Carta Política) rompe con cualquier explicación sólida que quiera darse del Derecho Disciplinario, en cuanto hace palidecer a la potestad doméstica de la Administración, sino que también lo mismo sucede si se tiene en cuenta que el procurador general de la Nación tiene el poder de revocar directamente cualquier fallo que hubiese sido proferido por cualquier autoridad administrativa de naturaleza administrativa, según lo disponen los artículos 122 y 123 de la Ley 734 de 2002. No debe olvidarse, finalmente, una muy importante potestad

³³ La potestad doméstica hace “aguas” cuando se trata de la competencia disciplinaria para investigar a particulares que ejercen funciones públicas [ver Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en decisión del 19 de abril de 2021, radicación n.º 11001-03-06-000-2021-00014-00].

derivada del poder prevalente y preferente que tiene la Procuraduría General de la Nación como órgano de control externo, que es desprenderse de procesos disciplinarios que tramita y enviarlos al control interno respectivo (artículo 3 inciso segundo, parte final, ibidem), donde es clara la subordinación de la potestad doméstica de naturaleza administrativa, como se acredita con la decisión de la Sala de Consulta y Servicio Civil arriba citada.

1.6. Control interno: oficinas de control interno

Es claro que el tratamiento histórico, institucional y constitucional en Colombia ha sido de un Derecho Disciplinario de control externo, no dependiente de controles de tutela y jerárquico, precisamente por fuera de la potestad doméstica de la Administración. De esta manera, un control interno surge solo a nivel legal, de forma difusa y aproximativa y, por tanto, como una institución complementaria y subsidiaria de las facultades de la Procuraduría General de la Nación.

En torno a este punto, podríamos identificar varias fases en la muy particular evolución del Derecho Disciplinario colombiano:

1.6.1. Cohabitación con el control externo sin explicarse su naturaleza

En la historia del Derecho Constitucional colombiano aparece indiscutiblemente el control externo como el instrumento idóneo

y competente para conocer sobre la conducta de los servidores públicos, asunto solo explicable por la particularidad de la existencia en nuestro país de una institución única en el mundo como lo es la Procuraduría General de la Nación.

El control interno aparece posteriormente por vía de desarrollo legal. Aun cuando su configuración no es clara como disciplina, la ley no hace mención alguna, pues trata indistintamente múltiples materias relacionadas con lo público y, a la vez, referidas a las diferentes ramas del poder, incluido el Ministerio Público en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, que definen lo político, la hacienda, los temas fiscales, la función pública, los deberes, obligaciones y derechos de los servidores públicos, los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos, etc., lo cual se refleja en la normativa del primer Código de Régimen Político –Ley 149 de 1888–.

En efecto, la misma se ocupa y tiene como objeto la “legislación relativa al ejercicio de las facultades constitucionales de los Poderes Legislativo y Ejecutivo; á la organización general de los Departamentos, Provincias y Distritos, á las atribuciones de los empleados ó corporaciones de estas tres últimas entidades, á las atribuciones administrativas del Ministerio Público y á las reglas generales de administración, constituye el régimen político y municipal” (artículo 1). Su artículo 5 consagra la noción de empleado público cuando señala que son “todos los individuos que desempeñan destinos creados ó reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos”,

entre los cuales se cuentan como especie “los Magistrados, que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad; los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción ó autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados; y los meros oficiales públicos que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar aún sin tener la calidad de empleado”. Precisa, en su artículo 6, que “no habrá empleo que no tenga funciones detalladas en la Constitución, en ley o en Reglamento”.

El reglamento se exhibirá en adelante como el instrumento que dota de contenido al derecho de la función pública y lo correspondiente a la administración del personal civil del Estado, incluyendo, por supuesto, lo referente al Derecho Disciplinario, que se esboza como una especie de “derecho correccional” de los servidores estatales.

Se distinguen varias ramas de la ocupación legal, entre ellas la Administrativa, supremamente amplia según el artículo 39 que señala que “el ramo Administrativo comprende los demás asuntos que sean materia de legislación de los cuales los principales son: el régimen político y municipal, división política, elecciones populares, policía, instrucción pública, caminos, correos, telégrafos, agricultura, estadística, civilización de indígenas, beneficencia, y otras de semejante naturaleza”. Sobre la naturaleza de las materias se previó una metodología formal, no sustancial material:

Art. 40. Cada uno de estos grandes ramos de legislación se divide en materias,

según los asuntos de que se trate. La clasificación minuciosa de las materias se hará por el Gobierno, oyendo previamente el parecer del Consejo de Estado. Al hacer dicha clasificación se determinará cuáles materias pueden unirse para arreglarlas en una misma ley ó Código, y cuáles deben ser previamente organizadas por leyes especiales. Hecha la clasificación, no puede ser alterada sino por ley. En la edición de cuaderno, se insertará á continuación de la presente ley la clasificación que haga el Gobierno, conforme á lo dispuesto en este artículo.

Así lo confirma el artículo 41, según el cual “el Consejo de Estado procederá á preparar proyectos de Código ó leyes relativas á los diversos ramos de legislación, amoldándose á la clasificación que se haga según el artículo anterior” y “en dichos proyectos se comprenderán las disposiciones vigentes que convenga conservar, y las modificaciones que deben introducirse, con una exposición de los motivos principales en que se fundan”. Lo refrenda el artículo 42, al precisar que, una vez expedida la ley o código “se amoldarán a la clasificación legal; de suerte que un mismo proyecto no debe tener disposiciones pertenecientes a materias que deben ser objeto de diversas leyes ó Códigos”.

El poder ejecutivo nacional monopoliza en gran medida el ejercicio de la función pública y revela ya, de alguna manera, los poderes jerárquico y de potestad doméstica de la Administración, muy a pesar de la no claridad sustancial o material de las materias:

Art. 68. Todos los empleados políticos y administrativos, en asuntos de la administración pública de la Nación, dependen del Presidente como Jefe superior de la República; pero en los demás ramos ejercen sus funciones con independencia. Los empleados del orden judicial, Notarios, Registradores y Consejeros municipales, son independientes del Gobierno en el ejercicio de sus funciones; pero están sujetos á las providencias administrativas en cuanto no pugnen con esa independencia.

Art. 69. Todo lo relativo á la Administración general de la República que no esté especialmente atribuido á otros poderes públicos, conforme a la Constitución y á las leyes, corresponde al Presidente.

De allí que, siguiendo la anterior idea, podemos explicar sustancialmente lo dispuesto en el artículo 71 numeral 2.º como una manifestación del futuro nacimiento del control interno disciplinario, si se tiene en cuenta que este no tiene rango ni fue concebido constitucionalmente: al presidente de la República le compete el deber de “hacer que todos los funcionarios del orden político y municipal llenen oportuna y debidamente sus deberes”. A través de los jefes de sección de los ministerios se hacía un control directo de los servidores, puesto que el artículo 83 numeral 4.º estipulaba que era su deber “vigilar la conducta de sus

subalternos y dar cuenta de ella al subsecretario ó al Ministro”, lo que muestra la importancia que tiene la jerarquía en el control disciplinario.

Lo anterior se confirma, pero además destaca el papel del reglamento como definitorio para el manejo de la “relación especial de sujeción”, ubicada tal posición en la Teoría Clásica³⁴, con la siguiente disposición:

84. Los oficiales sirven á órdenes de los respectivos Jefes de sección, y cumplen los deberes que les señalen el reglamento y las órdenes del Ministro, del Subsecretario, y del Jefe y Subjefe de su respectiva Sección.

Obviamente, tal ubicación no es gratuita, puesto que en toda su extensión para tales épocas nos encontrábamos en plena vigencia de la etapa de la arbitrariedad más cruda en Derecho Disciplinario³⁵, toda vez que los actos de los servidores públicos y, sobre todo los referidos a la potestad doméstica, no tenían ningún control de derecho:

Art. 109. El Consejo de Estado no ejercerá funciones de Tribunal contencioso-administrativo, mientras no se establezca expresamente esta jurisdicción. La ley que la establezca creará la sección de lo contencioso administrativo, y dará las reglas de procedimiento que ha de observar el Consejo cuando se constituya en Tribunal.

³⁴ Cfr. Gómez Pavajeau & Molano López, La relación especial de sujeción, ob. cit., pp. 167 y ss.

³⁵ Gómez Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, pp. 86 y ss.

A nivel territorial, el esquema del ejecutivo se reedita y su relación, en cierta forma, respecto de las Asambleas, emula al legislativo. Empero, es claro que allí nos encontramos plenamente ante el imperio del reglamento como definitorio del contenido de la función pública y de los primeros esbozos de reglas disciplinarias. Esto se evidencia en el numeral 16 del artículo 129 cuando estatuye que corresponde a tales entes administrativos, dentro de sus territorios, “crear los empleos necesarios para el servicio del Departamento y determinar su duración y obligaciones”.

El principio de jerarquía hacia abajo es evidente, si se analiza el contenido del artículo 152, según el cual “en cada Departamento habrá un Gobernador que ejercerá las funciones del Poder Ejecutivo como Agente de la Administración central, por una parte, y por otra, como Jefe Superior de la Administración departamental”. Además, el vínculo con el ejercicio de la disciplina emerge claramente del numeral 18 del artículo 158, que dispone como su deber “vigilar la conducta de los empleados, procurar que llenen fielmente sus funciones y promover lo conveniente para que se les exija la responsabilidad cuando falten á sus deberes”. Pero también se avizora del numeral 25 del mismo artículo anterior, que las funciones disciplinarias se encuentran camufladas en las correccionales, pues no se limita el sujeto destinatario de las mismas, al facultar a los gobernadores para “castigar con multas hasta de doscientos pesos y con arresto hasta por un mes á los que les desobedezcan ó falten al debido respeto”.

Los departamentos se dividen en provincias y quienes gobiernan en ellas son agentes del gobernador (artículos 170 y 172), explicitándose la jerarquía. El artículo 181 señala las funciones a estos agentes, “prefectos”, entre muchas “comunicar las órdenes superiores á los empleados de su dependencia y cuidar de su cumplimiento” (numeral 1.º); “dar instrucciones á los Alcaldes para la recta ejecución de las órdenes superiores, resolver las dudas que á este respecto se le ocurrieren, y dar cuenta de sus resoluciones al Gobernador, cuando la gravedad del caso lo requiera” (numeral 4.º); “vigilar la conducta de los empleados de la Provincia y promover lo conveniente para que se les exija la responsabilidad en que incurran por faltas ú omisiones en el cumplimiento de sus deberes” (numeral 5.º); “visitar una vez al año, por lo menos, los Distritos de su Provincia, para cerciorarse de la marcha de la Administración pública y de la conducta de los empleados” (numeral 7.º); “imponer multas hasta de cincuenta pesos y arresto hasta de diez días, á los que desobedezcan sus órdenes, ó le falten al debido respeto” (numeral 8.º); “suspender á los empleados administrativos de la Provincia y á los funcionarios departamentales ó municipales, cuando la urgencia sea tal que no permita aguardar la resolución del Gobernador, y consultar con éste inmediatamente las resoluciones de esta clase que dicte” (numeral 10.º); y, “nombrar y remover libremente los Alcaldes de los Distritos y el Secretario y subalterno de la Prefectura” (numeral 14.º). Con ello, disciplina y dependencia funcional son una ecuación perfecta.

Los distritos o municipios son, territorial y administrativamente hablando, la especificación de las provincias. Son gobernados por los alcaldes y los concejos municipales (artículo 182, 183, 185 y 187 y 188). Los concejos municipales tienen amplias competencias para definir temas funcionales y de empleos públicos, sanciones, (artículo 208 numerales 3.º y 6.º) y el alcalde es el “Jefe de la administración pública en el Distrito, ejecutor de los acuerdos del Consejo Municipal y agente inmediato del Prefecto” (artículo 225), a quien le corresponde, entre otros deberes señalados en el artículo 226: “inspeccionar con frecuencia los establecimientos públicos del distrito para que marchen con regularidad” (numeral 5.º); “nombrar y remover libremente los empleados de su oficina” (numeral 6.º); “velar porque los empleados al servicio del Distrito desempeñen oportuna y debidamente sus funciones” (numeral 9.º); “presentar al Consejo municipal los proyectos de acuerdo que juzgue convenientes á la buena marcha del Distrito” (numeral 10.º); “dar en el mes de Diciembre un informe al Prefecto de la Provincia sobre la marcha de la administración pública en el Distrito, y las medidas que convenga tomar para mejorarla” (numeral 13.º); “imponer multas hasta de veinte pesos ó arresto hasta por seis días á los que desobedezcan ó no cumplan sus órdenes y á los que le falten al debido respeto” (numeral 14.º); “nombrar los empleados del distrito, siempre que la elección no esté atribuida especialmente á otra autoridad” (numeral 19.º) y “coadyuvar activamente todas las medidas que dicten todos los empleados de Instrucción Pública” (numeral 20.º). Todo esto confir-

ma los principios de jerarquía, dependencia, disciplina y obediencia.

El Ministerio Público será ejercicio, principalmente, por el procurador general de la Nación y los personeros municipales, que entre sus funciones tienen las de “la vigilancia constante [de] la conducta de los empleados públicos” y se replican hacia abajo los funcionarios y las funciones, toda vez que “el Procurador es el Jefe del Ministerio público, y le están subordinados todos los demás empleados del ramo, aunque no todos inmediatamente. A los fiscales de los Tribunales están subordinados los de los Juzgados y á éstos los Personeros Municipales” (artículos 251, 252 y 254).

La cabeza del Ministerio Público, el procurador general, tiene como función especial “cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes”; “cuidar de que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su encargo, y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan”; “dar las instrucciones que estime convenientes á los empleados del ramo, para el mejor desempeño de sus funciones”; “dar informe al Presidente de la República, cada año, á más tardar en el mes de Mayo, acerca de la marcha de los asuntos en que interviene el Ministerio público” y “dar al Gobierno los informes que le pida sobre la marcha de determinados asuntos y exigirle los datos que necesite para el mejor desempeño de sus funciones” (artículo 258 numerales 1.º, 3.º, 5.º, 8.º y 10.º). Estos últimos dos deberes se corresponden con la estructura constitucional de ser agente del presidente de la República.

Aquí entonces, especificada en la ley, la función constitucional de control externo es concurrente con la de control interno.

Las funciones de vigilancia de la conducta se replican en los fiscales de distrito y de circuito judiciales, respecto de los funcionarios de sus territorios (artículos 259, 265 numeral 6.º y 7.º y 266 numeral 6.º y 7.º). Igual réplica se produce con respecto a los personeros municipales (artículos 268 y 271 numerales 5º y 6º).

El ámbito de cobertura personal está cifrado, según el artículo 275: “[...] en general son empleados administrativos nacionales lo que intervienen exclusivamente en asuntos de la Nación; departamentales los que tienen á su cargo los asuntos del departamento, aunque intervengan en la Administración Nacional; y municipales los que manejen asuntos del distrito, aunque tengan alguna intervención en los de la Nación y del Departamento”.

Como se vio, jerarquía, dependencia, disciplina, deberes, responsabilidad y control están a cargo de un control interno y de un control externo, con amplio juego definitivo del reglamento, incluso a nivel nacional:

276. A los empleados nacionales no se les pueden imponer deberes sino por las leyes, por los reglamentos del Poder Ejecutivo y por las órdenes de sus respectivos superiores. A los empleados departamentales se les pueden imponer deberes por las leyes, por las ordenanzas, por los reglamentos que dicte el Gobernador del departamento respectivo y por las órde-

nes de sus superiores. A los empleados municipales se les pueden imponer deberes por las leyes, ordenanzas, acuerdos, los reglamentos del alcalde respectivo y las órdenes de los superiores.

En fin, se disponía como regla de funcionamiento correcto de los despachos públicos que “los Jefes de las oficinas tienen el deber de vigilar la conducta de sus subordinados y obligarlos al cumplimiento de sus deberes” (artículo 322). Igualmente que, “sólo en los casos de omisión en el cumplimiento de sus deberes, ó de retardo ó denegación en el despacho, serán compelidos los empleados administrativos á llenar sus funciones, por los respectivos superiores, con los apremios legales” (artículo 372).

La competencia del reglamento en la disciplina era indiscutible, toda vez que se señalaba que “los reglamentos pueden imponer penas convencionales de apercibimiento, multa hasta de veinte pesos, suspensión y remoción, por falta de asistencia á las oficinas ó por mal desempeño en sus funciones” (artículo 324). Lo anterior es obvio, puesto que “los empleados públicos deberán sujetarse estrictamente á los reglamentos que dicte la autoridad competente, para el buen servicio interior de las respectivas oficinas” (artículo 369). A nivel regional, tal poder de reglamentación descansaba en las asambleas, como lo establecía el artículo 376, al señalar que “las Asambleas departamentales quedan autorizadas para fijar reglas de procedimiento en los asuntos departamentales y municipales”.

Las inhabilidades se encuentran a lo largo y ancho del articulado, sin que sean muchas,

aunque los artículos 343 a 345 señalan algunas que todavía hoy se consideran obvias.

Ante tal maraña de normas, entre las cuales muy seguramente campeaban las inconsistencias y contradicciones, pero también para efectos de definir competencias entre los controles externos e internos, se disponía:

277. El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales, será el siguiente: la ley, el reglamento del Poder Ejecutivo y la orden superior.

El orden de preferencia en disposiciones contradictorias en asuntos departamentales será el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del Gobernador y las órdenes de los superiores.

En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del Alcalde y las órdenes de los superiores.

Cuando la ley autorice al Gobierno ó á cualquier empleado del orden político, para reglamentar un asunto departamental ó municipal; cuando la ordenanza autorice al Gobernador ó á algún otro empleado político para reglamentar un asunto municipal, el orden de prelación de los respectivos reglamentos será fijado á continuación de la ley ú ordenanza.

Si el conflicto es entre leyes ú ordenanzas, se observarán las disposiciones conducentes, y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere la de la mayor categoría.

De la simple lectura, pero también de otras disposiciones como los artículos 5 de la Ley 57 de 1887 sobre primacía constitucional y 4 de la Ley 153 de 1887 sobre utilización de la doctrina constitucional en la interpretación de la ley y solución de conflictos con otras normas, se deduce la prevalencia del control externo de la Procuraduría General de la Nación sobre el control interno de la Administración.

En un capítulo especial se regulan las penas correccionales, aunque creemos que aquí, al no diferenciarse si los destinatarios son particulares solamente o también servidores públicos, la función disciplinaria quedaría solapada con la función típicamente correccional:

346. En General, los empleados con jurisdicción que extiendan sus funciones á toda la República, pueden castigar á los que les desobedezcan ó falten al debido respeto con penas correccionales consistentes en multas hasta de cien pesos y arresto hasta por quince días; si sus funciones se extienden á varias Provincias de uno mismo ó de diversos Departamentos, las multas no pueden exceder de cincuenta pesos ni el arresto de ocho días; si funcionan en varios pueblos de una misma ó diversas Provincias, la multa no excederá de veinticinco pesos ni el arresto de cinco días; y finalmente, si funcionan en un mismo Distrito, la multa no excederá de diez pesos ni el arresto de tres días, salvo en todo caso las disposiciones especiales de la ley.

347. Para imponer una pena correccional es necesario probar primero la falta,

bien con una certificación escrita del Secretario, ó con declaraciones de dos ó más testigos presenciales.

Obtenida esa prueba, el empleado dicta su resolución y la manda notificar al penado.

Si este reclamare en los dos días siguientes á la notificación, el empleado examina y resuelve la reclamación.

Esa decisión es inapelable; pero el empleado que abuse de su poder á pretexto de ejercer la facultad referida será castigado con arreglo á la ley penal. Dictada ó notificada la resolución definitiva ó transcurrido el término que hay para reclamar, sin que haya solicitud alguna, se procederá á la ejecución de la pena; pero el empleado que la impuso puede en cualquier tiempo revocar su resolución, ó rebajar la pena de oficio ó á solicitud de parte.

Se exceptúan de este artículo los casos en que la ley ordene proceder de otra manera especial. Cuando la falta constare en memorial ú otro escrito, este constituirá la prueba necesaria para la aplicación de la pena.

348. Se entiende por penas correccionales las que imponen los empleados que ejercen jurisdicción á los que les desobedecen ó faltan al debido respeto; y los demás á los cuales la ley atribuya especialmente esa calidad.

La confirmación de una multa ú otra pena con que se hubiere conminado á un empleado ó particular se sujeta a las reglas de la imposición de penas correccionales.

349. Ningún empleado tiene obligación de imponer penas correccionales por desobediencias é irrespetos, pues en esos casos puede disponer que la falta se juzgue ó castigue por la vía ordinaria.

350. Al que sea castigado correccionalmente por una falta no se le puede seguir causa por la vía ordinaria por la misma falta, á menos que se haya ejecutado un hecho que constituya á la vez desacato ó desobediencia al empleado público y un delito ó falta diversa definido especialmente en la ley penal.

En estos casos se puede castigar el desacato al empleado por la vía correccional, y el otro delito ó falta que constituye el hecho, por la vía respectiva.

Al menos es claro que, por un mismo hecho, podrían concurrir las funciones disciplinarias y correccionales, a menos que por voluntad el funcionario competente para imponer estas penas declinara voluntariamente a ello.

El esquema anterior se reproduce, en gran medida, en la Ley 4 de 1913 o Código de Régimen Político y Municipal, que en su título preliminar dispone una visión general del mismo, compatible con lo antes analizado:

ARTÍCULO 1.º. La legislación relativa al ejercicio de las facultades constitucionales de los poderes legislativo y ejecutivo; a la organización general de los departamentos, provincias y municipios; a las atribuciones de los empleados o corporaciones de estas tres últimas entidades;

a las atribuciones administrativas del ministerio público, y a las reglas generales de administración, constituye el régimen político y municipal.

ARTÍCULO 2.º. Los actos del congreso de carácter general se denominan leyes; los de las asambleas departamentales, ordenanzas, y los de los concejos, acuerdos. Los primeros rigen en todo el país; los Segundos en el respectivo departamento, y los últimos, en el correspondiente municipio.

ARTÍCULO 3.º. Son agentes del poder ejecutivo, cooperan al ejercicio de dicho poder: el Gobernador, en cada departamento; el prefecto, en cada provincia, y el alcalde y sus subalternos, en cada municipio. Los actos de los empleados, de carácter general, se denominará comúnmente decretos; los de carácter especial, resoluciones, bien que en ocasiones son objeto de los primeros, asuntos de carácter especial, y recíprocamente, son de los segundos, otros de carácter general.

ARTÍCULO 4.º. En la presente ley se organiza solo la parte de la administración pública relativa a los ramos político y municipal. Los demás ramos administrativos se rigen por sus leyes respectivas.

ARTÍCULO 5.º. Derogado por el Decreto 3074 de 1968, art. 1. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república. Quienes presten al Estado servicios ocasionales, como peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales cargos.

ARTÍCULO 6.º. No habrá empleo que no tenga funciones detalladas en la Constitución, en ley o reglamento, u ordenanza o acuerdo, en su caso.

En lo demás que se ha analizado, las normas mantienen su esencia, de tal manera que pensamos que esas son las características de este primer periodo de cohabitación entre el control externo y el control interno disciplinarios, con prevalencia del primero, pero sin duda alguna bajo el esquema de la Teoría Clásica de la “relación especial de sujeción”.

1.6.2. Cohabitación con el control externo en referencia a la naturaleza administrativa del Derecho Disciplinario

Con el Decreto-Ley 1732 de 1960 se regula, ahora de manera específica para el nivel nacional, la situación de dichos funcionarios desde una perspectiva del servicio civil. Este decreto señala, en el inciso 1.º de su artículo 1, que “se consideran funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, para los efectos previstos en los artículos 4 y 5 de la reforma constitucional que recibió su aprobación en el Plebiscito del 1 de diciembre de 1957, todas las personas naturales que prestan de manera regular sus servicios en funciones o empleados permanentes no adscritos a Rama distinta, creados o autorizados por la ley y remunerados por el Estado en cualquiera de sus administraciones centrales o seccionales y en los establecimientos públicos, bien que estos em-

pleados estén frente a la administración en una situación estatutaria o vinculados a ella por un contrato de trabajo”. En el artículo 2 agrega que la “designación de funcionarios y empleados para el Servicio Civil en cargos no comprendidos en la Carrera Administrativa, Departamento Administrativo de la Función Pública Decreto Ley 1732 de 1960 queda a la libre decisión del Gobierno, pero se hará de manera tal que los dos partidos queden representados en las distintas esferas de la Rama Ejecutiva de acuerdo con las normas constitucionales vigentes”.

Se hace un esfuerzo por determinar inhabilidades, deberes y prohibiciones y se anuda a su incumplimiento la comisión de una falta disciplinaria (artículos 7, 8, 9, 70, 71 y 72). Además, se instaure un régimen disciplinario (artículos 33 ordinal e) y 112 a 132), se clasifican los empleos, se introduce la carrera administrativa³⁶ y se implementan técnicas modernas de administración de personal (artículos 35, 68 y 170). Por lo tanto, se sugiere que a partir de dicha regu-

³⁶ ARTÍCULO 42. La provisión de los empleos comprendidos en la Carrera Administrativa se hará mediante la selección de candidatos capacitados, por el sistema de concursos, de acuerdo con los reglamentos que expida la Comisión de Reclutamiento, Ascensos y Disciplina. Estos concursos consistirán en pruebas escritas y orales, y cualquiera que sea su desarrollo, se prepararán de manera que conduzcan a establecer la capacidad, aptitud e idoneidad de los aspirantes, según la naturaleza de los empleos que deban ser previstos.

ARTÍCULO 43. La admisión a concursos convocados por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, será libre para todas las personas que demuestren poseer los requisitos exigidos por las resoluciones reglamentarias de dichos concursos, y que puedan ser legalmente nombradas para los empleos de que se trate. A los aspirantes que no sean admitidos a un concurso se les comunicarán los motivos en que se funde esa determinación.

ARTÍCULO 44. La celebración de cada concurso se deberá anunciar con suficiente anticipación, mediante la publicación de avisos en la prensa escrita y hablada de mayor circulación y difusión, así como en los lugares más adecuados para la mejor información de los posibles aspirantes.

lación nos encontramos en la fase de modelación de la evolución del Derecho Disciplinario de naturaleza administrativa³⁷.

La influencia del reglamento no se deja de sentir fuertemente, dado que a falta de regulación constitucional del principio de reserva legal, las facultades constitucionales para reglamentar las normas con rango de ley son evidentes, como además lo pone de manera expresa el mismo espíritu de la norma en los ordinales a) y g) de su artículo 10.

Por supuesto, ya para la época de vigencia del Decreto 1732 de 1960 se encontraba en plena vigencia el Control Contencioso Administrativo como jurisdicción especializada, que controla todos los actos de la Administración, incluidos los referidos al ejercicio de la función disciplinaria (artículo 176).

Dado que el Decreto 1732 no cobijaba a los servidores departamentales y municipales, para estos seguirían vigentes los principios de los Códigos de Régimen Político y Municipal antes anotados. En consecuencia, las normas aplicables a los mismos tendrían un masivo contenido proveniente de los reglamentos, aun cuando las actuaciones disciplinarias tenían control jurisdiccional.

Los Decreto-Leyes 2440 y 3074 de 1968 dieron continuidad a la anterior tradición, abordando de manera más técnica el establecimiento un “Régimen Disciplinario” (artículos 11 a 13). Sin embargo, la normativa reglamentaria aún tenía un peso significativo,

pues su artículo 14 señaló que “el Gobierno reglamentará la calificación de las faltas, la graduación de las sanciones correspondientes y los procedimientos para la aplicación del régimen disciplinario”.

El Decreto Reglamentario 1950 de 1973 ratifica el control externo al preceptuar en su artículo 268 que “corresponde al Procurador General de la Nación y a los demás funcionarios del ministerio público supervigilar la conducta de los empleados oficiales para hacer que desempeñen cumplidamente sus deberes”. Este actuar se considera una forma de vigilancia administrativa, según lo dispuesto en su artículo 272, que establece que “la vigilancia administrativa de la Procuraduría General de la Nación se adelantará de oficio, o a solicitud o por información de funcionario público, o por queja presentada por cualquier persona”. El procedimiento se detalla en los artículos 272 a 283.

Además, se establece el régimen de faltas disciplinarias, su gravedad o levedad, y el procedimiento (artículos 130 a 167).

Por vía reglamentaria, se precisan las sanciones que puede imponer la Procuraduría:

270.- El Procurador General de la Nación y el Procurador Delegado para la vigilancia administrativa, podrán aplicar a los empleados oficiales las siguientes sanciones disciplinarias: a) Amonestación escrita con orden de que se anote en la hoja de vida. b) Multa hasta de qui-

³⁷ Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, pp. 98 y ss.

nientos pesos (\$500.00). c) Solicitud de suspensión hasta por treinta (30) días, y d) Solicitud de destitución.

Ya, de manera expresa, existe pronunciamiento legal sobre la prevalencia del control externo sobre el control interno:

283. El Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, los procuradores del distrito judicial y los jefes de oficinas seccionales informarán al jefe del organismo o al superior inmediato, según el caso, de las investigaciones disciplinarias que adelanten en relación con la conducta de empleados bajo su dependencia, a fin de que se abstengan de abrir investigación administrativa por los mismos hechos.

A través del Decreto 2492 de 1975, de carácter reglamentario, se dispuso en su artículo 1:

Además de las previstas en los decretos-leyes 2400, 3074 de 1968 y 1950 de 1973, son faltas graves que dan lugar a destitución para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público que no estuvieren sujetos a ley especial, las siguientes:

- a) No observar permanentemente en sus relaciones con el público toda la diligencia, consideración y cortesía debida.
- b) Declarar huelgas o paros, apoyarlos o intervenir en ellos, o instigar a su participación, o disminuir el ritmo de sus labores con el fin de obstaculizar total o parcialmente el servicio.

c) Tomar parte en motines, manifestaciones ilegales o cualquier otro hecho que perturbe la tranquilidad o el orden público, o dificulte su restablecimiento.

d) Amenazar, provocar o agredir a las autoridades legítimamente constituidas.

e) Organizar reuniones públicas sin el cumplimiento de los requisitos legales.

f) Obstaculizar el tránsito de personas o vehículos en vías públicas.

g) Menospreciar o ultrajar la bandera, el escudo de Colombia u otro emblema patrio, ya sea destruyéndolos, sustituyéndolos o irrespetándolos en cualquier otra forma.

h) Incitar al desconocimiento de las leyes y de las autoridades legítimas y, en general, a la alteración del orden público y la comisión de delitos, mediante cualquier medio de comunicación pública o privada.

i) Divulgar asuntos relacionados con el servicio, que sean de carácter reservado.

j) Ocupar o utilizar indebidamente oficinas o edificios públicos.

k) Ejecutar actos de violencia o malos tratos contra superiores o compañeros de trabajo.

l) Injuriar o calumniar a superiores o compañeros de trabajo.

ll) Causar intencionalmente daño material a los edificios, obras, maquinaria, ma-

terias primas y demás objetos relacionados con el trabajo, sean de propiedad privada o pública.

Como se puede apreciar, el poder del reglamento es enorme, a lo cual se debe sumar como factor negativo que la jurisprudencia contenciosa administrativa, como era usual en esta etapa de evolución, trabajaba con una pura responsabilidad objetiva, incluso donde se dificultaba el reconocimiento de causas como la fuerza mayor o el caso fortuito.

La Ley 13 de 1984 prosiguió la anterior línea evolutiva, incrementando el peso de la legalidad y reduciendo el del reglamento, pero con una clara orientación administrativa. En su inciso 1.º del artículo 1 precisó el “[...] objetivo del régimen disciplinario. El régimen disciplinario es parte del sistema de administración de personal, y se aplicará tanto a los empleados de carrera como a los de libre nombramiento y remoción. Tiene por objeto asegurar a la sociedad y a la administración pública la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos, y a éstos los derechos y las garantías que les corresponden como tales”.

En su cuerpo normativo, la ley conceptualiza qué constituye una falta disciplinaria, cuándo se estructura, cuáles criterios sirven para su graduación, cuáles son las sanciones y define el procedimiento aplicable.

El inciso 2.º del artículo 1 afirma que la orientación hacia la naturaleza administrativa es inequívoca al establecer: “la interpre-

tación de sus normas se hará con referencia al derecho administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico”.

Sin embargo, se vuelve a la utilización de la vía reglamentaria, tal como se funda normativamente el Decreto 482 de 1985, lo cual es bastante problemático para el respeto de la legalidad si se advierte desprevenidamente el contenido del artículo 48 sobre faltas que dan lugar a la sanción de destitución.

Por dicha vía, ratifica la naturaleza del régimen:

ARTÍCULO 2.º. DE LOS PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. El régimen disciplinario previsto en este decreto es de naturaleza administrativa; la interpretación de sus normas se hará con referencia al derecho administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico y su aplicación deberá sujetarse a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción que orientan toda actuación administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.º del Código Contencioso Administrativo.

El incremento de legalidad sobre el reglamento surge de una norma de este talante:

ARTÍCULO 8.º. DE LA PREVIA DEFINICIÓN LEGAL DE LA FALTA Y DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA. Ningún funcionario podrá ser sancionado por un hecho que no haya sido definido, previamente, por la Constitución o la

ley como falta disciplinaria, ni sometido a sanción de esta naturaleza que no haya sido establecida por disposición legal anterior a la comisión de la falta que se sanciona.

ARTÍCULO 9.º. DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS. Constituyen faltas disciplinarias el incumplimiento de los deberes, la violación de las prohibiciones y el abuso de los derechos señalados en el Título II, Capítulo 2º del Decreto-ley 2400 de 1968, en la Ley 13 de 1984 y en las demás disposiciones legales vigentes.

Se advierte que ya, en casos particulares, da entrada a la valoración subjetiva de la conducta, dando cuenta de los fenómenos de dolo y culpa, lo que paulatinamente va abriendo camino a la responsabilidad subjetiva.

Ahora sí se tiene claridad meridiana sobre el ejercicio del poder preferente y los mecanismos para instrumentarlos, como se dispone:

ARTÍCULO 55. DEL AVISO DE LA INICIACIÓN Y DE LOS RESULTADOS DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA A LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. El Jefe del Organismo o de la dependencia regional o seccional, según el caso, deberá dar avi-

so oportuno a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación de la iniciación de la acción disciplinaria e informar sobre sus resultados a la misma División de la Procuraduría.

ARTÍCULO 56. DE LA INVESTIGACIÓN POR LA PROCURADURÍA.

En cualquier momento la Procuraduría General de la Nación podrá iniciar o asumir una investigación disciplinaria, caso en el cual el investigador deberá suspender las diligencias que estuviere adelantando y poner a disposición de la Procuraduría todos los documentos que sean pertinentes, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al Jefe del Organismo o de la dependencia regional o seccional, según el caso.

Se advierte, con esta normatividad creada a partir de los años ochenta del siglo pasado, que se ha entrado en una fase de la legalidad ³⁸ aún con los problemas que pueden ofrecer los cuestionamientos aquí efectuados, empero, ya teníamos una jurisprudencia constitucional consolidada a partir de 1983 que influiría, con el empuje de los partidarios de una visión de carácter penal del Derecho Disciplinario, a superar las falencias de la misma ³⁹.

³⁸ Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, pp. 102 y ss.

³⁹ Carlos Arturo Gómez Pavajeau & María Marta Gómez Barranco. *Dolo y Derecho Disciplinario. A propósito de la reforma propuesta a la Ley 1952 de 2019*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2021.

1.6.3. Actualidad constitucional del control interno disciplinario: la tendencia hacia la autonomía e independencia del Derecho Administrativo y del Derecho Penal

Se funda en el artículo 209 constitucional y en los artículos 1, 2, 3, 48, 49, 56 y 57 de la Ley 200 de 1995, 1, 2 inciso 1.º, 66, 67, 68, 69 y 77 de la Ley 734 de 2002 y artículos 2-incisos 1.º y 5.º-, 3, 83, 84, 85, 86 y 94 de la Ley 1952 de 2019.

Corresponde este control a la Oficina de Control Interno de la respectiva entidad de la Rama Ejecutiva a la que pertenezca el servidor público, como expresión de los poderes jerárquico, potestad doméstica y control disciplinario interno. No obstante, según los artículos 118 y 277 numeral 6.º, inclusive a partir del 278 numeral 1.º, todos de la Carta Política, así como de las normas legales antes mencionadas, la Procuraduría General de la Nación y las personerías distritales y municipales pueden ejercer el poder preferente por medio del cual se desplaza la competencia del “control interno” al “control externo” disciplinario, lo que da cuenta de la vigilancia superior o supervigilancia privilegiada del órgano de control autónomo e independiente como lo señala el inciso 2.º del artículo 113 constitucional. También, por desarrollo legal, tal poder pre-

valente puede ser ejercido por las personerías competentes.

Tanto los procesos que sean tramitados y fallados por los órganos de control interno como las personerías distritales y municipales son procesos administrativos y tienen control contencioso administrativo por parte de los jueces administrativos, magistrados de tribunales administrativos y el Consejo de Estado (artículos 104 y 106 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011 y 93 Parágrafo 2 de la Ley 1952 de 2019). En estos procesos se consagran los principios de tipicidad, ilicitud sustancial, culpabilidad, debido proceso en términos materiales-sustanciales, contradicción, derecho de defensa y demás garantías constitucionales

Obviamente, la expedición de la Ley 2094 de 2021 representa un avance significativo, pues se logra la diferenciación de roles procesales de investigación y acusación, por un lado, y juzgamiento y sanción, por otro, así como generalizar la segunda instancia y establecer el principio de la doble conformidad.

Con la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, principalmente, se habla hoy de una Dogmática del Derecho Disciplinario como una ciencia autónoma e independiente⁴⁰.

Como conclusión de este primer acápite, se tiene que el ordenamiento jurídico co-

⁴⁰ Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La lucha por los Derechos en el Derecho Disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

lombiano diseñó el control disciplinario en Colombia a partir del origen constitucional de la Procuraduría General de la Nación. Aunque este órgano dependía en cierta forma del Ejecutivo, por virtud de su Ministerio Moral ínsito en sus orígenes, mantuvo una respetable autonomía e independencia, misma que se consolidó orgánicamente con la Carta Política de 1991 donde, si bien tiene una naturaleza administrativa, lo cierto es que no pertenece ni por reflejo al Ejecutivo, puesto que se trata de un órgano de control autónomo e independiente como lo dispone el artículo 113 de la Constitución, aunque por supuesto, como la misma norma lo recalca, debe cumplir de manera armónica con los otros poderes en la consecución de las finalidades constitucionales del Estado.

Su naturaleza es, por supuesto, administrativa. Sin embargo, es evidente que existe una diferencia con respecto a aquellas dependencias del Ejecutivo que cumplen una misión de ejecutar controles de tutela y jerárquicos, lo que define su naturaleza. En la Procuraduría, el control es de tipo disciplinario externo, con arreglo a la ley y el debido

proceso constitucional demandado por el artículo 29 constitucional. Se considera que esta entidad cumple una importante y significativa tarea de administración de justicia en sentido material como se ha reconocido en las sentencias C-014 de 2004, SU-905 de 2005 y T-350 de 2011. En esta última, además, se reconoció que le resultan aplicables los principios y normas de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

El diseño legal del debido proceso constitucional en el caso del juzgamiento y sanción de los funcionarios públicos de elección popular ha tenido en cuenta en forma muy cuidadosa tales aspectos, toda vez que, de entrada, ha señalado que el rol procesal arriba mencionado estará a cargo de una sala especial con todas las garantías de los estándares internacionales establecidos para la consideración de un juez independiente y autónomo.

En nada y para nada, de manera absoluta, se involucra en tal tarea al control interno, dependiente y a cargo del poder ejecutivo. El diseño recae en las competencias del control externo.

Capítulo 2.

El sistema de exigencia del “principio de jurisdiccionalidad” como garantía del cumplimiento de los derechos convencionales en el orden público internacional de los derechos humanos

Es propósito de la Declaración Universal de Derechos Humanos que “la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor” (Preámbulo) se haga una realidad. Por esta razón, se ha institucionalizado un sistema donde la garantía de los derechos humanos convencionales esté sometido al “principio de jurisdiccionalidad”⁴¹, especialmente cuando se trata de aquellos que demanden una garantía reforzada. Por tanto, es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” (Preámbulo).

Téngase en cuenta que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha estipulado que “los pueblos de las Naciones Uni-

das han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad” (Preámbulo). Esto debe inspirar el “régimen de Derecho” demandado en la protección de sus derechos convencionales, pues destaca que ese régimen de libertad descansa sobre la voluntad de los pueblos, por lo que es imperativo atender las decisiones soberanas de los Estados partes en las convenciones internacionales sobre derechos humanos dentro de un criterio de progreso social inherente a su propia idiosincrasia y dentro del marco de respeto de esos derechos y según criterios democráticos como los dispone el numeral 3.º del artículo de la Decla-

⁴¹ “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley” [artículo 8].

ración Universal (“La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad de voto”) en “el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre” (Preámbulo).

Estos derechos políticos, bajo los cuales se libera a los ciudadanos de los Estados Parte del temor de la opresión y se garantizan la paz y la libertad (Preámbulo del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), operan en el entendido de un Orden Público Internacional. El consenso universal consiste fundamentalmente en la necesidad de una concepción común de estos derechos y libertades, lo cual demanda inextricablemente que “una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento” (Preámbulo), siendo “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos” (Preámbulo).

Asimismo, los considerandos de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre Americano enfatizan en la necesidad de asegurar institucionalmente el progreso de los pueblos, concebido como una idea rectora de “vida en sociedad”. Esto se fundamenta en la protección internacional por “ser guía principalísima del derecho americano en evolución”, considerando sus “circunstancias sociales y jurídicas” para fortalecer los sistemas de los Estados partes “cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”, lo que impone interpretaciones no ciegas e irracionales, cuya progresividad y evolución resulte acorde con las condiciones idiosincráticas de los Estados partes, no rindiendo culto formal, vacío de contenido sustancial, a las palabras literales y a la gramática de las normas.

Todo esto resalta la necesidad de entender la evolución del contenido de los derechos y sus garantías instrumentales de cumplimiento desde la perspectiva internacional, pero también sin perder de vista su soberanía de pueblo, desde una perspectiva evolutiva y de progresión positiva en su efectividad.

La comunidad internacional ha establecido que el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos⁴² debe tener como principio fundante y limitante de su configuración que la “dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia

⁴² Artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

–los seres humanos-, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (artículos 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Preámbulo de la Declaración Americana). Esto indica que los propósitos del espíritu de la Declaración demandan atender la razonabilidad de las medidas de garantía dentro de un marco de atención a que los seres humanos por su dignidad tienen capacidad de orientarse por el sentido, por el valor y por la verdad según sus propias culturas.

De esta capacidad surge la consciencia jurídica de los pueblos y la necesidad de atender al principio de fraternidad o solidaridad, reclamable tanto por las instituciones estatales como por los propios ciudadanos. Esto obliga a ir más allá de las interpretaciones gramaticales y literales de las normas instrumentales, atendiendo a la sustancialidad de sus contenidos. Esta filosofía ubica en lugares secundarios las llamadas interpretaciones de tal tipo y las meramente exegéticas formales, para atender a la esencia de las garantías.

Si bien “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (artículo 7 de la Declaración Universal), ello no impide efectuar discriminaciones positivas que eleven las garantías con fundamentos en criterios racionales y razonables de poten-

ciación ante realidades regionales y nacionales indiscutibles, como lo disponen criterios hermenéuticos como el del privilegio de aplicar al caso concreto el mejor estándar internacional o nacional en la regulación de una garantía, atendiendo a la dignidad inherente a la persona y a la democracia representativa. Además, no se debe menospreciar el valor jurídico de las declaraciones de derechos universales y regionales sobre derechos humanos, según lo reconoce el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos en armonía con el artículo 28 de la Declaración Universal aquí referida, que da cuenta de lo que bien puede llamarse Orden Público Internacional de los Derechos Humanos.

Por otra parte, si bien el “principio de jurisdiccionalidad” que también emana del artículo 10⁴³ de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha sido concebido en términos formales, pues en principio la autoridad encargada de aplicar las garantías judiciales tiene que ser formalmente una “autoridad perteneciente a la Rama Judicial del Poder Público”, los pueblos del mundo entero y los tribunales internacionales han entendido que ello también puede, aunque excepcionalmente, lograrse por intermedio de otras autoridades diferentes delegadas por la ley en materias específicas para dicho ejercicio jurisdiccional en condiciones especiales. Esto está previsto en el numeral 3.º del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 2 or-

⁴³ “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

dinales a) y b) de la Convención Americana, pues el primero atribuye su determinación al “sistema legal” del Estado parte para decidir sobre el derecho convencional y el segundo, como garantía adicional, contempla ahora sí un “recurso judicial”. De hecho, esta última convención, en su artículo 7 numeral 5.º consagra esta misma facultad para autoridades diferentes a la judicial, a las cual se les podrá delegar funciones relacionadas con la afectación de la libertad personal. A foriori, es posible hacerlo respecto a autoridades de órganos de control autónomos e independientes diferentes a los tradicionales reconocidos en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial cuando se trata de materias disciplinarias.

La garantía consignada en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido interpretada de manera evolutiva y progresiva por la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Esta interpretación se extiende también a instrumentos convencionales regionales, como los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8 numeral 1.º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este último extiende la materia “penal” a otras materias diferentes análogas de otra “índole”, como el Derecho Disciplinario. Esta evolución jurisprudencial progresiva ha sido confirmada por la evolución cualitativa-cuantitativa de convencionalidad regional. Específicamente se ha determinado que la administración de justicia en este contexto es “Administración de Justicia en sentido Material”, como también lo tiene dicho la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional colombiana en las

sentencias C-014 de 2004, SU-901 de 2005 y T-350 de 2011, acordes con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según lo establecido en la sentencia del 8 de julio de 2021 y los varios precedentes explícitamente citados allí.

La protección de los derechos democráticos son objeto de especial protección por parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos en su doble faceta: como derechos colectivos de la ciudadanía y como derechos individuales de los titulares de las funciones públicas obtenidas a partir de elección democrática (artículo 21 numerales 1.º y 2.º de la Declaración Universal). Así también lo establece el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con una potenciación en esta regulación, puesto que consagra una garantía reforzada según se ha reconocido en la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Petro vs. Colombia, a partir de lo cual la jurisprudencia ha derivado el “principio de jurisdiccionalidad”.

Pero también, esos derechos democráticos, especialmente los de los funcionarios públicos y empleados de elección popular (Declaración Americana, artículo XX), es decir aquellos que tienen garantías reforzadas de protección según el artículo 23 numeral 2.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, tienen el deber de asegurarles a los ciudadanos su competencia, honorabilidad, moralidad, eficacia y eficiencia en el cumplimiento de sus deberes oficiales convencionales y constitucionales, en cuanto y tanto son correlativos a sus derechos políticos. Además de con-

tar con una garantía reforzada, también tienen unos deberes institucionales cuya exigencia se encuentra intensificada, según se desprende de los numerales 1.º y 3.º del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, especialmente lo señalado y exigido por su numeral 2.º, pues se le reclaman deberes intensificados de “respeto y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”, en cuanto son agentes del Estado al servicio de la comunidad y del ente público, como lo reiteran los artículos 1, 2, 6, 40, 95, 123 y 209 de la Carta Política colombiana.

En términos generales, así lo imponen los artículos 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el XXVIII de la Declaración Americana, en concordancia con el ordinal d) de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esa correlatividad entre derechos y deberes es asunto insoslayable en cualquier juicio jurídico de integración, como bien se desprende del Preámbulo de la Declaración Americana: “si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”, en “toda actividad social y política del hombre”, así como de sus artículos XXIX, XXXIV y XXXIV inciso 2.º, y del artículo 30: las restricciones a los derechos convencionales deben establecerse “conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”, lo que obliga a un examen histórico de la institucionalidad y constitucionalidad

nacional y de su idiosincrasia cultural, social y política. Esto ratifica y refrenda el artículo 32, ambos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Convención Americana ratifica todos esos principios, como se puede apreciar desde sus considerandos, pues estatuye que el logro del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos solo es posible dentro de un “cuadro de las instituciones democráticas”. Reconoce los atributos inherentes a la persona humana como fuente de los derechos convencionales, cuya protección resulta coadyuvante y complementaria a la ofrecida por los Estados partes. Esto que implica que su exigencia de aplicación presupone que las garantías ofrecidas internacionalmente tengan mayores niveles que las nacionales, según se establece en los ordinales a) y b) del artículo 29 de la misma convención sobre reglas de hermenéutica jurídica. En caso contrario, se aplicarán las reglas nacionales. En el sistema de la OEA se destacan tanto la existencia de los derechos como de los correlativos deberes políticos de aquellos, desde el nombre mismo de su Declaración. Esto implica no dejar de considerar el necesario equilibrio para no desestructurar la arquitectura constitucional colombiana, marco normativo que debe observarse para cumplir con los deberes internos de carácter legislativo por parte del Estado nacional cuando se requiere incorporar a su ordenamiento los derechos convencionales. Esto se establece al tenor de una interpretación sistemática de las normas convencionales y constitucionales, según los artículos 1 numeral 1.º, y 2.º, de la Convención Americana y 93 de la Carta Política,

que se constituye en una norma que norma todas las demás –norma normatae- para el efecto del juicio constitucional. Se destaca la segunda norma internacional, que establece que se deben observar los “procedimientos constitucionales”, esto es, que se respeta la soberanía nacional en los términos del artículo 9 de la Carta Política.

Si nuestro Estado tiene como principios el que las normas constitucionales son norma de normas, las autoridades, sin hacer distinción, están para cumplir los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales, inherentes a la dignidad de la persona y dentro de los derroteros de la soberanía nacional, la autodeterminación de los pueblos y los principios del Derecho internacional aceptados (artículos 1, 2, 4, 5 y 9 de la Carta Política).

Al aceptar tales principios en nuestra Carta Política y al quedar incorporado el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, según el artículo 93 constitucional, pero además por lo dispuesto sobre la no necesidad de positividad en materia de las tratadas en su artículo 94, Colombia debe observar inextricable, indefectible e inexorablemente el contenido pleno de sentido del artículo 29 de la Convención Americana, con el fin de darle sentido al debido proceso convencional y constitucional diseñado por la Ley 2094 de 2021.

El principio de dignidad humana y la esencia de racionalidad y razonabilidad del ser humano, en armonía con el principio de correlatividad de los deberes, son los derroteros de entendimiento del Orden Público

Internacional de los Derechos Humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y considerandos y preámbulo de la Declaración Americana), refrendado por los artículos 1, 16 y 95 de la Carta Política colombiana. Esa dignidad se afecta cuando los derechos inherentes a la misma son injeridos “indebidamente”, no bastando, como ya se anunció, con la mera injerencia en tanto es imperativo hipotético (artículo 11 numerales 1.º, 2.º y 3.º de la Convención Americana).

Pensar en un desbalance entre derechos y deberes, como se puede propiciar a partir de la vacancia actual de la exigencia de los últimos por virtud de los efectos de la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana, que declaró la inconvencionalidad de la atribución de funcionarios administrativos de sancionar derechos políticos de funcionarios de elección popular, es asunto que atenta contra la estructura institucional y constitucional históricamente concebida por el pueblo colombiano en la lucha frontal contra la corrupción administrativa y las graves violaciones a los derechos humanos al tenor del artículo 277 numeral 6.º. Esto sólo es comprensible en términos históricos de nuestra propia idiosincrasia cultural y política, ante lo cual se reclamaba una solución acorde a ello y dentro del marco de una interpretación evolutiva de lo dispuesto en el artículo 9 numeral 3.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a partir de una interpretación ad maius ad minus.

Aunque convencionalmente nada se establece en el sistema interamericano sobre las facultades de las autoridades administrativas

para ser investidas de funciones jurisdiccionales, esto es aceptado en el mundo entero con requisitos que fijan los respectivos Estados partes, tal como lo establecen los numerales 3.º del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 5.º del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo tanto, no hay duda de que: i) si como allí se establece, pueden diferirse funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas en materia penal, con mayor razón –a fortiori– en materia disciplinaria; ii) si ello puede hacerse en materia de libertad de las personas, obvio que también en otras materias menos invasivas de los derechos fundamentales; y, iii) si pueden conferirse a autoridades simplemente administrativas del Poder ejecutivo o a particulares, con mayor razón a la Procuraduría General de la Nación que histórica y constitucionalmente ha sido un órgano de control autónomo e independiente (artículos 113, 116 y 118 de la Carta Política).

El preámbulo de la Declaración Americana es supremamente claro, ya que los deberes jurídicos “presuponen otros de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los complementan”, entre los cuales se destaca el deber especial de “servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”. Además, se enfatiza en que el hombre debe “ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu”, y, en consecuencia, por su vínculo indisoluble entre moral y cultura, debe acatar “siempre” los preceptos éticos, especial-

mente los éticos públicos. Por esta razón, sin hesitación alguna, derechos y deberes son correlativos en el sistema interamericano, como lo estatuye el artículo II de la misma Declaración Americana. De allí que no basta considerar una violación a la convención el hecho de restringir un derecho sin más ni más, sino que se requiere que esa injerencia sea “abusiva”, lo que implica un imperativo hipotético en términos kantianos, según el artículo V, lo cual está protegido a través del discernimiento que la ley estatal haga a las autoridades por virtud del “principio de jurisdiccionalidad” de conformidad con el artículo XVIII *ibidem*.

La democracia colombiana ha evolucionado hacia una concepción del ejercicio de la función pública administrativa de los simplemente oficial a lo representativo. Esto se evidencia en la institución de la elección popular de gobernadores de departamentos y alcaldes municipales a partir de finales de los dos decenios últimos del siglo XX, así como la elección de los representantes de los órganos legislativo (Congreso de la República) y en la ampliación posterior a la elección de los miembros de las juntas administradoras locales de las alcaldías y a los jueces de paz.

La exigencia de los deberes correlativos a los derechos políticos, en un necesario balanceo y contrabalanceo con los derechos políticos de los votados pero también de los votantes, como se desprende el numeral 1.º del artículo 23 de la Convención, es una expresión de la proporcionalidad, necesidad, adecuación, finalidad, racionalidad y proporcionalidad que emanan del concepto de República contenido en el artículo 1 de la Carta Polí-

tica, amén de la solidaridad intensificada de los funcionarios públicos derivada de los principios y valores de solidaridad e interés general del mismo, y en armonía con el artículo 95 de la misma. Esto ha llevado a que el pueblo colombiano, en su soberanía y en el ejercicio más democrático que a nivel del constituyente primario que se conozca en el Derecho Constitucional comparado, haya puesto especial atención a ese equilibrio entre derechos políticos y deberes intensificados de los funcionarios públicos de elección popular. Los desafueros y tropelías a que históricamente se nos tiene acostumbrados han inspirado continuar con la senda ideada y planteada por el Libertador Simón Bolívar de instituir a partir de nuestra propia idiosincrasia un cuarto poder de control al lado de los tradicionales del ejecutivo, judicial y legislativo, como lo es la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo e independiente. Ahora dotado, en su específica función disciplinaria de conformidad con el artículo 116 de la Carta Política, de funciones jurisdiccionales. Además, ya otras instituciones inspiradas en los mismos principios habían sido creadas por la Constituyente de 1991 como órganos disciplinarios, tal cual lo que sucedió y sucede, respectivamente, con la “Pérdida de Investidura” de congresistas, diputados de asambleas departamentales y concejales municipales, sometida, con atribución de limitaciones de derechos políticos por infracción de deberes funcionales intensificados correlativos, a la jurisdicción contenciosa administrativa (artículos 183 y 184 de la Constitución Nacional) y en el procesamiento disciplinario de funcionarios judiciales como magistrados, jueces, fiscales y jueces de paz elegidos popularmente por la

Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Estas son verdaderas jurisdicciones que no caben dentro de un concepto formal de “jueces penales”, como literal y gramaticalmente lo dispone el numeral 2.º del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo ha interpretado su tribunal de justicia en la sentencia del 8 de julio de 2020.

Pensar que la única solución es pasarle la competencia a los jueces penales municipales para que dispongan la sanción de que da cuenta el último artículo mencionado, crea un profundo desbalance entre derechos políticos y correlativos deberes funcionales, intensificados para los servidores públicos de elección popular, desconociendo nuestra idiosincrasia institucional y constitucional históricamente configurada, pues temporalmente se encuentran liberados de exigencias de sus deberes oficiales más importantes, aquellos que dan origen a la limitación de los derechos políticos. Esto, por interpretación *mutatis mutandi* se extendería a la institución de la “pérdida de investidura” (artículos 183, 184 y 237 numeral 5.º de la Carta Política en armonía con los artículos 111 numerales 6.º y 7.º del Código de Procedimientos Administrativo y Contencioso Administrativo y 2, 3, 19 y 22 de la Ley 1881 de 2018) y a la competencia de la jurisdicción disciplinaria respecto de los “jueces de paz” (artículos 2 inciso 6.º y 256 de la Ley 1952 de 2019 en armonía con la Ley 497 de 1999). Todo esto debido a que los magistrados contencioso administrativos y disciplinarios no son jueces penales.

Señores magistrados, ¿se imaginan ustedes las desastrosas consecuencias de entender que por la exigencia de un juez penal, a partir de la interpretación gramatical-literal del artículo 23 inciso 2.º de la Convención Americana, se tuvieran que entender inconvencionales e inconstitucionales todas las pérdidas de investidura de congresistas, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras que han sido decretadas por la jurisdicción contenciosa administrativa por todo tipo de desafueros contra la moral pública? El impacto gravísimo y desestabilizante que esto tendría en la sociedad y en el resto de autoridades públicas de nuestro país sería significativo.

Pero además, si los únicos que pueden limitar los derechos políticos del votado son los jueces penales, la institución de la revocatoria del mandato –proceso que se revela como “materialmente sancionatorio”⁴⁴– de los gobernantes, presidente, gobernadores y alcaldes desaparecería. Tal mecanismo de control afecta los derechos de dicha naturaleza, con lo que la orden de la Corte Interamericana ya no implicaría solo una reforma legal, sino que se necesitaría una constitucional, donde en todo caso, por la profundidad de la afectación en todas las ramas del poder público y los órganos de control independiente, no sería una reforma constitucional, sino una “sustitución” de la Constitución. Allí, se estaría desvirtuando un derecho del ciudadano al control político, en desmedro de los votantes, por lo que cambia

la estructura conceptual del control diseñado por el Constituyente de 1991 (artículos 40 numeral 4.º y 103 de la Carta Política).

Asimismo, de alguna manera se estaría cercenando una herramienta de control ciudadano como lo es el artículo 92 de la Carta, el cual establece como un derecho constitucional fundamental el poder jurídico de solicitar de las autoridades competentes la “aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas”. Una fórmula tan cerrada como la de que solo pueden hacerlo los jueces penales en proceso penal, implicaría dejar por fuera un mecanismo como el control disciplinario, propio de nuestra idiosincrasia histórica-constitucional, que ha diseñado al efecto al mismo como un Derecho Disciplinario de alto voltaje, muy diferente al del resto de los países del mundo, donde apenas se aproxima a la investigación de meras irregularidades administrativas y faltas culposas. Los instrumentos internacionales ya no están revelando cómo las fórmulas colombianas han sido reconocidas en el mundo entero, como sucede con el contenido del Convenio Mundial de Lucha Contra la Corrupción y la Resolución del 6 de diciembre de 2019 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El desprestigio y la pérdida de confianza en nuestras autoridades de control serían irremediables e irreversibles, lo que afectaría gravemente el sentimiento colectivo de

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú, sentencia de 28 de septiembre de 2021, párrafos 131 y 132.

justicia, una preocupación desde los albores mismos del nacimiento de la República. Esto sería motivo de gran decepción para el Libertador Simón Bolívar, quien habría sido traicionado en su visión de un Derecho Disciplinario como instrumento efectivo de lucha contra la corrupción o de alto voltaje, ampliado para combatir las graves violaciones a los derechos humanos, ahora propiciado por la Convención Mundial de Lucha Contra la Corrupción y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución del 6 de diciembre de 2019, así como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en sus sentencias sobre el papel importante de la Procuraduría General de la Nación de Colombia para el logro de la verdad de los hechos y propiciar la reparación integral, aunque aún insuficiente en materia de justicia retributiva con respecto a la valoración del juicio penal.

Súmase a la interpretación gramatical-literal comentada, que de asumirse la ciega idea de que solo puede cumplirse instituyendo funciones acordes con la idea de un “juez penal”, conllevaría a que tal competencia se otorgara a los jueces penales municipales, que son los que tienen competencia en todos los municipios de Colombia para conocer de servidores públicos de elección popular a nivel municipal, sin posibilidad alguna de instrumentar la garantía a través de los “jueces promiscuos” que no cumplirían con la especialidad penal.

Pero además, desde el punto de vista estructural, asumir dicha nueva organización implicaría inversiones multimillonarias, nuevos gastos de funcionamiento en perjuicio

de la inversión social en salud y educación, que son prioritarias ante los desbalances de los menos protegidos en tal materia y desvalidos al tenor del artículo 13 de la Carta Política. Como mínimo, cada juez penal municipal de los más de mil doscientos municipios colombianos demandarían una nueva estructura judicial, que se multiplicaría exponencialmente en aquellos municipios grandes y capitales de departamentos, con un séquito de colaboradores de mínimo cinco funcionarios. Esto no solo desvirtuaría el modelo constitucional, sino también el fiscal y financiero del ya débil Estado económico colombiano. Agréguese los cambios que habría que implementar en materia de casación, revisión y doble conformidad con las sentencias si la competencia se atribuye a jueces unipersonales, como los jueces penales del circuito.

Todo ello significa una alteración esencial en la arquitectura constitucional colombiana, con lo cual el modelo del constituyente primario se estaría desvirtuando y ya no se trataría de una reforma constitucional, sino de un cambio de constitución por parte del constituyente secundario, lo cual atentaría contra la soberanía nacional expresada en la arquitectura constitucional del Derecho Disciplinario por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Esto desconocería los artículos 1 numeral 1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 9 de la Carta Política colombiana, a menos que el país se embarcara en un nuevo proceso constituyente equivalente al de 1991.

Adicionalmente, se debe considerar la regulación del artículo 26 de la Carta Política en

materia de colegios profesionales o tribunales profesionales y de gremios de oficios constituidos, autorizados para imponer sanciones disciplinarias previo cumplimiento del debido proceso, y que investiguen a un ciudadano que resulte elegido a un cargo de elección popular durante o después del proceso disciplinario: ¿Quedan enervadas sus facultades para imponer sanciones de suspensión en el ejercicio profesional o del oficio que impliquen inhabilitación para el ejercicio de la función en la medida en que sea requisito la calidad de la profesión o del oficio?

Para el logro de sus fines, los Estados partes tienen libertad de configuración, respetando los derechos convencionales y ajustando sus estándares de garantías a los mínimos del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos o mejorándolos, por supuesto, dentro del Derecho internacional como lo disponen los artículos 1 numeral 2.º y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro del marco de interpretación fijado por los ordinales a) y b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta última establece los criterios hermenéuticos en el balanceo y contrabalanceo de la aplicación de los estándares y niveles de garantía internacionales y nacionales, sin especificar si el tratado tiene mayor jerarquía que las cartas políticas de los Estados partes y viceversa, pues lo que juega es una aplicación pro homine.

Sin embargo, no se puede afirmar que una interpretación pro homine o pro libertate conduzca a concluir que son mayores las garantías de que se juzgue y sancione a servidores públicos de elección popular cuan-

do la inmensa mayoría, que son los de nivel municipal –alcaldes municipales, concejales municipales y miembros de las Juntas Administradoras Locales–, proporcionalmente hablando, estarán en manos de jueces penales municipales de carácter unipersonal, de muy baja y escasa experiencia. De hecho, en su gran mayoría, estos jueces no serían jueces de carrera, sino que serían elegidos nominalmente sin haberse sometido a un concurso de méritos. Además, estarían expuestos a las presiones sociales y políticas de su terruño y, sin duda alguna, a la no escasa violencia partidista que todavía nos agobia muy a pesar del proceso de paz. Estos jueces carecerían del recurso de casación (procedente solo para la sentencias de segunda instancia de los tribunales) y del de doble conformidad, amén de que en términos generales no tendrían, salvo cambios radicales en la administración de justicia, recursos extraordinarios por virtud de los efectos de cierre de la cosa juzgada que termina con las dos instancias institucionalmente concebidas.

No tiene sentido y repugna a toda consideración que los congresistas, diputados y concejales y miembros de juntas administradoras locales solo estén sometidos a la autoridad disciplinaria de sus pares, lo cual resultaría inconveniente para aplicar restricciones a derechos políticos de sus miembros. Esto dejaría a los funcionarios de elección popular en un limbo jurídico de impunidad, contrario a lo determinado por la Convención Mundial de Lucha Contra la Corrupción de la ONU –Ley 970 de 2005– y la Resolución del seis (6) de diciembre de 2019 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, que adop-

tan a nivel universal y regional el sistema de Derecho Disciplinario de alta intensidad visualizado por el Libertador Bolívar para luchar contra la corrupción y la violación a los derechos humanos.

Ciertamente sería lo ideal, pero la racionalidad y razonabilidad no lo permite ante nuestras realidades idiosincráticas. Por ello, debe aprovecharse la estructura institucional y constitucional existente, dentro del marco de competencias constitucionalmente asignado, dotándose, como se hizo, por la Ley 2094 de 2021 de funciones jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación en solo una de sus funciones misionales (artículo 277 numeral 6.º).

Es claro, de conformidad con el Orden Público Internacional de Derechos Humanos, que autoridades administrativas también disciernen en materia de derechos convencionales, como se establece en el ya mencionado numeral 3.º del artículo 9 del pacto Internacional de Derechos Civiles, y lo confirma su numeral 3.º ordinal b) artículo 2 de la misma convención. Es más, la garantía adicional de que lo haga una autoridad diferente a los tres poderes tradicionales está allí consignada, pues se da cuenta que tal competencia la pueda tener “otra autoridad prevista por el sistema legal del Estado”.

Por el contrario, el diseño dado por el sistema introducido por la Ley 2094 de 2021 responde de mejor manera a tales falencias en el diseño jurídico del funcionamiento de los jueces penales municipales, mucho más acorde con niveles de garantía superior de la norma nacional sobre la internacional.

Esto obliga a dar cuenta de su compatibilidad con el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, como lo disponen los numerales 2.º del artículo 2 y numeral 3.º del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente por lo señalado en los numerales 1.º y 2.º de su artículo 5, en armonía con los ordinales b), c) y d) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así debe entenderse correctamente el concepto de la “garantía del principio de jurisdiccionalidad”, que no equivale a juez en sentido formal, sino que la restricción de derechos políticos, que resulta acorde con el interés común y general, el orden público y la moral pública, puede desarrollarse por la ley “sin restricciones indebidas” (artículos 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esta expresión constituye un concepto jurídicamente indeterminado pero determinable por el juez constitucional colombiano, a la luz de una interpretación sistemática, lógica, teleológica, sociológica, axiológica, evolutiva y progresiva como la que aquí se postula.

El mandato de cumplir con el “principio de jurisdiccionalidad” establecido en la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es ineludible e inexorable en cuanto imperativo categórico, pero el instrumento que lo desarrolle debe entenderse como imperativo hipotético, dejando de lado la interpretación gramatical-literal. De lo contrario, el equilibrio de la tridivisión de los poderes públicos y su engranaje con un órgano de control autónomo e independiente como la Procu-

raduría General de la Nación se vería desestabilizado, pues el impacto no solo recaería en estos, sino también sobre las tres ramas tradicionales del poder público en términos de su estructura funcional, equilibrio de poderes y viabilidad fiscal y financiera.

Solo piénsese, además, en cómo el presidente de la República tendría que quedarse sin juez disciplinario, pues el impeachment de tal naturaleza quedaría sujeto de muerte súbita a partir de la sentencia del 8 de julio de 2020 del tribunal interamericano. Esto se debe a que el primer mandatario del país y su vicepresidente son de elección popular, sujetos a restricciones y limitaciones a sus derechos políticos como lo prevé la Carta Magna, pues lo que no puede hacer el Senado es imponer sanciones privativas de la libertad, sanciones que de conformidad con el sistema impuesto conllevan a la imposición de aquellas como la provisional de suspensión en el ejercicio de cargo con la admisión de la acusación, la destitución y la “privación temporal o definitiva de los derechos políticos”, de conformidad con una interpretación de normas vigentes, como los artículos 175 numerales 1.º y 2.º, y 178

ibidem, 48 y 49 de la Ley 734 de 2002 y 66 de la Ley 1952 de 2019.

Los congresistas tendrían que ser absueltos en todos los casos que impliquen comisión de faltas gravísimas, faltas graves dolosas y culposas (artículos 44 numerales 1.º a 3.º de la Ley 734 de 2002 y 48 numerales 1.º a 4.º de la Ley 1952 de 2019) y la consiguiente afectación de derechos políticos, así como también no operaría para ellos la acumulación de faltas graves para generar la inhabilidad del artículo 38 numeral 2.º de la Ley 734 de 2002 y 42 numeral 2.º de la Ley 1952 de 2019, por lo que la Comisión de ética del Congreso es un verdadero “rey de burlas” (artículos 185 de la Carta Política y Ley 1828 de 2017), ya que solo serían sancionados desde la perspectiva de una interpretación literal, por faltas leves dolosas y leves culposas con multas y amonestación (artículos 4.º y 5.º de la Ley 734 de 2002 y 48 numerales 5.º y 6.º de la Ley 1952 de 2019). Esto es, solo operarían las faltas leves, mientras que las más graves y gravísimas quedarían en un limbo de impunidad.

Capítulo 3

Consideraciones finales sobre la constitucionalidad de las normas acusadas

Para comenzar, es importante afirmar que el marco dentro del cual debe obtenerse la inteligencia de la norma no es otro que las directrices hermenéuticas fijadas por la Corte Constitucional.

En efecto, mediante la Sentencia C-649 de 2001⁴⁵, la Corte Constitucional indicó que de conformidad con el artículo 4.º de la Constitución Política de Colombia, las normas deben interpretarse de acuerdo con lo dispuesto por el constituyente, es decir “que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política”⁴⁶.

Por su parte, la Sentencia C-054 de 2016⁴⁷ señaló que el principio de supremacía cons-

titucional se constituye a partir de 2 reglas: la primera, mediante la cual la Constitución es norma de normas y, por lo tanto, ostenta la máxima condición jerárquica dentro del sistema de fuentes del derecho; en cuanto a la segunda, implica una regla interpretativa que establece que en caso de existir algún tipo de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de jerarquía inferior, deben prevalecer las primeras⁴⁸.

Es así como la jurisprudencia constitucional estableció que el principio de supremacía constitucional tiene también una función directiva derivada de la respectiva regla de interpretación que en tal principio subyace, pues “de una misma disposición jurídica, esto es, del texto de la regla correspondiente, pueden derivarse diferentes contenidos normativos que pueden tener significados diversos e incluso divergentes. Esto debido a que

⁴⁵ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-649 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁷ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-054 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

el derecho es expresado en lenguaje natural y, por lo mismo, está caracterizado por la ambigüedad y la vaguedad de sus formulaciones idiomáticas⁴⁹. A su vez, desde un punto de vista más general y basado en la filosofía del lenguaje⁵⁰, la definición específica de cualquier expresión y, entre ellas el lenguaje jurídico, está delimitada y condicionada por el contexto en que esta se encuentra y que es utilizado por los intérpretes del texto escrito, bien sea que tome la forma de derecho legislativo o de precedente judicial⁵¹.

Desde el punto de vista material es posible, como hace Alexy, que la interpretación se identifica como la argumentación. Formalmente, sin embargo, y dado que la interpretación determina el significado de un enunciado normativo, el resultado es la norma misma establecida mediante el procedimiento previsto en la ley, y por lo tanto, se integra al enunciado normativo como su significado, en virtud de lo cual más que como simple interpretación o recreación normativa.⁵³

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha adoptado en sus decisiones la posición de autores que, como Robert Alexy, consideran que la interpretación jurídica se da en dos etapas específicas. Un primer momento en donde se genera la tarea psíquica de descubrir el significado de la norma y la segunda fase en donde se genera la labor argumentativa de su justificación⁵²:

De esta manera, la Corte Constitucional ha determinado que el principio de supremacía constitucional exige la armonía entre normas de inferior nivel con la Constitución y sirve de árbitro en los eventos en los que existe contradicción entre dichas disposiciones, garantizando a través de tal principio la seguridad jurídica, la razonabilidad al orden jurídico y su racionalidad.

La primera se refiere al proceso [de] reconstrucción sintáctica y determinación semántica del significado de la norma.

En cuanto a los métodos tradicionales de interpretación jurídica, el Tribunal Constitucional colombiano ha establecido:

⁴⁹ Dicha aproximación escéptica respecto a que la literalidad de las reglas jurídicas ofrezca respuestas únicas sobre su interpretación es uno de los debates más recurrentes en teoría jurídica. Una de las aproximaciones clásicas a este debate es la expresada por Herbert Hart. Vid. Hart, H.L.A. [2004] *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Capítulo VII. Formalismo y escepticismo ante las reglas.

⁵⁰ Derridá, Jacques. [2008]. *De la gramatología*. Siglo Veintiuno Editores. México D.F. Capítulo Primero: El fin del libro y el comienzo de la escritura.

⁵¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-054 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵² Sentencia de la Corte Constitucional C-054 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵³ Huerta, Carla. Savigny en el contexto actual de la interpretación. UNAM. Instituto de Investigaciones Socio jurídicas, pp. 442-443. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/21.pdf>. Consultado el 4 de enero de 2016. A su vez, la fuente primaria de la cita es: Alexy, Robert [1995] "Die juristische interpretation", *Rech, Vernunft und Diskurs*, Suhrkamp, p. 77.

[...] son codificados en la primera mitad del siglo XIX por Friedrich Karl von Savigny,⁵⁵ y han dominado la tradición jurídica latinoamericana como las herramientas más usuales de comprensión de los textos del derecho positivo. Su influencia y utilidad también está presente en la jurisprudencia constitucional, la cual admite su validez como mecanismo para definir el significado de las disposiciones normativas contenidas no solo en el derecho legislado, sino incluso aquellas de naturaleza constitucional.⁵⁶

Asimismo, se destaca que según la posición de autores como Kelsen, por interpretación se “entiende la verificación (*Festsellung*) del sentido de la norma al ejecutarse, y aunque esta verificación no se corresponde con una actividad meramente intelectual o científica, la Jurisprudencia o la ciencia del derecho ha establecido diversos mecanismos para restringir la labor discrecional del juez mediante el establecimiento de métodos, como el del argumento a contrario⁵⁷ y el de la analogía⁵⁸ o la clasificación cuatupartita

⁵⁵ Savigny, Friedrich Karl von [1994] *Metodología Jurídica*. Ediciones Depalma, Buenos Aires.

⁵⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-054 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁷ Explica Guastini lo siguiente: “El argumento a contrario; Para justificar una interpretación literal se utiliza con frecuencia el argumento a contrario: *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*. Este argumento, sin embargo, se presenta en dos variantes muy diversas, la segunda de las cuales no pertenece para nada a la interpretación literal (sino que consiste en la producción de normas implícitas). Supongamos que debemos interpretar una disposición constitucional que otorga el derecho al voto a los ciudadanos: “Si C [ciudadano], entonces V [derecho al voto]” a) Y bien en su primera variante, el argumento a contrario - la constitución sólo habla de ciudadanos, no menciona ni siquiera extranjeros – permite concluir que la constitución se limita a otorgar el derecho en cuestión a los ciudadanos. Sin decir nada a propósito de los extranjeros inmigrantes: en otros términos, la constitución contiene una laguna respecto al derecho al voto de los extranjeros. Se sigue que el legislador, es libre para otorgar o negar el derecho al voto a los extranjeros. b) En una segunda variante, el argumento a contrario – *expressio unius est exclusio alterius* – permite concluir que la constitución, otorgando el derecho al voto a los ciudadanos, ha negado positivamente (aunque tácitamente) dicho derecho a los extranjeros (“Si C, entonces V” significa “Si y sólo si C, entonces V”, lo que implica lógicamente “Si no-C, entonces –no V”). Por lo tanto, una ley que pretendiera atribuir el derecho al voto a los extranjeros sería inconstitucional” [Guastini, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 68 a 69].

⁵⁸ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, la analogía “es el método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella”. Existen dos tipos de analogías: la analogía legis que consiste en que el intérprete acude a una norma jurídica concreta de la que extrae los principios aplicables al supuesto de hecho y la analogía iuris en donde el intérprete acude a varias normas jurídicas para de su conjunto extraer los principios aplicables al supuesto de aplicación. Sobre la utilización de la analogía iuris ver las Sentencias T-176 de 2007 y T-158 de 2010 en el caso de allanamiento a la mora en medicina prepagada. García Maynez establece que existe el razonamiento por analogía que, “se basa en la idea de que en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma (*Ubi eadem ratio, idem ius*). Para que la aplicación del razonamiento analógico sea correcta, no basta la simple se-

de Savigny en donde se habla de (i) interpretación histórica, (ii) interpretación gramatical, (iii) interpretación lógica e (iv) interpretación sistemática⁵⁹⁶⁰.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que los métodos tradicionales de interpretación en su versión original del siglo XIX son funcionales para la actividad legislativa, teniendo en cuenta que los mismos se fundamentan en la supremacía de la actividad legislativa y la inexistencia de parámetros superiores de la legislación argumento a contrario y el de la analogía o la clasificación cuatripartita de Savigny en donde se habla de (i) interpretación histórica, (ii) interpretación gramatical, (iii) interpretación lógica e (iv) interpretación sistemática ”.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que los métodos tradiciona-

les de interpretación en su versión original del siglo XIX son funcionales para la actividad legislativa, teniendo en cuenta que los mismos se fundamentan en la supremacía de la actividad legislativa y la inexistencia de parámetros superiores de la legislación⁶¹.

De igual forma, se resalta que la Corte Constitucional ha destacado que los métodos de interpretación se han complementado con una teoría para la interpretación de la Constitución, cuyo contenido principal es que posee un contenido principalista, especialmente en cuanto a los derechos fundamentales y al preámbulo.⁶² En este sentido, se ha indicado que al comparar los contenidos de la Constitución con otros contenidos legales, ha surgido una interpretación que busca adecuar la normal legal indeterminada o ambigua al contenido de la Constitución, procurando no eliminar o

mejanza de dos situaciones de hecho, una prevista y otra no prevista por la ley; requiérase asimismo que la razón en que la regla legal se inspira, exista igualmente en relación con el caso imprevisto [...] La aplicación se realiza bien porque existe igualdad o paridad de motivos [argumento a pari], bien porque hay una mayor razón [argumento a minori ad majus], bien porque lo que ocurre es precisamente lo contrario [argumento a majori ad minus] [...] Descubierta la ratio juris, la aplicación extensiva es posible, a menos de que la disposición legal consagre una excepción [exception est strictissimae interpretationis]” [García Maynez, Eduardo, Introducción al derecho, México, Porrúa, 1990, pp. 335 a 336]. En la Sentencia C-037 de 2000 [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa] se dijo que, “[...] tratándose de una excepción al principio de aplicabilidad y obligatoriedad de normas jurídicas, la misma debe ser de interpretación restringida. En efecto, la aplicación analógica debe desecharse cuando la disposición que se pretende extender contiene una excepción a la norma general, pues en este caso es la norma general y no la excepción lo que debe ser aplicado”.

⁵⁹ Savigny, Friederich Karl, Sistema de derecho romano actual, Comares, 2005. Dice Karl Larenz que “[...] Savigny hizo notar que estos elementos no deberían ser aislados, sino que tendrían que cooperar entre sí” [Larenz, Karl, Metodología de la ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, 1994, p. 316].

⁶⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-054 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶² Sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

anular la disposición estudiada, sino condicionar su interpretación.⁶³ A partir de esta interpretación se dan las sentencias interpretativas “que establecen el entendimiento constitucionalmente adecuado de las normas legales ante eventuales demandas de inconstitucionalidad⁶⁴”.

De esta manera, se destaca el método gramatical, que conlleva la idea de infalibilidad de un legislador soberano, ya que supone que en determinados eventos las normas tienen solo un sentido y que este no requiere interpretaciones.⁶⁵ Es así como la Corte Constitucional ha indicado que este método “Supone que, de manera corriente, las normas tienen un sentido lingüístico y deóntico claro, razón por la cual no cabe ser interpretadas, sino solo aplicadas silogísticamente”⁶⁶.

A pesar de lo anterior, la misma Corte ha señalado que el método gramatical se debe enfrentar ante diferentes problemáticas que tienen que ver con el derecho constitucio-

nal, la teoría del derecho y la filosofía contemporánea del lenguaje⁶⁷.

En este sentido, es claro que el derecho legislado se expresa a través del lenguaje ordinario, lo cual implica que tenga elementos ambiguos y vagos, por lo que las disposiciones contenidas usualmente son indeterminadas y solo encuentran sentido cuando se analizan en el contexto en que son aplicadas⁶⁸.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que al momento de revisar disposiciones construidas con una estructura propia de los principios, su aplicación dependerá de “toda circunstancia de su armonización concreta en cada caso particular, cuando son ponderadas frente a otras reglas y principios en tensión”⁶⁹.

Asimismo, se ha indicado que desde mediados del siglo pasado la filosofía del lenguaje ha enfatizado en que la significación de los textos, incluyendo las normas jurídicas,

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Sobre las implicaciones de las sentencias interpretativas o condicionadas dijo la Corte en la Sentencia C-569 de 2004 que “Una sentencia condicionada o interpretativa implica un cierto control sobre las interpretaciones de los operadores judiciales puesto que expulsa del ordenamiento ciertos entendimientos de la disposición acusada. Sin embargo, ese control es indirecto y eventual pues opera en abstracto, ya que no se refiere a las interpretaciones específicas realizadas por determinados jueces o tribunales sino a entendimientos posibles e hipotéticos del texto acusado”. Ver también Sentencia de la Corte Constitucional C-461 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-054 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem.

es principalmente dinámica y no estática, pues opera como una variable que depende del uso que le dé la comunidad lingüística de que se trate.⁷⁰

Otra dificultad frente a la interpretación gramatical consiste en que una visión formalista y errónea de la misma puede llevar a comprensiones insulares de las normas jurídicas, lo que niega la función jerárquica e integradora del principio de supremacía constitucional⁷¹. En todo caso, la interpretación gramatical está siempre supeditada a la Constitución y, por tanto, resulta inválido cualquier ejercicio hermenéutico del derecho que se ampare en la claridad de la ley y que brinde resultados incompatibles con los derechos, principios y valores de la Carta⁷².

A pesar de lo anterior, la Corte resalta que en muchas ocasiones el método gramatical resulta útil para comprender el derecho, ya que hay escenarios en donde se limitan las posibilidades de interpretación, por lo que se puede llegar a la conclusión sobre la univocidad de un precepto en razón a dicha limitación interpretativa.

Por último, se destaca que la Corte Constitucional ha concluido que los métodos tradicionales de interpretación se fundamentan

en reconocer el carácter incuestionado del legislador respecto a la producción normativa a su cargo, lo cual está irrestrictamente vinculado a la titularidad de la soberanía que contrasta con los fundamentos del constitucionalismo contemporáneo⁷⁴. Esto “impone a la Carta Política y en particular a los derechos fundamentales, como límite y parámetro obligatorio de la función legislativa”⁷⁵.

Así, entonces, el traslado de competencias jurisdiccionales no implicó una jurisdiccionalización total o absoluta de las funciones de la Procuraduría General de la Nación, puesto que tal facultad solo exclusiva y excluyentemente se refiere a la facultad disciplinaria, referida de manera particular y específica al numeral 6.º del artículo 277 de la Carta Política, dejando indemnes en cuanto a su naturaleza a los demás numerales y artículos ibidem, así como todos los demás referidos en las leyes que los desarrollan.

En ese sentido, se cumple con el requisito de excepcionalidad de que da cuenta el artículo 116 de la Carta Política, condición sine qua non para la transferencia de funciones de orden jurisdiccional a autoridades administrativas. Además, no se trata de cualquier autoridad administrativa, sino de la Procuraduría General de la Nación, órgano

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem.

de control autónomo e independiente de los poderes ejecutivo-administrativo, legislativo y judicial, que de todos modos debe colaborar indefectiblemente con ellos, especialmente con el judicial, como ha sido su tradición histórica, cumpliendo con ello el mandato constitucional del artículo 113, según el cual “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización” de los fines estatales.

Esto cobra aún más relevancia considerando que la dependencia del poder ejecutivo, que en el pasado era meramente formal, fue superada con la Carta Política de 1991, gracias a la voluntad expresa del constituyente primario, que a instancia de precisamente los grupos de izquierda democrática revivieron la institución que inicialmente no había sido considerada, como consta en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, donde María Teresa Garcés Lloreda expresó:

El Ministerio Público:

La mayoría de la Comisión IV votó la creación de la Defensoría del Pueblo como institución que reemplaza a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio Público y le atribuye, además, las funciones de defensa de los derechos humanos.

Nos permitimos plantear a ustedes la necesidad de conservar el Ministerio público. Integrado por la Procuraduría y los Fiscales con las funciones que hoy tiene, pero con la reforma fundamental de concederle absoluta autonomía en relación con el Ejecutivo, para que pueda

desempeñarlas en forma Independiente y no bajo la dirección del Gobierno como dispone la Constitución vigente.

De esta manera se conservaría una institución que fue creada desde el año de 1830, con algunas modificaciones, tales como la de que el Procurador se elegiría popularmente.

Se suma a ello que su función esencial constitucional es la defensa y promoción de los derechos humanos, según lo establecido en los artículos 118 y 277 numerales 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 7.º, así como en el artículo 281, que le otorga “suprema Dirección” sobre las funciones de la Defensoría del Pueblo. Por tanto, es un ente muy especial dentro de las previsiones del Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, incluso por encima de los niveles de garantía que se pueden ofrecer en otras latitudes.

Además, al complementarse la funcionalidad del proceso, que se divide en los respectivos roles determinantes del “principio acusatorio”, entre funciones de instrucción y acusación por un lado y la función juzgadora y sentenciadora por otro, con calidades de “funcionario judicial”, es decir, los procuradores jurisdiccionales que no son “delegados” para ejercer la función juzgadora y sentenciadora, se cumple con los estándares de garantía que para el efecto tiene establecidos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para considerar como administración de justicia material la labor de las autoridades disciplinarias (artículos 2 incisos 1.º, 2.º y 7.º, 12, 92 inciso 2.º, 101 parágrafo 2.º de la Ley 1952

de 2019 con las modificaciones introducidas por la Ley 2094 de 2021 y particularmente por su artículo 17).

Súmase a lo anterior, según el artículo 17 mencionado:

1) Los procuradores jurisdiccionales que conocen del juzgamiento y la función de sentenciar de los servidores públicos de elección popular deben tener la misma calidad de una magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, requisitos de orden constitucional según el artículo 232 de la Carta.

2) El proceso y el fallo están a cargo de un juez colegiado, sala compuesta por tres funcionarios judiciales.

3) El acceso al cargo es, necesaria e inextricablemente, por concurso público de méritos a cargo de la entidad estatal encargada de cumplir con el mandato constitucional para este tipo de situaciones administrativas.

4) La vacancia temporal y definitiva será llenada con la lista de elegibles conformada por la anterior entidad producto del concurso de méritos y en su orden de precedencia según el puntaje obtenido.

5) Los integrantes de dicha sala especial tienen periodo fijo de cuatro años en el ejercicio del cargo.

6) Se garantiza la segunda instancia y el principio de la doble conformidad, caso

en el cual el conocimiento de la apelación del fallo absolutorio proferido en segunda instancia por el procurador general ante la apelación del absolutorio en primera deberá ser conocido por una sala conformada de la misma forma y por integrantes de la lista producto del concurso de méritos (artículos 12 inciso 2.º y 18 de la Ley 2094 de 2021).

7) La investigación deberá ser integral y el funcionario juzgador y sentenciador tiene la facultad de investigar lo que le resulte favorable al disciplinado con plena libertad probatoria arreglada a los medios legales contemplados (artículos 13, 147, 148, 150, 159 y 160 de la Ley 1952 de 2019).

8) Si el fallo de primera instancia o el de segunda y el de segundo grado en la doble conformidad es recurrido extraordinariamente en revisión, se enerva el cumplimiento del fallo a pesar de su ejecutoria, mientras se tramita el recurso ante la jurisdicción contenciosa administrativa (artículos 1 inciso 4.º, 238A, 238B, 238C y 238D inciso 3.º de la Ley 2094 de 2021). Solo es ejecutable el fallo de la Procuraduría General de la Nación si el recurso de revisión fuera inadmitido o si las pretensiones del sancionado son despachadas desfavorablemente por la jurisdicción contenciosa administrativa (artículo 238D de la Ley 2094 de 2021).

9) Los procuradores judiciales están libres y por fuera del control jerárquico y de tutela del procurador general de la Nación, cuyo nombramiento es prácticamente una función notarial, lo cual se de-

muestra fehaciente y evidentemente con la imposibilidad absoluta de removerlos o suspenderlos del cargo, incluso de desplazarlos y asignarles a otros funcionarios de la entidad los procesos de su competencia exclusiva y excluyente, de conformidad con el inciso final del artículo 18 de la Ley 2094 de 2021⁷⁶.

10) Los servidores públicos de elección popular, dado que tienen las mismas garantías que debe tener un procesado penalmente, tienen derecho a una defensa técnica obligatoria, lo que se abrió jurídicamente con lo establecido en el artículo 70 de la Ley 2094 de 2021.

11) No procede, contra sentencias absolutorias, la posibilidad de revocatoria directa, toda vez que esto es un fenómeno exclusivo de los actos administrativos, pero no de las decisiones judiciales como las que aquí se tratan.

12) Finalmente, si en cualquiera de los trámites anteriores surge una vía de hecho o causal de procedibilidad de la acción de tutela, se tiene dicha acción ante las autoridades judiciales formalmente constituidas, salvo la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, de conformidad con el artículo 86 de la Carta Política.

Ante las desventajas materiales ya precisadas de un juzgamiento ante juez penal, sin

posibilidad alguna de la alternatividad del conocimiento de otra autoridad judicial diferente a las de las instancias, cumpliendo las normas de hermenéuticas del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷⁷, las normas demandadas deben ser declaradas exequibles.

Ahora, en el evento de que fallara nuestra apreciación, solicitamos a la Corte Constitucional subsidiariamente una declaratoria parcial de inexequibilidad en el siguiente sentido:

a) Si se estima que el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación fue un traslado en bloque, disponga, por sentencia de condicionalidad condicionada, que ello solo opera exclusiva y excluyentemente para el juzgamiento e imposición de la sanción por parte de los procuradores judiciales encargados de la competencia de los servidores públicos de elección popular.

b) Si se estima que la investigación, acusación, juzgamiento y sanción de los procuradores judiciales resulta contrario a los estándares de garantía de autonomía e imparcialidad de los jueces, por estar a cargo de servidores dependientes directamente, bajo control jerárquico del procurador general de la Nación según el artículo 16 inciso 2º de la Ley 2094 de 2021, declarar una inconstitucionalidad parcial de la norma, determinando que la com-

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú, sentencia de 28 de septiembre de 2021.

⁷⁷ Tal parámetro de juzgamiento fue utilizado de manera clara en la sentencia C-146 de 2021 de la Corte Constitucional, considerandos núms. 128, 134 y 141.

petencia para ello la tiene la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que es la competente constitucionalmente para conocer de procesos disciplinarios contra funcionarios judiciales.

c) En igual sentido y respecto de la misma norma anterior, declarar la inconstitucionalidad, parcial y condicionadamente, con respecto a la competencia para conocer de los procesos contra el vicepresidente de la República por parte de servidores de la Procuraduría diferentes a los procuradores jurisdiccionales, pues se

trata también de una autoridad pública de elección popular.

La Defensoría del Pueblo, que tiene entre su misión constitucional la Defensa Pública, hoy extendida a los procesos disciplinarios por la Ley 2094 de 2021, tiene competencia para conocer los procesos contra sus servidores a través de su Oficina de Control Interno. Además, de alguna manera puede participar en el juicio constitucional, lo que consideramos un insumo valioso para la discusión.

REFERENCIAS

Betancur Cuartas Jaime. Derecho Constitucional Colombiano, Medellín, Colección Jurídica Bedout, 1978.

Caro Miguel Antonio. Estudios Constitucionales y Jurídicos. Primera Serie, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1986

Castro Perdomo César. La Procuraduría en Colombia: Procuraduría General y Fiscalías, historia constitucional y legal 1819-1986, Bogotá, Secretaría de Información y Prensa de la Presidencia de la República, 1986.

Cortés Gustavo Adolfo. "Breve reseña de la historia constitucional y legal de la Procuraduría General de la Nación" en El Ministerio Público y sus funciones en lo penal, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2003.

De Membiela Juan B. Lorenzo. "Potestad disciplinaria y Administración pública" en Fundación Democracia y Gobierno Local, disponible en qdl12_10_est07_lorenzo.pdf (gobiernolocal.es), 2009, consultado el 9 de junio de 2021.

De Paula Pérez Francisco. Derecho Constitucional Colombiano, Bogotá, Ediciones Lerner, 1962.

Departamento Administrativo de la Función Pública. Organismos de Control, Manual de Estructura del Estado, en Sector Organismos de Control (funcionpublica.gov.co), consultado el 9 de junio de 2021.

Derridá Jacques. De la gramatología Capítulo Primero: El fin del libro y el comienzo de la escritura, Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 2008.

García de Enterría Eduardo. "El problema jurídico de las sanciones administrativas" en Revista Española de Derecho Administrativo, 1976.

García Maynez Eduardo. Introducción al derecho, México, Porrúa, 1990.

García-Trevijano Fos J.A. Tratado de Derecho administrativo, tomo III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo & Gómez Barranco María Marta. Dolo y Derecho Disciplinario. A propósito de la reforma propuesta a la Ley 1952 de 2019, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2021.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. "Aspectos decisivos que determinaron, determinan y determinarán la evolución del Derecho Disciplinario en Colombia" en Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. "El derecho disciplinario como disciplina jurídica autónoma" en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Año XXXIV N.º 403, Ediciones RAP, Abril 2012, Buenos Aires [Argentina].

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. La lucha por los derechos en el Derecho Disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

Guastini Ricardo. Teoría e Ideología de la interpretación constitucional, Madrid, Trotta, 2008.

Hart H. L. A. El concepto de Derecho. Capítulo VII. Formalismo y escepticismo ante las reglas, Trad. Genaro Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

Huerta Carla. Savigny en el contexto actual de la interpretación, UNAM. Instituto de Investigaciones Sociojurídicas, pp. 442-443. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/21.pdf>. Consultado el 4 de enero de 2016.

Larenz Karl. Metodología de la ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, 1994.

Mier Hoffman Jorge. [s.f.]. Bolívar y el poder moral. Un enigma llamado Bolívar. PODER MORAL UN ENIGMA LLAMADO BOLÍVAR [wordpress.com].

Monsalve José Dolores. El ideal político del libertador Simón Bolívar, Tomo I, Madrid, Editorial América, 1916.

Monsalve José Dolores. El ideal político del libertador Simón Bolívar, Tomo II, Madrid, Editorial América, 1916.

Rodríguez Devesa José María. Derecho penal español, parte general, 10.ª edición, Madrid, Dykinson, 1986.

Samper José María. Derecho público interno de Colombia. Comentario científico de la Constitución de 1886, Tomo II, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, 1951.

Samper José María. Derecho público interno de Colombia. Historia crítica del Derecho Constitucional colombiano desde 1810-1886, Tomo I, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, 1951.

Savigny Friederich Karl. Sistema de derecho romano actual, Granada, Comares, 2005.

SEGUNDO ESTUDIO

*La defensa técnica en el Derecho Procesal
Disciplinario colombiano*

INTRODUCCIÓN

Debido proceso y formas propias del juicio: una relación de género a especie

El proceso es una sucesión ordenada de actos, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo cual se encuentra determinado por el principio de las eventualidades o compartimentos⁷⁸, que deviene del principio constitucional y convencional del “debido proceso” (artículos 29 inciso 1.º de la Carta Política, 14 numeral 1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles –“debidas garantías”– y Políticos, y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos –“debidas garantías”–).

A su vez, el inciso 2 del artículo 29 mencionado precisa que el debido proceso “debe” y “tiene” que ser desarrollado por la ley, por virtud del mandato de someter todo proce-

dimiento a “las formas propias del juicio”. Afirmamos que debe y tiene que hacerlo, ya que su omisión genera afectación al debido proceso, tanto si proviene del legislador o de la no declaratoria del juez, lo que tiene el mismo efecto: nulidad de naturaleza supralegal como afectación al artículo 26 de la Constitución Política de 1886 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Gaceta Judicial Tomo LXXXIII, página 310, Sentencia de Casación de agosto de 1961).

Las formas propias del juicio dan cuenta del debido proceso, concebido inicialmente en términos meramente “formales”. Sin embargo, este principio es un mandato “sustancial o material”, como se desprende del artículo

⁷⁸ “Tiende a buscar orden, claridad y rapidez, en la marcha del proceso [...] muy riguroso en los procedimientos escritos [...] Se entiende por tal la división del proceso en una serie de momentos o períodos fundamentales, que algunos han calificado de compartimentos estancos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del juez de manera que determinados actos deben corresponder a determinado período, fuera del cual no pueden ser ejercitados y si se ejecutan, no tienen valor” (Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Tomo I, Teoría General del Proceso, Bogotá, Editorial ABC, 1979, pp. 45 y 46).

6⁷⁹ de la Ley 734 de 2002, que como “principio rector” se impone sobre toda otra norma posterior, según el artículo 21 *ibidem*. El concepto sustancial o material del debido proceso se reedita en lo pertinente en el artículo 12 de la Ley 1952 de 2019, pero enfatizando en la necesidad de dar “prevalencia a lo sustancial sobre lo formal”.

Tal distinción no es meramente una afirmación, sino el resultado de principios que se han desarrollado a lo largo de muchos años de evolución jurisprudencial. Todo comienza con una decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en una sentencia del 24 de abril de 1887. En esta sentencia se estableció que el concepto de debido proceso no se limita simplemente a las formas propias del juicio. Esto permitió que se presentaran alegatos de nulidad que no estuvieran expresamente contemplados como causales de nulidad por la ley. Por ejemplo, en un caso en el que el acusado detenido no participó en una audiencia pública porque no fue trasladado, lo cual desconocía el requisito de ser “oído y vencido en juicio” según lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de 1886. Aunque esta omisión no estaba establecida como causal de nulidad en la ley procesal, se argumentó en esa época que violaba la taxatividad y especialidad en el señalamiento de las causales de nulidad por parte de la ley.

Este concepto, de gran significado, que va más allá de las “formas propias del juicio” para adoptar materialmente la idea de “debido proceso”, comenzó a florecer en 1956. Aunque se admitió que las nulidades deben estar reguladas en la ley de manera “taxativa no enumerativas; su interpretación y aplicación es restringida y no analógica, es decir que impide extenderse a casos semejantes cuando ellas no han sido preestablecidas en la ley”, se aceptó, pero excepcionalmente, la existencia de nulidades constitucionales cuando se produce una afrenta a la normativa constitucional, dado que las mismas “sin estar consagradas expresamente en la ley, por violar las bases esenciales del procedimiento o por implicar un cercenamiento de garantías a los derechos de la persona humana, configuran la llamada nulidad suprallegal” (Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, Tomo LXXXIII, páginas 309 y 310, de 1956).

En 1961, en la sentencia citada más arriba, se precisa que la nulidad constitucional debe tener “sustancialidad”, esto es, que sea “atinentes al ser o a la existencia del proceso, en tal forma que la emisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen”, a pesar de que sobre ello “nada se hubiere legislado sobre lo que constituya la informalidad procesal”, por encima incluso de la reclamada taxatividad. Ya la ju-

⁷⁹ ARTÍCULO 6: Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público. (Cursivas fuera de texto)

jurisprudencia penal, desde tal fecha, señalaba que el desconocimiento del debido proceso, así lo fuere por olvido o negativa del legislador de precisarlo o por omisión o defecto de la actividad judicial de declararlo, genera nulidad y ella tiene que reconocerse de oficio, pues la Carta Política de 1886 –artículo 217- está por encima de todo, lo cual hoy es más que obvio cuando el artículo 4 de la Constitución de 1991 dice que ellas es la “norma de normas”.

Con la instauración de las nulidades supra-legales por la jurisprudencia penal, generalizadas a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, a partir de los años setenta del siglo XX, hoy todos los códigos procesales así lo establecen. En estos se señala que son causales de nulidad la violación a disposiciones referentes al debido proceso y al derecho de defensa, dado que son genéricamente afectaciones trascendentales que atentan contra los pilares fundamentales del proceso (numerales 2.º y 3.º del artículo 143 del CDU⁸⁰). Además, hacen parte de la doctrina constitucional y de la Teoría General del Proceso (artículos 1⁸¹, 11

y 12 del Código General del Proceso), imprescindibles cuando se trata de interpretar las normas procesales.

También así se entienden tales institutos procesales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene establecido que:

[t]odos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. El artículo 8.1 de la Convención, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos⁸².

⁸⁰ ARTÍCULO 143, Ley 734 de 2002: Causales de nulidad. Son causales de nulidad las siguientes: 1 [...] 2. La violación del derecho de defensa del investigado. 3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

ARTÍCULO 202, Ley 1952 de 2019: Causales de nulidad. Son causales de nulidad las siguientes: 1 [...] 2. La violación del derecho de defensa del investigado. 3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

⁸¹ ARTÍCULO 1.º. Objeto. Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 23 de junio de 2005, Caso Yamtama vs. Nicaragua, párr. 149. Ratificada por sentencia del 5 de agosto de 2008, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, párr. 46.

Dentro de un contexto material es preciso preguntarnos si la defensa es un a priori o un a posteriori de las formas procesales, dado que, de conformidad con la historia de los derechos fundamentales, estos aparecen como barreras o límites al poder estatal, de tal manera que su entendimiento solo es posible a partir del primer supuesto del dilema. Así las cosas, el debido proceso y el derecho de defensa no son una consecuencia del Estado de derecho, sino su razón de ser y su causa.

Por ello, con contundencia y énfasis, la doctrina más decantada expone que el “significado originario” de la expresión ‘defensa’ va ligado necesaria y trascendentemente a la “posibilidad de reacción frente a una previa actuación contraria”⁸³.

Otra cosa es que cuando los derechos naturales son trasuntados a moldes jurídicos, la defensa se creyó asegurada con las llamadas “formas propias del juicio”, lo que coincidiría hoy con la noción de “debido proceso formal”, en los términos de los artículos 6 de la Ley 734 de 2002, 6 de la Ley 1123 de 2007 y 12 de la Ley 1952 de 2019, que como novedad, acorde con la Carta Política de 1991, a lo formal se agrega la demanda del debido proceso “material”.

De allí que la expresión “formas propias del juicio” de que daba cuenta la Constitución de 1886 en su artículo 26, que se repite en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, aparentemente tienen los mismos alcances.

Sin embargo, otra cosa sucede si se tiene en cuenta que las formas propias del juicio deben configurarse bajo ópticas materiales, toda vez que la noción de “debido proceso” preside el texto de esta norma.

Por ello, la noción de “debido proceso, como derecho fundamental, no se agota en el principio de legalidad”, toda vez que se identifica con el respeto de las garantías y, por supuesto, con la noción de “procedimiento justo” o con los “elementos que definen el carácter justo del mismo”⁸⁴.

Así, la noción de debido proceso también es material, no responde, sin más ni más, al de ritualidad procesal, lo que está encarnado, como se vio, en el texto de los artículos 6 de la Ley 734 de 2002, 6 de la Ley 1123 de 2007 y 12 de la Ley 1952 de 2019, alcances de una institución ya desentrañados por la Corte Constitucional:

El debido proceso, entendido “sustancialmente” dice la jurisprudencia constitucional, apunta entre otras garantías a “asegurar el derecho de defensa y contradicción del inculpado y garantizar la presunción sobre su inocencia”. El debido proceso material implica “el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas”, pero también debe resaltarse que “la consagración de los recursos y procedimien-

⁸³ Carocca Pérez, Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998, p. 94.

tos no puede ser solamente formal, sino que deben cumplir su finalidad, esto es, deben resultar eficaces”⁸⁶.

Por lo tanto, si el debido proceso ha sido entendido como “una limitación al poder punitivo del Estado” y como tal comprende “el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos”⁸⁷, es importante destacar que su concepto no puede confundirse con el de “ritualidad procesal”, ya que va más allá de la legalidad.

Así, de una manera clara y contundente, lo ha establecido la jurisprudencia:

La importancia del debido proceso se liga a la búsqueda del orden justo, por consiguiente, en la Constitución de 1991 el debido proceso es algo más profundo que tipificar conductas, fijar competencias, establecer reglas de sustanciación y ritualismos, indicar formalidades y diligencias, como se deducía de los términos empleados por la ley 153 de 1887 ... El debido proceso no es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento y así lo insinuó Ihering. Con este método se estaría dentro del proceso legal pero lo protegible mediante tutela es más que eso, es el proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre aprecia-

ción de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo ... en el artículo 29 se desarrolla el debido proceso. Respecto a esta última norma, la enumeración allí contenida no puede ser una camisa de fuerza, sino que se trata de las llamadas NORMAS ABIERTAS. Entonces, la discrecionalidad del juez (característica de la escuela antiformalista del realismo jurídico norteamericano) permite que la cláusula abierta sea un instrumento fundamental para lograr la finalidad constitucional del debido proceso. Sobre este tópico de las normas abiertas, Ernest Fuchs, a principios del siglo, dijo: “en los estudios, la ciencia y la praxis, las reglamentaciones procesales no tienen porqué jugar un papel mayor que el que en la medicina tiene la reglamentación hospitalaria”.

Pero esta posición lleva a un planteamiento más de fondo: el debido proceso que se ampara con la tutela está ligado a las normas básicas constitucionales tendientes al orden justo (para ello nada más necesario que el respeto a los derechos fundamentales); ello implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos y este sería el objeto de la jurisdicción constitucional en tratándose de la tutela.

Como no es razonable que el formalismo supere a los valores principios y derechos,

⁸⁶ Ibid., sentencia C-985 de 2005. También las sentencias C-564 y C-662 de 2004.

⁸⁷ Ibid., sentencias T-039 de 1996 y C-948 de 2002.

la única explicación lógica para justificar la aplicación de la tutela como defensa del debido proceso es cuándo determinados institutos jurídicos que le dan a la persona un DERECHO A ALGO, son desconocidos por el juez. Ello permite exigirle al Estado la vigencia de normas que le den efectos jurídicos a las competencias asignadas a los jueces, luego el Estado debe contribuir a ese derecho objetivo que desarrolla las competencias que el legislador ha fijado y cuya inaplicación violaría derechos fundamentales. Se podría concluir que estas normas de procedimiento son status positivo, para la búsqueda del orden justo y no simples reglas de carácter formalista. En otras palabras, el titular del derecho fundamental tiene competencia para imponer judicialmente, un procedimiento indispensable para los fines de la justicia. Se sale entonces del status negativo y se pasa a los derechos a algo, status positivo.

Pero, se repite, lo que se protege mediante la tutela, no es el riguroso seguimiento de reglas de orden simplemente legal, sino el manejo de reglas procesales para tomar decisiones que puedan justificarse jurídicamente, es decir, hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional y no desde el simplemente legal⁸⁸.

Tales razones materiales, trascendentes al ritualismo procesal, han permitido afirmar con solidez que “las formas procesales

no se justifican en sí mismas sino en razón del cometido sustancial al que propende la administración de justicia [...] Todos estos elementos integran la plenitud de las formas propias de cada juicio, contempladas como factor esencial del debido proceso y por lo tanto no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el Derecho material se realice objetivamente”⁸⁹.

Por tanto, la noción de “debido proceso” no se identifica con la de “formas propias del juicio”. Aunque las formas propias del juicio están integradas en el debido proceso, no coinciden materialmente.

Por ello, siendo una fórmula expresada en un texto constitucional abierto, la noción de debido proceso es consustancial a todo procedimiento, lo exprese o no así la ley o reconózcalo o no así la judicatura, entendido el mismo como intercambio comunicativo con sentido y racionalidad.

La jurisprudencia ha derivado un llamado “derecho a ser oído”, clara expresión del principio de contradicción, que en últimas emana del principio de oralidad:

En desarrollo de esos principios y finalidades, en el artículo 29 superior se ha consagrado que el debido proceso debe aplicarse tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas, garantía dentro de la cual se encuentra, no sólo en el

⁸⁸ Ibid., sentencia T-280 de 1998.

⁸⁹ Ibid., sentencia T-280 de 1999.

ámbito del *ius puniendi*, como materialización de los derechos de defensa y contradicción, la potestad de toda persona de presentar pruebas y controvertir aquéllas que se alleguen en su contra.

Tal facultad o potestad de la persona interesada dentro de un proceso judicial o una actuación administrativa, además de permitirle presentar las pruebas que considere necesarias para demostrar los supuestos fácticos de las normas que desea sean aplicadas o no a una situación en particular, también envuelve la garantía de que el funcionario judicial o administrativo, según el caso, les brinde el valor probatorio correspondiente, pues como se indica en los instrumentos internacionales previamente señalados, dentro de las denominadas garantías judiciales se cuenta con el derecho a ser oído por el juez o tribunal competente, en igualdad y total imparcialidad⁹⁰.

El poder de decisión del juez, si bien se reconoce como discrecional, no puede ser arbitrario, ya que “su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y res-

pensables”⁹¹. Por ello, creemos que también se aplica en el procedimiento disciplinario el principio rector sobre los “criterios moduladores de la actividad procesal” contenido en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, por remisión autorizada de los artículos 21 de la Ley 734 de 2002 y 22 de la Ley 1952 de 2019.

El principio internacional del *pro homine* le infunde validez vinculante a dicho postulado, dado que resulta pertinente, “en cada caso, [que] la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, de acuerdo con los criterios *pro-libertatis* y *pro-homine*, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano”⁹².

El Tribunal Constitucional español ha precisado que “se viola el derecho a los medios de prueba pertinentes cuando, existiendo varias interpretaciones posibles, no se haya seleccionado la más favorable al ejercicio del derecho fundamental”⁹³.

También, la doctrina comparada acuerda que en materia probatoria y en la interven-

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1117 de 2008.

⁹¹ *Ibid.*, sentencia T-442 de 1994.

⁹² *Ibid.*, sentencia C-1026 de 2001. Por virtud de este principio y, sobre todo, por imponerlo el llamado de progresividad, siempre será deseable que la ley amplíe la oportunidad de defensa en los “actos del procedimiento”; García Ramírez, Sergio. *Proceso Penal y derechos humanos*, México, Editorial Porrúa, 1998, p. 83.

⁹³ Ortells Ramos, Manuel y Tapia Fernández, Isabel. *El Proceso en la doctrina del Tribunal Constitucional [1981-2004]*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 546.

ción en el juicio oral existe el “derecho a la última palabra”⁹⁴, pues por virtud del reconocimiento de la debilidad del procesado frente al Estado alguna ventaja habrá de reconocérsele, lo cual se traduce en que de alguna forma quien usa por última vez la palabra psicológicamente tiene la oportunidad de dejar también la “última impresión”, lo cual puede repercutir en acentuar ante la mente del juzgador los argumentos defensivos.

La llamada interpretación *pro homine* cumple un papel decisivo cuando el derecho fundamental al debido proceso pueda verse en oposición a otro valor constitucional, especialmente como sucede con el referido al interés general. Esta tensión es siempre visible cuando a aquel se anteponen la justicia como sentimiento de percepción ciudadana y la eficacia. No hay duda de que allí debe imponerse siempre, y en todo caso, la noción de debido proceso:

Esta Corporación no duda en señalar que en caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso, pues la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos

no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (CP art. 1º) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5º). Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general *prima* siempre sobre el particular. En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo pues “condicionar la validez de un

⁹⁴ López Barja de Quiroga, Jacob. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1999, p. 504. También así Picó I Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 104.

derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías -y a esas minorías radicales que son las personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado” (resaltado fuera de texto) Sentencia T-669 de 1996⁹⁵.

Tampoco puede olvidarse el intérprete, por ningún motivo, que “el acceso a la administración de justicia no debe entenderse en un sentido puramente formal, en cuya virtud pueda una persona acudir a los tribunales, sino que radica sobre todo en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de que quien espera resolución -ya por la vía activa, ora por la pasiva- la obtenga oportunamente”⁹⁶.

Allí, sin duda alguna, subyace el principio según el cual el derecho sustancial prevalece sobre cualquier otro, en tanto es “principio rector de la administración de justicia” contenido en el artículo 228 de la Carta Política⁹⁷. Así lo reitera, como ejemplo, el artículo 49 de la Ley 1123 de 2007, cuando dispone:

Prevalencia del derecho sustancial. En la aplicación de las normas procesales de este código deberá prevalecer la efectividad de los derechos sustanciales sobre las disposiciones procedimentales.

Por tanto, no debe perderse de vista el derrotero que indica y manda que el derecho fundamental aquí estudiado comporta la necesidad de atenderse, por parte del juez, a las preceptivas del debido proceso, “el cual debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales para que ninguna actuación de las autoridades tenga origen en su propio arbitrio”⁹⁸.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-784 de 2000.

⁹⁶ Ibid., sentencia T-190 de 1995.

⁹⁷ Ibid., sentencia T-382 de 2001.

⁹⁸ Ibid., sentencia T-073 de 1997.

Capítulo 1.

Ley 13 de 1984

La Ley 13 de 1984, tal vez el primer intento de sistematizar legalmente la materia disciplinaria en Colombia, definía al régimen disciplinario como una “parte del sistema de administración de personal, y se aplicará tanto a los empleados de carrera como a los de libre nombramiento y remoción. Tiene por objeto asegurar a la sociedad y a la administración pública la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos, y a éstos los derechos y las garantías que les corresponden como tales” (artículo 1 inciso 1.º).

La defensa técnica, como tal, no se instituyó de manera expresa ni se prohibió, por lo que se infiere que era voluntaria y contingente a la iniciativa del disciplinado. Dentro de los derechos inherentes a la defensa material, se encontraban los siguientes en su artículo 12:

DERECHO A DEFENSA. En toda investigación disciplinaria el empleado tendrá derecho a:

a) Conocer el informe y las pruebas que se alleguen a la investigación;

b) Ser oído en declaración de descargos y a que se practiquen las pruebas que solicite, siempre que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos;

c) Ser asesorado por la organización sindical a la que esté afiliado.

Muy a pesar de lo afirmado, debe considerarse que el ordinal c) anterior da una idea de consagración implícita de la defensa técnica, pues el asesoramiento por parte de la organización sindical a la que se encontrara afiliado el disciplinado podría sin ningún inconveniente jurídico instituir un defensor técnico; sin embargo, esto dependía de la voluntad de uno y otro y no en la obligación a cargo o por parte del Estado.

La interpretación sugerida como correcta se fundamenta en que los niveles de garantías proporcionados no eran propios del Derecho Penal, dado que el inciso 2.º del artículo 1 de la Ley era claro en señalar que “la interpretación de sus normas se hará con referencia al derecho administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico”.

Tales principios, en términos generales, son corroborados por el Decreto Reglamentario 482 de 1985, pero de manera especial se constata la consagración implícita de la defensa técnica voluntaria y contingente, al disponerse en el artículo 13 que el disciplinado tiene derecho “a ser representado por un apoderado, si así lo desea, y a ser asesorado por la organización sindical a la que esté afiliado”.

No obstante, solo en caso de juzgamiento en ausencia del disciplinado o contumacia, la defensa técnica se vuelve obligatoria y necesaria a partir del pliego de cargos. En este caso, si el encartado no se presenta a la citación para la notificación “de los cargos, se le designará de oficio un apoderado y se continuará la investigación hasta su culminación”. La defensa técnica en estos casos era bastante precaria, toda vez que se disponía que “se designará como apoderado de oficio a un abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios. Si ello

no fuere posible, se recurrirá para el efecto a la lista de auxiliares de la justicia” (artículo 32 *ibidem*).

Esa precariedad de la defensa estaba presente incluso en la defensa material, puesto que el artículo 33 del Decreto disponía que “en el evento de que el investigado no presente los descargos, ni solicite la práctica de pruebas, dentro del término señalado para el efecto, la investigación disciplinaria se continuará hasta su culminación”, claro ejemplo de la declinación total por parte del Estado para asegurar una verdadera garantía de defensa.

Constitucionalmente no era mucho lo que se podía avanzar, ya que la Carta Constitucional de 1886 no consagraba una regulación expresa y explícita del derecho de defensa técnica, a menos que se derivara implícitamente de la expresión “formas propias del juicio” de que daba cuenta el artículo 26.

Capítulo 2.

Ley 200 de 1995

A pesar de que el concepto de debido proceso supera sustancial y formalmente al de las formas propias del juicio establecido en el artículo 26 de la Constitución Política de 1886, y que debe ser observado tanto en materias judiciales como administrativas según el inciso 1.º del artículo 29 de la Carta Política de 1991, no se generaron cambios significativos en el entendimiento del problema. Además, el avance en dicho concepto fue limitado, pues solo declarado formalmente como tal por el artículo 5 de la Ley 200 de 1995.

Asimismo, pese a la consagración de importantes garantías, como el reconocimiento de la dignidad humana, la presunción de inocencia y la finalidad sustancial de las normas procesales (artículos 7, 8 y 13), se echa de menos la existencia de un principio rector sobre el derecho de defensa. Por lo tanto, aunque la afirmación de la defensa técnica realizada en el artículo constitucional mencionado, la situación jurídica de indefensión que persistía en la legislación anterior se mantuvo.

Sin embargo, de manera más sistemática, los derechos de defensa material y defensa técnica

se presentan de manera explícita y expresa, lo que se concentra en los siguientes artículos:

Artículo 71.º.- Intervinientes en el proceso disciplinario. En el proceso disciplinario solamente pueden actuar el acusado y su apoderado, sin perjuicio de la intervención que en razón de la vigilancia superior pueda realizar la Procuraduría General de la Nación.

Ni el informador ni el quejoso son parte en el proceso disciplinario. Su actuación se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento con el deber de aportar las pruebas que tenga en su poder.

Artículo 72.º.- Calidad de disciplinado. Calidad del disciplinado o acusado se adquiere a partir de la notificación de los cargos, momento en el cual, en cuanto sea posible, se le entregará personalmente copia de la respectiva providencia.

Artículo 73.º.- Derecho del disciplinado. El apoderado para los fines de la defensa tiene los mismos derechos del discipli-

nado. Cuando existan criterios contradictorios entre ellos prevalecerán los del apoderado.

Son derechos del disciplinado:

- a) Conocer la investigación;
- b) Rendir descargos por escrito o solicitar expresamente ser oído en declaración de descargos, caso en el cual el funcionario sólo podrá interrogarlo cuando omita explicar alguna de las circunstancias relacionadas con las conductas que se le endilgan;
- c) Que se practiquen las pruebas conducentes que solicite, intervenir en la práctica de las que estime pertinente;
- d) Impugnar decisiones cuando hubiere lugar a ello;
- e) Designar apoderado, si lo considera necesario;
- f) Que se le expidan copias de la actuación, salvo las que por mandato constitucional o legal tengan carácter reservado, siempre y cuando dicha reserva no surja de la misma investigación que contra él se siga.

Artículo 74º.- Vigencia y oportunidad del nombramiento de apoderado. El defensor puede presentar pruebas en la indagación preliminar y solicitar versión voluntaria sobre los hechos. La negativa se resolverá mediante providencia interlocutoria contra la cual sólo cabe el recurso de reposición.

En principio, podría parecer que hay un avance respecto a lo señalado en el artículo 71 cuando se menciona al apoderado. Sin embargo, su intervención sigue siendo voluntaria y contingente como sujeto procesal, dependiendo del ejercicio expreso de este derecho por parte del disciplinado, según lo dispuesto en el ordinal e) del artículo 73. Aunque es claro que esta intervención puede ocurrir desde una etapa temprana del trámite procesal, como lo permite el artículo 74 al instituirlo en la indagación preliminar. A pesar de lo anterior, el nomen iuris del artículo 72 y su redacción infundían discordia y diletantismo en la interpretación, dado que se decía que la calidad de disciplinado se adquiría a partir de la notificación del pliego de cargos. Esto podría indicar que en las etapas de indagación preliminar e investigación formal la defensa técnica no era viable, aunque afortunadamente esto no hizo carrera en la praxis disciplinaria, lo que en cierta forma avalaba lo dispuesto en el artículo 74.

De todos modos, la regulación procesal de las causales de nulidad daban cierto alivio en materia de garantías de respeto por el debido proceso y el derecho de defensa técnica, aunque este seguía siendo como voluntario y contingente, al precisarse como causales: “2) La violación del derecho de defensa; 3) La ostensible vaguedad o ambigüedad de los cargos y la imprecisión de las normas en que se fundamenten; 4) La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”.

Se confirma, con lo normado en el artículo 154, la excepción a lo anterior cuando se

trate de juzgamiento en ausencia del disciplinado o contumacia, toda vez que se dispuso:

Juzgamiento del ausente. Si el disciplinado no presentare escrito de descargos se dejará constancia en este sentido y de inmediato se le designará un apoderado para que lo represente en el trámite procesal.

El recorte de los derechos defensivos probablemente se originó en el entendimiento de la institución de la relación especial de sujeción⁹⁹, anclada principalmente en la llamada potestad doméstica, sin advertir que al consagrarse por la Carta Política de 1991 de manera expresa el derecho a la defensa técnica, resultaba justo y necesario seguir evolucionando y aumentando progresivamente los derechos en el proceso disciplinario. Esto es especialmente evidente considerando una norma tan reveladora como aquella que establece que todo procesado penalmente “tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”.

Así también parecería deducirse del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone que “toda

persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella”. Sin embargo, la cerrada acuñación de la materia penal impedía ir con claridad más allá, al menos si no se utilizara una interpretación en permanente evolución y progresiva como la que acompaña al Sistema Interamericano según la Carta de Derechos y Deberes en dicho espacio jurisdiccional (numerales 1.º y 3.º).

Por ello, sin duda alguna, la Convención Americana de Derechos Humanos es susceptible de mejorar los estándares, pues da cuenta de la defensa técnica no solo en penal, sino en procesos de cualquier otro carácter, como se dispone en su artículo 8 (numerales 1.º y 2.º ordinal d).

Tal interpretación, evolutiva y progresiva, era posible en la Carta Política de 1991, especialmente a partir del numeral 1.º del artículo 282, pues al instituir la defensa pública a cargo del Estado no la circunscribió a la materia penal de manera exclusiva y excluyente.

⁹⁹ Sobre el punto se dijo en la sentencia C-948 de 2002 de la Corte Constitucional: “las garantías del debido proceso predicables en el ámbito disciplinario deben entenderse moduladas en función de los objetivos propios de la actuación disciplinaria y que la situación en la que se autoriza la intervención de los estudiantes de consultorio jurídico denota, salvo existencia de fuerza mayor o caso fortuito, un incumplimiento de los deberes del procesado en relación con su comparecencia al proceso disciplinario”.

Capítulo 3.

Ley 734 de 2002

Nuevas disposiciones permitían y facilitaban la interpretación de las normas anteriores que habíamos echado de menos, especialmente la consagración de regulaciones inéditas como la referida al debido proceso en sentido sustancial o material de su artículo 6. Interpretado contextual y sistemáticamente con el artículo 228 de la Carta, esto hubiese permitido llegar a conclusiones respecto a la necesidad y esencialidad de la defensa técnica en el proceso disciplinario. Esto es aún más relevante cuando se destacaba en el artículo 21 el valor normativo de los principios rectores, la relevancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el marco de una interpretación acorde con los artículos 2, 4, 29, 93, 229 y 230 constitucionales, en armonía con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La dignidad humana, la presunción de inocencia y la sustancialidad en la interpretación (artículos 8, 9 y 20 de la Ley 734 de 2002), que ya venían en la legislación anterior, de la mano de una interpretación evolutiva y progresiva, en términos pro homine del numeral 3.º del artículo 282 constitucional, hubiesen

permitido llegar a una interpretación diferente a la mera consagración de la participación voluntaria y contingente de la defensa técnica en el proceso disciplinario.

Así lo contemplaba, como se puede ver, el artículo 17 del Código Disciplinario Único, que estipulaba que el disciplinado tenía derecho a designar un defensor técnico. De todos modos, así debía ordenarlo el Estado “si el procesado solicita la designación”, manteniéndose el principio de que el juzgamiento en ausencia del disciplinado o contumacia se constituía la defensa técnica en obligatoria y necesaria, pero se devaluaba en cuanto se permitía la intervención como tal de los estudiantes de Derecho de los consultorios jurídicos de universidades oficialmente reconocidas. Todo esto recibió el aval de la Corte Constitucional en las sentencias C-071 de 1995, SU-044 de 1995, C-037 de 1996, C-280 de 1996, C-627 de 1996, C-025 de 1998, C-131 de 2002 y C-948 de 2002.

Ahora, son sujetos procesales desde muy temprano en el procedimiento tanto el disciplinado como su defensor, a pesar de que el último reconocimiento se hace a partir de

la apertura de investigación. Esto, como lo dice la norma, puede anticiparse a la etapa previa si surge una imputación de carácter material (artículos 89 y 91 del CDU). Los artículos 91 penúltimo inciso y 92 numeral 2.º refrendan el carácter voluntario y contingente de la defensa técnica, a menos de que no haya mediado petición expresa del disciplinado para que el Estado le designe un defensor de oficio en los términos del artículo 17, principio rector que prevalece sobre las normas posteriores y sirve, definitivamente, para clarificar su interpretación.

No obstante, prevaleció otra interpretación, misma que venía del examen de una ley anterior, la 610 de 2000, bajo otros presupuestos y esquemas procesales. La jurisprudencia constitucional, en la sentencia C-131 de 2002, afirmó esto claramente:

7. El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental al debido proceso. En el inciso primero establece una cláusula general que extiende la cobertura de ese derecho a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y en virtud de ella ningún ámbito de solución de controversias y de aplicación del derecho sustancial está sustraído de la obligación de observar estrictamente ese derecho fundamental. Y en los incisos dos a cinco consagra una serie de principios que desarrollan el derecho fundamental al debido proceso entre los que se encuentran los principios de legalidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa, derecho a la defensa técnica, a un proceso sin dilaciones injustificadas, a aportar y contradecir pruebas, a la impugnación de la sentencia

condenatoria, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y a la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

A diferencia del alcance ilimitado de la cláusula general contenida en el inciso primero, el constituyente circunscribió el alcance de algunos de los principios que integran el debido proceso. Lo hizo, por ejemplo, en el inciso segundo al referir expresamente que lo allí indicado rige en materia penal. Lo expuesto es relevante porque entre los contenidos del derecho al debido proceso cuya cobertura ha sido circunscrita a la materia penal se encuentra precisamente el derecho a la defensa técnica, esto es, aquella que se dinamiza con el concurso de un apoderado que concurre al proceso para defender los intereses del investigado. Así, el artículo 29 del Texto Fundamental, después de consagrar para la materia penal el principio de favorabilidad, aborda varios principios y, tras la alusión al principio de presunción de inocencia, afirma que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él durante la investigación y el juzgamiento”. Nótese cómo la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento se presta al sindicado, esto es, al sujeto pasivo de la acción penal. De igual manera, al indicar que esa asistencia debe prestarse durante la investigación y el juzgamiento, el constituyente tiene en cuenta la estructura básica del proceso penal mixto con tendencia acusatoria por él consagrado. También se advierte que la referencia constitucional al derecho de defensa técnica le imprime a la defensa el carácter de una pretensión contraria a la acusación, pretensiones éstas promovidas por partes

opuestas y sujetas a la decisión de un juez superior e imparcial.

De lo dicho se infiere que la exigencia de la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y ello es comprensible pues la responsabilidad penal involucra la afección directa de derechos fundamentales - piénsese por ejemplo, en la privación de la libertad permitida para muchos delitos, ya como pena, ya como medida de aseguramiento -, circunstancia que conduce a que se intensifiquen al máximo las garantías contenidas en el debido proceso puesto que se trata de dotar al ciudadano de las herramientas que requiera para colocarse en una situación de equilibrio ante el ejercicio del poder más drástico de que es titular el Estado. De allí también por qué, aparte del derecho a la defensa técnica, muchas de las garantías que amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo hayan sido configuradas directamente por el constituyente pues se alienta el propósito de limitar un poder que históricamente se ha prestado al desconocimiento de los atributos inherentes al ser humano.

De lo expuesto se deduce, entonces, que la exigencia constitucional de defensa técnica ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y no se ha extendido a otro tipo de procesos como es el caso del proceso

de responsabilidad fiscal. De allí que la sola invocación de la referencia constitucional al derecho a la defensa técnica contenida en el artículo 29 de la Carta no baste para acreditar la inexequibilidad de una norma que le ha asignado carácter facultativo al derecho a la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en el proceso de responsabilidad fiscal.

De acuerdo con ello, el cuestionamiento que hace el actor al carácter facultativo que la norma demandada le imprime al derecho a la defensa técnica durante esa diligencia y a su consecuente validez cuando se cumple sin apoderado, es infundado pues del hecho de que en el proceso penal tal presencia no sea facultativa sino obligatoria no se sigue necesariamente que así habrá de ser también en el proceso de responsabilidad fiscal. Tan disímil es la naturaleza de la responsabilidad penal, que el constituyente ha sustraído de la competencia del legislador la regulación del derecho de defensa técnica para imprimirle directamente una obligatoriedad que no podrá ser desconocida por éste. Por el contrario, ninguna alusión expresa ha hecho en torno al ejercicio del derecho de defensa técnica en los procesos de responsabilidad fiscal y de allí por qué ese es un ámbito en el que el legislativo puede ejercer legítimamente su capacidad de configuración normativa.

Capítulo 4.

Ley 1952 de 2019

La nueva normatividad conserva los principios rectores ya mencionados y reiterados por las anteriores normatividades, como la prevalencia del derecho sustancial, el debido proceso sustancial y la presunción de inocencia (artículos 11, 12, 14 y 22 sobre la prevalencia de los principios rectores). Sin embargo, se degrada el valor rector de los tratados internacionales sobre derechos humanos al aceptar la validez sin más ni más de per se el tratado internacional.

Creemos que la nueva regulación sobre la defensa técnica conserva los estándares de garantías a nivel nacional, pues estableció:

ARTÍCULO 15. Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial. Si no lo hiciere, se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de

las universidades reconocidas legalmente.

Los restantes estándares ya reconocidos en la Ley 734 de 2002 se conservan en la misma línea, como se puede verificar en los artículos 109, 111, 112 y 113 del llamado Código General Disciplinario. La verdadera novedad es introducida por el artículo 70 de la Ley 2094 de 2021, según la cual:

Defensoría Pública disciplinaria. La Defensoría del Pueblo por medio del Sistema Nacional de Defensoría Pública prestará el servicio de defensoría gratuita con un abogado que asistirá y representará al disciplinable en la actuación disciplinaria, cuando sus condiciones económicas o sociales así lo requieran, en los términos señalados en las leyes 24 de 1992 y la Ley 941 de 2005, o las que las reformen. Esta figura también podrá ser empleada cuando se adelante un proceso disciplinario contra persona ausente y sin apoderado.

Esta norma, en realidad constituye un punto de inflexión en el tratamiento del tema y, sobre todo, es la coronación de la lucha que un importante sector de la doctrina, enca-

bezada por nuestro apreciado colega David Roa Salguero, había venido gestando, especialmente por la propuesta surgida a iniciativa del defensor del pueblo, Dr. Carlos Camargo Assis.

Esta novedad, si bien no es la culminación del camino, sí refleja un amplio consenso que ya devenía en necesario. En este sentido, se puede afirmar:

i) se mantiene en principio la defensa técnica voluntaria y contingente;

ii) lo cual queda excepcionado cuando el disciplinado solicita que se le designe un defensor de oficio;

iii) o cuando el disciplinado sea juzgado en ausencia o contumacia; y,

iv) cuando por sus condiciones socioeconómicas no le es posible asumir los costos de una defensa técnica y debe soportarla el Estado a través de la defensa pública. No obstante, creemos que la reforma tiene mayor poder de definición de la defensa técnica, toda vez que, cuando se trate de servidores públicos de elección popular, como quiera que las garantías están estandarizadas con las exigibles para los procesos penales llevados ante los jueces, la defensa de tal naturaleza se convierte en obligatoria y necesaria.

Ahora, también creemos que las exigencias de la jurisprudencia nacional e internacional evolucionará hacia ideas más progresivas,

pues dado que se encuentran en juego derechos democráticos de doble vía elegido-electoral de conformidad con el artículo 23 numeral 2.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, también resulta de la esencia del debido proceso y del derecho de defensa técnica la presencia de un profesional del Derecho en procesos disciplinarios como el impeachment contra el presidente de la República, la pérdida de investidura de senadores, representantes a la Cámara, diputados de asambleas departamentales, concejales de municipios y los miembros de juntas administradoras locales a cargo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como también de los jueces de paz de que conoce la Jurisdicción Disciplinaria.

Incluso, variados problemas surgirán de otro tipo de interacciones, como por ejemplo procesos en curso llevados por tribunales, consejos u organizaciones éticas de profesionales liberales por virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta Política y que puedan influir, como presupuesto de validez del acceso al cargo público, en razón del tipo de profesión de que se trate cuando hayan realizado conductas que ameriten exclusión o suspensión en el ejercicio de la profesión, que de contera los afecten por inhabilidad sobreviniente cuando se desempeñen en cargos públicos de elección popular o que eran servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas y realizaron conductas típicas disciplinarias cuya sanción se imponga cuando ya se encuentran en cargos públicos de elección popular.

Aquí, en estos tópicos de ejemplo, nos vamos a enfrentar a procesos en los cuales se reclama el fuero especial de corte democrático o garantía reforzada de naturaleza democrática, que abre el espacio para la aplicación del numeral 2.º del artículo 23 de la Convención

Americana de Derechos Humanos.

También deben impactar a estas consideraciones la aplicación de los Principios Básicos sobre la Función del Abogado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹⁰⁰.

¹⁰⁰ De Carranza y Méndez de Vigo Santiago Tomás. Principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado en Deontología Profesional, Beatriz Vila Ramos [Coordinadora], Editorial Dykinson, en Principios-fundamentales-en-el-ejercicio-de-la-profesion-de-abogado.pdf [tc-abogados.es], consultado el 6 de octubre de 2022.

REFERENCIAS

Carocca Pérez Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, Barcelona, José María Bosch Editor, 1998.

De Carranza y Méndez de Vigo Santiago Thomás. Principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado en Deontología Profesional, Beatriz Vila Ramos (Coordinadora), Editorial Dykinson, en Principios-fundamentales-en-el-ejercicio-de-la-profesion-de-abogado.pdf [tc-abogados.es], consultado el 6 de octubre de 2022.

Devis Echandía Hernando. Compendio de Derecho Procesal Tomo I, Teoría General del Proceso, Bogotá, Editorial ABC, 1979.

García Ramírez Sergio. Proceso penal y derechos humanos, México, Editorial Porrúa, 1998.

López Barja de Quiroga Jacob. Instituciones de Derecho Procesal Penal, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1999.

Ortells Ramos Manuel y Tapia Fernández Isabel. El Proceso en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

Picó I. Junoy Joan. Las garantías constitucionales del proceso, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.

TERCER ESTUDIO

*Relaciones especiales de sujeción en el Estado constitucional**

* En coautoría con Laura Catalina Bohórquez Bohórquez

INTRODUCCIÓN

La relación especial de sujeción es la categoría dogmática superior para la fundamentación y el desarrollo del Derecho Disciplinario. Igualmente, de manera categórica, afirmamos que la relación especial de sujeción es al Derecho Disciplinario lo que es al Derecho Penal la teoría del bien jurídico, en cuanto a la fundamentación y límites del mismo. Son la piedra angular de la interpretación dogmática.

El concepto de relación especial de sujeción, hoy reconocido por la jurisprudencia contenciosa administrativa como la “categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario”¹⁰¹, se ha constituido en la clave teleológica para el desarrollo y avance del Derecho Disciplinario en Colombia:

Relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario

Para abordar el tema de la ilicitud sustancial conviene precisar que el sustento de la po-

testad sancionadora del Estado, tratándose de la conducta de las personas que desarrollan función administrativa, se deriva de las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario que les obliga a soportar unas cargas y obligaciones adicionales a las de cualquier ciudadano, en la medida en que es su responsabilidad la consecución de los propósitos estatales –C-252 de 2002–, las cuales tienen su origen en lo regulado por el artículo 6 de la Constitución Política que literalmente prevé: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Al respecto, la Corte Constitucional –C-252 de 2002– sostuvo: “[...] Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización in-

¹⁰¹ Vendría a ser lo que se denomina como “unidades de pensamiento”, para nuestro caso, nucleares y fundamentales y cuando tienen la mayor abstracción reciben el nombre de “supraconceptos” [Díez Sastre, Silvia. La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 31 a 33 y 46 a 48. Especialmente p. 53].

tegral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario [...]” [resaltado de la Sala].

Debe resaltarse que la responsabilidad de los servidores públicos se configura no solo por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sino también por infringir la Constitución y las leyes, tal y como se deriva de la expresión “Los servidores públicos lo son por la misma causa” contenida en el precepto Superior, aspecto que se remarca en el artículo 123 ejusdem, al determinar que quienes presenten esta forma de vinculación están al servicio del Estado y de la comunidad y además están en la obligación de cumplir sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

En efecto, el de nombramiento es un acto-condición que exige la posesión de la persona designada para que logre la vinculación como servidor público, actuación que, a su vez, requiere que el designado preste juramento no solo de desempeñar los deberes que le incumben en tal estatus, sino también de cumplir y defender la Constitución, tal y como lo consagra el artículo 122 de la Constitución Política, al señalar: “Ningún

servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”, situación que impone un código de conducta ajustada a las normas que se comprometió a cumplir en las actuaciones que desarrolle en tal calidad¹⁰².

Para la elaboración dogmática del Derecho Disciplinario resulta esencial el punto de partida, el axioma máximo que le da sentido a todas sus instituciones, como lo es la relación especial de sujeción, caracterizada por el Consejo de Estado como la “categoría dogmática superior del derecho disciplinario”¹⁰³:

Relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario

Para abordar el tema de la ilicitud sustancial conviene precisar que el sustento de la potestad sancionadora del Estado, tratándose de la conducta de las personas que desarrollan función administrativa, se deriva de las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario que les obliga a soportar unas cargas y obligaciones adicionales a las de cualquier ciudadano, en la medida en que es su res-

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A”, Sentencia del 17 de mayo de 2018 [C. P. Hernández Gómez, radicación No. 11001-03-25-000-2013-01092-00 [2552-13].

¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de enero 24 de 2019, C.P. Hernández Gómez, radicación No 11001-03-25-000-2012-00340-00[1338-2012]. También la Corte Interamericana, aun cuando en otro sector igualmente tradicional en su reconocimiento, da cuenta de “una relación e interacción especial de sujeción” como se puede ver en la sentencia de noviembre 25 de 2019, Caso López y otros vs. Argentina, párrafos 90 y 91.

ponsabilidad la consecución de los propósitos estatales¹⁰⁴, las cuales tienen su origen en lo regulado por el artículo 6 de la Constitución Política que literalmente prevé: «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones».

Al respecto, la Corte Constitucional¹⁰⁵ sostuvo: «[...] Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario [...]» (resaltado de la Sala)

Debe resaltarse, que la responsabilidad de los servidores públicos se configura no solo por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sino también por infringir la Constitución y las leyes, tal y como se deriva de la expresión «Los servidores públicos lo son por la misma causa» contenida en el precepto Superior, aspecto que se remarca en el artículo 123 ejusdem, al determinar

que quienes presenten esta forma de vinculación están al servicio del Estado y de la comunidad y además están en la obligación de cumplir sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

En efecto, el de nombramiento es un acto – condición que exige la posesión de la persona designada para que logre la vinculación como servidor público, actuación que, a su vez, requiere que el designado preste juramento no solo de desempeñar los deberes que le incumben en tal estatus, sino también de cumplir y defender la Constitución, tal y como lo consagra el artículo 122 de la Constitución Política, al señalar «Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben», situación que impone un código de conducta ajustada a las normas que se comprometió a cumplir en las actuaciones que desarrolle en tal calidad.

De allí se deriva que la falta disciplinaria se realiza por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, por extralimitación de sus funciones, pero también con ocasión de ellos¹⁰⁶, concepto que se acompasa con la finalidad

¹⁰⁴ Sentencia C-252 de 2003.

¹⁰⁵ Sentencia C-252 de 2003. «[...] Las expectativas de los ciudadanos en relación con el Estado sólo pueden cristalizarse a través del cumplimiento de las funciones de sus servidores, de suerte que los fines de aquél constituyen al mismo tiempo el propósito de las funciones de éstos [...]». Tomado del texto De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud de Alejandro Ordoñez Maldonado, Procuraduría General de la Nación, p. 24.

¹⁰⁶ Artículo 27 de la Ley 734 de 2002.

del derecho disciplinario, esto es, la búsqueda del interés general encausado a través de la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado, en los términos del artículo 2 de la Carta Política, cuyo tenor literal es el siguiente:

[...] ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares [...]

En línea con lo expuesto, el término «función pública» hace alusión a las actividades que desarrolla el Estado y permite determinar las competencias de los diferentes órganos estatales¹⁰⁷, toda vez que la propia Carta Política establece en el artículo 122 que «[...] no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento [...]».

En términos de la Corte Constitucional¹⁰⁸ «[...] La función pública, implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad [...]» (Subraya la Sala).

Bajo tales parámetros, la función pública envuelve el desarrollo de labores asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento, con las cuales se pretende: i) cumplir los fines del Estado y; ii) la satisfacción del bien general. Por ende, su ejecución conlleva que quienes deben cumplirla lo hagan con respeto y acatamiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Son múltiples las sentencias de la Corte Constitucional que han venido refiriéndose a una “doctrina especializada”, es decir, a la construcción dogmática de una teoría autónoma e independiente del Derecho Disciplinario, como lo podemos ver en las C-818 de 2005, C-028 de 2006, C-467 de 2009 y C-595 de 2010.

También se ha referido expresamente a “una dogmática del Derecho Disciplinario”, como aparece en la Sentencia C-341 de 1996. Pero de una manera absolutamente consciente, con claridad sobre lo que está di-

ciendo, la Corte Constitucional se ha expresado explícitamente sobre una “dogmática del Derecho Disciplinario” y, especialmente, ha dado cuenta de la aplicación en su seno de la Teoría de la Norma, reiterando los ya tradicionales principios, pero básicamente le da unos nuevos elementos a la estructura de la antijuridicidad disciplinaria para consolidar el concepto de ilicitud sustancial.

La ilicitud sustancial se conforma a partir del quebrantamiento de la norma subjetiva de determinación; luego, entonces, lo injusto en Derecho Disciplinario no es la lesión de bienes jurídicos, como algunos afirman, sino el quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales (sentencia C-899 del 2011). La

ilicitud como quebrantamiento sustancial de una norma de conducta es hoy tópico común en Derecho Disciplinario, incluso puede verse de forma manifiesta para el sector del Derecho Disciplinario Privado¹⁰⁹.

Se ha venido insistiendo en la autonomía del Derecho Disciplinario, por ejemplo, en la sentencia T-282A de 2012. Se habla allí de que existen formas paradigmáticas del control punitivo del Estado y, a partir de ello, se construyen las diferentes formas de intervención del Derecho Penal, Derecho Disciplinario, Derecho Correccional, Impeachment y Derecho Contravencional en general.

¹⁰⁹ Véase la Sentencia T-276 de 2014, fundamentos jurídicos 6.2. y 7.12, en los que se hace clara y explícita referencia a la “infracción de norma de conducta”, y los 6.7. y 7.15., referidos a la ilicitud sustancial como afectación relevante de deberes, cuando estos se refieren a la necesidad de que las normas disciplinarias “sean interpretadas a la luz del objetivo ulterior de todo reglamento de trabajo, a saber, preservar las condiciones necesarias para el buen funcionamiento de la empresa y no, únicamente, a partir de su tenor literal” y al afirmar que un comportamiento “no tuvo repercusiones en el correcto comportamiento de los demás trabajadores o en el adecuado funcionamiento de la compañía”.

Capítulo 1.

Relaciones especiales de sujeción y derecho disciplinario

La Corte Constitucional ha señalado que, en un principio, las relaciones de especial sujeción fueron “una vieja creación del Derecho alemán imperial mediante las cuales se justificaba una fuerte intervención sobre determinados sujetos –sin respeto a sus deberes fundamentales ni al principio de reserva legal– que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeción general¹¹⁰ (Tesis hoy abandonadas, pues en ningún caso la restricción de un derecho fundamental puede afectar su núcleo esencial)”¹¹¹.

La doctrina ha señalado que autores como Otto Mayer introdujeron la figura de “relación especial de sujeción” como una categoría del Derecho Administrativo, que implica una restricción de derechos, garantías y li-

bertades fundamentales sin control judicial respecto a las regulaciones o limitaciones¹¹².

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que algunos doctrinantes han señalado que:

[...] la teoría de las relaciones especiales de sujeción consiste en que existen ciertos vínculos estrechos entre una persona y el Estado, que son de naturaleza especial, distinta al vínculo general de sujeción que se establece con la generalidad de la población. Mientras que el derecho penal responde al concepto de relaciones generales de sujeción, ya que la inmensa mayoría de tipos penales tiene un sujeto activo indeterminado, el derecho disciplina-

¹¹⁰ Cita a Nieto, Alejandro. Derecho administrativo sancionador, p. 223.

¹¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-712 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹² Gil García, Luz Marina; García Coronado, Gloria; Esteban García, Raúl Hernando. Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto. Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XII, núm. 23, enero-junio, 2009. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, p. 185

*rio constituye el ejemplo por excelencia de las relaciones de especial sujeción, puesto que cuenta, como regla general, con tipos de sujeto activo cualificado*¹¹³.

Sobre este tipo de relaciones especiales de sujeción, la Corte Constitucional ha manifestado:

*[...] en general, entre la administración y el administrado existe una normal relación de supremacía o sujeción, en la cual toda persona se encuentra bajo la potestad organizativa del aparato estatal. Así mismo, en ciertas situaciones específicas, la intensidad de esta relación de sujeción aumenta debido a las circunstancias especiales en las cuales se desenvuelve la interacción entre la administración y la persona. En efecto, se presentan ciertos eventos en los cuales la posición del administrado en la sociedad comporta una serie de obligaciones especiales. A guisa de ejemplo, tenemos los casos de la prestación del servicio militar por una persona, o su desempeño como funcionario público, o la utilización de un servicio público. Como es natural, en tales eventos la administración cuenta con poderes adicionales para poder hacer cumplir la singular obligación*¹¹⁴.

Asimismo, en la sentencia C-280 de 1996¹¹⁵ indicó, respecto a la potestad disciplinaria frente a los servidores públicos, que “en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona”.

Igualmente, el Tribunal Constitucional estableció:

[...] el derecho disciplinario, comporta una especial forma de auto tutela de la administración, en tanto pretende mantener incólume la función pública, vista en perspectiva del ciudadano, quien a la postre será el beneficiario de una administración transparente, honesta, oportuna, eficiente. El derecho disciplinario como un conjunto de reglas y procedimientos, pretende que los principios del Estado Constitucional tengan clara vigencia dentro del cúmulo de las llamadas ‘relaciones de especial sujeción’, que no por tales, pueden tenerse como un ámbito libre de derecho. De esta manera ha de entenderse que el conjunto de reglas que gobiernan los procedimientos necesarios para el discernimiento de una

¹¹³ Sentencia de la Corte Constitucional C-712 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-318 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-053 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

*sanción, deben poder interpretarse conforme a la Carta Política*¹¹⁶.

estatal y la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho”¹¹⁸.

107

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha señalado que la facultad sancionatoria que tienen tanto la Procuraduría General de la Nación como las oficinas de control interno disciplinario es sustento en la relación especial de sujeción por la cual están vinculados los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas, así como en el correcto funcionamiento del aparato estatal¹¹⁷.

Igualmente, dicha Corporación ha indicado que el derecho disciplinario ha sido concebido como una modalidad del derecho administrativo sancionador el cual se fundamenta en una “relación especial de sujeción que existe entre el servidor público y el Estado o del particular que ejerce materialmente función administrativa, relación que permite la imposición de deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidad que buscan hacer que el Estado cumpla en forma adecuada las funciones asignadas por la Constitución y la ley. Es por ello que la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha sostenido que este derecho se constituye en un elemento básico de la organización

Por su parte, la doctrina, en cabeza de Quintero Olivares, ha considerado que existe “una ‘diferencia cualitativa no desdeñable’ entre las infracciones administrativas perpetradas en el seno de una relación de sujeción general y las cometidas en una situación de sujeción especial a la Administración (o infracciones disciplinarias), pues la incorporación a la función pública supone previo conocimiento de un régimen disciplinario específico para esa función, lo que ‘puede ulteriormente explicar [...] la finalidad misma de la sanción, que, aun siendo un instrumento complementario para el logro de los fines que son propios de la Administración, se explica ante todo por la necesidad de preservar el orden y la disciplina internos’¹¹⁹”¹²⁰.

Tal posición no es acogida por otra parte de la doctrina, pues se considera que implica un “doble régimen de sanciones [que] genera tres (3) consecuencias negativas: produce una grave discriminación entre el diverso tipo de personal que trabaja en la Administración (el sometido a un régimen estatutario y el vinculado por contrato de trabajo),

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Quintero Olivares, Gonzalo. “La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal” en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 126, 1991, pp. 1.608 a 1.610.

¹²⁰ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Aproximación a la corrupción en la contratación pública. Especial referencia a las fórmulas de tipificación de la corrupción en la contratación pública, Universidad de Salamanca, 2008, N.º 2133

imposibilita la articulación de sanciones de inhabilitación y suspensión, y viola el principio de proporcionalidad de las penas¹²¹¹²².

En cuanto a las diferencias entre el derecho penal y el derecho disciplinario, la Corte Constitucional aclaró:

[...] los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores

*públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando, pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal (Subraya y negrilla fuera de texto).*¹²³

Igualmente, se debe destacar:

[...] la diferencia entre el ilícito penal y el disciplinario no es puramente cuantitativa, pues en este segundo ámbito se protegen las necesidades de autotutela de la Administración, cuyo prestigio de cara a los ciudadanos ha sido puesto en cuestión a través de la comisión de un delito por uno de sus funcionarios¹²⁴. En consecuencia, el incumplimiento de los especiales deberes que incumben a quien desempeña funciones públicas supondría coetáneamente, desde este punto de vista, un ataque a un bien jurídico penalmente protegido y un ataque a unos supuestos intereses propios de la Administración y distintos del que tienen los

¹²¹ Lorenzo de Membiela, J. Régimen Disciplinario de los Funcionarios de Carrera, Manual práctico de la Función pública, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, p. 286.

¹²² Castro Cuenca, ob. cit.

¹²³ Sentencia de la Corte Constitucional C-597 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁴ Huerta Tocildo, Susana. "Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios" en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Romeo Casabona, C. / Gracia Martín, L. / Huiguera Guimerá, J. [Coordinadores], LH al Prof. Doc. José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, p. 44.

*ciudadanos en un correcto ejercicio de la actividad administrativa*¹²⁵⁻¹²⁶.

Es así como se ha reconocido que en la mayoría de los casos en los que se procesa a un funcionario público por la comisión de un delito contra la administración resulte indispensable imponer una sanción disciplinaria junto con una penal, lo cual podría ser resultado de una descoordinación por parte del poder legislativo¹²⁷.

Igualmente, se ha destacado que “la jurisprudencia apoya esta acumulación [de sanciones] al señalar que el principio del non bis in idem no se aplica el Derecho disciplinario por fundarse en una relación especial de sujeción¹²⁸ y por la diversidad de bienes jurídicos tutelados por aquella rama del Derecho y el Derecho penal¹²⁹”¹³⁰.

Sobre el principio del non bis in idem, habrá que recordar que en nuestro ordenamiento jurídico constituye una garantía al debido

proceso no solo aplicable en asuntos penales, sino en general a asuntos sancionatorios.

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que este principio tiene aplicación “a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravenicional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético-disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)”¹³¹.

Sobre este punto, se debe destacar una posición de la academia, liderada por Huerta Tocildo, quien afirma:

*[...] no es posible distinguir entre el interés jurídico tutelado por los delitos contra la Administración pública y el Derecho disciplinario, pues la Administración pública siempre se ejerce en beneficio de los ciudadanos*¹³², lo cual

¹²⁵ Huerta Tocildo, ob. cit., p. 44.

¹²⁶ Castro Cuenca, ob. cit.

¹²⁷ Castro Cuenca, ob. cit.

¹²⁸ STC 2 de 30 de enero de 1981; STC 2 de 21 de enero de 1987 y STC 42 de 7 de abril de 1987.

¹²⁹ Nieto García, A. Derecho administrativo sancionador, Derecho administrativo sancionador, Tecnos, Madrid, 2005, p. 511; De Vicente Martínez, R. El principio de legalidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 177 y 178; STC 234 de 10 de diciembre de 1991, STC 66 de 6 de junio de 1984 y STSJ de Andalucía 2 de enero de 2003.

¹³⁰ Castro Cuenca, ob. cit.

¹³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Radicación N.º. 25000-23-25-000-1999-06324-01(1155-08) del 17 de agosto de 2011. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹³² Huerta Tocildo, ob. cit., p. 48.

debe llevar a que no pueda excluirse automáticamente la aplicación del non bis in idem entre ambos ilícitos, sino que deben cumplirse tres (3) requisitos: habrá de comprobarse la efectiva presencia de una determinada RSE y de dos (2) normas, una penal y otra de naturaleza disciplinaria, que inciden a la vez sobre el comportamiento de quienes se encuentran vinculados a la Administración por una relación de esa naturaleza; habrán de indagarse, sin introducir en el análisis apriorismo alguno, los fundamentos de los ilícitos que en una y otra norma se contienen^{133_134}.

En contraposición, se realiza una crítica a esta doble sanción considerando que la pena derivada de una condena penal atiene a las necesidades correctivas y que buscan conservar el prestigio de la función pública. Por lo tanto, resultaría excesivo e innecesario la imposición de una sanción disciplinaria, ya que su finalidad estaría cubierta por la pena impuesta¹³⁵.

En este sentido, el Consejo de Estado ha indicado:

[...] los distintos tipos de responsabilidad a los que están sujetos los servidores del Estado (penal, disciplinaria, fiscal, patrimonial) son independientes y que una misma conducta puede dar lugar, en forma simultánea, a sanciones en uno de estos ámbitos y a exoneraciones en otro, o a declaraciones conjuntas similares, sin que por ello se entienda violada la garantía constitucional del debido proceso, particularmente el principio de ‘non bis in idem’, puesto que las finalidades que persiguen los regímenes establecidos y los bienes jurídicos tutelados, en cada uno de ellos, son distintos¹³⁶.

Igualmente, el Consejo de Estado ha establecido la diferencia entre los regímenes penal y disciplinario, reconociendo la posibilidad de imponer una sanción en cada régimen sin que la misma implique una vulneración del principio del non bis in idem¹³⁷.

En este sentido, al destacar la independencia del proceso disciplinario, se resalta que frente al régimen penal “comparten entre otros aspectos, los principios rectores de

¹³³ Huerta Tocildo, ob. cit., p. 59.

¹³⁴ Castro Cuenca, ob. cit.

¹³⁵ Castro Cuenca, ob. cit.

¹³⁶ Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación n.º 25000-23-25-000-1999-06324-01[1155-08] de 17 de agosto de 2011. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹³⁷ Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicado n.º: 11001-03-25-000-2010-00127-00[0977-10]. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

tipicidad y legalidad, integrando el debido proceso, dado que como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional el principio de legalidad: (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del legislador (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado”¹³⁸.

Del mismo modo, debe destacarse lo manifestado por la Corte Constitucional:

[...] independientemente de la relación que una persona pueda tener con el Estado, bien como servidor público bien como particular en ejercicio de función administrativa y las responsabilidades que por esa especial sujeción puedan surgir, aquella debe responder por la forma como ejerce su actividad profesional si ésta es la razón de su vínculo con el ente estatal, no entenderlo así, sería entronizar un trato discriminatorio entre los individuos que ejercen una determinada profesión u oficio, en

desmedro del derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 constitucional, por cuanto algunos individuos por razón de su relación con el Estado y pese a estar desplegando o desarrollando su profesión, quedarían excluidos de ser investigados y sancionados por su incorrecto ejercicio”¹³⁹.

A partir de lo anterior, se puede determinar que el derecho disciplinario constituye una de las principales formas de relaciones especial de sujeción. En nuestro país, los regímenes penal y disciplinario están claramente diferenciados, y la jurisprudencia de las Altas Cortes ha reconocido la posibilidad de imponer una sanción disciplinaria o fiscal, así como de carácter penal, por una misma conducta, sin vulnerar el principio del non bis in idem.

A nivel constitucional, las relaciones especiales de sujeción surgen de una interpretación conjunta de los artículos 6, 95, 121, 122 y 123 de la Carta Política. El artículo 6 muestra una mayor intensidad del vínculo jurídico del servidor público con el poder estatal que el que presentan las relaciones con los particulares. El artículo 95 reconoce la existencia de deberes de los particulares, aunque los de los servidores públicos son mucho más intensos. Los artículos 121 y 122 se refieren a la vinculación del servidor público a todos los niveles normativos je-

¹³⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-899 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Parquicos estatales, mientras que el artículo 123 dispone claramente que los servidores públicos están al servicio de la comunidad y del Estado, esto es, se privilegia en ellos las exigencias demandadas por los principios de solidaridad y del interés general como fundamentos del orden jurídico.

A nivel legal, los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 1952 de 2019 reflejan ese especial vínculo de deberes estatales a que se encuentran sujetos los servidores públicos, con una intensidad superior a la de los particulares regidos por la relación general de sujeción.

Capítulo 2.

Relaciones especiales de sujeción frente a personas privadas de la libertad

La Corte Constitucional, en la sentencia T-596 de 1992¹⁴⁰, por primera vez indicó la existencia de una relación especial de sujeción entre los reclusos y el Estado, así:

En una relación jurídica el predominio de una parte sobre la otra no impide la existencia de derechos y deberes para ambas partes. Este es el caso del interno en un centro penitenciario. Frente a la administración, el preso se encuentra en una relación especial de sujeción, diseñada y comandada por el Estado, el cual se sitúa en una posición preponderante, que se manifiesta en el poder disciplinario y cuyos límites están determinados por el reconocimiento de los derechos del interno y por los correspondientes deberes estatales que se derivan de dicho reconocimiento

En el mismo sentido, la Corte expresó:

[...] la cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista del comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos de sus derechos suspendidos, como la libertad, por ejemplo, otros limitados, como el derecho a la comunicación o a la intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud¹⁴¹.

¹⁴⁰ Cita a Nieto, Alejandro. Derecho administrativo sancionador, p. 223.

¹⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-596 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Tal relación fue definida por el Tribunal Constitucional así:

[Es] un vínculo jurídico-administrativo que determina el alcance de los derechos y deberes que de manera recíproca surgen entre ellos, conforme al cual, mientras el interno se somete a determinadas condiciones de reclusión que incluyen la limitación y restricción de ciertos derechos, el Estado, representado por las autoridades penitenciarias, asume la obligación de protegerlo, cuidarlo y proveerle lo necesario para mantener unas condiciones de vida digna durante el tiempo que permanezca privado de la libertad¹⁴².

Asimismo, se ha indicado que la relación entre las autoridades penitenciarias y los reclusos se caracteriza por la “inserción del administrado dentro de la organización administrativa. Lo anterior determina que el administrado queda sometido a un régimen jurídico especial por la intensidad con que la Administración puede regular y modular sus derechos y obligaciones”¹⁴³.

En igual sentido, la Corte Constitucional manifestó:

[Este vínculo] entre el interno y el Estado es de carácter forzoso, en cuanto no opera por voluntad de las partes, sino que surge de la necesidad imperiosa de las autoridades públicas, ‘de tutelar la seguridad de los restantes ciudadanos, poniéndola a salvo del peligro que representan las conductas de ciertos individuos’¹⁴⁴. Desde ese punto de vista, el administrado, privado de la libertad, es insertado en la esfera de regulación de la administración, quedando sometido ‘a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales’¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

De la misma manera, se ha señalado que esta relación especial de sujeción frente a las personas privadas de la libertad implica “el hecho de que su reclusión les impida procurarse de forma autónoma sus condiciones mínimas de subsistencia, situándolos en una posición de subordinación frente a las autoridades y de indefensión frente a terce-

¹⁴² Sentencia de la Corte Constitucional C-026 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también la sentencia T-259 de 2020, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁴⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-571 de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁴⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-793 de 2008 M.P. Humberto Sierra Porto, reiterada en la Sentencia T-077 de 2013.

¹⁴⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-026 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Ver también la sentencia C-299 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

ros, exige dotarlos de una protección reforzada de raigambre constitucional que permita amparar cabalmente sus derechos”¹⁴⁷.

Al respecto, el Alto Tribunal Constitucional ha señalado que este tipo de vínculo implica que los reclusos están sometidos a un régimen jurídico especial que conlleva a la suspensión y restricción de algunos de sus derechos fundamentales¹⁴⁸ y a partir del cual “surgen verdaderos deberes jurídicos positivos del Estado que se encuentran estrechamente ligados a la garantía de la funcionalidad del sistema penal, que viene dada por la posibilidad real de la resocialización de los reclusos, a partir del aislamiento en condiciones cualificadas de seguridad y de existencia vital de la población carcelaria. Deberes positivos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad del sistema penal y ante cuya inadvertencia este último resulta convertido en una sombra ridícula de los valores y principios propios del Estado social de derecho”¹⁴⁹.

Estas limitaciones pueden imponérseles a los reclusos basados en criterios proporcionales, objetivos y razonables que tengan como fin la consecución de los fines de la pena y de los

objetivos por los cuales se crearon los establecimientos de reclusión¹⁵⁰, procurando además mantener el orden y la seguridad al interior de estos establecimientos¹⁵¹.

Es así como la Corte Constitucional ha destacado cinco características de la relación de especial sujeción entre el Estado y las personas privadas de la libertad:

- (i) La subordinación del recluso al Estado que se concreta en el sometimiento a un régimen jurídico especial;
- (ii) El ejercicio de la potestad disciplinaria y administrativa por parte del Estado y la limitación de los derechos fundamentales del recluso de acuerdo con la Constitución y la ley;
- (iii) La obligación del Estado de garantizar el goce efectivo de los derechos de los internos, de acuerdo con sus limitaciones y restricciones, buscando cumplir el objetivo principal de la pena que es la resocialización;
- (iv) La obligación del Estado de garantizar ciertos derechos que surgen forzosamente de la relación de subordinación, relacionados con las condiciones materiales de exis-

¹⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-639 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-023 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver también la sentencia T-639 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-023 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Ver también las Sentencias C-596 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-1030 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵¹ Sentencia de la Corte Constitucional T-1030 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Ver también la Sentencia T-317 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

tencia de los reclusos, como la alimentación, habitación, servicios públicos y salud; y

reglamentos del régimen interno del Establecimiento Penitenciario y Carcelario.

(v) la obligación del Estado de asegurar el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos, a través de conductas positivas.¹⁵²

Al respecto, debe recordarse lo estipulado en el artículo 10 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, que establece la finalidad de tratamiento penitenciario así:

El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.

Igualmente, la Ley 1709 de 2004 introdujo el artículo 10A del mismo al Código Penitenciario, relativo a la intervención mínima, así:

El sistema penitenciario velará por el cumplimiento de los derechos y las garantías de los internos; los que solo podrán ser limitados según lo dispuesto en la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y los

Cabe destacar que la jurisprudencia constitucional ha señalado que los reglamentos de los establecimientos carcelarios y penitenciarios deben estar ajustados a la Constitución Política de Colombia, al Código Penitenciario y Carcelario, al Reglamento General al que se sujetan los reglamentos internos de los otros establecimientos, así como los decretos y resoluciones expedidos por el INPEC y el Gobierno Nacional¹⁵³.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha resaltado que, así como las autoridades pueden, en virtud de la relación especial de sujeción, suspender y limitar ciertos derechos fundamentales a los reclusos, también tienen la obligación de garantizar el ejercicio de aquellos derechos que no han sido suspendidos y permitir disfrutar parcialmente de los que se tienen restringidos¹⁵⁴, en especial la dignidad humana, la integridad física y moral y las demás garantías constitucionales.¹⁵⁵

En el mismo sentido, al referirse a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, la Corte Constitucional manifestó:

¹⁵² Sentencia de la Corte Constitucional C-026 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁵³ Sentencia de la Corte Constitucional T-023 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-1030 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Ver también la Sentencia T-317 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-690 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Ver también la sentencia T-702 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[...] las personas privadas de su libertad se encuentran en una situación de vulnerabilidad por lo que se le impone al Estado deberes especiales para con ellos y ellas¹⁵⁶. Este deber nace de la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional, al igual que de los sistemas de protección de derechos humanos internacionalmente decretados. La limitación de algunos ciudadanos por sus condiciones especiales de su libertad, en el contexto del Estado Social de Derecho, le genera al Estado el deber de garantizarle a los reos condiciones de vida digna, creándose una relación de sujeción entre los individuos y el gobierno¹⁵⁷⁻¹⁵⁸.

Al respecto, la Corte ha expresado:

[...] uno de los elementos que justifica la relación de especial sujeción del interno con el Estado, es la obligación de este de propender por la resocialización de aquel. En ese orden de ideas,

la restricción razonable de determinados derechos del interno, durante el cumplimiento de la pena, encuentra su justificación constitucional en la finalidad de estas limitaciones, en la que tiene un lugar central a resocialización o reinserción social del individuo. Así, [d]entro del mismo contexto, apoyándose en las posturas adoptadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁵⁹, la Corte ha resaltado que las amplias atribuciones reconocidas a favor del Estado en el contexto de la “relación de especial sujeción”, materializadas en la posibilidad de restricción de los derechos de los reclusos, encuentran plena justificación en el hecho de que ellas se conviertan en mecanismos idóneos para ‘hacer efectivos los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la resocialización del interno y la conservación del orden, la disciplina y la convivencias dentro de las prisiones’. Dentro de esa orientación, ha sostenido igualmente

¹⁵⁶ Constitución Política de Colombia, artículo 13, inciso tercero: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan”.

¹⁵⁷ Ver Sentencias T-848 y T-1069 de 2005.

¹⁵⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-143 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵⁹ En relación con tal postura, caben las siguientes referencias relacionadas con el derecho Internacional de los Derechos Humanos, que también menciona la Corte en la Sentencia T-077 de 2015. El artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. De igual manera, el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. En la misma dirección, la Observación General N.º 21 al artículo 10 del Pacto de Derechos

que ‘el concepto de resocialización se opone no solo a la imposición de penas que conlleven tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, sino también a todas las condiciones de cumplimiento de la pena que sean desocializadoras’, entendiendo que corresponde al Estado proveer los medios y las condiciones que posibiliten las opciones de inserción social de la población reclusa, y a los propios reclusos, en ejercicio de su autonomía, fijar el contenido de su proceso de resocialización”¹⁶⁰.

Igualmente, la Corte reiteró:

[...] en el caso de las personas privadas de su libertad, la Corte Constitucional ha explicado y justificado la suspensión y restricción de ciertos derechos fundamentales de estos individuos cuando medie una detención preventiva o una sentencia judicial. Estos ciudadanos se vinculan con el Estado mediante una relación de sujeción especial y están sometidos a un régimen jurídico especial que se caracteriza por regular más estrictamente sus derechos y obligaciones, lo que implica que las autoridades carcelarias y penitenciarias tienen el

*poder de exigirles el sometimiento a un conjunto de condiciones entre las cuales se indica la suspensión y restricción de algunos de los derechos fundamentales por causa de su posible o comprobado actuar delictivo. Así las cosas, es evidente que no se suspenden todos los derechos fundamentales de estos individuos, por lo tanto es deber del Estado garantizar a los reos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales que no les han sido restringidos y que puedan ejercer parcialmente los que les han limitado legalmente*¹⁶¹.

De la misma manera, dicha Corporación destacó las consecuencias jurídicas más importantes derivadas de las relaciones de especial sujeción, así:

- (i) La posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación).
- (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros).

Civiles y Políticos, emitida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, señala que “Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso”. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre los Derechos Humanos en Cuba, del año 2011, señaló que la persona privada de libertad no deberá ser marginado sino reinserido en la sociedad, por lo que el Estado deberá cumplir un principio básico según el cual “no debe añadirse a la privación de libertad mayor sufrimiento del que ésta ya representa. Esto es, que el preso deberá ser tratado humanamente, con toda la magnitud de la dignidad de su persona, al tiempo que el sistema debe procurar su reinserción social”.

¹⁶⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-026 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

(iii) El deber positivo¹⁶² en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos.

(iv) El deber positivo¹⁶³ en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias¹⁶⁴ que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización¹⁶⁵ de los reclusos¹⁶⁶.

En la sentencia T-259 de 2020¹⁶⁷, la Corte Constitucional consideró que el respeto a la dignidad humana de las personas privadas

de la libertad debe ser el fundamento de la relación especial de sujeción con el Estado, pues las autoridades carcelarias deben garantizar a este grupo poblacional, con las excepciones lógicas según su situación, tener unas condiciones de vida dignas.

A partir de lo anterior, se infiere que la relación especial de sujeción entre las personas privadas de la libertad y la Administración implica una carga y un deber en cabeza del Estado para que garantice unas condiciones de vida enmarcadas en la dignidad humana para esta población. Por otro lado, los reclusos someterse a la limitación y suspensión de algunos de sus derechos con el fin de buscar su resocialización y cumplir con los fines de la pena.

¹⁶¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-143 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶² Sobre el contenido de este deber positivo ver la sentencia T-153 de 1998.

¹⁶³ Sobre el énfasis en el deber positivo en cabeza del Estado, véase las sentencias T-714 de 1996 y T-153 de 1998.

¹⁶⁴ Responsabilidad del Estado que se concreta en la obligación de velar por la seguridad de los reclusos en el perímetro carcelario y en la obligación de garantizar condiciones de vida adecuadas a los reclusos, así en la Sentencia T-522 de 1992.

¹⁶⁵ La posibilidad de reinserción social depende en buena medida de la eficacia del derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios adecuados, este derecho encuentra el fundamento de su validez en el derecho a la dignidad y en el principio del Estado social de derecho, así en sentencia T-153 de 1998.

¹⁶⁶ Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en igual sentido T-1108 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁶⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-143 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Capítulo 3.

Relaciones especiales de sujeción y personal castrense

Otro tipo de relaciones especiales de sujeción se desarrolla con el personal que presta un servicio militar, pues según lo ha reconocido la propia Corte Constitucional, existe “un fuerte vínculo entre la Administración Pública y el ciudadano que, en aras de un específico motivo de interés general, soporta la limitación de algunos de sus derechos fundamentales y la ampliación de sus obligaciones”¹⁶⁸.

De antaño, la Corte Constitucional ha manifestado que la relación de sujeción especial aplicable a los militares “implica para éste una serie de restricciones y limitaciones, que son necesarias para que las fuerzas militares puedan cumplir de manera eficaz sus funciones, pero se deben interpretar

de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que aquél conserva la calidad de sujeto de derechos fundamentales que sólo en la medida en que sea indispensable pueden restringirse”¹⁶⁹.

Respecto al servicio militar, el Tribunal Constitucional retomó lo expresado por Mayer al señalar que el mismo “se distingue por las exigencias de abnegación personal y de fidelidad”¹⁷⁰, si bien es menester precisar que, en tanto relación de especial sujeción llamada a operar en un régimen constitucional y democrático, ha de estar en todo acordada, a las previsiones constitucionales y legales que delimiten la respectiva prestación¹⁷¹¹⁷².

¹⁶⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-621 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también la sentencia C-437 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁶⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁷⁰ Cfr. Mayer, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo IV, Parte Especial. Las obligaciones especiales, Buenos Aires, Desalma, 1982, p. 3.

¹⁷¹ Consúltase De Asís Roig, Rafael. *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 399 y ss.

¹⁷² Sentencia de la Corte Constitucional C-621 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En el mismo sentido, la Sentencia T-350 de 2010¹⁷³, expuso que los soldados al prestar el servicio militar “son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución Política y, al mismo tiempo, sujetos sobre los cuales recaen limitaciones razonables para el ejercicio de los mismos. Esta especial condición en cabeza del personal castrense, a la luz de la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación, encaja dentro de la noción de relación especial de sujeción¹⁷⁴, la cual genera restricciones a algunos derechos por parte de los soldados y establece obligaciones a cargo del Estado”.

Igualmente, la Corte Constitucional estableció tres elementos a considerar con el fin de garantizar los derechos del personal castrense en virtud de esta especial relación de sujeción:

i) la posición de la administración respecto del ciudadano o administrado. “Las relaciones especiales de sujeción se caracterizan justamente porque, se exacerba la idea de superioridad jerárquica de la Administración sobre el administrado, y en tal sentido, se admiten matices a las medidas y garantías que buscan en los Estados actuales, atemperar dicho desequilibrio”;

ii) la noción de inserción del administrado en la esfera de regulación más cercana a la Administración. “[...] implica el sometimiento a un régimen jurídico especial y más estricto, respecto de aquél que cobija a quienes no están vinculados por dichas relaciones especiales”;

iii) los fines especiales que busca la mencionada regulación especial, que como ya se mencionó, para el caso de las personas que prestan el servicio militar obligatorio está relacionado con la defensa de la soberanía y la salvaguarda de la paz.¹⁷⁵

También es importante destacar que la jurisprudencia constitucional, al referirse al personal militar y su especial relación de sujeción, ha abordado el principio de supremacía del poder civil sobre la función castrense. En este sentido, indicó:

[El principio de supremacía] se manifiesta en el otorgamiento de ciertas facultades al ejecutivo para determinar la estructura, organización y dirección de la fuerza pública. En este sentido, se mantiene la tradicional separación y la consecuente subordinación entre

¹⁷³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁷⁴ “[...] las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resueltas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación” [López Benites, Mariano. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 161 y 162].

¹⁷⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-350 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Ver también la sentencia T-793 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

*los poderes civil y militar. De hecho, los cuerpos sometidos a la disciplina militar, si bien tienen un pleno sometimiento a las autoridades civiles, tienen una doble relación con los órganos constituidos, esto es, de separación y de subordinación. Por ello, el ejecutivo tiene a su cargo el mantenimiento de la paz y del orden público interno, para lo cual tiene capacidad de adoptar las decisiones ordinarias y excepcionales del caso, puesto que, en el Estado liberal democrático, las fuerzas armadas jamás podrán decidir sobre la necesidad de un estado de excepción.*¹⁷⁶

Posteriormente, la Corte Constitucional desarrolló más su teoría sobre las relaciones de especial sujeción respecto al personal militar, así:

*[...] las relaciones que se establecen entre el Presidente de la República en su calidad de Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas y los miembros de estas últimas, son de especialísima sujeción; máxime si se tiene en cuenta que existe una previsión constitucional específica que otorga al jefe del ejecutivo una verdadera preeminencia jerárquica, en la cual se deben entender implícitos ciertos poderes normativos de amplio alcance.*¹⁷⁷

De igual manera, el Tribunal Constitucional ha reiterado las facultades que tiene el presidente de la República frente a las Fuerzas Armadas, señalando que “ninguna autoridad en la República cuenta, como el Presidente, con atribuciones tan claras y precisas en lo que hace a la dirección de las fuerzas militares”¹⁷⁸.

Por lo tanto, se puede concluir que el mecanismo a través del cual el presidente de la República puede ejercer la colaboración reglamentaria en materia de disciplina de la Fuerza Pública es mediante los reglamentos constitucionales autónomos, dado que cuenta con funciones que le han sido atribuidas directamente por la Carta, con un contenido normativo de amplio alcance.

Por su parte, el Consejo de Estado, respecto a esta especial relación de sujeción, ha manifestado:

[...] la vinculación al servicio militar obligatorio se realiza en acatamiento de un deber Constitucional, por tanto, la persona se encuentra sometida a la custodia y cuidado estatal. A partir de esta vinculación, nacen unas relaciones especiales de sujeción y un deber correlativo de protección a cargo del Estado, así como obligaciones de vigilancia y seguridad que se traducen en la implementación de medidas de pro-

¹⁷⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-048 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁷⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-712 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁷⁸ Ibidem.

tección eficaces para preservar la vida e integridad física de los conscriptos.¹⁷⁹

En igual sentido, la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo ha establecido lo siguiente:

[...] un integrante de la Fuerza Pública, se encuentra supeditado a horarios y órdenes, por cuanto está vinculado

*con la administración por medio de una relación especial de sujeción y como tal debe rendir cuenta de sus actos, pues no puede libremente disponer de su tiempo como servidor público sin informar a sus superiores, que labora en una institución jerarquizada que tiene como pilar fundamental la disciplina y subordinación.*¹⁸⁰

¹⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04357-01[40995] de 05 de diciembre de 2016. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación número: 25000-23-42-000-2014-04020-01[1929-18] de 30 de septiembre de 2021. M.P. César Palomino Cortés.

Capítulo 4.

Relaciones especiales de sujeción con autoridades de tránsito

Una de las relaciones de especial sujeción reconocidas por la Corte Constitucional es la que existe entre las autoridades de tránsito y aquellas personas que conducen vehículos automotores, pues la regulación que se hace por parte de la administración busca “controlar una fuente de riesgo para intereses constitucionales con un alto valor constitucional como la vida y la integridad personal”¹⁸¹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha expresado:

[...] cuando las personas adoptan la decisión de conducir vehículos automotores aceptan integrarse a una relación de especial sujeción respecto de las autoridades de tránsito, que las habilita para prevenir y sancionar los comportamientos que afectan o agravan la se-

*guridad del tránsito. Los conductores, entonces, deben asumir que las autoridades de tránsito intervengan en cualquier momento, dentro de los límites fijados en la ley, para asegurar que el ejercicio de esta actividad peligrosa se desarrolle en condiciones adecuadas.*¹⁸²

A partir de esta relación especial de sujeción de los conductores de automotores frente a las autoridades de tránsito, la Corte Constitucional ha reconocido que puede exigirse a los administrados a practicarse exámenes físicos y clínicos para descartar estados de alcoholemia mientras se conduce, utilizando como medio coercitivo la posibilidad de una sanción¹⁸³.

A tal conclusión llegó dicha Corporación al señalar que:

¹⁸¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-633 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Ibidem.

(i) la actividad de conducción es una actividad peligrosa que justifica una intervención acen-
tuada e intensa por parte de las autoridades; y
(ii) tal circunstancia implica una relación de
especial sujeción entre los conductores y las
autoridades de tránsito, que permite la impo-
sición de obligaciones especiales.¹⁸⁴

Sobre este tema, la Corte Constitucional esta-
bleció las siguientes características frente a la
sujeción de los conductores y las autoridades
de tránsito:

(i) la fijación de una obligación de acatamien-
to de las instrucciones impartidas por una
autoridad de tránsito encuentra fundamen-
to constitucional en el artículo 6º conforme
al cual los particulares son responsables ante
las autoridades por infringir la Constitución
y las leyes y en el artículo 95 que establece la
obligación de toda persona de cumplir la ley y
la Constitución;

(ii) Que cumplir el requerimiento hecho por
las autoridades de tránsito para la realización
de las pruebas físicas o clínicas orientadas a
determinar la presencia de alcohol en el cuer-
po de un conductor, persigue una finalidad
constitucional de alto valor en tanto pretende
controlar los riesgos asociados a la conduc-
ción y, en particular, su intensificación cuan-
do se conduce bajo los efectos del alcohol;

(iii) Que la obligación de realizar las pruebas
físicas o clínicas no tiene un impacto en el
derecho a la no autoincriminación en tanto
no se trata de la obligación de efectuar una
declaración o manifestación sobre determi-
nados hechos;

(iv) Que aunque dicha obligación restringe
la posibilidad de asumir comportamientos
pasivos como forma de defensa, se encuentra
justificada dado que su finalidad consiste en
controlar una fuente de riesgo para la vida y la
integridad personal, empleando una medida
que genera incentivos suficientes para admitir
la práctica de la prueba. A juicio de la Corte;

(v) Cuando las personas adoptan la decisión
de conducir vehículos automotores aceptan
integrarse a una relación de especial sujeción
respecto de las autoridades de tránsito que
permite a estas prevenir y sancionar los com-
portamientos que pueden afectar o agravar la
seguridad del tránsito; y

(vi) En adición a ello, en la hipótesis regulada
por la norma acusada y referida a la infracción
de normas de tránsito que dan lugar al inicio
de un proceso administrativo gobernado por
las disposiciones del Código Nacional de
Tránsito, no se encuentra ordenada la previa
autorización judicial dispuesta por el artículo
250.3 de la Constitución.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ Ibidem.

REFERENCIAS

Castro Cuenca Carlos Guillermo. Aproximación a la corrupción en la contratación pública. Especial referencia a las fórmulas de tipificación de la corrupción en la contratación pública, Universidad de Salamanca, 2008, N.º 2133.

De Asís Roig Rafael. Deberes y obligaciones en la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

De Vicente Martínez R. El principio de legalidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Díez Sastre Silvia. La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Gil García Luz Marina, García Coronado Gloria & Esteban García Raúl Hernando. Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto. Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XII, núm. 23, enero-junio, 2009. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.

Huerta Tocildo Susana. "Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios" en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Romeo Casabona, C. / Gracia Martín, L. / Higuera Guimerá, J. [Coordinadores], LH al Prof. Doc. José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, p. 44.

López Benites Mariano. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

Lorenzo de Membiela J. Régimen Disciplinario de los funcionarios de carrera, Manual práctico de la Función Pública, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006.

Mayer Otto. Derecho Administrativo alemán, Tomo IV, Parte Especial. Las obligaciones especiales, Buenos Aires, Desalma, 1982.

Nieto García, A. Derecho administrativo sancionador, Derecho administrativo sancionador, Tecnos, Madrid, 2005.

Ordoñez Maldonado Alejandro. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2008.

Quintero Olivares Gonzalo. "La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal" en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 126, 1991.

CUARTO ESTUDIO

**Regímenes sobre cargas probatorias y
distribución de la carga probatoria en
materias penales y disciplinarias.
Los modelos europeos y el colombiano*

* En coautoría con Laura Catalina Bohórquez Bohórquez

INTRODUCCIÓN

El artículo 29 inciso 4.º de la Carta Política dispone, de manera muy especial y singular para Colombia, que “toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. Tal nivel de garantía es superior a los dispensados y consagrados por tratados internacionales sobre derechos humanos, pues en ellos la regulación de la garantía procesal se difiere a la ley (artículos 14 numeral 2.^o¹⁸⁶ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 numeral 2.^o¹⁸⁷ de la Convención Americana de Derechos Humanos). Por el contrario, la nuestra se mantiene en un estado de constitucionalidad con perspectivas de rigidez no fácilmente superables; pero también a lo regulado en constituciones europeas y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, amén de lo desarrollado por la doctrina y jurisprudencias nacio-

nales e internacionales, donde la presunción de inocencia solo cobija la conducta, la tipicidad, la autoría y la participación (determinación y complicidad), sin alcanzar las categorías de la antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad con sus respectivas exclusiones como la fórmula colombiana.

El tema que nos ocupa resulta crítico para una adecuada administración de justicia, especialmente en el marco de la justicia social de que da cuenta el preámbulo constitucional, por supuesto en las ideas básicas y fundamentales de debido proceso sustancial-material (artículos 29 de la Carta Política, 6 de la Ley 734 de 2002, 6 de la Ley 1123 de 2007 y 12 de la Ley 1952 de 2019), de la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo y formal (artículos 1, 2, 5, 86, 93 y

¹⁸⁶ Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

¹⁸⁷ Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

228 de la Carta Política), el acceso efectivo a la Administración de Justicia (artículos 229 de la Carta Política, 1¹⁸⁸, 2¹⁸⁹, 3¹⁹⁰, 4¹⁹¹, 7¹⁹² y 9¹⁹³ de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y 2 del Código General del Proceso¹⁹⁴) y el derecho a la prevalencia de los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales y convencionales (artículos 1, 4, 93, 94 y 230 de la Carta Política). Para ello, es indispensable demandar la aptitud y actitud activa y proactiva de la judicatura en cumplimiento de principios y valores procesales como los generales del derecho procesal, los constitucionales¹⁹⁵, la

¹⁸⁸ ARTÍCULO 1.º. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

¹⁸⁹ ARTÍCULO 2.º. ACCESO A LA JUSTICIA. El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público.

¹⁹⁰ ARTÍCULO 3.º. DERECHO DE DEFENSA. En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla.

¹⁹¹ ARTÍCULO 4.º. Modificado por el artículo 1 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento ...

¹⁹² ARTÍCULO 7.º. EFICIENCIA. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2637 de 2004. La administración de justicia debe ser eficiente ...

¹⁹³ ARTÍCULO .9º. RESPETO DE LOS DERECHOS. Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.

¹⁹⁴ Artículo 2.º. Acceso a la justicia. Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.

¹⁹⁵ Código General del Proceso:

Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.

instrumentalidad de las formas procesales¹⁹⁶, la legalidad¹⁹⁷ y el carácter de orden público de dichas normas¹⁹⁸ y el debido proceso¹⁹⁹.

Artículo 12. Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.

¹⁹⁶ Código General del Proceso:

Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.

Artículo 12. Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.

¹⁹⁷ Código General del Proceso:

Artículo 7.º. Legalidad. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.

¹⁹⁸ Código General del Proceso:

Artículo 13. Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia.

El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

¹⁹⁹ Artículo 14. Debido proceso. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones previstas en este código. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Capítulo 1.

Problemática de la presunción de inocencia

Podría decirse que en el tema que estamos abordando se concentran algunos de los mayores problemas de la administración de justicia, donde cometemos las fallas más grandes. Estas fallas pueden resultar en decisiones que van a tener la connotación de injustas, ya sea porque terminen con la declaratoria de responsabilidad y condena de una persona probablemente inocente, o porque terminen con la absolución de una persona probablemente culpable. Ambos casos son ejemplos paradigmáticos de injusticia, pero de acuerdo con el funcionamiento de nuestro sistema, “es mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente”.

Los costos de condenar a un inocente son mucho más graves, injustos, onerosos e hirientes del sentimiento elemental de justicia, que aquellos de absolver a un culpable. De allí que rija en nuestro sistema jurídico de cultura occidental el principio según el cual

“se presume la inocencia de la persona hasta tanto no se ha declarado con pruebas, más allá de la duda razonable, como responsable de un delito o de una falta disciplinaria”.

En este sentido, el introito de estas reflexiones parten sin duda alguna del concepto de “presunción de inocencia”. En Colombia, el sistema de presunción de inocencia garantiza unos niveles de garantías muy superiores a los niveles de garantías que existen en las constituciones europeas, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tienen unas características muy propias, diferenciales de las que existen en Colombia.

En todos estos instrumentos jurídicos y prácticas de justicia también se expresa que “se presume la inocencia de la persona hasta que no sea declarada responsable”. Sin

embargo, los elementos de la responsabilidad o categorías dogmáticas que caen bajo la presunción de inocencia son diferentes y, por supuesto, juegan entonces con la distribución de la carga probatoria en el proceso penal y disciplinario.

Nótese la diferencia: las constituciones europeas hablan solo de responsabilidad, sin hacer referencia a la culpabilidad como elemento de esta. En consecuencia, no necesariamente se involucra en la fórmula la exigencia de la culpabilidad como principio cardinal del principio de culpabilidad. Aquí radica claramente la diferencia, dado que en nuestra legislación sí es objeto de re-

gulación, específicamente en el artículo 29 de la Carta Política, que parte del necesario “derecho penal de acto”, lo que implica la inexorable responsabilidad subjetiva. También hace referencia expresa a la culpabilidad, el último eslabón de la responsabilidad constitucional en Colombia.

Además, los tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, dejan la problemática a la regulación legal, mientras que la Carta Política de Colombia aborda de manera expresa el tema, exigiendo el principio de culpabilidad.

Capítulo 2.

Presunción de inocencia y distribución de la carga de la prueba

En efecto, los tópicos involucrados son los referidos a la conducta, su tipicidad, la autoría y la participación (determinación y complicidad) atinentes a la carga probatoria que le corresponde al Estado, le compete al Estado su demostración y de ella queda exenta el binomio defensivo en sus aspectos expresivos de defensa material y defensa técnica. Por supuesto se trata de una carga probatoria que lleva el Estado en sus propios, exclusivos y excluyentes hombros, toda vez que le compete so pena de considerar fallida su pretensión penal, el hecho de la demostración que la persona a quien investiga y eventualmente acusa ha cometido unos hechos típicos y que resulta ser autora o partícipe, en calidad de determinador o de cómplice, de esos hechos típicos.

Y en esa distribución de la carga de la prueba, por el contrario, se dice que le corresponde a la defensa aportar la prueba que tiene que ver con las excusas de responsabilidad bien en el ámbito de la inimputabilidad, justificación, inculpabilidad y atenuantes punitivas para completar los extremos de la litis que se someten a la decisión del juez. Esto es, en

rigor, los extremos de la litis no se presentan de manera completa y cabal por el ejercicio de la acción y la pretensión del órgano de acusación, sino que el mismo se completa o complementa con la actividad defensiva en sus expresiones material y técnica.

Esto es, en torno a cuáles son las excusas que tienen que ver con lo que le corresponde en su actividad defensiva, una vez que se han probado esos extremos limitados de la litis por parte del Estado, en lo que le corresponde como es la demostración de que el hecho es típico y que la persona imputada actúa en calidad de autor, determinador o cómplice, incluida la demostración de la imputación subjetiva en lo pertinente al tipo subjetivo —dolo o culpa—, empero, para completar la litis, si ello es pertinente de conformidad con las alegaciones defensivas, le corresponde a esa persona imputada y a su defensor técnico aportar la prueba de la existencia de un error de tipo, de la existencia de una causal de justificación, esto es, que actuó al amparo de una causal de justificación legalmente consagrada o construida jurisprudencialmente que haga que ese hecho

típico no sea antijurídico. Pero también le corresponde aportar la prueba, si ella existe, de que la conducta típica y antijurídica que se le enrostra, que se le imputa, fue realizada con base en una causal de inculpabilidad.

Quiere esto decir, entonces, que las eximentes de responsabilidad, en la distribución que hace el Estado de la carga de la prueba en Europa, corresponden, en el primer extremo, repito, a hechos típicos, autoría y participación (determinación y complicidad) al Estado; descansan en hombros de este. Por otro lado, la excusa que libera de responsabilidad como causal de justificación o como causal de inculpabilidad, o como causal de no punición o atenuante en tal materia, le corresponde a la defensa; bien se trate de la defensa técnica en el proceso penal y, por supuesto, también de la defensa material; o, de acuerdo a la evolución del Derecho Disciplinario, a la defensa material que es la única necesaria, por lo general contingente la técnica, o excepcionalmente obligatoria en aquellos sistemas que han avanzado poco más, como lo ha hecho el colombiano respecto a la defensa profesional del abogado necesaria en ciertos eventos –cuando se solicite o en juzgamientos en

contumacia– o procesos como los seguidos contra servidores públicos de elección popular; obviamente no se trata de una defensa técnica obligatoria en todos los procesos disciplinarios, pero ya ello implica y significa un gran e importante avance, puesto que sería un verdadero desastre de la justicia que esa distribución de la carga de la prueba visible y practicable en Europa se presentara ante la posibilidad de colmar el debido proceso solo con la presencia de la defensa material, existiendo su distribución entre la que corresponde al Estado –la referida a los extremos de la responsabilidad y punibilidad– y la que le corresponde al imputado –la referida a las excusas de responsabilidad, de pena y atenuantes punitivos– cuando quien no tiene conocimientos en Derecho y técnicas procesales y probatorias tuviese que ejercer su propia defensa.

Bien, ello depende de la manera en que se abordan las garantías en los diferentes sistemas procesales, lo que aquí tiene una importancia singular que de pronto no captamos muy bien si no conocemos también la historia procesal de estas instituciones desde el punto de vista sustancial.

Capítulo 3.

La revolución sustancial del fenómeno procesal de la presunción de inocencia en la doctrina europea

Para nosotros, particularmente, resulta sorprendente la importancia que se le da en Europa, muy especialmente en Alemania, España y Portugal por citar los países con los cuales tenemos mayor afinidad e intercambio cultural jurídico, al tema de la “imputación objetiva”. La imputación objetiva es, desde los años sesenta del siglo XX particularmente, uno de los principales y puntales de discusión en el Derecho Penal y, por supuesto, se abre también al Derecho Disciplinario en la actualidad. Hoy nadie lo dudaría.

En el área de la discusión de la institución de la “imputación objetiva” es donde, en los últimos tiempos, más tinta y papel se han invertido en los desarrollos del Derecho Penal contemporáneo. Y nosotros nos preguntaríamos, ¿por qué ello es así? Bueno, particularmente quiero decirles que aquí estoy ensayando interpretaciones globales comparativos de tal cultura jurídica con la nuestra en lo que respecta a la teoría moderna del delito culposos que es, sin duda,

la base doctrinal de la cual despegó la teoría de la imputación objetiva, esto es, donde se encuentran los desarrollos de la imputación objetiva tal cual como hoy los conocemos.

Tal fenómeno jurídico tan discutido y central en el día de hoy, cardinal-vertebral podría decirse para el Derecho de actualidad, comenzó con la teoría moderna del delito culposos. Y, precisamente, la teoría moderna del delito culposos nos suministra la dimensión que, por supuesto, tiene el tema hoy como es el de ¿dónde subyace o dónde estriba la importancia de este tema en los últimos tiempos de evolución de la dogmática? Aunque podríamos decir que arranca mucho antes –algunos dicen que concretamente a finales de la tercera década del siglo XX con Richard Honing, Karl Larenz y Edmund Mezger–, pero la época crucial del desarrollo de la imputación objetiva es desde 1960 hacia acá por obra principalmente de los profesores alemanes Roxin, Frisch y Jakobs, entre otros.

Abusemos de la especulación y la intuición en la aproximación, más adelante trataremos de racionalizar nuestras previas conclusiones. Pues la clave para superar el problema de la distribución de la carga de la prueba y los efectos negativos para la defensa material y técnica estriba nada más y menos que en el problema relacionado con la presunción de inocencia tal como se concibe en el ámbito europeo. Me explico, allá en el viejo continente, la presunción de inocencia es un concepto relacional recortado a la primera estructura de la responsabilidad penal y disciplinaria, aquí en nuestro país el cubrimiento resulta completo en todas las categorías dogmáticas constitutivas de la estructura de la responsabilidad. En las primeras décadas del siglo XX, el tema de la imputación objetiva no se encontraba delimitado; se hablaba que su estudio se perfilaba en el ámbito de la culpabilidad donde se distinguía por obra de Franz Exner y Karl Engisch en infracción del deber objetivo de cuidado y deber subjetivo de cuidado como componentes del reproche de culpabilidad en materia del derecho de la culpa, espacio o nivel dogmático donde se analizaba la culpa y el dolo en la dogmática neoclásica. Pero el deber de cuidado, hasta bien entrada la segunda decena del siglo XX, no se había identificado todavía como componente de la parte objetiva de la estructura de la responsabilidad penal en cuyo caso la acción, la tipicidad y la antijuridicidad pertenecían a su ámbito, mientras que como componentes de la parte subjetiva aparecían la imputabilidad y la culpabilidad, dentro de esta el dolo y la culpa y lo que se conoce como la infracción al deber objetivo de cuidado

insertada en este espacio al lado o como presupuesto de la infracción al deber subjetivo de cuidado, en cuanto el primero se revelaba como un límite a la investigación de los conocimientos y capacidades individuales del sujeto como aspectos relevantes del reproche presente en el segundo.

Es precisamente por obra de dos muy importantes autores pertenecientes a lo que se conoce como el movimiento Dogmático Neoclásico, los profesores Exner y Engisch, en la tercera decena del siglo XX, cuando postularon la teoría que permitió el nacimiento de lo que se conoce como la infracción al deber objetivo de cuidado, que en Exner aparece primero ubicada en la culpabilidad. Decía Exner que la culpa se basaba fundamentalmente en una teoría que se denominó la llamada “culpabilidad de sentimientos”, según la cual la culpa surgía como un reproche que se le realizaba a un sujeto porque no apreciaba suficientemente a los bienes jurídicos de los demás, como sí aprecian los bienes jurídicos propios. Y ese escaso aprecio por los bienes jurídicos de los demás genera, por supuesto, ciertos desníveis de atención que conllevan a descuidos o a imprudencias que se pueden originar en cursos causales a través de los cuales se desencadenan causas que, por virtud de relaciones causales, concatenadas unas con otras, conllevan a la producción de un resultado; la famosa causa y efecto y la relación de causalidad que componen a la teoría de la causalidad propia de la Dogmática Clásica y de la Dogmática Neoclásica, particularmente en este ámbito en el cual nos encontramos con los profesores Exner y Engisch, Neoclásica.

Es así como, entonces, el profesor Exner con su famosa teoría de la “culpabilidad de sentimientos”, realiza una afirmación definitiva para el curso de la historia y para el entendimiento de lo que hoy es la teoría moderna del delito culposo, cuando señala de una manera contundente: “Sí, la culpabilidad se constituye en un reproche por el escaso sentimiento, o el escaso aprecio que un sujeto tiene con respecto a los bienes jurídicos de los demás, en tanto no los aprecia de igual manera como aprecia sus propios bienes jurídicos”, allí radica el componente esencial del juicio de reproche, lo cual puede ser explicado muy bien con un ejemplo con lo que sucede cuando la madre que tiene un hijo enfermo lo lleva al médico, el médico le prescribe una receta y le dice “señora, usted tiene que darle la medicina a su hijo cada tres horas de manera muy puntual, porque el cuerpo reacciona y metaboliza la medicina en ese término máximo, lo que significa entonces, que el torrente sanguíneo se libera, por ejemplo, del antibiótico que le estamos suministrando en dicho tiempo, lo que hace entonces que la infección que padece su hijo puede reactivarse y lo peor aún es que, si se reactiva, se lo hace con unas bacterias que se encuentran puestas a prueba con ese antibiótico y que, de acuerdo a la naturaleza y a la supervivencia, pueden crear resistencia. Entonces, si usted no le da cada tres horas el antibiótico a su hijo, la sangre queda liberada del antibiótico, la bacteria se reanima y puede tomar con dicha reanimación unos ribetes de peligrosidad mucho mayores, no solo en materia de contagio, sino también en materia de morbilidad. Usted no puede dejar de pasar tres horas porque,

en vez de causarle un bien al niño, le podría estar causando un gran mal”.

La madre, preocupada por su niño, el amor hacia su primogénito, hace todo el esfuerzo, se mantiene despierta, le suministra la medicina conforme a la prescripción médica a las siete de la noche, le da la segunda a las nueve de la noche, para la tercera aguanta en vela hasta las doce de la noche y le da la última dosis del día, pero ya está rendida del cansancio para tal momento y coloca el reloj a las tres de la mañana para la próxima. Y resulta que, a las tres menos diez o menos cinco, sin necesidad de que el reloj despertador suene y la alarma la despierte, la señora entra en estado de vigilia. Y eso se dice desde la perspectiva psicológica y de la culpabilidad de sentimientos, porque tiene un tremendo interés en la salud de su hijo. Eso explica muy bien la culpabilidad de sentimientos. Muy seguramente, si no es una profesional entrenada en enfermería o medicina, muy difícilmente pudiera suceder lo mismo. El inconsciente esperaría que suene el despertador, no así cuando hay un interés directo de aprecio, de amor hacia ese ser querido.

Entonces decía Exner, el reproche de verdad de la culpa surge por el escaso aprecio que se tiene por los bienes jurídicos de los demás cuando es obligación observar cierto y determinado cuidado, esto es, cuando se tiene un deber de cuidado específico para que, cuando realicemos actividades peligrosas o riesgosas, no dañemos los bienes de los demás.

Sin embargo, dicen autores como Welzel siguiendo a Exner, que también es absolutamente claro que la vida moderna no puede

mantenerse y evolucionar, no puede subsistir, si no es aceptando riesgos, corriendo riesgos; es decir, no pueden prohibirse de manera absoluta todos los peligros porque, si los peligros para los bienes jurídicos se prohibieran por el legislador se prohibiría la interacción social imprescindible y necesaria para el sustento de los intercambios sociales, lo que implicaría que la sociedad no solamente se paralizaría, sino que también la sociedad podría autodestruirse. Es necesario para que la sociedad evolucione que las interacciones sociales tengan prosperidad, el que nosotros admitamos las puestas en peligro de los bienes jurídicos es un presupuesto necesario en la ecuación costos-beneficios que permiten el avance de la sociedad. Eso es lo que significa modernamente que existen riesgos jurídicamente desaprobados y, son riesgos jurídicamente desaprobados porque los mismos se constituyen en infracciones al deber objetivo de cuidado vertidos en tabulaciones o módulos objetivos de comportamiento prudente independientes de un sujeto concreto y particular, respondiendo a la cultura y a la técnica, cuyo estudio hace parte de la tipicidad según evolucionó el concepto en Engisch, quien de la culpabilidad lo llevó a la antijuridicidad como causal supralegal de justificación y posteriormente lo situó en la tipicidad, como elemento que excluye su estructuración cuando se cumple con el deber objetivo de cuidado como también lo popularizó Hans Welzel al pulir y estructurar la teoría moderna del delito culposo. Seguido lo cual habrá que constatar si se infringió también el deber subjetivo de cuidado, atendible en específico por el particular sujeto cuyo comportamiento se juzga, para

declarar la culpabilidad individual y subjetiva a título de culpa de esa persona, lo que se hace pertinente en el juicio de reproche.

Pero dice Exner: “En aquellas situaciones donde ya no nos encontramos frente a un riesgo jurídicamente desaprobado, sino por virtud de la necesaria tolerancia que debe tener la sociedad, el intercambio y la interrelación de los bienes jurídicos, es preciso destacar que ese concreto riesgo está tolerado por la sociedad, admitido por la sociedad, toma el nombre de riesgo jurídicamente aprobado”. Ya Welzel caracterizaría a los bienes jurídicos como no entendibles como objetos de museo, libres del intercambio social y de los peligros que conllevan su tráfico social que los pone en constantes peligros, antes considerados antijurídicos, ahora jurídicamente aprobados si respetan el deber objetivo de cuidado que modula y tabula el comportamiento correcto en un especial ámbito de relación por virtud del concepto de “unidad del orden jurídico”, de lo cual se desprende que un sector del orden jurídico como es el Derecho Penal no puede considerar prohibido lo que otro sector autoriza como sería lo referido a las normas que regulan el tráfico automotor.

Ese riesgo jurídicamente aprobado, nos da cuenta del cumplimiento del sujeto con el deber objetivo de cuidado observable, demandado y exigido en el especial ámbito de relación donde actúa. Y en esa forma, entonces, dice Exner que se impone un límite a la investigación de la culpabilidad. Se establece una barrera a través de la cual la investigación de la culpabilidad no puede ir más allá del cumplimiento del deber objeti

vo de cuidado. Allí se detienen las pesquisas estatales y no hay para qué investigar si infringió o no infringió el deber subjetivo de cuidado, con lo cual se introducen límites al Derecho Penal y, especialmente, al concepto de previsibilidad, porque la previsibilidad en el mundo moderno es un elemento que puede estar a la mano de muchos, pero si culpáramos a las personas con fundamento en la simple previsibilidad, serían pocas las actividades que realizamos en sociedad por todos conocidas, por ejemplo, el manejo del tráfico automotor, el manejo de los trenes, de los aviones, de la electricidad, del agua, de la energía atómica, etcétera, que pudieran quedar disculpadas porque en todas ellas es previsible la producción de un resultado y, si la culpa se basa en la sola producción del resultado a través de la verificación de la previsibilidad, ya de antemano la persona se encontraría, en la inmensa mayoría de los casos, previamente condenada.

Entonces, dice el profesor Franz Exner que, la infracción al deber objetivo de cuidado introduce un elemento que limita la investigación de la culpabilidad. A partir de Franz Exner, lo que admitiría posteriormente Karl Engisch, se dirá que para establecer la culpabilidad a título de culpa se requiere:

Que se produzca la infracción al deber objetivo de cuidado y ello quede debidamente constatado. Y, una vez que se ha constatado la infracción al deber objetivo de cuidado, que se demuestre que se infringió el deber subjetivo de cuidado. Entonces aquí, en esta última infracción al deber de cuidado, ya no es el general predicable de todas las personas que hacen parte de la imagen del ciudadano

medio de una comunidad, por lo que se califica de objetivo, sino el observable por el individuo en concreto —que se juzga desde la culpabilidad y el reproche— como la infracción al deber subjetivo de cuidado, lo que se conoce como la culpabilidad individual o el reproche de culpabilidad individual.

Por supuesto, esto es tremendamente problemático en los países europeos porque, si la presunción de inocencia solamente cubre y ampara al sujeto en lo que tiene que ver con la conducta típica, la autoría y la participación —la determinación y la complicidad—, siendo el deber objetivo de cuidado en la época anterior a los años treinta del siglo XX un parámetro estudiable y observable recién en la culpabilidad, en cuanto que opera como exclusión de la culpa en el delito culposo, entonces la carga de la demostración de que se infringió el deber objetivo de cuidado no la tenía el Estado, sino que la carga de la demostración de que no se infringió el deber objetivo de cuidado la tenía la defensa, bien la defensa técnica o bien la defensa material y aquí hay una enorme, una tremenda diferencia que no podríamos soslayar.

Posteriormente, a pesar de que Engisch en un primer momento acepta dicho planteamiento de Exner, Engisch en un segundo momento propone que el deber objetivo de cuidado sea estudiado como causal de justificación supralegal y finalmente como causal de atipicidad y, fíjense ustedes, todo en busca de que la garantía de la presunción de inocencia tenga un mayor espectro de abarcamiento de excusas de responsabilidad también, de alguna manera, cobije un aspecto determinante en la demostración de la ti

picidad del tipo imprudente o culposo que son, por cierto, los delitos y las faltas disciplinarias que cada día aumentan más en su número en cuanto a la formulación legislativa, pero también en la práctica de los tribunales, cuyos anaqueles están llenos y atiborrados de expedientes que tienen que ver con infracciones culposas. Esto es, al migrar el estudio del cumplimiento del deber objetivo de cuidado de la culpabilidad a la antijuridicidad, y de la antijuridicidad a la tipicidad la garantía de la presunción de inocencia gana en niveles de protección, pues ya no tendrá que estar a cargo de la defensa como excusas de responsabilidad, sino que integrará el campo positivo de la demostración de la tipicidad correspondiente a la inversión de la carga de la prueba que le corresponde al Estado, ya no en el estricto campo del derecho procesal, sino por la vía de la deconstrucción de las instituciones sustanciales o categorías dogmáticas de la responsabilidad.

Si cada vez aumentan más tanto en cualidad como en cantidad las infracciones penales y disciplinarias culposas y, obviamente, el giro dogmático en el tratamiento de si el deber objetivo de cuidado y por supuesto su exclusión es un asunto que no debe estudiarse recién en la culpabilidad y/o en la antijuridicidad, en cuanto no hace parte de la distribución de la carga de la prueba en contra del procesado y en favor del Estado, sino por el contrario, en favor del procesado y en contra del Estado en cuanto elemento fundamental y esencial en la estructuración de la tipicidad, allí entonces, es verdad inconcusa que se produce un claro y evidente balanceo de los pesos y contrapesos que debe tener la acusación y la defensa en el proceso penal en una clara mejora

de los niveles de garantía de la presunción de inocencia, semejantes en parte respecto de lo que sucede en el ámbito colombiano donde la misma cubre las categorías y subcategorías dogmáticas que ampara la fórmula europea, más lo referente a las eximentes de responsabilidad en las categorías antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad.

Procuró Engisch así llevar el estudio de la infracción al deber objetivo de cuidado de la culpabilidad hacia el injusto, bajarlo de la culpabilidad, quedando en la culpabilidad del estudio de la infracción al deber subjetivo de cuidado. Por ello, entonces, Karl Engisch, en un genial giro, propondrá que la infracción al deber objetivo de cuidado no se estudiará en la culpabilidad, sino que se estudiará a partir de su aporte en el ámbito de la antijuridicidad, en la sede donde se estudian las causales de justificación. Y formulará Karl Engisch la teoría aceptada por toda la dogmática neoclásica y acogida por el finalismo alemán, especialmente por Hans Welzel, y hoy por toda la dogmática, sobre el que la infracción al deber objetivo de cuidado obrará como una causal de justificación supralegal no escrita en la ley, pero que los jueces deben tener en cuenta en el momento de valorar la antijuridicidad formal y su paso lógico posterior al estudio de la tipicidad como su elemento estructural-funcional.

Empero, ese logro importantísimo de Engisch abre, por supuesto, unas compuertas importantes para la defensa, pues si la infracción al deber objetivo de cuidado se coloca como causal de justificación, es claro entonces que se abre otra compuerta muy prominente, muy promisoria para la defen

sa y es la posibilidad de alegar, por ejemplo, el error sobre el cumplimiento del deber objetivo de cuidado como una excusa legal a nivel de la culpabilidad. Pero, de todos modos, sigue gravitando en contra de la misma, la distribución de la carga de la prueba, pues al Estado no le corresponde, si está en la antijuridicidad demostrar si obra como una causal de justificación el cumplimiento del deber objetivo de cuidado; sino que, como obra como criterio de excusa, es a la defensa a quien le corresponde demostrar que sí cumplió con el deber objetivo de cuidado, con lo cual entonces, diremos que se logra algo importante, ya sería la introducción, por ejemplo, de algo que no se conocía en los delitos culposos, y es la teoría del error de prohibición sobre el cumplimiento del deber objetivo de cuidado. La teoría del error, con la tesis de Engisch, penetra también al delito culposo. Ya no solamente los errores son estudiados en sede de los delitos dolosos, sino que los errores también tienen que ser estudiados necesariamente en sede de las infracciones culposas.

Engisch siguió insistiendo, se concentra en su principal objeto de trabajo, la infracción al deber objetivo de cuidado. Ya sabemos que la infracción al deber subjetivo de cuidado queda en la culpabilidad. Engisch se concentra en la infracción al deber objetivo de cuidado y propone, a partir del criterio que se conoce como el principio de la unidad del orden jurídico, que la infracción del deber objetivo de cuidado no pertenece al estudio de la categoría dogmática de la antijuridicidad, sino que pertenece al estudio de la tipicidad. Y dice que ello es así porque, definitivamente, no podemos enten-

der que, si una persona que va ejerciendo su derecho a transitar con un automotor o por virtud de su oficio de conductor de un vehículo como taxista o como trabajador de una empresa, etcétera, etcétera, comete un comportamiento típico cuando atropella una persona, pero respetando cabalmente todas las normas del tránsito automotor, precisándose que ello solo podría ser atribuible a culpa exclusiva de la víctima, esto es, respetó las reglas del tránsito en cuanto se mantuvo dentro del riesgo permitido por las normas pertinentes que regulan el tráfico vial, se considera jurídicamente que la conducta es típica de homicidio.

Ya no habrá que razonar acerca de que solo hasta llegar al ámbito de la antijuridicidad, se le dirá “cometió un homicidio, una tipicidad de homicidio, pero lo cometió bajo el amparo de una causal de justificación que es el cumplimiento de un deber legal o el ejercicio de un derecho o de un oficio legalmente consagrado”, sino que directamente se afirmará, de no producirse la infracción al deber objetivo de cuidado por cuanto se actuó dentro del riesgo permitido, que no puede afirmarse ni siquiera la tipicidad de la conducta; es decir, se actuó dentro del riesgo permitido y no dentro de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Esto es importantísimo, tremendamente significativo, pero no captamos toda esta evolución modernamente en Colombia, porque nosotros tenemos un sistema de presunción de inocencia mucho más garantista. Y ello por cuanto de conformidad con el sistema de presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Carta Política,

donde es absolutamente claro que la carga de la prueba en cabeza del Estado no solamente es aquella que tiene que ver con los hechos típicos, con la autoría y con la participación (determinación y complicidad), sino también respecto de los elementos configuradores de la antijuridicidad, de la imputabilidad y de la culpabilidad, así como las de sus respectivas exclusiones.

Cualquiera que fuera la teoría sobre la infracción al deber objetivo de cuidado, la de Exner, la primera de Engisch sobre el deber objetivo de cuidado en sede de la culpabilidad o la segunda posición del mismo sobre el deber objetivo de cuidado a nivel de la antijuridicidad, o la tercera y finalmente acogida por la doctrina moderna –el Finalismo lo patrocinó–, según la cual la infracción al deber objetivo de cuidado, el riesgo jurídicamente desaprobado o aprobado tiene que ser estudiado en la tipicidad, tienen repercusiones claras en el marco sustancial pero también procesal como se pudo observar. Si el riesgo de lo jurídicamente desaprobado se ha concretado habrá comportamiento típico. Si el riesgo de lo jurídicamente aprobado ha tenido lugar, no habrá comportamiento típico; no habría para qué avanzar hacia el estudio de la antijuridicidad y allí, en sede de tipicidad se obtendrán al menos en el campo de las infracciones culposas la cobertura de la presunción de inocencia.

Pero se ha ido más allá, de alguna manera de las tradicionales causales de justificación como cumplimiento de un deber legal, orden legítima de autoridad competente, ejercicio de un derecho, una profesión u oficio

lícitos migran a la tipicidad como eximentes de tipicidad o como componentes del cumplimiento del deber objetivo de cuidado o también se manifiestan, al igual que la legítima defensa o el estado de necesidad, como expresiones de riegos jurídicamente aprobados que hacen parte estructural de la imputación objetiva, doctrina con mayores ambiciones de conquistar niveles superiores de garantía en cuanto y tanto ya no solo tendría aplicación en las infracciones imprudentes o culposas, sino también en las dolosas y preterintencionales donde tal modalidad de tipo subjetivo se encuentra consagrada.

También, algo similar, está teniendo ocurrencia en el Derecho europeo respecto del cumplimiento del deber subjetivo de cuidado, antaño sin discusión alguna solo abordable en el ámbito de la culpabilidad, hoy como doctrina minoritaria, pero conquistando cada vez más adeptos, ubicable su estudio en la tipicidad subjetiva. Esto es, se está pasando de concebir el tipo de las infracciones culposas como puramente tipo objetivo a manifestarse también en su dualidad de tipo objetivo y tipo subjetivo imprudente o culposos, estudiándose en este último la infracción al deber subjetivo de cuidado.

Aspectos relacionados con la capacidad de culpabilidad, comprensión y significado de la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, capacidad de ser sujeto de Derecho Penal, ámbito o sede de infracción de la norma subjetiva de determinación también migran de la culpabilidad a la antijuridicidad y de esta a la tipicidad, con lo que se amplía la cobertura de la presunción de inocencia.

Son giros dogmáticos y a veces con apariencia de consideraciones meramente lingüísticas, pero significativamente determinantes en cuanto a la consideración de lo comunicativamente relevante para el Derecho, cuya metodología, de manera consciente o inconsciente, no tenemos los elementos serios para precisarlo, muestran que la razón última de las transformaciones dogmáticas sustanciales, buscan ampliar los niveles de protección de las garantías procesales.

Fenómeno bien extraño, pues las normas procesales son instrumentales, se crean y dispensan al servicio del derecho sustancial, empero, aquí vemos un razonamiento lógico inverso, donde las normas procesales están produciendo una transformación de la interpretación de las normas sustanciales,

lo cual en derecho colombiano resulta muy buena explicación para un Derecho Penal y un Derecho Disciplinario constitucionales, donde incluso lo procesal se torna sustancial y lo modifica siempre en aras de mejorar los niveles de protección del alcance de los derechos fundamentales y convencionales.

Luego entonces, el derecho europeo soluciona el problema del desbalance que existe entre la distribución de la carga de la prueba entre el Estado y la defensa, para entonces decir que en este sector también la infracción al deber objetivo de cuidado, el deber subjetivo de cuidado y la existencia o presencia de un riesgo jurídicamente desaprobado o aprobado son cuestiones que le corresponde demostrar al Estado.

Capítulo 4.

La garantía procesal de la presunción de inocencia en Colombia

Obviamente, en Colombia no habría mayor problema porque es absolutamente claro que la presunción de inocencia no tiene una distribución de la carga de la prueba, sino que en materias penal y disciplinaria toda y absolutamente toda la prueba respecto de las categorías dogmáticas, las exclusiones de responsabilidad, la excusas punitivas y atenuantes del mismo orden descansan en hombros del órgano persecutor del Estado, que es la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación y las oficinas de Control Interno Disciplinario para las faltas.

En ese sentido, pues, tenemos un avance importantísimo en materia de la responsabilidad y presunción de inocencia, imputación que habrá de hacerse en primer lugar con respecto a la conducta de un sujeto y un resultado, necesita primero la constatación de la relación de causalidad, causa y efecto, y nexo de causalidad. Pero ello, si bien es necesario, no es suficiente; toda vez que, como afirma el profesor Roxin y ello lo dice,

tanto para los delitos dolosos como para los delitos culposos se requiere, además, que se infrinja el deber objetivo de cuidado. Welzel había dicho tal para los delitos culposos y había dicho que no bastaba con la relación de causalidad, sino que se requería que existiera una infracción al deber objetivo de cuidado y un nexo de antijuridicidad entre el mismo y el resultado, esto es, dos elementos que eran necesarios, pero tampoco suficientes, pues se requería que existiera un nexo de antijuridicidad entre la infracción al deber objetivo de cuidado y el resultado producido; es decir, que el resultado se hubiese producido dentro del ámbito de prohibición de la norma, que el resultado perteneciera a la finalidad que se ha propuesto objetivamente el legislador con la norma, lo cual también extenderá el profesor Claus Roxin para los delitos dolosos con su famosa fórmula de que la imputación objetiva está dada por la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado, la producción de un resultado y la realización material del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado,

lo que se constituye hoy en la base también aceptada por el profesor Jakobs de la llamada imputación objetiva. Entonces, fíjense ustedes, ya los beneficios aquí no solamente serán para los delitos y las faltas disciplinarias culposas, sino que también lo serán para los delitos dolosos y preterintencionales en nuestro sistema jurídico.

Los finalistas afirman, en términos generales, que existe una distinción en el tipo culposo en cuanto solo tiene tipo objetivo y no tipo subjetivo y eso es exacto. El tipo doloso tiene tipo objetivo y tiene tipo subjetivo. El tipo culposo no, el tipo culposo solo tiene tipo objetivo porque la infracción al deber objetivo de cuidado hace parte del tipo objetivo, la infracción al deber subjetivo de cuidado hace parte de la culpabilidad. Pero una doctrina muy interesante, especialmente por parte, primero, de algunos autores finalistas, Eberhard Struensee el último gran finalista y, particularmente, Juan Bustos Ramírez, que fue un gran jurista chileno muy cercano a Hans Welzel que, por cierto, fue el traductor de la obra más estudiada de Hans Welzel, Derecho Penal alemán, publicada en el año de 1970 por Editora jurídica de Chile, formuló en el año 1995 una teoría bien interesante según la cual el tipo culposo también en el finalismo debería tener también tipo subjetivo, al igual que lo hace Struensee desde la perspectiva del desvalor de acción. El profesor Juan Bustos Ramírez dice muy claramente: “el tipo subjetivo del delito culposo, para el finalismo, está compuesto por la culpa consciente y por la inconsciente, por lo que ya no serán un problema de culpabilidad, sino de tipicidad”, lo que implica, en consecuencia, que se introduce una

parte subjetiva al tipo culposo en el ámbito de finalismo posterior a Welzel.

Esto significa un avance en el equilibrio, que es el único que puede existir de una verdadera presunción de inocencia, donde la carga de la prueba la tiene totalmente el Estado y no la defensa. ¿Por qué? Porque así entonces, tanto en los delitos e infracciones disciplinarias, dolosas como culposas, la infracción del deber objetivo de cuidado se encuentra en la tipicidad, luego entonces, la carga de la prueba la tiene completamente el Estado. Pero en las infracciones culposas en los últimos intentos de los finalistas, también el deber subjetivo de cuidado pasa de la culpabilidad a la tipicidad, y también en consecuencia le corresponderá la carga de la prueba de manera completa al Estado. De hecho, también a similar conclusión, los que trabajan en la imputación objetiva, para subsanar esta discusión, por ejemplo, Roxin, muy claramente, y Jakobs, señalan que los llamados conocimientos personales y las particulares habilidades de la persona que desempeña un rol, no se estudian en el ámbito de la culpabilidad ni del tipo subjetivo, sino que se estudian en el ámbito del deber objetivo de cuidado. No se habla de un tipo subjetivo, sino que esa parte subjetiva se estudia dentro del examen general que se hace del deber objetivo de cuidado, de la imputación objetiva.

El concepto de acción como acción culpable, significativamente relevante, donde ya no se distingue entre categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, impide la anterior distinción para efectos de la operatividad del concepto de distribu

ción de la carga de la prueba, óptica desde la cual es imposible concebir un injusto que no sea culpable, favorecería una sustanciación de la presunción de inocencia, donde los aspectos de exclusión de la culpabilidad no estarían a cargo de la defensa, sino que devendría su demostración a cargo del Estado. Ese es el estado actual de la cuestión en Alemania, no aceptada como doctrina mayoritaria, pero empujando hacia su avance, aun cuando creemos que tales cambios de paradigma responden más que a una explicación garantista de tal corte, a una búsqueda de coherencia lógica frente a figuras ancladas en injustos puramente subjetivos, sustentados exclusivamente en la infracción de la norma subjetiva de determinación, lo cual no es problema alguno para nuestras visiones latinoamericanas de injustos generales-objetivos.

Nuestro estado actual, jurídicamente hablando, es mucho más avanzado, porque ya sabemos que nuestra Constitución Política es absolutamente clara en su artículo 29, cuando dice que se garantiza la presunción de inocencia y la persona será considerada hasta el final del proceso cuando termine con sentencia bajo esa presunción, salvo que se declare su responsabilidad penal. Y la palabra que al uso tiene nuestra Carta no es prácticamente la genérica que se utiliza en el continente europeo sobre la responsabilidad penal, sino hasta tanto se demuestre su culpabilidad, lo que significa entonces que los tres elementos o cuatro elementos, si incluimos la imputabilidad, para la declaratoria de responsabilidad de la persona, están a cargo del Estado en Colombia y no de la defensa. Por lo tanto, entonces, solo en

nuestro medio, somos un país privilegiado del mundo, más avanzado que cualquier otro del mundo entero, en el manejo de la presunción de inocencia.

Incluso podría decirse que somos mucho más avanzados que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos porque este tema, difieren la presunción de inocencia al manejo directamente a través de regulaciones propias del Estado Nacional, difieren la competencia de la definición de la presunción de inocencia a la ley estatal, y puede ocurrir entonces que, bien en las constituciones de los Estados nacionales o bien las leyes al interior de los Estados nacionales, se regule una distribución de la carga de la prueba tal cual como se hace en Europa.

Afortunadamente, nuestra Constitución Política tomó partido por un nivel de garantías mucho mayor, que privilegia el que está consagrado en el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos y conforme a las reglas de los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tenemos que concluir, entonces, que nuestro nivel de garantías es superior al nivel de garantías internacional, y cuando el nivel de garantías nacional es superior al nivel de garantías internacional, se aplica el nivel de garantías interno y se inaplica el nivel de garantías externo, lo que sucede, particularmente, en el tema de la presunción de inocencia, que nos ubica por encima de los estándares y niveles de garantías procesales superior a los que existen en el mundo entero.

Muy bien, ahora, la pregunta complicada, la pregunta del millón. Eso que tenemos consagrado en la Constitución Nacional, artículo 29, presunción de inocencia con los mayores niveles y exigencias de garantías del mundo y que respalda el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ¿se corresponde con nuestra realidad? ¿Es cierto tal aserto en la praxis judicial? ¿Es cierto que los fiscales y jueces, así como operadores jurídicos disciplinarios, presumen la inocencia de los procesados?

Pues bien, si ustedes se sorprenden de cómo ese postulado constitucional con respaldo en los tratados internacionales de derechos humanos no tiene asidero práctico en el Derecho Penal, donde ha existido tal cual como existe hoy desde el año de 1886 en tal Constitución Política, pues se van a encontrar que mucho menos tiene asidero en el Derecho Disciplinario, donde de manera más amplia se invierte en la práctica la presunción de inocencia por la presunción de culpabilidad, muy especialmente por razones vinculadas con las técnicas probatorias referidas a los aspectos negativos de las estructuras de responsabilidad y de los aspectos subjetivos de las infracciones penales y disciplinarias.

A través de la distribución de la carga de la prueba, pero ahora ya no mirando desde una perspectiva exclusivamente probatoria, sino a través de regulaciones de naturaleza sustancial, para evitar tal calamidad en la práctica, diríamos problema complicadísimo que tiene el Estado si se encuentra frente a una fórmula como la colombiana para

demostrar la culpabilidad y no presumirla, la legislación, a través de la historia, ha ensayado varios métodos. Son muchos, pero les voy a resumir los principales y, especialmente, los que han sido utilizados en los ámbitos penal y del Derecho Disciplinario.

En penal, en una época, se habló de que existía responsabilidad objetiva y que la responsabilidad se atribuía especialmente por la constatación de una relación causa-efecto, nexo de causalidad, entre la acción y el resultado. Sin embargo, es absolutamente claro que conocemos que no existió como tal una afirmación en sentido absoluto, cerradamente, ni en la cultura griega ni en la cultura romana y, obviamente en la cultura grecorromana, una presunción de responsabilidad objetiva absoluta; es decir, donde se prescindía totalmente de la culpabilidad. Eso nunca ha existido. Ni siquiera en la Edad Media. Es muy común encontrar que los autores digan que la responsabilidad penal en la Edad Media no era responsabilidad culpabilística, sino que era responsabilidad objetiva. Eso no es cierto. Eso es radicalmente falso. Lo que existía en la Edad Media era una técnica de inversión de la carga de la prueba, tal cual como existe parcialmente en los países europeos de actualidad a propósito de la distribución de la carga de la prueba según se ha visto, lo que pasa es que ahora somos más refinados, entonces no decimos que existe responsabilidad objetiva, sino distribución de la carga de la prueba, porque en la Edad Media se establecía que, una vez se hubiera constatado que el sujeto había realizado en hecho, se presumía la culpabilidad. Se presumía que la conducta había sido realizada con dolo. Y se decía, se

presumía que había sido con dolo porque la política y la religión eran una misma cosa. El derecho y la moral eran una misma cosa, y el pecado y el delito eran una misma cosa. Y si la moral se caracteriza por ser inherentemente subjetiva y la responsabilidad por el pecado y por el delito eran lo mismo, en la medida en que se identificaban, no podemos decir que ahí estaba ausente una responsabilidad subjetiva, cuando ello venía impuesto por el contenido de la moral referido a la rectitud de la intención, aspecto subjetivo insoslayable; otra cosa es que se invertía la carga de la prueba. Le correspondía a la persona demostrar que no había actuado con dolo. Si la persona demostraba que no había actuado con dolo, se invertía la carga de la prueba inmediatamente y se entendía que había actuado con culpa. Cuando ya quisiera demostrar que no había actuado con culpa se había terminado el período probatorio y, prácticamente, terminaba condenado por la presunción de culpabilidad. Algo así es como lo que sucede en Derecho Disciplinario, cuyos antecedentes los podemos rastrear hasta la Edad Media donde, en el pliego de cargos, se le eleva a la persona el reproche de haber actuado con dolo y toda su defensa se concentra en demostrar que no ha actuado con dolo. Lo condenan por dolo en primera instancia, apela y va a segunda instancia, y en segunda instancia se le dice: “no, usted no actuó con dolo, usted actuó fue con culpa” y lo condenan sin posibilidad alguna de contestar su defensa conforme a la imputación culposa. Eso no es más que una reminiscencia de lo que ocurría en la Edad media con la inversión de la presunción de inocencia. Ya no se puede discutir que no existe culpa en la sustenta-

ción de la apelación, pues la congruencia da cuenta del dolo y del mismo es que hay que defenderse, pero se sorprende a la defensa con un cambio de imputación subjetiva por culpa cuando ya no es posible contestar a la misma y mucho menos interponer pruebas que la hagan decaer.

No se le olvide que, en segunda instancia, en el proceso disciplinario, hay una oportunidad probatoria, hay un espacio para la práctica de pruebas. Allí podría concentrarse la defensa pública en demostrar que no hubo culpa. De todos modos, sabemos que ya no se trata de un período amplio, sino un período recortado que muchas veces se decreta al capricho del funcionario *ad quem*; es decir, si a bien lo tiene y, la mayoría de las veces, su uso discrecional tiende a la arbitrariedad, se niega sin más ni más el período probatorio.

Pero, además, por supuesto en Derecho Disciplinario, creemos que esto no es más que una reminiscencia también de una famosa institución de la Edad Media que se llamaba *versari in re Illicita* y que tiene una complicación tremenda porque se confunde y se maneja de manera solapada, traslapada, con lo que es el sistema de imputación del título subjetivo de culpa a través del sistema que nosotros conocemos en disciplinario como de *numerus apertus*.

Otro mecanismo instrumental para conjurar las dificultades de la carga de la prueba en hombros del Estado –y aquí por largos periodos, diríamos que hasta bien entrada la última década del siglo XX–, en el Derecho Disciplinario se afirmaba que la responsabilidad era puramente objetiva; no

tenía cabida la responsabilidad subjetiva. Incluso, ni siquiera se aceptaba la excusa si la persona hubiese actuado bajo fuerza mayor o caso fortuito, mucho menos si ello tenía ocurrencia al amparo de una causal de justificación o de una causal de inculpabilidad.

Posteriormente, el sistema daría un giro benevolente y se afirma sí, admitamos que se debe responder a título de dolo o culpa, pero eso no hace parte de la estructura de la responsabilidad disciplinaria. La responsabilidad se deducía a partir de criterios puramente objetivos. El dolo y la culpa sirven solamente para graduar la sanción. Es decir, si la falta es dolosa, la sanción será mayor; si la falta es culposa, la sanción será menor. Pero siempre existirá el amplio panorama discrecional y arbitrario de estimar como mínimo que se realizó la conducta con culpa, como consecuencia de los sesgos cognitivos²⁰⁰.

Posteriormente se avanza y, podríamos decir que es el Derecho Disciplinario de los años noventa del siglo XX en adelante, donde se comienza a afirmar que también en el Derecho Disciplinario rigen las categorías y garantías del Derecho Penal, por lo tanto, también en Derecho Disciplinario tiene que establecerse que se actúa por dolo o culpa, lo que implicó y significó la paulatina penalización del Derecho Disciplinario. Hacia la primera década del presente siglo, 2000-

2010, se fueron diferenciando muy claramente Derecho Penal y Derecho Disciplinario, como tiene que ser, y tal como lo ha aceptado muy claramente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la jurisprudencia del Consejo de Estado, la jurisprudencia de la Jurisdicción Disciplinaria y la práctica doctrinal de la Procuraduría General de la Nación, al estimarse que en Derecho Disciplinario el dolo y la culpa funcionan de manera diferente a como tiene ocurrencia en Derecho Penal. El dolo es el conocimiento de la probabilidad de la producción del resultado. Significa esto, ni más ni menos, que el dolo absorbe a la culpa consciente y solamente quedaría como culpa disciplinaria, la culpa inconsciente²⁰¹.

Desde el punto de vista del funcionamiento de la estructura de la falta disciplinaria, creemos que es lo correcto. Así también se ha aceptado en Derecho Penal para los modernos autores que trabajan bien el funcionalismo moderado o bien el funcionalismo radical en línea de Jakobs. Pero por todos y absolutamente todos los autores se ha aceptado así para el delito de omisión, incluso así lo tiene dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, toda vez que en el delito de omisión no hay que demostrar la voluntad, basta con demostrar el conocimiento. Luego entonces, en los comportamientos delictivos de omisión, prácticamente el co

²⁰⁰ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “El principio de demostrabilidad y el Derecho penal” en revista La Defensa No 20, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2022.

²⁰¹ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Dogmática del Derecho Disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020 y Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La lucha por los Derechos en el Derecho Disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

nocimiento implica que el dolo absorbe a la culpa consciente y solo queda como punible la culpa inconsciente. Y resulta que, a esa misma conclusión tendríamos que llegar en Derecho Disciplinario porque todas las faltas de tal naturaleza tienen la estructura de una omisión, todas las faltas disciplinarias consisten en la omisión del cumplimiento de un deber que le corresponde a la persona vinculada a una relación especial de sujeción. Luego entonces, si así son las cosas, la estructura de la falta disciplinaria se equiparará a la estructura del delito de omisión²⁰².

Sin embargo, esto que venía funcionando así, en gran medida con la Ley 200 de 1995, con la Ley 734 del 2002 y con el respaldo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en cierta forma del Consejo de Estado, pero muy decididamente en los últimos tiempos con la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de la actual Comisión Nacional de Disciplina Judicial, bastaba para estimar que existía dolo con que se demostrara solo el conocimiento de los hechos sin necesidad también de demostrar la voluntad; es decir, que en el dolo era necesario para demostrar su existencia o presencia que con suficiencia apareciera con el conocimiento de que se realizaba un comportamiento que resultaba peligroso para los deberes funcionales o profesionales, se le puso fin con la redacción

del artículo 28 de la Ley 1952 del 2019 que retornó al sistema de equiparación del dolo y la culpa del Derecho Penal. El gran problema es que la redacción del dolo, que se hizo solo lo fue del dolo directo y no del dolo eventual. Entonces la gran pregunta es si también en Derecho Disciplinario cabe dolo eventual, o los casos de dolo eventual tendrán que castigarse como dolo directo, que parece ser un exabrupto gravísimo o tendrán que sancionarse conforme con la culpa, lo cual parece también que es una grave equivocación, pues si el dolo está definido por la ley, castigar el dolo eventual como culpa es una violación a la ley porque en el dolo eventual no hay dolo directo ni hay culpa, consciente o inconsciente. Es una figura independiente, pero al margen de eso, tengo la opinión contraria de que prácticamente el dolo eventual quedaría impune, aun cuando hay autores como el doctor Esiquio Sánchez Herrera, que es uno de los más importantes tratadistas en Derecho Disciplinario en Colombia, que afirma que se aplica por integración el artículo 22 del Código Penal sobre el dolo eventual²⁰³.

Bueno, sin más ni más, eso es una integración o una analogía in malam partem, y sabemos muy bien, conocemos muy bien que la analogía in malam partem está prohibida tanto en Derecho Penal como en Derecho Disciplinario, como se constata desde aquella famosa jurisprudencia de junio 2 de 1981

²⁰² Carlos Arturo Gómez Pavajeau & John Harvey Pinzón Navarrete. Tratado de derecho Disciplinario, Parte General Sustancial, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

²⁰³ Carlos Arturo Gómez Pavajeau & María Marta Gómez Barranco. Dolo y Derecho Disciplinario. A propósito de la propuesta de reforma a la Ley 1952 de 2019, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2021.

de la Corte Suprema de Justicia de Manuel Gaona Cruz cuando se ejercía por esta corporación el control constitucional de las leyes en la Constitución Política de 1886. Pero, además, resulta un absurdo aplicar una norma del Código Penal donde el dolo está en el tipo, al Código Disciplinario donde el dolo, según el artículo 28, está en la culpabilidad. Parece que, con ese tipo de malabarismo jurídico, no solo rompe la lógica sino también los principios que gobiernan la presunción de inocencia.

Se reitera que el artículo 28 de la Ley 1952 de 2019 solo contempló el dolo directo, pero no el eventual, siendo imposible acudir al Código Penal –artículo 22 Ley 599 de 2000– donde se regula en la tipicidad y no en la culpabilidad, por lo que existiendo una regulación completa en el Código General Disciplinario no es dable llenar un vacío que resulta inexistente a la luz del artículo 22 de la Ley 1952 de 2019, máxime cuando en tal caso se contradice la naturaleza del Derecho Disciplinario.

Las definiciones técnicas tienen que ser aceptadas tal cual lo dispone la ley, según regla del artículo 27 del Código Civil cuando expresa que “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. Pero, además, se afirma de manera incontrovertible en el 28 del mismo que, “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas

palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

Así entonces, si lo único que se definió y aceptó por el artículo 28 de la Ley 1952 de 2019 fue el dolo directo, no se puede, so pretexto de un vacío legislativo, acudir al dolo eventual del Código Penal, este ubicado en el tipo y aquel en la culpabilidad, lo cual es contrario, repetimos a la naturaleza del Derecho Disciplinario y por tanto no aplicable según el artículo 21 de la Ley 734 de 2002 o 22 de la Ley 1952 de 2019.

Sería tanto como hacer analogía in malam partem prohibida tanto en Derecho Penal –artículo 6 Ley 599 de 2000– como en Derecho Disciplinario, rechazada por la jurisprudencia constitucional y disciplinaria.

Así lo advierten, muy claramente aun cuando reconocen una cierta analogía, Gómez Tomillo y Sáenz Rubiales²⁰⁴, lo cual no puede utilizarse como criterio para solventar las falencias del dolo del artículo 28 de la Ley 1952 de 2019, puesto que conduciría a la analogía in malam partem por ellos rechazada.

Esa hipostatización indebida conduce, nada más y nada menos, que a una analogía in malam partem prohibida en derecho sancionatorio disciplinario y penal (artículos 21 de la Ley 734 de 2002 y 6 de la Ley 599 de 2000), como se puede ver en sentencia de constitucionalidad 51 del 14 de abril de 1983 y 17 del

²⁰⁴ Manuel Gómez Tomillo & Sanz Rubiales Iñigo. Derecho Administrativo Sancionador Parte General, Aranzadi, 2017, p. 480.

7 de marzo de 1985, M. P.: Manuel Gaona Cruz de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y de febrero 19 de 2019 del Consejo de Estado en el caso de la pérdida de investidura del senador Mockus.

Grandes problemas de todo lo que se ha dado cuenta. Pero el mayor problema hoy son los sesgos cognitivos, entendiéndose por tal, ciertas interferencias que tiene nuestro inconsciente en el pensamiento consciente, producto del contraste de un cerebro humano adaptado a la época que tuvo ocurrencia hace doscientos mil años –Pleistoceno– a su funcionamiento en un mundo moderno tecnificado y altamente complejo, en un nicho ecológico totalmente diferente a aquel en el cual surgió el hombre moderno.

Nuestro cerebro sigue funcionando tal cual cómo funcionaba hace doscientos mil años porque no ha tenido tiempo de evolucionar por los cambios significativos y cataclísmicos que ha producido la cultura. Entonces, así las cosas, estamos llenos y preñados de sesgos cognitivos, y dentro de su amplia gama y espectro deben considerarse dos sesgos de los más recurrentes que conocemos y que afectan sustancialmente la toma de decisiones en materias penal y disciplinaria en perjuicio de la presunción de inocencia, punto central y esencial donde se vierte la explicación del por qué razón muy a pesar de las garantías constitucionales en la praxis penal y disciplinaria se impone casi que groseramente la presunción de culpabilidad. Son los llamados sesgos cognitivos vinculados con la causalidad –bien podríamos llamarlo sesgo de correlación– y de la intencionalidad. Cada vez que observamos

la producción de un resultado, inmediatamente nuestro cerebro hace una operación inconsciente, imputando ese resultado a una determinada causa sin identificar bien si realmente es una causa o solamente es una mera correlación, como normalmente sucede en la mayoría de los casos. Gravísimo problema porque invierte la presunción de inocencia en el tema de la imputación del aspecto objetivo, que tiene que ver con la causalidad. Y el segundo sesgo cognitivo que tenemos sistemática y persistentemente gravitando en la toma de decisiones tiene que ver con que nuestro cerebro está entrenado para pensar que las cosas las hacemos con intencionalidad, con animosidad, tanto que, las primeras etapas de la evolución del ser humano, de nuestra civilización, les atribuían a las cosas absolutamente inanimadas, espíritus: el espíritu de la montaña, el espíritu del árbol, el espíritu del río. Ya hemos abandonado eso, pero seguimos atribuyéndole a los animales cierta animosidad, cierta espiritualidad, como también a las cosas. Cuando el carro no enciende porque la batería está agotada decimos “es que este carro no quiere encender el motor”, o nos referimos a que “esta puerta no quiere abrir”. Esto es producto de este sesgo que llevamos ínsito en el inconsciente y a través del cual atribuimos que las cosas se producen por virtud de un ánimo, por virtud de un espíritu. Particularmente, esto es absolutamente evidente en la niñez y en la juventud, y en los pueblos, no diría que más atrasados, pero culturalmente menos avanzados respecto de la civilización occidental, que ha entrado en una era de lo que se conoce como las ciencias cognitivas. Nosotros llevamos y tenemos ese sesgo cognitivo en

nuestro funcionamiento cerebral que era, obviamente, digamos muy funcional para el Pleistoceno, para la época en la cual nosotros éramos piezas de caza, nosotros éramos proteína para otros animales y por lo tanto, entonces, nuestro cerebro no podía hacer operaciones lógicas de manera consciente, porque la vida perecería si lo que se intuye inconscientemente debiéramos racionalizarlo conscientemente, en la mayoría de los eventos la salvación del hombre resultaría fallida. Es mejor, en términos evolutivos, equivocarse en una intuición inconsciente que ofrece posibilidades de salvación de la vida, que invertir recursos y tiempo valioso para racionalizar una respuesta más acertada pero evidentemente tardía en términos de costo-beneficio.

Y así funciona nuestro cerebro: de manera inconsciente, para la intencionalidad se ac-

tiva de manera inconsciente; es decir, que funciona de ordinario a través de los sesgos cognitivos y, el gran problema es que los dos pilares sobre los cuales se construye la responsabilidad en nuestro medio, de manera simplista y recortada, es a través de esos dos fenómenos, la causalidad y la intencionalidad, preñadas de sesgos cognitivos.

¿Cómo podemos ponerles frenos a los sesgos cognitivos? Estudiando una prueba que se llama la prueba de indicios, que es la única prueba apta para la demostración del elemento o el aspecto subjetivo del delito, donde se superan aquellos problemas inherentes al funcionamiento incontrolado del inconsciente, por supuesto superando las corazonadas, las sospechas y las meras intuiciones²⁰⁵.

²⁰⁵ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

REFERENCIAS

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. El principio de demostrabilidad y el Derecho Penal. Revista La Defensa N.º 20. Bogotá. Defensoría del Pueblo, 2022.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2020.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. La lucha por los Derechos en el Derecho Disciplinario. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2021.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo & Pinzón Navarrete John Harvey. Tratado de derecho Disciplinario, Parte General

Sustancial, Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2021.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo & Gómez Barranco María Marta. Dolo y Derecho Disciplinario. A propósito de la propuesta de reforma a la Ley 1952 de 2019. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2021.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. La prueba jurídica de la culpabilidad en el nuevo sistema penal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2017.

Gómez Tomillo Manuel & Sanz Rubiales Iñigo. Derecho Administrativo Sancionador, Parte General, Aranzadi, 2017.

QUINTO ESTUDIO

*La culpabilidad en el Derecho Disciplinario
colombiano: principio y categoría dogmática*

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal y disciplinaria ha sido asociada, históricamente en el Estado de Derecho, con el principio de la presunción de inocencia, puesto que se afirma que la misma se predica del procesado penal o disciplinariamente hasta tanto no se acredite la responsabilidad por sentencia debidamente ejecutoriada.

Así se pergeñaba ya el asunto desde la vigencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada por la Revolución Francesa de 1789, extendiéndose por el mundo occidental por virtud del poder expansivo del imperio de Napoleón y el prestigio del movimiento de las “grandes codificaciones” representadas principalmente por el Código Civil de 1804 y el Código Penal de 1808, mismos emulados cuando no imitados por el mundo entero, representando la cultura del civil law continental europeo.

En efecto, el artículo 9²⁰⁶ de la Declaración mencionada expone, de manera clara y diáfana, que “cualquier hombre se considera

inocente hasta no ser declarado culpable”, empero, la palabra culpable podría confundirse con “responsable” en cuanto y tanto la historia ha idea distorsionando el mandato original, pues hoy como es sabido la presunción de inocencia no cobija sino la existencia de la carga de la prueba en hombros del Estado de los aspectos fácticos de la autoría, la participación –determinación y complicidad– y de la tipicidad, habida cuenta que, por el contrario, las excusas que apunte a la justificación o exculpación de la conducta legalmente descrita como punible le corresponde a la persona del procesado.

Sin embargo, creemos firmemente que tal distorsión se ha producido por efectos de la filosofía del positivismo legalista, que arrebató a la Constitución Política su poder de definición de lo esencial para el respeto de las garantías y derechos constitucionales fundamentales, como sucedió particularmente en Colombia con la norma original del artículo 52²⁰⁷ de la Constitución Política de 1886, que defirió al legislador el poder configurativo de

²⁰⁶ Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.

²⁰⁷ Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución.

los derechos constitucionales, lo que fue refrendado por los artículos 4²⁰⁸ de la Ley 57 de 1887 y 7²⁰⁹ de la Ley 153 de 1887, empero, muy a pesar de lo que disponía el artículo 52 constitucional sobre la prevalencia constitucional que requería reforma de tal tipo, artículos legales como el 6²¹⁰ de la última ley mencionada, ponía en cuestión dicho imperativo constitucional, pues la insubsistencia por razones constitucionales implicaba ley previa y norma constitucional posterior, y no al contrario según el artículo 9²¹¹. Los derechos constitucionales valían en el ámbito de la ley, perdiendo valor frente a las regulaciones legales, asunto que no es ajeno a las regulaciones que encontramos en los tratados de derechos humanos como puede verse en los artículos 6 numeral 2²¹² del Convenio Euro-

peo de Derechos Humanos, 14 numeral 2²¹³ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 numeral 2²¹⁴ de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde finalmente la regulación queda diferida a lo que disponga la ley.

No obstante, las Cartas Políticas modernas a partir de la posguerra de finales de los años cuarenta y siguientes del siglo XX han revalorizado el potencial garantista del principio de culpabilidad, derivando el mismo del principio de la dignidad del ser humano, muy especialmente a partir de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de Bonn, tal cual lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán.

²⁰⁸ Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el título III [arts. 19-52] de la misma Constitución.

²⁰⁹ El título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil.

²¹⁰ Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe.

²¹¹ La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente.

²¹² Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

²¹³ Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

²¹⁴ Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Capítulo 1.

Las consecuencias constitucionales del principio de dignidad del ser humano en la configuración y fundamentación del principio de culpabilidad

1.1. En el concierto internacional de los derechos humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reza en su Preámbulo de manera contundente que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, lo que resulta justo y necesario reconocer en cuanto y tanto “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”. Destaca, muy especialmente, que “la dignidad y el valor de la persona humana” juegan un papel determinante en la obtención de “un concepto más amplio de la libertad”.

Por tanto, en consecuencia, su artículo 1 declara que “todos los seres humanos na-

cen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. El artículo 3 resalta la consideración del principio de libertad y, a su vez, el artículo 11 numeral 2º proclama que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”.

Íntimamente relacionados con los anteriores aparecen los derechos de libertad de pensamiento y libertad de conciencia como también con la dignidad de la persona, al deber de comportarse toda persona fraternalmente con los otros y logro del sujeto en un ámbito de un “desarrollo libre y pleno de la personalidad” (artículos 18 y 29 numeral 1).

La Carta Política alemana, en su artículo 1 numeral 1, dispone que “la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

De allí ha derivado la jurisprudencia constitucional alemana, junto con el principio del Estado de Derecho, al principio de culpabilidad.

De igual manera, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destaca el principio de dignidad humana y el principio según el cual “el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto”, lo que implica la existencia de deberes correlativos a la consagración de derechos.

La dignificación de la persona y el reconocimiento de sus atributos es asunto fundante y teleológico de orientación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre Americano, tal como se destaca en su Preámbulo en tanto y cuanto todos los sujetos de derecho “están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”, razón por la cual “deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”, por tanto “el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”.

El Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos reitera lo afirmado anteriormente respecto a la dignidad de la

persona humana, enfatizando además en que los derechos “tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, y al unísono con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según se reseñó, se establece la vigencia incuestionable del principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva.

Todo lo anterior, especialmente a partir de lo señalado en los literales c) y d) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el primero resalta que en la hermenéutica correcta de las disposiciones sobre derechos humanos no puede excluirse el valor de “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”, lo que destaca el valor de la dignidad de la persona en la constitución y configuración del sujeto de derechos y su inestimable posición de respeto y consideración, misma que enaltece el valor de las democracias modernas, que entienden su aptitud y actitud para auto-dirigirse y autogobernarse individual y colectivamente; amén de que, tampoco puede excluirse “o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”, de lo que se infiere, además, el valor de los Preámbulos de los tratados internacionales sobre derechos humanos que se fundan en los principios señalados como derroteros en sus respectivas declaraciones.

1.2. En el ámbito del orden jurídico colombiano y su conexión con el constitucionalismo moderno

Consecuentemente, la Carta Política colombiana declara que la dignidad de la persona, la solidaridad y el interés general son fundamentos del orden jurídico y acorde con ello, de manera coherente y sólida, no dejando diferida su regulación a la ley como sucede en los instrumentos internacionales citados, declara la presunción de inocencia con plena y absoluta relevancia constitucional, cobijando no solo a cargo del Estado la carga de la prueba en materia de tipicidad, autoría y participación, sino también respecto de la desvirtuación de causales de justificación y de eximentes de culpabilidad, bastando la duda para favorecer al procesado, a partir de una interpretación armónica de los artículos 1 y 29 constitucionales. Muy especialmente relevante, compatible totalmente con el principio de culpabilidad y el descarte ple-

no de un Derecho Penal o disciplinario de autor, se ha adoptado un Derecho Penal de acto o de la culpabilidad, según las expresiones respectivas utilizadas en la redacción del concepto sustancial del debido proceso dado por el último artículo citado.

En la Asamblea Nacional Constituyente se dijo que “la dignidad es una emanación de la vida racional del hombre”²¹⁵ y en el artículo 1 de la Carta Política se consagró como uno de los elementos fundantes del Estado²¹⁶.

El constitucionalismo moderno ha precisado que en la adopción del concepto de dignidad de la persona “de lo que se trata es de inferir consecuencias prácticas a partir de la decisión en favor del ser humano como persona libre y moralmente responsable”, puesto que en ella “reside [...] la facultad de determinar y configurar responsablemente la propia existencia²¹⁷”. Y ello tiene que ser así, habida cuenta de que la dignidad ha sido considerada “como valor supremo o principio rector supremo y fundamentador²¹⁸”, tratamiento que coincide con el artículo 1º de nuestra Carta Política y con el carácter de norma de normas (artículo 4).

²¹⁵ Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Primera, sesión de abril 15 de 1991.

²¹⁶ La Corte Constitucional ha precisado que “por su dignidad, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales, a menos que él voluntaria y libremente los admita”: Sentencia C-542 de 1993.

²¹⁷ Ernesto Benda. El Estado social de derecho en Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 123 y 137.

²¹⁸ Miguel Ángel Alegre Martínez. La dignidad de la persona, Universidad de León, 1996, p. 82. “El reconocimiento jurídico de la dignidad supone, entonces, que el Derecho garantice el respeto a la dignidad en las relaciones interpersonales, y en las relaciones entre el poder y los individuos”: ibidem, p. 19.

La responsabilidad penal y cualquier otra que se sustente en un reproche ético-jurídico debe, necesariamente, considerar al hombre como un ser dotado de dignidad y, por lo tanto, sujeto a valores. La dimensión espiritual del hombre tiene que ser tenida en cuenta a la hora de la asignación de responsabilidad, para lo cual es evidente sopesar en tal juicio la incidencia del conocimiento, voluntad y valoración, toda vez que, de lo contrario sería degradado a la condición de mero objeto de la acción estatal y, por lo tanto, se desconocería su dignidad²¹⁹.

En el moderno constitucionalismo se ha determinado que la exigencia de culpabilidad viene impuesta por la adopción del concepto de dignidad de la persona²²⁰. Así también se ha pregonado en nuestro medio²²¹ y muy especialmente ha reseñado la Corte Constitucional que “la dignidad humana pugna con la exigencia de una responsabilidad objetiva²²²”, agregando posteriormente que en

nuestro sistema jurídico, ha sido proscrita, entonces, la responsabilidad objetiva, de lo cual resulta que el legislador no puede asumir, desde el mo-

*mento en que consagra el tipo penal, que la sola circunstancia de haber incurrido un individuo en la conducta tipificada aparea la necesaria consecuencia de su responsabilidad y de la consiguiente sanción penal. Esta, al tenor del artículo 29 de la Carta, únicamente puede proceder del presupuesto de que al procesado “se le haya declarado judicialmente culpable”. La culpabilidad es, por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga.*²²³

Dignidad humana implica el entendimiento y reconocimiento del hombre como un ser racional. Es “el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad²²⁴”; esto es, su reconocimiento como un ser autónomo ética y consecuentemente responsable, puesto que la adopción de tal concepto implica “inferir consecuencias prácticas a partir de la decisión en favor del ser humano como persona libre y

²¹⁹ Ernesto Benda, Dignidad humana y derechos de la personalidad, ob.cit, pp. 121 y 126.

²²⁰ Ibidem, p. 128.

²²¹ Gerardo Barbosa Castillo & Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Bien jurídico y derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 148 y ss.

²²² Sentencia C-563 de 1995. Ya existía un antecedente, y en vigencia de la Constitución de 1886, como lo fue la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de junio de 1981 con ponencia del magistrado Manuel Gaona Cruz.

²²³ Sentencia C-626 de 1996.

²²⁴ Jesús González Pérez. La dignidad de la persona. Madrid, Civitas, 1986, p. 112.

moralmente responsable [ya que en ella] ‘reside’ la facultad de determinar y configurar responsablemente la propia existencia²²⁵”.

Von Wintrich ha postulado que “el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea²²⁶”. La “racionalidad de la persona determina el que a su dimensión corporal o material aparezcan inseparablemente unidas las dimensiones psíquica, moral y espiritual²²⁷”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que del principio de la dignidad humana emana el de culpabilidad²²⁸, puesto que “la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplados en la Constitución²²⁹”. Sin duda, aquí se ha seguido el constitucionalismo moderno, ámbito dentro del cual se ha precisado que la exigencia de culpabilidad viene impuesta por la adopción del concepto de dignidad humana²³⁰.

En consecuencia, se ha dicho por la Corte Constitucional que “la culpabilidad es, por tanto, supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga²³¹”. La culpabilidad y la graduación de ella depende de “que la persona habría podido actuar de otra manera²³²”, esto es, que el presupuesto de la responsabilidad penal depende de que la persona “pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo²³³”.

El recuento de esta jurisprudencia permite afirmar que la culpabilidad como un principio fundamental del proceso de responsabilidad penal, involucra aspectos psíquicos, pero también, y principalmente, normativos. En efecto, como se puede notar, culpabilidad es reproche.

²²⁵ Jesús González Pérez. La dignidad de la persona. Madrid, Civitas, 1986, p. 112.

²²⁶ Citado por Francisco Fernández Segado. La dignidad de la persona como fundamento de sus derechos, *Revista de Derecho Público*, n.º 6. Universidad de los Andes, 1996, pp. 16 y 17.

²²⁷ Miguel Ángel Alegre Martínez. La dignidad de la persona. Universidad de León, 1996, p. 17.

²²⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-563 de 1995 y C-319 de 1996, entre otras.

²²⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 1996.

²³⁰ Benda, ob.cit, p. 128.

²³¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-626 de 1996.

²³² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 1997.

²³³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 1997.

Tal línea evolutiva en orden a consolidar una doctrina constitucional normativa de la culpabilidad se concreta en la sentencia C-708 de 1999, en la que la Corte Constitucional afirmó que para aceptar la culpabilidad de una persona deben tenerse en cuenta las condiciones sociales y personales imperantes en el medio donde actúa y la posibilidad de dirigir su comportamiento conforme a la norma y aquella no lo hizo, “juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad”.

Posteriormente se ha ratificado que debe rechazarse toda “forma de responsabilidad objetiva que desconocería de manera evidente el ordenamiento superior²³⁴”. La Corte Constitucional ha planteado un tipo de culpabilidad normativa al señalar con fundamento en lo que enseña el tratadista Velásquez Velásquez, que

entiende por culpabilidad o responsabilidad plena el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente nor-

mativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento [...] por no haber actuado conforme a la norma. Lo anterior evidencia el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual; por ello, el juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios del estado social y democrático de derecho y debe corresponderse con sus postulados inspiradores, empezando por el supremo mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona humana (Const. Pol., Art. 1º)²³⁵⁻²³⁶.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el principio de culpabilidad, tanto en la Carta Política como en los principios rectores de los respectivos ordenamientos, rige tanto para el Derecho Penal como para el disciplinario, obviamente atendiendo sus especificidades²³⁷. Igualmente, para ambas especies del derecho sancionador rige la prohibición de la responsabilidad objetiva²³⁸.

²³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-233 de abril 4 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

²³⁵ Fernando Velásquez Velásquez. Derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1995, p. 492.

²³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-708 de septiembre 22 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

²³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-728 de junio 21 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-728 de junio 21 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por derivar la culpabilidad de la dignidad del ser humano se ha dicho, tanto para el Derecho Penal como para el disciplinario, que se trata de un derecho constitucional fundamental, lo que además se acredita con lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Política²³⁹. “El contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano”, puesto que la dignidad es un “fundamento del sistema constituido” según el artículo 1, *ibidem*²⁴⁰.

La jurisprudencia constitucional ha sido contundente en expresar que la culpabilidad que rige para nuestro sistema penal es de carácter normativa, puesto que la liga con el “juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta²⁴¹”.

Con muy buen criterio, la jurisprudencia constitucional deriva el principio de culpabilidad del principio de proporcionalidad²⁴², lo cual, sin duda alguna, es tanto como decir que tiene su fundamento en el principio del Estado de derecho. Proscripción de responsabilidad objetiva, Derecho Penal del acto y principio de culpabilidad son derivaciones del principio de la dignidad humana:

En el análisis de constitucionalidad

de una norma penal o disciplinaria, ha de examinarse su conformidad con el principio de culpabilidad, que es uno de los parámetros a tener en cuenta por el legislador al momento de tipificar un delito, como un presupuesto de la pena estatal. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad penal gira en torno a las circunstancias concretas en las que se podía esperar que el autor de una conducta acatara la norma, evitando la realización del tipo delictivo que prohíbe un determinado comportamiento. Así, se deberá acudir a la capacidad de acción del autor del delito, es decir, si era capaz tanto cognitiva como físicamente de formarse la intención de evitar la realización del tipo penal y si tenía capacidad de motivación. Ante estas circunstancias, la extensión de la pena que el Estado debe imponer no puede ser mayor que la culpabilidad presente en quien realiza la conducta típica. Desde el punto de vista de la proporcionalidad, ella debe, en este orden de ideas, compensar única y exclusivamente el daño culpable provocado por el agente²⁴³ o como lo ha afirmado esta Corporación al hacer referencia

²³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-330 de mayo 4 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-901 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-827 de agosto 8 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Tal decisión fue ratificada por las sentencias C-391 de mayo 22, M. P. Jaime Córdoba Triviño, y C-948 de noviembre 6 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1996.

²⁴³ Cfr. Urs Kindhäuser & Juan Pablo Mañalich. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Montevideo, B de F, 2011, pp. 147 y ss.

*al Derecho Penal de acto, que, al autor de un delito, se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad*²⁴⁴.

Con base en lo anterior, la culpabilidad determina, por una parte, si acaso puede imponerse una pena y, por otra, cuál ha de ser la extensión de esta sobre la base del juicio de “evitabilidad”, así como de la capacidad de acción y de motivación del agente recientemente aludido.

*La Corte parte en este examen de una acepción de culpabilidad en sentido restringido, centrada en el llamado “principio de imputación personal”, según el cual, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a este, como producto de una motivación racional normal*²⁴⁵. *En esta vertiente estricta del principio, culpabilidad supone exigibilidad en el sentido de que el Estado solo podrá perseguir la responsabilidad penal de un sujeto que comprenda el injusto y al cual pueda exigírsele la realización de una conducta determinada conforme a derecho, diversa de la llevada a cabo, conforme a un proceso de moti-*

vación normal. Así, una pena podrá ser atenuada debido a un menor juicio de culpabilidad en aplicación del principio de proporcionalidad.

*Desde esta perspectiva, es oportuno, expresar que para que haya responsabilidad penal no basta con que se cometa un injusto, esto es, una conducta típica y antijurídica, sino que además es necesario indagar si era posible exigir al autor de la conducta que actúe de otro modo. En este caso no solo hay que tener en cuenta las condiciones extraordinarias de motivación que tenía la persona a la hora de cometer el acto, sobre las cuales ya se ha hecho referencia, sino también, si en ese caso concreto la sociedad y el Estado podían exigirle a esa persona actuar de otra manera. Así pues, el juicio de culpabilidad y la pena que deberá ser acorde con este, manifiestan el reproche que la sociedad formula contra actos que tienen inmerso un desvalor y merecen ser castigados*²⁴⁶.

La dignidad de la persona viene formulada como fundamento del orden jurídico, al lado de la solidaridad y el interés general, de manera tal que se constituye en un elemento esencial para la convivencia entre los asociados de que da cuenta el Preámbulo constitucional, presupuesto todos para la obtención y mantenimiento de la paz, pun-

²⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997.

²⁴⁵ Cfr. Santiago Mir Puig. Derecho penal. Parte general, Barcelona, Reppertor, 2006, p. 141.

²⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-829 de 2014.

to de partida del instrumento más poderoso con que cuenta el Estado para el aseguramiento de los derechos fundamentales según los artículos 2, 5, 85, 86, 93 y 94 de la Carta Política.

Su formulación en clave de texto abierto implica, necesariamente, acudir a antropología filosófica que es la sede que ha abordado la reflexión filosófica sobre la esencia del hombre desde las enseñanzas de todas las ciencias que lo explican, tanto estáticamente como de manera dinámica e integrado a la sociedad²⁴⁷. Modernamente, a partir de las enseñanzas de la neurociencia, se hallan acreditadas las características definitorias del comportamiento humano²⁴⁸, bases a partir de las cuales, en conexión con los principios y valores constitucionales, podemos entender la libertad humana y su engranaje corresponsable con los derechos de los demás, a través de los deberes recíprocos que devienen de la solidaridad social y de la prevalencia del interés general (artículos 1, 16 y 95 de la Carta Política), en armonía con el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponer que “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la mis-

ma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”, cuya sustancialidad deviene del artículo 30 que pertenece al capítulo v: deberes de las personas, sobre la parte i, deberes de los estados y derechos protegidos, según el cual:

Correlación entre deberes y derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Tal engranaje con la intersubjetividad como sustancialidad y por supuesto con la alteridad como funcionalidad de los derechos y deberes, viene enmarcado en la razón de ser del pacto social y en el mandato de comportamiento fraternal de toda persona con sus semejantes, en cuanto el Preámbulo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes expresa que “el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran

²⁴⁷ Para el efecto Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de Derecho penal. Revista Derecho Penal y Criminología, volumen 32 N.º 93, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 27 y ss.

²⁴⁸ Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau & Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero. Neurociencias y derecho: reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 216 y ss. También Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Neuroderecho penal y disciplinario: Conducta humana, consciencia de la ilicitud y reproche jurídico-social, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 39 a 94.

correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”.

Por supuesto, ello tiene trascendencia fundamental en el orden de la convivencia pacífica que presupone la existencia del pacto social, pero también para aquello que institucionalmente lo soporta, como son las estructuras políticas y las relaciones que surgen a su interior entre los servidores públicos y las de estos con los asociados²⁴⁹, de allí que, además de los derechos humanos resulta imprescindible entender que “los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”, esto es, “la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”, reza el preámbulo.

Con Carolina Gutiérrez de Piñeres, psicóloga y doctorada en Neurociencia Cognitiva, hemos correlacionado firmemente antropología filosófica y neurociencia en lo que hemos denominado “neuroantropología filosófica”, metadisciplina que fundamentan los aspectos normativos que regulan el comportamiento humano en los campos penal y disciplinario, a partir de las enseñanzas y acreditaciones científicas que

muestran claramente que el ser humano se compone en esencia de dos dimensiones: i) Dimensión técnico-práctica, a través de la cual se establece que su comportamiento se caracteriza por ser dirigido, previsor, planificado y mancomunado; y, ii) Dimensión ético-práctica, que da cuenta que el mismo se encuentra precedido de la habilidad que tiene el ser humano, producto de la evolución y de la constitución cerebral de un módulo funcional que se ha denominado vulgarmente como “cerebro moral”, para la capacidad de debitud o de seguir deberes, tanto autónomos como heterónomos y la capacidad de exigibilidad, entendida como la habilidad para auto formularse y/o hetero formular reproches fundados en el comportamiento humano, dotándolo de la capacidad de valoración o deontológica que funda la llamada culpabilidad normativa.

Lo anterior, de manera inexorable, no solo excluye la responsabilidad objetiva de manera radical, sino también impone una especial visión y tratamiento del sujeto de derechos al interior de los procesos sancionatorios por parte de los funcionarios judiciales con el fin de evitar lesión de sus derechos y desviación de poder en el ejercicio del cargo, como lo manda de manera imperativamente categórica el artículo 27²⁵⁰ de la Ley 906 de 2004, aplicable al procedimiento

²⁴⁹ Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Crítica Disciplinaria. A propósito de la reforma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, Capítulo v: Respuestas a las críticas formuladas a mis críticas a la culpabilidad en la reforma disciplinaria.

²⁵⁰ Moduladores de la actividad procesal. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

disciplinario por integración ordenada por el artículo 22²⁵¹ de la Ley 1952 de 2019.

La dignidad humana funda al principio de culpabilidad y este, a su vez, a la categoría dogmática de la culpabilidad. Unos y otros confluyen en la necesidad de la responsabilidad subjetiva como esencia de la estructura de la responsabilidad penal o disciplinaria, empero, en los últimos tiempos se enfatiza que el principio de legalidad involucra al de culpabilidad, especialmente en lo relacionado con el necesario e inexorable estudio del dolo y la culpa en la categoría dogmática de la tipicidad, pues siendo expresión de la necesaria descripción de los elementos del punible la manera en que se quebranta la norma subjetiva de determinación, resulta necesidad inconcusa que para precisar la contrariedad con la legalidad en sentido genuino y exacto, tenga que señalarse la modalidad a partir de la cual se produce su que-

brantamiento, que no es otro que por dolo o por culpa, en cuanto la norma-legal es un derrotero o una directiva de encauzamiento de conductas.

No puede negarse, con total acierto, que el dolo y la culpa no tengan papel alguno que cumplir en el ámbito de la categoría dogmática de la culpabilidad y que agotan su tarea en la órbita de la tipicidad. Lo que sucede es que en esta, sin duda alguna, se producen sus efectos más importantes, en cuanto a que son elementos de la determinación de la conducta punible, pudiendo considerarse, aunque de menor entidad, que en la categoría dogmática de la culpabilidad cumple el papel dogmático de censurar o reprochar la formación de la voluntad que lleva a que se actúe con dolo o culpa, caso en el cual, la doctrina ha invocado la teoría de la doble posición del dolo.

²⁵¹ Prevalencia de los principios rectores e integración normativa. En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta Ley además de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, General del Proceso Penal y de Procedimiento Penal en lo que no contravengan a la naturaleza del derecho disciplinario.

Capítulo 2.

Regulación legal y dignidad de la persona en la legislación sancionatoria

2.1. Regulación en el ámbito del Derecho Penal

Para el Derecho Penal su regulación es muy clara, pues de manera contundente señala como principio rector el que “el Derecho Penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”, lo cual rige tanto para el sujeto activo del delito, desde el plano sustancial como procesal, como para los que de alguna manera se vieran perjudicados con su acción u omisión (artículo 1 de la Ley 599 de 2000). Tal entendimiento se inserta en el bloque de constitucionalidad, por virtud de lo dispuesto en los artículos 4, 5, 93 y 94 de la Carta Política, tal como lo refrenda el artículo 2 del Código Penal, según el cual “las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y con-

venios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”.

Según el artículo 9 del estatuto penal la “conducta punible” tiene como uno de sus presupuestos necesarios la existencia y constatación de la culpabilidad del sujeto activo del delito, de allí que, en clave de principio rector, como desarrollo del Derecho Penal de acto impuesto por el artículo 29 de la Carta Política, se disponga en el artículo 12 de la Ley 599 de 2000 que “solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

Los principios rectores son la esencia y orientación del sistema, prevalecen sobre las demás normas y condicionan su interpretación, tal como lo dispone el artículo 13²⁵² del Código Penal, lo cual ha sido re-

²⁵² En coautoría con Laura Catalina Bohórquez Bohórquez

frendado por la Corte Constitucional en sentencia C-774 de 2001 y C-775 de 2003.

Quiere decir lo anterior, de manera consecuente con lo dispuesto en los artículos 1¹⁵³ y 7¹⁵⁴ de la Ley 906 de 2004. De allí que, no podría ser de otra manera, el norte de interpretación de la ley procesal apuntó inexorablemente a que la actuación procesal “se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial”, tal como lo dispone el artículo 14 (ibidem), normas que por su carácter de rectoras tienen, al unísono con el artículo 13 del Código Penal, especial prevalencia y privilegio de aplicación sobre cualquier otra como lo refiere el artículo 26²⁵⁵ del estatuto adjetivo.

2.2. En el ámbito del Derecho Disciplinario

También otro tanto similar tiene ocurrencia en el campo del Derecho Disciplinario, donde se afirma –reconocimiento de la dig-

nidad humana– que, “quien Intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad humana” (artículo 1 de la Ley 1952 de 2019).

De entrada, prima facie, allí se indica que el procesado disciplinariamente no puede ser instrumentalizado y como tal tratado como objeto del proceso, sino como sujeto de derechos.

El disciplinable es una persona, un sujeto procesal, y tiene que ser tratado de conformidad con su dignidad personal. Ello se manifiesta cuando en los artículos 1, 2 inciso 6º, 4, 7, 9, 11, 12, 13, 14 y 15 se habla de disciplinable, investigado o interviniente. Particularmente, de manera técnica y precisa, se utiliza la expresión “sujeto” y no objeto, así como también la de “persona” en los artículos 11, 14 y 17, muestra irrefutable de los efectos normativos o de norma normata que tiene la Carta Política según sus artículos 4, 85 y 86, como también, por supuesto, los principios rectores de la ley disciplinaria en tanto y cuanto se constituyen en puente funcional que facilita la aplicación directa de la Constitución al proceso disciplinario.

²⁵³ Dignidad humana. Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.

²⁵⁴ Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

²⁵⁵ Prevalencia. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.

Las expresiones “conducta” y/o “comportamiento” que en sentido filosófico antropológico implican consciencia técnico-práctica y consciencia ético-práctica o valorativa, para los efectos tratados en la primera parte de este escrito, aparece utilizada en los artículos 2, 4, 9 y 10 de la Ley disciplinaria. Su correlativa de “destinatario” de la norma, que implica inexorablemente comunicación entre sujetos racionales de quien emite y quien recibe el mensaje normativo, da cuenta de un entendimiento posible y viable entre quienes mandan y obedecen en términos legítimos constitucionalmente hablando, al compás de lo dispuesto en los artículos 2, 6, 16, 95, 121, 122, 123, 118, 209 y 277 numeral 6º de la Carta Política.

Solo cuando se entiendan integradas dichas pautas constitucionales de legitimación puede afirmarse que se cumple con el debido proceso en los términos de los artículos 29 inciso 1º de la Carta Política y 12 inciso 1º²⁵⁶ de la Ley 1952 de 2019, como también con los fines esenciales de la ley disciplinaria en los términos demandados por el artículo 11²⁵⁷ de la misma.

Así, de manera integral y sistemática, plenamente contextualizadas, aparecen normas que desarrollan el principio de dignidad del

ser humano, mismas que se cristalizan en el principio rector de culpabilidad, según el cual:

Culpabilidad. En materia disciplinaria solo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad. Las conductas solo son sancionables a título de dolo o culpa. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

A ello apunta, como soporte de su existencia o inexistencia, el concepto de “responsabilidad disciplinaria” de que dan cuenta los artículos 10, 13 y 14 ibidem, puesto que, solo bajo tal perspectiva que trata al otro como sujeto dotado de inteligencia y razón es que puede hablarse que la sanción disciplinaria pueda cumplir con sus finalidades “preventiva y correctiva”, toda vez que si el sujeto disciplinable careciera de ella no tendría sentido alguno prevenir conductas futuras y mucho menos corregir conductas pasadas, razón por la cual se entiende como sujeto apto para el ejercicio de las funciones públicas (artículo 5) a quien tiene la calidad de imputable y resulta necesario y admisible la graduación de la falta y la sanción disciplinarias en consideración a las mismas, como se desprende de los artículos 6 y 31, especialmente cuando este último excluye la responsabilidad,

²⁵⁶ Debido proceso. El disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo que sea competente, quienes deberán actuar con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal...

²⁵⁷ Fines del proceso disciplinario. Las finalidades del proceso son la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en el intervienen.

Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. No habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando la conducta se realice:

1. Por fuerza mayor.
2. En caso fortuito.
3. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificio.
4. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
5. Para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, debido a la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
6. Por insuperable coacción ajena.
7. Por miedo insuperable.
8. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta

disciplinaria. Si el error fuere de hecho vencible, se sancionará la conducta a título de culpa, siempre que la falta admita tal modalidad. De ser vencible el error de derecho, se impondrá, cuando sea procedente, la sanción de destitución y las demás sanciones graduables se reducirán en la mitad. En los eventos de error acerca de los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad disciplinaria, se aplicaran, según el caso, los mismos efectos del error de hecho. Para estimar cumplida la conciencia de la ilicitud basta que el disciplinable haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo ilícito de su conducta.

9. En situación de inimputabilidad.

En tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente.

No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.

Capítulo 3.

Dolo y culpa como expresiones de la culpabilidad como principio. Su ubicación en la tipicidad

3.1. *El principio de culpabilidad*

La culpabilidad como principio o responsabilidad subjetiva es un asunto que concierne al tipo de responsabilidad que presupone la imposición de una sanción como censura a un individuo por su comportamiento evitable, en términos de control posible frente a alternativas de elección compatibles con el derecho, pese a lo cual se decide por el camino del ilícito sustancial disciplinario.

Deriva, de manera directa, del principio de dignidad humana en cuanto expresión de

las dimensiones de la conciencia técnico-práctica y ético-práctica o conciencia valorativa, donde el sujeto tiene en sus manos la dirección de su conducta bien sea en virtud de su previsión y/o planeamiento, individual o pluralmente conducida, con capacidad de seguir deberes jurídico-éticos y frente a su aptitud y actitud de exigibilidad propia.

Tal principio, como presupuesto de responsabilidad junto a otros derivados de la noción de tipicidad e ilicitud sustancial, en sus facetas objetivas, deriva de los artículos 14²⁵⁸ de la Ley 200 de 1995, 13²⁵⁹ de la Ley 734 de 2002 y 10²⁶⁰ de la Ley 1952 de 2019.

²⁵⁸ Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa.

²⁵⁹ Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa.

²⁶⁰ Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa.

Son, en esencia, normas muy similares y con consecuencias, podría afirmarse, homogéneas. El plus lo impone la Ley 1952 de 2019 al señalar que, como tiene que ser, de manera explícita se da cuenta de la proscripción de cualquier tipo de responsabilidad objetiva.

Contrario sensu a lo anterior, puede afirmarse, que no todo lo que se desprende de la responsabilidad subjetiva resulta punible, toda vez que aquello que pueda ser capitalizado en contra del procesado no resulta admisible, pues la presunción de inocencia se predica de lo que se encuentre regulado legalmente, no de aquello que pueda suponerse o aparezca implícitamente, habida cuenta que ello sería tanto como instaurar una analogía in malam partem en desatención del principio de legalidad demandado para la tipicidad subjetiva de la falta disciplinaria en los términos de los artículos 4 y 14 de la Ley 1952 de 2019.

3.2. Dolo y culpa como expresión del principio de culpabilidad y del principio de legalidad o determinación de la conducta punible

En efecto, el principio de legalidad se predica de la “conducta” al señalar que su objeto de regulación es el “comportamiento”, mismo que se expresa desde el punto de vista de la dignidad humana y la consciencia técnico-práctica desde perspectivas objetivas y

subjetivas como son la dirección, previsión y planeamiento, por supuesto por la subjetividad de la conducta plural de sujetos activos, lo que hace de la descripción un concepto complejo objetivo-subjetivo. Y no puede ser de otra manera, toda vez que, las expresiones “norma y destinatario” utilizada por las normas rectoras da cuenta de un proceso de comunicación con el emisor y creador de la legislación, revelando en la legalidad un mensaje, mismo que puede ser aceptado cualquiera sea la razón o desatendido en cuanto norma subjetiva de determinación, que muestra su desconocimiento direccional, en cuanto pauta de encauzamiento vía dolo o culpa, que son las formas o maneras subjetivas de oponerse a las expectativas normativas requeridas por el Estado.

Por ello el dolo y la culpa, en cuanto parte de la directiva de encauzamiento, hacen parte de la descripción típica y ante lo cual, en las leyes 200 de 1995 y 734 de 2002 resultaba un trabajo de elaboración doctrinal y/o jurisprudencial.

Ahora, de manera legalmente directa, expresa y explícita, los conceptos de dolo y culpa han recibido definición legal, esto es, se han sometido a su previa estimación, la cual ya no puede quedar en manos ni de la doctrina ni de la jurisprudencia, en cuanto se constituyen en elementos subjetivos-normativos del tipo de naturaleza jurídico-penal, ante los cuales solo queda atender lo que como tal ha sido definido por el legislador, so pena de desconocer el principio de legalidad, según claras y preclaras reglas de interpretación que obligan a realizar una hermenéutica restrictiva o

como mínimo literal conforme a la ley, en los términos de los artículos 27²⁶¹, 28²⁶² y 29²⁶³ del Código Civil.

En efecto, contrario a lo que sucedía en las leyes 200 de 1995 y 734 de 2002, la Ley 1952 de 2019 definió los conceptos de dolo y culpa y a ello debe atenerse el intérprete, so pena de abusar de sus funciones de intérprete y convertirse en legislador.

El artículo 28 definió al dolo como aquella situación fáctica-jurídica presente “cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización”. Esto es, integra al dolo i) un aspecto fáctico-descriptivo-cognoscitivo como lo es el conocimiento de los hechos; ii) un aspecto subjetivo-normativo como resulta ser el conocimiento de la ilicitud; y iii) un aspecto fáctico-descriptivo-voluntario como lo es la voluntad de actuar de conformidad con dicha dupla de conocimientos.

Lo primero que se observa es que, en la definición de dolo vinculante por el principio de

legalidad solo se comprende el dolo directo de primer grado y el dolo directo de segundo grado o de las consecuencias, quedando por fuera el dolo eventual, lo cual, sin duda alguna, no aparece hoy como punible. No es posible, para llenar este defecto omisivo, recurrir al principio de integración, pues debe atenderse la definición legal dada por el mismo código para los asuntos disciplinarios, pues de lo contrario se estaría dando aplicación a una analogía integradora in malam partem, prohibida constitucional y legalmente.

Otro aspecto censurable consiste en haber calificado el conocimiento de la ilicitud como requerible solo en grado de “real, actual y efectivo”, desde perspectiva psicologizante al igual que el conocimiento de los hechos, lo cual deja, en principio, por fuera el conocimiento eventual o potencial de la ilicitud.

Tal defecto, que viene de la reforma de 2019 fue en parte, fíjese bien en parte, corregida por la Ley 2094 de 2021 en el numeral 8º²⁶⁴ del artículo 31 modificado de la primera, al regular el error de derecho vencible, por

²⁶¹ Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

²⁶² Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.

²⁶³ Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso.

²⁶⁴ ...De ser vencible el error de derecho, se impondrá, cuando sea procedente, la sanción de destitución y las demás sanciones graduables se reducirán en la mitad... Para estimar cumplida la conciencia de la ilicitud basta que el disciplinable haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo ilícito de su conducta...

lo que la aparente contradicción solo resulta soluble en tal situación, no cuando ab initio se discute el tema de la consciencia eventual de la ilicitud sin mediar un error de derecho vencible, ante lo cual se impone la absolución, caso en el cual se rige totalmente por el artículo 28 referido.

En cuanto al error de hecho, su regulación resulta coherente sistemáticamente, sobre todo cuando incardina el error vencible con la regulación de sistema de imputación subjetiva del *numerus apertus*.

Pensamos que, el error en cuanto los presupuestos objetivos de una causal que exima de responsabilidad resulta redundante, pues tales errores son en esencia errores de hecho y como tal deben ser tratados. Podría pensarse que es posible y viable un error de derecho en cuanto algún elemento normativo de la causal que excluya la responsabilidad en el artículo 31 -por ejemplo, un error sobre el concepto de “mayor importancia” del numeral 3º; el concepto de “legítima” o “formalidad legal” del numeral 4º; en cuanto a las valoraciones de los términos “necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad” del numeral

5º; el concepto de “insuperable” de los numerales 6º y 7º-, reguladores de una causal de exclusión de responsabilidad, caso en el cual, por decisión propia del error especial tratado, a pesar de constituirse en un error de derecho deberá ser tratado como error de hecho vencible con las consecuencias igualmente de tal tipo de error, esto es, solo será punible si fuere admisible la imputación subjetiva imprudente vía sistema de *numerus apertus*.

La ley no distingue de manera expresa y explícita cuando resultan procedentes las modalidades dolosas y la culposas, solo afirma que se responde por dolo o culpa, lo que significa que se adoptó para esta subespecie del Derecho disciplinaria la técnica de imputación culposa conocida como de *numerus apertus*, donde es al fallador a quien finalmente corresponde determinar si es o no admisible la culpa, de conformidad con reglas lógicas y ontológicas del lenguaje, que permitan descifrar la teleología de los tipos disciplinarios.

Ello es asunto que resulta de imprescindible ocupación del juzgador, pues no se puede imputar culpa por virtud de un procedimiento residual²⁶⁵⁻²⁶⁶, esto es, si no

²⁶⁵ Por supuesto, son múltiples las sentencias del Consejo de Estado donde se ha afirmado la regencia de una teoría normativa de la imprudencia o culpa, dejando de lado históricamente a las llamadas por la doctrina “Concepciones de la imprudencia de naturaleza no normativa”, tales como las teorías intelectualista, del error, psicológico-voluntarista de la previsibilidad, sobre vicio de la inteligencia, sobre vicio de la voluntad y demás, donde la imprudencia o culpa era un minus respecto del dolo, algo conectado con el mismo en un estado de progresión, hoy absolutamente abandonado por la doctrina y la jurisprudencia, como se puede apreciar en cualquier libro moderno sobre la materia. Especialmente el procedimiento “residual” utilizado en la sentencia impugnada trata la culpa como un problema de error, decae la imputación subjetiva de “mayor a menor” como en la Edad Media: “si no había dolo por falta de prueba, habría culpa salvo que se demuestre por la defensa lo contrario”, forma también de *versari*: Para el efecto *mirentxu corcoy bidasolo*. El delito imprudente, Barcelona, PPU, 1989, pp. 44 y ss.

hay dolo hay culpa, lo cual es reminiscencia del viejo aforismo *versari in re illicita*, propiciador de la responsabilidad objetiva y quiebre moderno del principio de legalidad en el sistema de imputación imprudente *numerus apertus*, rechazado de manera contundente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional según sentencia SU-474 de 2020, donde se afirmó que “es de evidente claridad, que el imponer

consecuencias jurídicas desfavorables a un ciudadano, no puede apenas sí fundarse en una responsabilidad de simple corte *versarista*”, aquella referenciada como “*versari in re illicita, respondeat etiam pro casu*” (Fundamentos Jurídicos n.º 62 y 63)²⁶⁷.

Un procedimiento residual de imputación de la culpa o imprudencia, en un sistema donde impera la fórmula del *numerus aper-*

²⁶⁵ Hoy la culpa no es un problema exclusivo de la categoría dogmática de la tipicidad, que sí del principio de culpabilidad, donde lo relevante es la forma en que se ejecuta la acción y ya, posteriormente, recién se llegue a la culpabilidad se examine el juicio de reprochabilidad, lo cual ha aceptado con claridad la Corte Constitucional en múltiples sentencias, y muy especialmente, en el análisis del sistema de imputación de las faltas culposas denominado de “*numerus apertus*” que presenta por su existencia una particularidad o especificidad en la tipicidad y su diferencia con el tipo doloso, dejando claramente la esencia de la culpa frente al dolo, rechazando su mal pretendido minus, como lo ha hecho el sistema adoptado por el Derecho penal español antes de 1995, escenario donde se desarrolló el *numerus apertus*, y la concepción no “*Adjetivista*” sino “*Sustancialista*” de la culpa, como lo señala la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, para lo cual se puede consultar entre muchísimos texto además de corcoy bidasolo, a i) Serrano González De Murillo José Luis. *Teoría del delito imprudente*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991; ii) Joaquín Cuello Contreras. *Culpabilidad e imprudencia*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990; iii) Juan Bustos Ramírez. *El delito culposo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996; y, iv) muy especialmente sobre la culpa como “residual” del dolo, su estructura autónoma e independiente consultar Manuel Luzón Domingo. *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal. Con especial referencia a los delitos imprudentes* Tomos 1 y 2, Barcelona, Editorial Hispano-Europea, 1960, pp. 186 y ss, 288 del Volumen I. Para el sistema *numerus apertus* y la independencia y autonomía de la culpa ver Volumen II, pp. 62 y ss, 175 y ss; así como también a, dando cuenta de la naturaleza “sustancialista” del delito imprudente, ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO. *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1998, pp. 13 y ss. Afirma contundentemente la “estructura típica que tiene un contenido propio” del delito imprudente, Maximiliano A. Rusconi. “*Ilícito negligente contra la vida y tránsito vehicular*” en *Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho penal. Tráfico automotor, Actividad médica, Actividad deportiva, Actividad penitenciaria, Actividad policial*, JULIO B. MAIER (Compilador), Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 19.

²⁶⁷ Para el efecto cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “*Peligros de revivir el versari in re illicita por un inadecuado manejo del sistema de incriminación de la culpa numerus apertus*” en *Fundamentos del derecho disciplinario colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 229 y ss.

tus, implica echar mano de teorías no normativas de la culpa,²⁶⁸ como la derivada del error según puede verse en toda la doctrina, lo que implica desconocer que tan particular manera de acreditar la culpa solo es posible entenderla bajo la égida de una teoría normativa de la culpa, única admitida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, misma que ha señalado que el concepto de culpabilidad en Derecho Disciplinario no debe construirse a partir de conceptos provenientes del Derecho Penal, sino que debe hacerse de una manera autónoma e independiente a partir de criterios normativos.²⁶⁹

No sin razón se ha dicho, por supuesto desde la doctrina española sede del sistema *numerus apertus*, que “respecto al *versari in re illicita*, es una mayor y más grave vulneración del elemento culpabilidad, también, paradójicamente, debido a una inconsiderada valoración del acto inicial, que al ser libre e ilícito –aquí en la pérdida de investidura, sería la incursión en su tipo objetivo-, vincula nunc et semper a todos sus efectos. He aquí, pues, un principio idealista que, por defecto de encaje técnico, degenera en el más crudo materialismo²⁷⁰”.

El sistema de imputación de conductas imprudentes denominado de *numerus apertus* tiene origen español y allí habrá de buscarse su adecuado entendimiento²⁷¹, por ciertas complejidades que se echan de menos en los juicios disciplinarios, muy a pesar de que doctrina y jurisprudencia, especialmente la constitucional ha precisado sus reglas básicas.

Según el sistema *numerus apertus* de imputación culposa todo acto punible “puede ser cometido por imprudencia, salvo que lo impida su misma naturaleza”, esto es, se establece la punibilidad de la conducta culposa por vía general, “salvo aquellas excepciones en que la naturaleza conceptual del delito excluya de por sí el castigo de otra conducta que la dolosa”, de tal manera que el intérprete de la norma “ha de comenzar por la verificación de una tarea que en otros ordenamientos toma a cargo suyo el legislador, es decir, por establecer con exactitud si la ejecución imprudente se halla o no conminada con pena²⁷²”.

Para el efecto, se utilizan dos criterios, denominados i) posibilidad conceptual, donde

²⁶⁸ “... una forma de culpabilidad -culpa- que, por otra parte, se acuerda precisamente con la naturaleza normativa de la misma. El juez no crea la culpa o imprudencia *ex nihilo*, sino que, en presencia de un delito típico, a él aplica indistintamente, según un juicio de valor puro, la calificación dolosa o culposa” (Resaltado fuera de texto): Antonio Quintano Ripollés. Curso de Derecho Penal Tomo I, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1963, p. 294.

²⁶⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sala Primera Especial de Decisión, sentencia de febrero 19 de 2019, C.P. María Adriana Marín, radicación No 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) [11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00] [acumulados].

²⁷⁰ Cfr. Quintano Ripollés, Curso de Derecho Penal Tomo I, ob.cit, p. 268.

²⁷¹ Quintano Ripollés, Curso de Derecho Penal Tomo I, ob.cit, pp. 293 y ss.

²⁷² Ángel Torío López. “Sobre los límites de la ejecución por imprudencia” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo 25, Fasc./mes 1, 1972, pp. 56 y 57.

lo relevante “permanece en el plano pre jurídico de la lógica formal, con el fin de averiguar si existe o no contradicción lógica en su admisibilidad”; y, ii) posibilidad jurídica, sobre la “incriminación efectiva de la acción imprudente de que se trate”, teniendo como presupuesto lo establecido en la práctica jurídica de doctrina y jurisprudencia²⁷³.

Se descarta la viabilidad de imputar a título de culpa por “posibilidad conceptual”, obrando dichos eventos en una “función obstructora de la comisión por imprudencia” de acuerdo con las figuras específicas y en concreto, en aquellos casos en que i) la descripción de la conducta refiera mención de expresiones incompatibles con la culpa como fabricar, fingimiento y en general, verbos de tendencia o, como afirman algunos de manera bastante cruda, donde estemos ante punibles que “re ipsa in se dolus habent”, esto es, cuando se hace “referencia a la existencia de palabras indicativas de una actividad final en la propia área del tipo”; ii) contengan elementos subjetivos del tipo o injusto o ciertas “actitudes anímicas” como “deliberada” o “inhumanamente”; iii) tipos que contengan el dolo como mención expresa o implícita en su descripción como “de propósito”, “a sabiendas”, “maliciosamente” y semejantes, donde la ley resalta expresamente el dolo y “esa mención ... suele coincidir con la voluntad legal de poner únicamente bajo pena la ejecución dolosa”; iv) donde se reclame un

reduplicación del dolo; y, v) en atención al interés o al bien jurídico protegido, caso de la llamada “posibilidad jurídica”.²⁷⁴

En cuanto a la imprudencia, al regularse de manera expresa la culpa con representación y la culpa sin representación, se pone fin a la discusión acerca de que la primera hace parte del dolo como conocimiento, lo que, por supuesto no es discutible en el nuevo código disciplinario, en cuanto y tanto existe regulación expresa y a ella debemos atenernos, de allí que resultan cuestionables hoy en día decisiones correctas del pasado donde se sancionó con dolo por el conocimiento de los hechos sin presencia de la voluntad por razones de aplicación del principio de favorabilidad, según la jurisprudencia vigente para la época de los hechos y el momento de la imposición de la sanción, lo cual por supuesto, era viable jurídicamente n tanto las leyes 200 de 1995 y 734 de 2002 no definían en qué consistía el dolo. La culpa consciente o con representación es culpa y, por virtud del principio de favorabilidad, aquellos eventos en los cuales se hubiese apreciado, y así tiene que reconocerse, en cuanto si opera la favorabilidad de la jurisprudencia sobre la jurisprudencia también, a fortiori, la favorabilidad de la ley sobre la jurisprudencia (artículos 8 y 238 C numeral 8º de la Ley 1952 de 2019, con la modificación introducida por el artículo 56²⁷⁵ de la Ley 2094 de 2021).

²⁷³ Torío López, ob.cit, p. 58.

²⁷⁴ Torío López, pp. 60 y ss.

²⁷⁵ Causales de revisión. Son causales de revisión [...] 8. Cuando por precedente de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado se modifique favorablemente el criterio en el que se fundamentó la decisión recurrida.

Preocupa de verdad, el que la consciencia de la ilicitud se hubiese tratado como un elemento del dolo, según el artículo 28 de la Ley 1952 de 2019 muy a pesar de la corrección que trató de implementarse, habida cuenta que ello significa que existirán problemas graves en cuanto al reconocimiento de error de derecho en el ámbito de las faltas culposas, a menos que se eche mano de una interpretación analógica in bonam partem con aplicación, por integración, del artículo 6 del Código Penal.

Aquí los errores son más significativos, se cambió la expresión grado de culpabilidad, pare referirse al dolo y a la culpa, por formas de culpabilidad (artículo 47 numeral 1º de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 8 de la Ley 2094 de 2021) con el fin de encorsetar al dolo y a la culpa en la categoría dogmática de la culpabilidad, expresión propia de una dogmática que desapareció hace más de 120 años y de la cual algunos tóricos dicen que nunca existió o fue flor de un día, no aprendiendo de los errores del pasado, lo que podría conllevar a negar el error de derecho en materias culposas, pues no existiría elementos comunes entre dolo y culpa en el ámbito de la culpabilidad por ser formas de culpabilidad sin otros elementos diferentes a los que los constituyen de manera expresa a cada uno.

El principio de culpabilidad impone, necesariamente, que el dolo y la culpa se constituyan en elementos imprescindibles para constatar la existencia de la responsabilidad disciplinaria. Empero, definir la culpabilidad como principio a partir del dolo es un grave error, tal como lo que sucedió con la redacción del artículo 28, en el cual primó

una vetusta visión de la culpabilidad como categoría dogmática, olvidando que hoy, por imperio de la regencia de la norma subjetiva de determinación como configuradora del ilícito disciplinario, las maneras en que se infringe la norma como son el dolo y la culpa integran el principio de legalidad y su categoría dogmática de la tipicidad.

Se legalizó, en consecuencia, un grave error dogmático (artículo 28 de la Ley 1952 de 2019). Las consecuencias tiene que correrlas el Estado, por ello, ante el imperio de las definiciones legales, el dolo eventual no fue regulado expresamente y al existir definición legal no puede constatarse vacío legislativo, de tal manera que aplicar el principio de integración con el Código Penal, además de ser un exabrupto sistemático, pues en este el dolo pertenece al tipo y en el disciplinario a la culpabilidad (artículo 22 de la Ley 599 de 2000), sería tanto como hacer analogía in malam partem prohibida por la seguridad jurídica y legalidad constitucional, amén de lo dicho por la jurisprudencia constitucional y de la jurisdicción administrativa como ya se señaló.

También, tales errores deben capitalizarse en favor de la libertad y pro homine, de tal manera que la operatividad de la consciencia potencial de la ilicitud solo tiene cabida de manera expresa para el tratamiento del error vencible de derecho, como se desprende del numeral 8º del artículo 31 de la Ley 2094 de 2021. En consecuencia, si la constatación de la existencia de una consciencia potencial de la ilicitud no resulta derivada de un error vencible de derecho, sino directamente de la valoración respectiva de la consciencia de la ilicitud, la conducta debe

declararse no sujeta a culpabilidad, pues aquí rige la norma general sobre la norma especial, esto es, lo dispuesto en el artículo 28 vía abstracta y genérica sobre lo regulado de manera especial y específica vía concreta por el artículo 31 numeral 8º para efectos del error vencible de derecho.

Ahora, los problemas que pueda suscitar la existencia de un error de derecho, vencible o invencible en materia de faltas culposas si bien no tiene solución legal en cuanto la consciencia de la ilicitud solo se reguló para el dolo por el artículo 28 y todo indica que para tal forma de imputación subjetiva

se diseñó el error de derecho de manera exclusiva según la interpretación literal y sistemática al correlacionarse con el artículo 32 numeral 8º, nada impide, por efecto de la aceptación y mandato de aplicación de la analogía in bonam partem que se aplique tal regulación a las faltas culposas, ahí sí con correcta aplicación de la integración frente a vacíos legislativos por virtud de autorización del artículo 22 de la Ley 1952 de 2019 en armonía con el artículo 6 del Código Penal y la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa sobre la materia, antes señalada.

REFERENCIAS

- Alegre Martínez Miguel Ángel. La dignidad de la persona. Universidad de León, 1996.
- Barbosa Castillo Gerardo & Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Bien jurídico y derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Benda, Ernesto. El Estado social de derecho, en Manual de Derecho Constitucional. Madrid, Marcial Pons, 1996.
- Bustos Ramírez Juan. El delito culposo. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Choclán Montalvo Antonio. Deber de cuidado y delito imprudente. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1998.
- Corcoy Bidasolo Mirentxu. El delito imprudente. Barcelona, PPU, 1989.
- Cuello Contreras Joaquín. Culpabilidad e imprudencia. Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.
- Fernández Segado, Francisco. La dignidad de la persona como fundamento de sus derechos. Revista de Derecho Público, edición n.º 6. Universidad de los Andes, 1996.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Crítica Disciplinaria. A propósito de la reforma. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de Derecho Penal. En Revista Derecho Penal y Criminología, volumen 32 n.º 93, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Neuroderecho Penal y disciplinario: Conducta humana, consciencia de la ilicitud y reproche jurídico-social. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Peligros de revivir el ver-
- sari in re illicita por un inadecuado manejo del sistema de incriminación de la culpa *numerus apertus*. En Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo & Gutiérrez De Piñeres Botero Carolina. Neurociencias y derecho: reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- González Pérez, Jesús. La dignidad de la persona. Madrid, Civitas, 1986.
- Kindhäuser Urs & Mañalich Juan Pablo. Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Montevideo, B de F, 2011.
- Luzón Domingo Manuel. Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal. Con especial referencia a los delitos imprudentes, Tomos 1 y 2. Barcelona, Editorial Hispano-Europea, 1960.
- Quintano Ripollés Antonio. Curso de Derecho Penal, tomo I. Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1963.
- Rusconi Maximiliano A. Ilícito negligente contra la vida y tránsito vehicular” en Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal. Tráfico automotor, Actividad médica, Actividad deportiva, Actividad penitenciaria, Actividad policial, Julio B. Maier [Compilador], Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte general. Barcelona, Reppertor, 2006.
- Serrano González De Murillo José Luis. Teoría del delito imprudente. Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.
- Velásquez Velásquez Fernando. Derecho Penal. Parte general. Bogotá, Temis, 1995.

SEXTO ESTUDIO

*Don Florentino González, primer procurador
General de Colombia: un inicio al estudio del
Derecho Disciplinario**

* En coautoría con Mario Felipe Daza Pérez

INTRODUCCIÓN

Lo que se tratará de explicar en este ensayo será la simbiosis existente entre el nacimiento de la Procuraduría General de la Nación y su desarrollo histórico, no solo en cuanto a los inicios que dio el libertador Simón Bolívar a este estudio, sino también a los visos dados por el denominado “segundo libertador”, don Florentino González, a la materia. Se puede decir que desde que regentó este último al organismo de control permitió el “florecimiento del Derecho Disciplinario en Colombia” desde la “Ciencia de policía”, permitiendo la introducción de los pininos de la dogmática en esta especie del Derecho Sancionatorio.

El antecedente más importante de la creación del “Ministerio Público” en Colombia, seguramente se remonta en el concepto a la propuesta que ante el Congreso de Angostura formuló Simón Bolívar en 1819, que bien fue bosquejado como un inicio de un “poder moral”, siguiendo así los pasos del “Areópago Griego²⁷⁶”, esto, a fin de que ejerciera autoridad plena e independiente sobre las “costum-

bres públicas²⁷⁷” de los que hoy conocemos como “deberes funcionales” derivados de los servidores públicos y particulares.

Y el mismo resultaba clave en el pensamiento de Bolívar, existía en su mente una preocupación honda por garantizar los derechos humanos, recuérdese que hacía poco Santander había traducido la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa, lo que se conectaba como una ecuación ineludible e inexorable con la institución del “Órgano de Control”, preocupación fundada en los nefastos ejemplos del absolutismo que combatía, que no se materializó en la Constitución de Cúcuta de 1821 pero sí en la Boliviana de 1826¹⁷⁸.

La educación debía preparar al ciudadano del futuro en democracia y civilidad, pues esto como presupuesto del buen ejercicio de la libertad, si la misma no surge de la naturaleza, debe fomentarse por la enseñanza. La institución encargada del asunto era la Cámara de Educación del Areópago, misma que, como

²⁷⁶ Tribunal Supremo de la Antigua Atenas, conocido como “boulé”.

²⁷⁷ Lo llamaríamos hoy como “ética juridizada”.

²⁷⁸ Cfr. Alberto Ramos Garbiras & Héctor Alonso Moreno Parra. Bolívar y el constitucionalismo, Cali, Universidad Libre-Academia de Historia del Valle del Cauca, 2006, pp. 28, 29, 60 y ss, 71.

se refieren los conocedores del tema prácticamente se asociaba de forma necesaria con el Poder Judicial y cuya institucionalización aseguraba el establecimiento de una política pública en educación “ante la profunda falta de escolaridad de las gentes de la colonia”, pues los tres siglos de colonización española fueron aprovechados para inculcar a los americanos la cultura de la colonización y su funcionamiento, lo que por demás era patrocinado por la Iglesia Católica²⁷⁹.

Como se puede apreciar, resulta claro que la interpretación y construcción del Derecho Disciplinario en Colombia no puede hacerse invocando la doctrina europea que lo deriva de las potestades exorbitantes o potestades domésticas derivadas del poder de corrección que tienen los cuadros jerárquicos superiores de la administración pública sobre sus servidores, lo que origina un Derecho Disciplinario del control interno, muy diferente al *sui generis* colombiano, cuyo origen es directa e inmediatamente constitucional, desarrollándose así en diferentes constituciones políticas desde 1930 hasta 1963, con algunas omisiones muy puntuales, pero en general amparándose directamente en la norma superior, lo que revela un Derecho Disciplinario del Control Externo y diferido a una autoridad diferente a aquella titular de la Administración y jefe directo del disciplinado, con visos de mayor autonomía e independencia, pues se concibe tal modelo muy colombiano bien como

parte de un órgano adscrito al ejecutivo, directamente al Presidente de la República, pero con total independencia funcional y exento de los controles jerárquicos y de tutela propios del Derecho Administrativo o a un órgano que sin ser judicialmente orgánico, si ostenta funciones judiciales como órgano de control autónomo e independiente, como lo fue la propuesta del Areópago y hoy la Procuraduría general de la Nación según el esquema constitucional de que dan cuenta los artículos 113, 116, 118, 275, 277 y 278 de la Carta Política de 1991.

El Control Interno se ocupa de corregir las pequeñas irregularidades administrativas y las faltas consideradas culposas, el control externo se revela como encargado de infracciones de mucho mayor envergadura, atentados contra la democracia, la moralidad pública y el patrimonio estatal, ya no en el concierto del valor constitucional legalidad-eficiencia, sino en el de transparencia-moralidad, que comporta la asunción de competencias de infracciones de alto monto y realizadas principalmente con dolo.

Así se deriva de este estudio, sobre todo del primer procurador General de la Nación elegido popularmente, lo que destacó la necesidad de independencia del Poder Ejecutivo, que se consolidó cuando se calificó a la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo e independiente por la Carta Política de 1991.

²⁷⁹ Cfr. Ramos Garbiras & Moreno Parra, *ob.cit*, pp. 66, 67 y ss, 88 y ss, 160 y ss.

Pero, además, don Florentino González fue un excelso ius publicista, dedicado a la Ciencia de la Administración y a la Ciencia Constitucional cuando todavía no se había declarado explícitamente la existencia del Derecho Administrativo, a partir de los dos primeros se explicaba un órgano de control por fuera del esquema jerárquico-administrativo al cual pertenecían los destinatarios de las normas disciplinarias, esto es, los súbditos del poder, lo que ubica nuestra historia institucional por la senda de la democracia y el liberalismo que racionaliza el ejercicio del poder, separando la posibilidad que el jefe inmediato como representante del sujeto ofendido con la falta disciplinaria, oficie al mismo tiempo como parte, investigador, juez y sentenciador, historia que muy bien nutre el giro copernicano sufrido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la sentencia de julio 8 de 2020, caso Gustavo Petro vs. Colombia, donde se separan claramente los roles procesales y por supuesto los sujetos activo y pasivo de la acción, respecto de los vinculados por la relación jurídico-sustancial afectado y ofensor en la falta disciplinaria.

Fue, materialmente hablando, quien desmitificó en el escenario internacional y del derecho comparado la idea de que el Derecho Disciplinario era asunto para investigar como mucho, mandos medios, pues lo general indicaba los cuadros del nivel más bajo de la administración, llevando a cabo investigaciones contra ministros y generales del Ejército, a partir de lo cual se develó que no solo sus destinatarios son los de “ruana”.

Si no conocemos la historia y sus hacedores, tampoco vamos a entender la esencia de nuestras instituciones, pues la tradición de importar acríticamente las instituciones foráneas nos priva de nuestra propia identidad y ni siquiera nosotros tenemos consciencia de que el sentido de lo que hoy tenemos se lo debemos a nuestros antepasados como Florentino González, reconocido como el padre de la Ciencia de la Administración en Latinoamérica, pero desconocido totalmente en Colombia. Quien no sabe la historia no tiene capacidad de entender el presente y pergeñar el futuro institucional.

Capítulo 1.

Vida y obra

Conocido desde su nacimiento como José Nazario Florentino González Vargas (en 1805), casado con Bernardina Ibáñez “la Melindrosa”, se destacó como un intelectual colombiano de origen santandereano nacido en Cincelada, defensor a ultranza de los pensamientos radicales de la época liberal (Olimpo), este, basó sus ideas e improntas en el liberalismo económico, político y jurídico, exactamente en el constitucionalismo y en la Ciencia Administrativa la cual introdujo a la Nación²⁸⁰.

En gracia de tener varias profesiones u oficios, entre ellas: hacendista, economista, difusor, periodista, licenciado en jurisprudencia, catedrático (...), fue uno de los baluartes de los desarrollos de su país y de la región entre ellos el de destacarse por ser el “primer procurador General de la Nación²⁸¹ elegido

popularmente”, por ello no resulta extraño que sus ideas hayan sido de importancia directa para el desarrollo jurídico, sobre todo para la dogmática actual del derecho sancionatorio, entre ellos el disciplinario.

Don Florentino González en la historia se consideraba como el “segundo libertador”, si bien sus planteamientos iban en la misma línea de las ideas de Bolívar, era su contradictor²⁸², de hecho, su inclinación se volcaba hacia las nociones predicadas de Santander. Demostró su importancia desde un inicio por la “batalla de las ideas” en la región donde creció, esto es, en Cincelada (Santander).

De esto puede dar fe su exilio, cuando participó en el atentado contra el “primer libertador”, de allí que se pueda decir que después de su regreso se perpetraría un se-

²⁸⁰ Cfr. Florentino González. Estudios políticos, jurídicos y económicos, Instituto Colombiano de Cultura, 1981.

²⁸¹ Bien este decía: “Si yo estoy en el error, si mis ideas no contienen el remedio para nuestros males, la culpa será de mi limitada inteligencia; pero no de falta de patriotismo y de buenos deseos por la felicidad de mi país”.

gundo atentado pero en contra, ideado por los mismos “empresarios” (conocidos como “artesanos” –en defensa del proteccionismo-) en contraste del entonces capitalismo liberal defendido por este en 1853), precisamente por ser consecuente con sus pensamientos liberales en favor del libre mercado, como se singularizó a quienes integraron el radicalismo liberal (Olimpo) de quienes mantuvieron la vanguardia de los principios federalistas, entre ellos Juan José Nieto, ex presidente costeño nacido en Baranoa (Atlántico), José María Samper, Felipe Pérez, Santiago Pérez, Cerbeleón Pinzón, Aquileo Parra, Murillo Toro, Hinestroza Daza, Pinzón Warlostén, Camacho Roldán²⁸³ (...) -este último propuesto por los liberales para ser su reemplazo como primer procurador General de Colombia.

Don Florentino González, después de ser condenado a muerte, regresó rápidamente en el tiempo de 1841 a 1845 en el que estuvo en París, lugar, donde adelantó estudios de derecho público y ciencias económicas, en favor de su pensamiento proanglosajón, ideas que servirían para marcar los derroteros en el desarrollo del Ministerio Público en Colombia (luego conocido como “Procuraduría General de la Nación”).

Podemos decir que muchos son los aciertos de este intelectual, como padre fundador de

la Administración Pública en Colombia y en América (sobre todo en Argentina, cátedra que regentó en la Universidad de Buenos Aires), y por supuesto de la “ciencia de policía”, acicate que sirvió como base en pro del desarrollo jurídico alemán para la creación del Ministerio Público (dentro de las funciones disciplinarias). Por eso, digamos que fue este el primero en introducir esta materia, todo este sustento sirvió luego para el Derecho Administrativo como primer estudioso del tema en la nación, del cual impregnaría y transformaría su análisis dogmático volcado desde la senda de la Procuraduría General de la Nación, con el denominado “Derecho Disciplinario” que bien aplicó profundamente en la práctica, ante la acusación²⁸⁴ realizada en la Corte Suprema de Justicia en contra del General Obando por el golpe de Estado del General Melo.

Estamos claros en determinar que el Derecho Disciplinario no existía para la época, pero no era óbice para que desde el derecho constitucional²⁸⁵ (de hecho este fue el primero en crear la cátedra en la Universidad de Buenos Aires en Argentina) se comenzara a plantear el fenómeno de la creación del Ministerio Público, por ello que fuera el primero en elegirse democráticamente como procurador General de la Nación en Colombia durante el período de 1855 a 1859, institución que se introdujo gracias a

²⁸³ Cfr. “El ideario Federalista”.

²⁸⁴ Desde este ejemplo podemos conseguir los efectos de una “separación de roles” en materia sancionatoria.

²⁸⁵ Cfr. Florentino González. Lecciones de Derecho Constitucional, París-México, Librería de CH Bouret, 1879.

la influencia anglosajona (principalmente con el estudio de Locke y Tocqueville -a pesar de ser este último de origen galo) y bien no como muchos abogados creen que fue con la “irradiación del derecho francés”²⁸⁶.

Como docente de las materias de derecho constitucional, “Ciencia administrativa” y derecho internacional en el periodo de 1833 a 1839 se mostró como un intelectual activo, esto llevó a que su disciplina en el estudio económico, político y jurídico sobre todo lo mejorará con sus viajes a Europa, de allí de su impronta libertaria y paleo en sus tradiciones cristianas, las cuales coincidieron desde este enfoque con el pensamiento de Bolívar en cuanto a la creación de un “Areópago” que sirviera de puente entre el Estado y la comunidad, en pro de su protección, de allí el nacimiento de una “Procuraduría General de la Nación”.

No fue en vano que el liberal radical Tomás Cipriano de Mosquera lo haya designado en ese entonces como Secretario de Hacienda (partido liberal), así “promoviendo la eliminación de cualquier talanquera al mercado”. De esto, que se haya proclamado como: “librecambista” -gólgotas- en oposición a los “proteccionistas” que bien era la posición de los mismos artesanos (comerciantes) de Bogotá -draconianos-²⁸⁷, de allí que se haya perpetrado un atentado en

su contra, por no ser cambiante en cuanto a sus ideas (defensor a ultranza), esto es, por ser un ferviente protector de sus pensamientos liberales, entre ellos, sobre la importancia que era para la sociedad la creación de una Procuraduría General de la Nación.

De lo anterior se puede predicar entonces, recalando, que fue un liberal radical desde la órbita de los gólgotas, en contraposición de los draconianos de la cual sirvió por supuesto para tener una dura presencia en su estancia en la Procuraduría General de la Nación, como el primero de sus regentes. En 1850 fue candidato por los primeros Tomás Herrera y por los segundos José María Obando, quien recibió apoyo de los artesanos (los que ahora llamamos “corporativistas”).

De los actuales miembros del Partido Liberal colombiano se puede decir que se identifican como draconianos (o más bien como disidentes) y no como gólgotas (extinguidos). Esto porque están de acuerdo con el “proteccionismo”, siendo no otra cosa que la de proteger a las industrias nacionales por encima del libre comercio. Esto nos lleva a pensar que la cuestión no está solo en defender los intereses de los artesanos (industria nacional) ni de los “grandes capitalistas” (industria extranjera) sino la proteger el libre comercio, indistintamente sea de aquí o de allá, es decir los intereses de la sociedad,

²⁸⁶ Miguel Malagón Pinzón. El pensamiento administrativo sobre el Ministerio Público en Colombia e Hispanoamérica, Universidad Externado de Colombia, 2017.

²⁸⁷ Comentaba: “Mi fe en la libertad es incontestable; ella me tendrá siempre en las filas de sus verdaderos defensores, de los que la defiendan como uno de los medios imprescindibles de proporcionar a una sociedad política el más alto grado de civilización”.

idea que, por supuesto iba como protector de la comunidad, en este caso como procurador General de la Nación.

De las obras más emblemáticas del “primer procurador General de Colombia elegido popularmente”, se pueden rescatar: Elementos de ciencia administrativa, A la imparcialidad y a la Justicia, Uti possidetis de 1810, Lecciones de derecho constitucional, Ensayo sobre la situación actual de los estados colombianos y El programa radical y el orden social.

Se puede decir que su tarea de escritor comenzó en 1827, en el periódico El Conductor y El Diario, que bien dirigía Vicente Azuero. Fue fundador en 1848 del primer periódico El Siglo, El Cachaco, El Correo, editorializa en El Tiempo y luego, en El Mercurio de Valparaíso. En 1833 lo eligieron, por el Socorro, Representante al Congreso. En 1839 lo designaron rector de la Universidad Central, cargo que no ocupó por incompatibilidad con su posición parlamentaria. Como reacción, renunció a su cátedra de Derecho Constitucional. En 1848 fue candidato a la Presidencia de la República²⁸⁸.

González fue un hito entre la generación liberal de la década de los veinte de ese siglo, fundadora de la República, y la de los

liberales radicales de mediados de siglo, ideólogos de los cambios de la nación insignia que comenzó desde que gestó como procurador General de la Nación; siendo uno de los principales artífices de las reformas políticas liberales, tanto en el ámbito económico como en lo político, introdujo el concepto de “Democracia en América”, que leyó en 1837, se opuso sistemáticamente al centralismo político y administrativo, fue partidario del federalismo para resguardar el Estado de los embates personalistas de los gobernantes e introdujo algunos de los principios del libre cambio y el libre comercio en la vida económica del país²⁸⁹.

El “segundo libertador” y “primer procurador General de Colombia” elegido popularmente, fue el contradictor de hombres corrompidos y perniciosos, que levantó del polvo y de la nada a la alta clase de coroneles y generales en contra de la corrupción que hoy combate el organismo de control de la Procuraduría General de la Nación, esto, para que, viviendo del tesoro público, le sirvieran de apoyo para sus planes liberticidas, que querían controlar la fuerza de los caudillos²⁹⁰, y sobre todo en la búsqueda y la defensa férrea de la República, quienes impulsaron y dieron forma a la Constitución de 1863, que consagra la libertad de conciencia, de culto, de imprenta, de empresa,

²⁸⁸ Cfr. Biografía de Florentino González escrita por Otto Morales Benítez en la Revista Cerdencial Historia N.º 9.

²⁸⁹ Cfr. Carlos Mouchet. Florentino González un Jurista de América: sus ideas sobre el régimen municipal, Journal of Inter-American Studies, [Vol. 2, Jan. 1960], pp. 83-101.

²⁹⁰ Cfr. Florentino González. Herencia que nos ha legado el difunto libertador. El Cachaco de Bogotá No. 1, agosto 1º de 1833, p. 42.

un sistema educativo laico y obligatorio, la minimización del ejército y la implementación de mecanismos para supeditar la Iglesia al Estado, como también la acusación de servidores públicos (reforma liberal disciplinaria) de la cual hoy se quiere desde el plano sancionatorio, en últimas o resumen, se puede decir que fue uno de las más sobresalientes constitucionalistas y administrativistas de Sur América durante su época.

Don Florentino González fue con certeza el primer latinoamericano en ocuparse del tema de la administración pública, y el primer doctrinante de Derecho Administrativo en Colombia que bien, “sin querer queriendo”, haría una tarea grande en materia disciplinaria en cuanto al acogimiento de los antecedentes de la actual dogmática y su construcción desde la órbita del derecho sancionatorio, por la introducción que hizo en Colombia de la “Ciencia de policía”, tema que sirvió para sentar las bases de la “relaciones especiales de sujeción en el Derecho Disciplinario”.

Por supuesto esto no fue fácil, todo este planteamiento se debió a su roce que tuvo con pensamientos anglosajones en su estadía en Europa. De hecho, a pesar de tener una predominancia por lo anglosajón, los franceses Jean Bonnin, Benjamín Constant y Alexis de Tocqueville fueron los autores

que marcaron la obra de don Florentino González en lo atinente a la estructura de la Administración Pública (de la cual hoy coincidiría con la introducción del Ministerio Público en Colombia) y de la obra de Stuart Mill, la cual sirvió como propósito para la labor cumplida desde la Procuraduría General de la Nación, lo cual afirmó que el gobierno representativo está escrito en inglés no en francés, por la cual su institucionalización podemos decir que es de origen de este primer sistema y no del segundo, idioma precisamente donde se han estudiado estos fenómenos.

Don Florentino González después de su cuarto viaje a Europa, donde viene instruido por ideas anglosajonas, entre ellas las de Locke, fue víctima de un atentado el 8 de junio de 1853, en el año posterior fue elegido procurador General de la Nación el 6 de febrero de 1854 por voto popular y solo el 12 de febrero de 1855 pudo posesionarse debido al golpe de Melo hasta septiembre de 1858, que recordamos utilizó su cargo para “acusar” al General Obando ante la Corte Suprema de Justicia por la responsabilidad al Golpe de Estado²⁹¹.

Siguiendo al profesor Miguel Malagón, vale la pena resaltar que esta competencia esbozada por Florentino era de instrucción, teniendo la facultad de juzgamiento para ese

²⁹¹ Este relato se puede leer en su cronología de vida y obra del texto: Escritos políticos, jurídicos y económicos pp. 752-754

entonces la Corte Suprema, tal cual como se plantea desde ya en la Ley 2094 de 2021, y con el planteamiento que nos trae la sentencia *Petro Urrego vs. Colombia* para las funciones disciplinarias de separación de roles²⁹².

Una vez retirado del cargo en el cual duró más de tres (3) años, fue elegido su sucesor, como segundo procurador General de Colombia, el doctor Bartolomé Calvo en 1859, derrotando al candidato liberal Camacho Roldan. Una vez posesionado designa como procurador Especial para la Defensa del Fisco a don Florentino González, esto, por la campaña jurídica en contra de la Nación que llevaba la empresa Ferrocarril Panamá.

El pensador santandereano recalcó el valor del libre comercio, la separación de Estado e iglesia, libre porte de armas, la elección del poder judicial, minimización de las fuerzas militares, y una defensa del constitucionalismo liberal, por ello, que se dijera que era seguidor de la escuela liberal clásica inglesa (en todos sus sentidos), bien como este redacta en solución a una mejoría a las políticas sociales del país: “quien tiene fe en las verdades de la economía política, tiene fe en la libertad”.

Contrario a las ideas de comunistas de Blanc, Cabot y Proudhon, a quienes les llamó enemigos de la República, de la cual se

podría decir que iría en contra precisamente del sustento de la Procuraduría General de la Nación misma.

Podemos seguir mencionando autores y que inclusive analizó (cuando vivió en Argentina) entre ellos Federico Grimke, James Madison, John Locke, Charles Montesquieu (decía este que la separación de poderes se consigue con “la felicidad publica”). Don Florentino González elogia mucho a los padres fundadores, traduce y publica los textos: *El gobierno representativo* (1865) y *Naturaleza y tendencia de las instituciones libres* (1870), de la cual sirvió como amarre para darle sustento a la creación de este organismo de control externo, conocido en Colombia como Procuraduría General de la Nación.

El santandereano fue el único autor de la época, que en su libro: *Los Elementos de Ciencia Administrativa*, nos da un concepto propio de administración pública, a saber: “Es la acción de las autoridades sobre los intereses y negocios sociales, que tengan el carácter de públicos, ejercida conforme a las reglas que se hayan establecido en una nación para manejarlas”, este concepto refleja la influencia que el libro del francés Jean Bonnin tuvo en él: *Principios de administración pública*.

²⁹² Exactamente se puede ver el Alegato del procurador General de la Nación en la causa seguida al ciudadano presidente de la Nueva Granada, José María Obando ante la Corte Suprema de Justicia, por traición y rebelión, [Bogotá, imp. El Neogranadino] p.29 [documento del 19 de marzo de 1855].

Hay que aclarar que el autor no quiere un sistema federal semejante como el de Estados Unidos, pero sí un acercamiento en el fortalecimiento del poder municipal, como bien ahora se hace con las Personerías Municipales o Distritales y que regentan legalmente las Oficinas de Control Disciplinario Interno (OCDI); por lo que se puede expresar que este sustentaba un “sistema intermedio” del cual estaba de acuerdo que no concentrara los poderes desde la parte central, tal como se destacó luego en el aspecto disciplinario desde los diferentes organismos de control.

Lo que debemos tener claro entonces, es que la disciplina de la ciencia de la administración pública, si bien se debe a Charles-Jean Bonin, sin embargo, la nueva temática también se aplicó en el régimen republicano en Colombia por don Florentino González, especialmente con la “Ciencia de policía”, tal como lo hizo Stein en Alemania, pero que luego fue desarrollado en la parte administrativa para la creación de la Procuraduría General de la Nación con el primer libertador Simón Bolívar, pero ejecutada por el llamado “segundo libertador”.

Capítulo 2.

Un inicio al estudio del Derecho Disciplinario

Si fue la influencia anglosajona (en especial la doctrina alemana) de la que fue expuesta desde un principio de este ensayo como un inicio de la creación y sustento de la Procuraduría General de la Nación, desde que don Florentino González fue elegido democráticamente como primer regente del organismo de control referenciado, se puede decir que fue este el referente en el tema del Ministerio Público (conocido en el sistema common law como “Solicitor”) para llevar a cabo la estructuración del estudio del Derecho Disciplinario en Colombia a partir de la “Ciencia de policía” y los “elementos administrativos”, siendo estos andamiaje los seguidos también, según lo que explica el profesor Miguel Malagón²⁹⁴, en cuanto al pronunciamiento de la Ley del 24 de septiembre de 1789 en Estados Unidos, y anteriormente con la ordenanza dictada por el Rey Felipe el Hermoso en el

año de 1302; cuando precisamente estos últimos actuaban como: “agentes del monarca en la Corte”.

En resumen, notamos que en Francia (como se cree) no se da lo que conocemos como “Ministerio Público”, sino que anterior a ello, vemos su existencia en las colonias españolas, que bien estos últimos tomaron a su vez, por la idea de la “Ciencia de policía” que bien fue introducida por Florentino González en Colombia, conforme a sus estudios en Europa, representados por unos “agentes” que hoy llamamos “procuradores” o “personeros”, creación de raigambre constitucional para nuestro propósito (a diferencia del control disciplinario interno- OCDI, que es de creación legal), fundamenta el inicio del estudio del Derecho Disciplinario la cual marca una im-

²⁹⁴ Cfr. Malagón Pinzón. El pensamiento administrativo sobre el Ministerio Público en Colombia e Hispanoamérica, ob.cit.

pronta netamente anglosajona, exactamente alemana, nacida en la época absolutista, y que bien puede coincidir en algo, en lo que se refiere ahora, de lo conocemos hoy en día como “relaciones especiales de sujeción”.

De allí que podamos tener si se quiere aún mayor diferencia epistemológica para aquellos detractores que expresan que el Derecho Disciplinario no tiene una senda propia, porque bien, si establecemos desde ya, -siguiendo la tesis del profesor Mauricio Rodríguez Tamayo²⁹⁵-, podemos considerar que esta materia nació del “Monacato”, (en la edad media) o como lo podemos considerar nosotros en palabras de Peter Brown²⁹⁶ (en la antigüedad tardía), de la misma forma este comenzaría su inicio formal en la Alemania medieval, de la cual se sustentó con el concepto de las “relaciones especiales de sujeción” como también de las “relaciones de subordinación” propio de un derecho autónomo e independiente privado y no de uno ligado a un derecho administrativo per se dé la cual tomó también su propio curso desde el derecho sancionador (como puede suceder en materias como el ambiental, tributario, urbanístico, etc.).

En este caso, de conformidad a lo analizado por el maestro Alejandro Nieto García²⁹⁷, en esta materia este expresa que los primeros en describir las “relaciones especiales de sujeción” no fueron Laband o Mayer, como bien determinan los “administrativistas” detractores de -la naturaleza autónoma independiente del Derecho Disciplinario-, sino Pfizer en 1828 (y luego Schmitthenner) fundada íntimamente en una “relación de subordinación²⁹⁸”, la cual coincide netamente con la idea anglosajona del nacimiento de la Procuraduría General de la Nación traída por don Florentino González, esto, como idea de organismo de control de rai-gambre europeo (alemán).

Esto quiere decir que si tomamos en cuenta el primer autor alemán citado este ha expresado que el derecho disciplinario ha tenido mucha más relevancia desde el plano civil que el campo de las otras materias la cual nos lleva a pensar que va de la mano -su nacimiento original- con el derecho canónico. Esta misma idea es compartida por otros, como lo es con Binding, Von Litz, Hecker, Schulze, Dochow, Von Sahwet y Gaupp, y la lista podría aumentarse indefinidamente

²⁹⁵ Cfr. Mauricio Rodríguez Tamayo. *Naturaleza del derecho disciplinario*, Editorial Ibáñez, 2022.

²⁹⁶ Cfr. Peter Brown. *El mundo de la antigüedad tardía*, Editorial Taurus, 2022

²⁹⁷ Expresa exactamente: “Lo curioso es que la primera objeción sistemática a la tesis contractualista no partió de la doctrina de la Función Pública sino del Derecho disciplinario de las instituciones privadas”. Cfr. Alejandro Nieto García. *Problemas capitales del Derecho Disciplinario*, 1970

²⁹⁸ “Admitido esto, puede comprobarse que los autores, desde muy pronto, se percataron de que la infracción disciplinaria, a diferencia del delito, no atenta contra bienes jurídicos, sino, cosa muy distinta, contra los deberes del servicio funcional”. Nieto García, ob.cit, citando a Glaser.

con la relación de quienes siempre han considerado que la “relación funcional” es de naturaleza jurídico-privada.

De allí que repitamos incansablemente sobre todo para aquellos críticos, que el nacimiento del Derecho Disciplinario tuvo, desde sus inicios, una relación intrínseca con el “Derecho Canónico”, y no con el Derecho Administrativo, exactamente, aquello que el profesor Rodríguez Tamayo refiere como el “Monacato²⁹⁹”, lo que por supuesto diferencia el maestro Nieto García, distinguiendo el inicio del Derecho Disciplinario desde “el principado”, especialmente desde esa “facultad de autoridad”.

Parece ser que algunos penalistas, muchos de ellos alemanes, como Martin, tuvieron en cuenta esta incidencia al aludir expresamente “al origen canónico” de las sanciones disciplinarias, pero fue el propio Labes quien desarrolló la cuestión de forma tajante al referirse que “la expresión cosas disciplinarias procede del Derecho canónico. Como es sabido, en la terminología del Derecho eclesiástico católico se llaman preceptos disciplinarios a todos los que no tienen naturaleza dogmática. En las Iglesias protestantes, la expresión ha terminado refiriéndose exclusivamente a la disciplina propiamente dicha³⁰⁰”.

Si Simón Bolívar en 1819, exactamente el 25 de febrero en su artículo 10 propuso en Angostura la creación de un “Areópago” parecido al ateniense que hoy en día se corresponde con la idea de la creación del “Ministerio Público” y luego con el de la “Procuraduría General de la Nación”, esta noción de “poder moral” podemos decir que sirvió de sustento para proyectar a la autoridad que hoy conocemos de fungir ante amenazas de “costumbre públicas” o “felicidades públicas” como lo llamaría don Florentino González. Ahora, si en 1832 se pasó por alto su consolidación, cuando se creó con la Carta Política de 1830 en su artículo 110, fue en 1853 con la Constitución de Nueva Granada cuando se instauró oficialmente su cargo.

La Constitución de 1853, especialmente en su artículo 13, estableció la elección popular de los principales cargos del país, incluyendo el de procurador General de la Nación, por ello que se exprese que haya sido el primer dignatario en ostentar dicha calidad con tal magnitud.

Podríamos decir entonces que después de Andrés Bello, en lo jurídico, Florentino González es quizás el jurisconsulto en América Latina con mayor alcance en la región, que sirvió para el inicio del estudio del dere-

²⁹⁹ Ibidem. De igual manera Otto Mayer, con apoyos literarios concretos, también ha señalado que las sanciones disciplinarias se corresponden con las poenae medicinales del Derecho Canónico. Citado por Nieto García, ob cit.

³⁰⁰ Ibidem.

cho sancionatorio-disciplinario. Fue tanto el acercamiento a las razones liberales que el modelo estatal deseado por este fue el de Estado mínimo, basado en una descentralización administrativa y política, en defensa de un sistema federal a su manera. Explicaba que: “No se debe implementar o trasplantarse las instituciones o teoría constitucional americana no sin antes corregir los defectos de la sociedad de los pueblos latinos”,

tal cual como sustenta hoy en día la creación de una Procuraduría General de la Nación que debe actualizarse aún en muchos campos, pero que en ultimas se determina como una institución -sui generis- “de exportación”, con elementos constitucionales y administrativos propios.

Capítulo 3.

Poder moral, lucha contra la corrupción y la inmoralidad administrativa, control externo y Derecho Disciplinario de alta intensidad

Los aportes de los enjundiosos estudios del profesor Miguel Malagón Pinzón resultan claves para el entendimiento del fenómeno que en este aparte nos ocupa, lo que en cierta forma confirma lo que venimos exponiendo sobre el tema en nuestra propuesta de un Derecho Disciplinario autónomo e independiente.

Sea lo primero advertir que, muy claramente, Malagón Pinzón distingue la procedencia del Ministerio Público de la posición mayoritaria que lo vincula con su origen francés y/o español, a partir de la corriente que identifica el tema con el Derecho Administrativo, cuando en su opinión fundada en documentos históricos muy serios, el mismo más bien se asemeja a instituciones norteamericanas y de alguna manera en el pensamiento autóctono de Simón Bolívar.

Particular papel en tal configuración del Ministerio Público tienen las ideas esbozadas por Florentino González y muy contundentemente la genuina propuesta de la Ciencia de la Administración que, si bien ligada a la Ciencia de Policía y al Derecho Administrativo, la misma tiene una connotación especial, pues el importante Procurador General fue uno de sus precursores o su originador en el continente americano³⁰¹.

Afirma que no es claro el origen francés del Ministerio Público, toda vez que, en tal tradición el mismo no estaba asociado con la Administración sino con el proceso penal. A su vez, España toma tal modelo y el mismo se vincula con la Ciencia de Policía, a medio camino entre la Rama Ejecutiva y la Rama Judicial, particularmente participando de los conceptos de esta sobre “justicia”, pues los agentes del Ministerio Público in-

³⁰¹ Malagón Pinzón. El pensamiento administrativo sobre el Ministerio Público en Colombia e Hispanoamérica, ob.cit, pp. 291 y 292.

tervenían en nombre del monarca en los procesos judiciales ante las Cortes de Justicia representando los intereses reales y privados de los propietarios, verdaderos agentes de aquel, de hecho eran cargos sujetos al sistema de venalidad o compra del cargo al servicio de clientelas -al servicio de la nobleza y no de la generalidad de la población- de control del aparato de justicia, lo cual por supuesto dista mucho del pensamiento de Simón Bolívar, donde el Ministerio Público representa a la sociedad y por supuesto defiende intereses públicos como la moral pública y el patrimonio público.

Bien lo decía don Florentino González, el sistema político y el social deben estar en armonía, de lo contrario las instituciones políticas no funcionarían bien, el sistema social no puede ser de creación artificial, sino el que se desprenda de las relaciones de los ciudadanos, por lo que resultará contrario a la real existencia aquellos sistemas que “formen grupos de privilegiados que monopolicen los beneficios que son el fruto del trabajo común”, de tal manera que la organización política debe corresponderse con la organización social, para que a “cada uno se le imparta la porción a que sea acreedor y se le facilite igual cooperación para obtenerlo”, lo cual muestra la necesidad de una institución que represente a la sociedad, como ente real y autónomo diferente al Estado, mismo que no es otro que la Procuraduría General de la Nación.

Algunas funciones de estos antiguos servidores del Monarca -Personeros Medievales- son ajenas a las funciones cardinales y vertebrales de la Procuraduría General de

la Nación, esto es, a la función disciplinaria, pues tienen funciones de intervención en los procesos judiciales, la procuración de la aplicación correcta de las normas y “competencias de gobierno o policía” en su vertiente conceptual de justicia, separación que se produce en épocas posteriores, entendiéndose así que lo referente a la Policía tenía que ver con “las condiciones de existencia de la sociedad”, tema crucial de la Ciencia Administrativa, misma muy en boga antes del nacimiento del Derecho Administrativo y que, como tal hacía parte de las instrucciones del gobierno sobre su enseñanza en la universidades que titulaban a los abogados.

Bolívar era refractario a la imitación servil de las instituciones foráneas, aun cuando las mismas debían servir como referentes para la construcción de las propias, de allí que en cierta forma privilegió, en opinión de Malagón Pinzón, el tratamiento que a la institución del “Solicitor” como defensor de los derechos de los ciudadanos y de la legalidad, correspondiente con el de procurador, existía en la tradición norteamericana, funcionario que conformaba una dupla que representaba la defensa de lo público al lado del fiscal, lo que posteriormente se unificó con la Secretaría de Justicia.

Sin embargo, el modelo seguido por Bolívar fue el de la vieja institución griega del Areópago, custodio de la moral pública, buenas costumbres, civilidad y la democracia del pueblo griego antiguo, institución que le fue negada en la Constitución Política de Cúcuta de 1821, pero que sí consolidó en la Constitución Boliviana de 1826, al instituirse constitucionalmente la “Cámara de Censores”,

órgano público de composición plural y de elección popular, perteneciente al Congreso de la República, tal cual lo estableció su artículo 27 que decía: “El poder Legislativo emana inmediatamente de los cuerpos electorales nombrados por el pueblo: su ejercicio reside en tres cámaras: 1ª de Tribunales; 2ª de Senadores; 3ª de Censores” y, correspondientemente, el artículo 51 señala como funciones de la Cámara de Censores las de “1ª Velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos; 2ª Acusar ante el Senado, las infracciones que el ejecutivo haga de la Constitución, las leyes y los tratados públicos; 3ª Pedir al Senado la suspensión del vicepresidente y ministros de Estado, si la salud de la República lo demandare con urgencia”.

Como puede apreciarse, de manera clara, se instituye un control disciplinario externo sobre todo los servidores del Poder Ejecutivo, cuyo juzgamiento está a cargo del Senado, quien dará curso al Juicio Nacional previa acusación, con clara diversificación de roles procesales, de la Cámara de Censores: “Si el Senado estimare fundada la acusación hecha por la cámara de Censores, tendrá lugar el juicio nacional; y si por el contrario el Senado estuviere por la negativa, pasará la acusación a la cámara de Tribunales” (artículo 53). De todos modos, si la otra Cámara, la llamada de los Tribunales está de acuerdo, la iniciación del Juicio Nacional resulta incontrovertible: “Estando de acuerdos dos cámaras, debe abrirse el juicio nacional” (artículo 54).

Otras funciones de la Cámara de Censores, donde resulta clara la idea del Areópago

propuesta en el Discurso de Angostura, son:

[...]

4º Proponer reglamentos, para el fomento de las artes y de las ciencias;

5º Conceder premios y recompensas nacionales, a los que las merezcan por sus servicios a la República;

6º Decretar honores públicos a la memoria de los grandes hombres, y a las virtudes y servicios de los ciudadanos;

7º Condenar a oprobio eterno a los usurpadores de la autoridad pública, a los grandes traidores y a los criminales insignes;

8º Conceder a los bolivianos la admisión de empleos, títulos y emolumentos que les acordare otro gobierno, cuando por sus servicios lo merezcan.

Algunos antecedentes de instituciones italianas parecen tener alguna precedencia y papel determinante en la formación conceptual del Areópago y la Cámara de Censores de la Constitución Bolivariana de 1826, mismos que apuntaban al control de los funcionarios públicos y ciudadanos del común en la lucha contra la corrupción, por parte del llamado Colegio de Censores del Nápoles de 1805. En palabras de Malagón Pinzón tales constituían “facultades de control disciplinario bastantes similares a las del Ministerio Público”.

Esta facultad determinante de la Procuraduría General de la Nación colombiana, a saber, el control disciplinario externo, es propia y única en el mundo, pues difiere del civil law europeo de corte francés en cuanto en este se trata de un control disciplinario interno fundado en la potestad doméstica o atribuciones exorbitantes de la Administración.

Pero también difiere de la institución del Solicitor norteamericano, pues en el mismo no existe la función de control disciplinario, por lo que se detectan similitudes en cuanto a la defensa de derechos de los ciudadanos, de la legalidad y de representación judicial, pero no en lo característico diferencial de lo colombiano como se ha expuesto en otros estudios.

Incluso en ausencia de institucionalidad constitucional de la Procuraduría General de la Nación, de todos modos, los fiscales en sus diferentes órdenes llevaban a cabo claras y bien delimitadas funciones de control disciplinario externo como lo que sucedió a partir de 1832 y según lo disponía un Decreto de septiembre 27 de 1842.

La Cámara de Representantes ejercía el Ministerio Público junto con el procurador General de la Nación a la cual estuvo asociado a este, incluso fue entre 1853 y 1886 un funcionario público de elección popular, elegido por tal Cámara a partir de 1945, lo que simbólicamente da cuenta que representaba al pueblo por virtud de sus orígenes.

Precisamente, don Florentino González fue procurador General de la Nación entre 1854 y 1858, elegido por votación popular secreta, teniendo como función según el ar-

tículo 37 de la Constitución de 1853 la de “promover el juzgamiento de todos aquellos empleados que falten a sus deberes”, donde se establece y solidifica “el comienzo de la función disciplinaria”, de la cual, se repite carecía el Solicitor norteamericano.

Las funciones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación son de origen constitucional, nacidas expresamente de la voluntad del constituyente, no por virtud del derecho consuetudinario o de costumbre como tienen lugar las potestades exorbitantes como la doméstica que da origen al control interno disciplinario, mismas que tienen nacimiento en Colombia a partir de los Códigos de Régimen Político y Municipal expedidos después de la Carta Política de 1886, cuando todavía, como tal, no había nacido en nuestro país el Derecho Administrativo, explicándose el Ministerio Público con base en la Ciencia de la Administración de corte más sustancial y material, que en el sentir de Bolívar conectaba con su preocupación por la moral pública, cuyo fundador fue Florentino González, pues aquel solo se avizoraba como distribución formal de competencias y procedimientos, más expresión de “carpintería” que de Ciencia de la Administración.

Malagón Pinzón, citando a Juan Clímaco Manrique quien escribió sobre las funciones del Ministerio Público en la Constitución Política de 1886, precisaba que le correspondía “vigilar la conducta de los empleados del Distrito y promover que se les exija la responsabilidad por fallas o delitos que cometan”, lo que pone de presente la diferencia entre ilícitos disciplinarios e ilí-

bitos penales, fundamento, por supuesto, del Derecho Disciplinario. Por supuesto de un Derecho Disciplinario de alta intensidad como el colombiano, no de ocupación de las meras irregularidades administrativas y faltas culposas como sucede con el control interno disciplinario, sino como bien lo decía don Florentino González en su Ciencia de la Administración, le competía al Ministerio Público atender como garantes “contra la disipación de los caudales públicos y contra las concusiones de que pudieran

hacerse culpables los demás empleados que en aquellos asuntos hayan de intervenir”, de tal manera que “vigilados recíprocamente todos los funcionarios a quienes está encargada la Administración Pública, y contenidos por lo mismo dentro de la órbita que la Constitución, y las leyes les hayan trazado, marcharán acordes en su acción, y proporcionarán a la sociedad los beneficios que tiene derecho a esperar de sus mandatarios”.

³¹⁴ Cfr. Malagón Pinzón, *El pensamiento administrativo sobre el Ministerio Público en Colombia e Hispanoamérica*, ob.cit, pp. 226 y ss.

³¹⁵ Cfr. González, *Elementos de ciencia administrativa*, ob.cit, pp. 414 y 415.

CONCLUSIONES

La creación de la Procuraduría General de la Nación como producto histórico devino de la “ciencia de policía” (de impronta alemana), que luego tomaría su rumbo en las colonias españolas (“agentes del Monarca”) y que posteriormente seguía avante con su estructuración anglosajona, del que después Bolívar vino acoger en su discurso en Angostura. Por ello, digamos que don Florentino González (como padre metodológico de esta corriente) haya sido un referente para el origen de este organismo de control y del Derecho Disciplinario, no solo en cuanto a su apoyo, sino también en la creación del “Solicitor” y en lo atinente a las funciones disciplinarias entregadas desde la Constitución de 1858.

De esto se predica que con el nacimiento de la Procuraduría General de la Nación se presentó un fenómeno –sui generis–, la que no existía tal cual en otro país. La implementación del desarrollo jurídico anglosajón en la estructuración de este organismo de control se debió más que todo al avance constitucional de la época que Bolívar tuvo en cuenta como idea, como forma de corregir esos defectos propios de la sociedad, que hoy podemos llamar como “males de la corrupción”, planteamiento que fue avizorado por el aventajado don Florentino González.

De esta manera, la figura “Le Gens du Roi”, conocidos también como “Les Agents du Roi” aludidas erróneamente como un inicio del comienzo del Ministerio Público de origen galo, no marcó el inicio de la Procuraduría General de la Nación en Colombia, estas figuras más bien coincidían como una “institución político-administrativa en Francia”, pero que antes de este planteamiento ya había sido establecido por la ordenanza dictada por el rey Felipe “El Hermoso”, en 1302; de allí que precisamente los definiera como “agentes del Monarca en la corte”, expresión propia y última de la “Ciencia de la policía”, traída de la teoría administrativa de raíz alemán (anglosajón) introducida por don Florentino González a Colombia.

Tajantemente si revisan el texto de don Florentino González, titulado: “Elementos de ciencia administrativa” en su capítulo segundo se pueden dar cuenta que este desarrolla la idea del “Ministerio Público” como un modelo anglosajón, por tanto, se podría decir que fue adelantado a su época. Pues, fue esta influencia anglosajona la que marco el referente en el tema en la creación de la “Procuraduría General de la Nación”, la cual estaba presente por conducto del denominado “solicitor” en los Estados Unidos³¹⁶, que es ahora traducido como “procurador”.

³¹⁶ Siendo creado por la Ley del 24 de septiembre de 1789.

REFERENCIAS

- Cardona P. [2014]. Florentino González y la defensa de la república. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, 16 [32], 435-458.
- ESAP (s.f). Florentino González y la ESAP. Bogotá: Corporación Florentino. http://corpflorentino.org/wp-content/uploads/2016/09/Florentino_Gonzalez-_y_la_ESAP.pdf
- Gaviria E. [2002]. El liberalismo y la insurrección de los artesanos contra el librecambio: Primeras manifestaciones socialistas en Colombia. Tadeo Lozano: Bogotá.
- Gómez Pavajeau C. A. El Libertado Simón Bolívar: Derecho Disciplinario preventivo, comportamientos estimulantes y sanciones positivas. Su engranaje con la figura actual del Compliance público y privado. Revista Derecho Penal y Criminología N.º 116, Julio-diciembre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2022.
- Gómez Pavajeau C. A. Contexto actualidad del contexto constitucional del Derecho Disciplinario colombiano. Revista Derecho Penal y Criminología N.º 112, Enero-junio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.
- Gómez Pavajeau C.A. Actualidad crítica del Derecho Disciplinario y Defensa de la Procuraduría General de la Nación. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.
- González Florentino [1879]. Lecciones de Derecho Constitucional. Librería de CH Bouret, París-México.
- González Florentino [1994]. Elementos de la ciencia administrativa. ESAP: Bogotá. en: <http://www.omarguerrero.org/libros/Florentino1.pdf>
- González Florentino [1981]. Escritos políticos, jurídicos y económicos, Biblioteca Básica Colombiana, Instituto Colombiano de Cultura: Bogotá.
- Malagón Pinzón Miguel (junio, 2017). Florentino González, el constitucionalismo del siglo XIX y la Procuraduría General de la Nación. Revista de Derecho Público, [38]. Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.38.2017.07>
- Olano Hernán [2008]. Florentino González, Constitucionalista y hacendista. Universitas. Bogotá.
- Piedrahita Carlos [1999]. Las constituciones de la primera república liberal, tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ramos Garbiras Alberto & Moreno Parra Héctor Alonso [2006]. Bolívar y el constitucionalismo. Cali, Universidad Libre-Academia de Historia del Valle del Cauca.
- Villalba J. C. [2009]. El sistema de administración pública en la nueva Granada según el pensamiento de Florentino González. Entre federalismo y Estado unitario.



SÉPTIMO ESTUDIO

*Estrategias jurídicas sustanciales,
procesales y probatorias para enfrentar
la problemática de la acreditación de
la culpabilidad en materias penal y
disciplinaria*

INTRODUCCIÓN

Se discutirá y debatirá aquí respecto de la carga de la prueba en los procesos penales y disciplinarios. En principio, la problemática parte del punto crucial de a quien le corresponde probar, lo cual muy bien se acompasa con lo afirmado en sencillo blog virtual al cual podemos todos acceder de forma muy fácil, donde se establece adecuadamente:

Surgió en la forma de la frase jurídica Latina *affirmanti incumbit probatio* (lit. "la prueba está en aquellos que reclaman"), que *onus probands incumbit actori* (literalmente "la carga de la prueba es la responsabilidad de la persona que busca la ejecución de la sentencia, y un derecho), o *onus probands incumbit ei qui dicit, non ei qui a negative* (al pie de la letra, "la carga de la prueba es la responsabilidad de aquellos que afirman cualquier cosa, no a los que niegan la verdad"), es parte de los brocardi que expresan un principio fundamental del Derecho Romano. Afirmaciones de este principio se pueden encontrar en la Digesta (22, 3, 21) en la que leemos las palabras del jurista Pablo: "*Probatio incumbit ei qui dicit, non qui a negative*" (depende de quien dice, no de quien niega), y "*semper necessitas probands*

incumbit illi qui agit". También en el *Corpus Iuris civilis* (4, 19, 23) leemos una disposición válida tanto para Diocleciano como para Maximiano, que expresa precisamente este principio: *Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrastium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (lett: "el Acusador, declarando que no puede probar lo que afirma, no puede obligar al culpable a mostrar lo contrario, porque, por la naturaleza de las cosas, no hay obligación de prueba para el que niega el hecho")³¹⁷.

La responsabilidad penal o disciplinaria ancladas en lo subjetivo o principio de culpabilidad es asunto que poco se discute y se da por supuesta como algo que se ha impuesto históricamente; aun cuando, como se puede verificar en la práctica, su realización efectiva dista mucho de lo que presupone la teoría.

Muy interesante, cuando se incluyen nuevas perspectivas en el Derecho Sancionador, lo que tiene ocurrencia en el campo de la "protección al consumidor" donde se ve un juego de taca y daca sobre el tema de la distribución de la carga de la prueba:

³¹⁷ <https://kriplekit.com/carga-de-la-prueba/>

*En los procedimientos administrativos sancionadores de protección al consumidor, toma relevancia el principio de la carga de la prueba, que ostenta ciertas particularidades en tanto el consumidor debe acreditar indiciariamente la infracción a cargo del proveedor, para que posteriormente se invierta la carga de la prueba y sea el último mencionado el que acredite que no existe infracción alguna en base a la mayor y mejor información que tiene respecto al producto o servicio que ofrece en el mercado*³¹⁸.

Un trasegar sinuoso de avances y retrocesos caracteriza la evolución del principio de culpabilidad³¹⁹, mismo que aún hoy, así se haya impuesto su regencia, no deja de sorprender lo dinámico que resulta y como pareciera que las conquistas logradas se difuminaran en nuevos conceptos que de alguna manera hacen palidecer los logros obtenidos, como tiene ocurrencia a partir de los procesos de una normativización excesiva de los conceptos de dolo y culpa, donde pareciera que se produjera un total desprendimiento de cualquier dato previo o empírico de los conceptos anclado en aspectos ontológicos o psicológicos, para facilitar una creación *ex novo* de los mismos, donde *ab initio* surgen diferencias con la visión tradicional de la culpabilidad, incluso

con aquella que modernamente deriva de la dignidad del ser humano fundamento del orden jurídico de las cartas políticas antropocéntricas, con un claro giro hacia un derecho sancionatorio de corte tecnocrático y eficientista, en pro de privilegios sociocéntricos que revelan como subyace en dichos pensamientos una metodología facilitadora de la prueba de la culpabilidad, cuando no sustitutiva de tal carga que debería seguir estando en hombros del Estado, donde ya tal labor pareciera descansar en simples justificaciones explicativas, legitimadoras de, en no pocas ocasiones, especulaciones abstractas al margen de la prueba, donde se afirma y argumenta pero no se intenta siquiera probar.

Ello revela, en términos precisos, la muerte del principio de culpabilidad en su concepción antropocéntrica tal cual se ha venido sucediendo y ya se ha decantado en países como Alemania por sectores muy influyentes de la doctrina, frente a instituciones como la antijuridicidad material, donde a fuer de construcciones jurídicas puramente conceptuales en el ámbito del más puro idealismo platónico, ya ni siquiera se hace un esfuerzo por distinguir entre tipos penales de peligro presunto donde el riesgo para el bien jurídico se presume *iure et de iure*, lo que significa que no se discute dado algunos presupuestos considerados como necesarios y suficientes a partir de la constatación de una determinada conducta, sino

³¹⁸ Ariana Geosephin Salas Murillo. La aplicación de la carga de la prueba en procedimientos administrativos sancionadores de protección al consumidor en <https://valenciaabogados.com/2021/04/19/la-aplicacion-de-la-carga-de-la-prueba-en-procedimientos-administrativos-sancionadores-de-proteccion-al-consumidor/>, consultado en octubre 15 de 2022.

³¹⁹ Ampliamente Cristian Aedo Barrena. Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

que con el sello nominalista de la creación pura y completa del concepto se infiere que de ella se desprende en términos de significado una defraudación de expectativas sociales normativizadas, mismas que deben ser contra fácticamente estabilizadas, de tal manera que el fantasma de la pena que restablece el derecho, en tanto negación de la negación que resulta ser el delito en términos hegelianos, revive orondo y lirondo ahora maquillado con nuevos ribetes que esconden su esencia de pura, crasa y desnuda antijuridicidad formal.

Aquí, pues, en el ámbito de la culpabilidad, se utiliza otro argumento filosófico con alguna apariencia antropocéntrica en tanto se liga con el concepto de dignidad del ser humano, muy parecido en malabarismo argumentativo al expuesto para liquidar al concepto de antijuridicidad material, pues al sujeto se le responsabiliza de un acto como culpable, en tanto debió conocer muy a pesar de no haber conocido, en nombre de la dignidad de la persona, pues de lo contrario equivaldría a tratarlo como se trata a un perro con un garrote, por lo que, en consecuencia, se honra a la persona en su dignidad responsabilizándola muy a pesar de que no conoció o pudo conocer lo antijurídico o ilícito de aquello por lo cual se le incrimina, esto es, no conoció o incluso no pudo conocer, sino porque simplemente que como sujeto debió conocer, lo que se

encumbra como requisito mínimo y básico para inferir responsabilidad³²⁰⁻³²¹.

Tal malabarismo implica, de contera, vincularlo de manera indefectible e inexorable con el primero señalado -peligro abstracto o presunto-, de tal manera que volvemos a la denostable imposibilidad jurídica de concebir un injusto o ilícito sin culpabilidad y una culpabilidad sin injusto o ilícito, con un rendimiento práctico proestatal y socio-céntrico inimaginable, haciendo tremendamente eficiente la imputación en términos objetivos y subjetivos, liberando al Estado de la carga de la prueba, lo que facilitaría cuando menos, pues lo otro estaría referido a una excusa total para la actividad estatal gravosa hoy, la declaratoria de responsabilidad, de tal manera que el Estado ya no sería de Derecho, pues no impone límites de ninguna manera al control social.

Ciertamente que el principio de culpabilidad debe ser liberado de los fantasmas de la moral y la ética confesional³²², es absolutamente claro que la estrategia política que caracteriza al Estado de Derecho para poner a cubierta los derechos de libertad de pensamiento, libertad de creencia y libertad de conciencia son líneas rojas que jamás deben ser superadas, allí radica la prevalencia del antropocentrismo sobre el sociocentrismo, por lo que la estrategia jurídica de separar el examen del **fuero externo** del individuo y lo que sobre el mismo le compete intervenir

³²⁰ Heiko Harmut Lesch. El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional, Juan Carlos Gemignani [Trad.], Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 167 a 172, 224, 302 y 304.

³²¹ Alfredo Alpaca Pérez. Teoría de las normas e injusto penal, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 58 y ss.

³²² Sobre el tópico Aedo Barrena, Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica, ob.cit, pp. 75 y ss.

limitadamente de manera cualitativa al Estado³²³, cuando el individuo ha quebrantado la regla consistente en el mandato de que **“sus derechos van hasta donde comienzan los de los demás”**, esto es, **“no debe hacer a los demás lo que no quiere que a él le hagan”** -deberes negativos- y **“debes hacer a los demás lo que tú quieres que hagan contigo”** -deberes positivos- en cuanto necesario pero no suficiente, debe ser complementado con un entendimiento equilibrado de la intervención necesaria y complementaria con el examen conductual en el **fuero interno**³²⁴, para no hacerlo responsable por la simple causalidad natural, que negaría su esencia de lo humano, limitándose cuantitativamente a lo técnicamente admisible, sin dar pábulo a una culpabilidad por el carácter o a una culpabilidad puramente moral, lo que reclama una debida conceptualización valorativa pero sujeta a control y verificación jurídica en términos igualmente controlables en la praxis dialéctica acusación-defensa, que no es otra que otorgar la posibilidad de reacción de la segunda ante la primera, en términos de demostración y no exclusivamente de valoración-argumentación que puede degenerar en especulación.

Tal tensión ha sido la que ha caracterizado en dicho trasegar histórico la relación dialéctica acusación-defensa, por lo cual se hace necesario tomar plena consciencia, pues la práctica puede introducir subterfugios y sofismas que, bajo pulidos y emo-

cionantes juegos del lenguaje, estratégicamente concebidos, artificialmente den por demostrada -petición de principio- una culpabilidad que paradójicamente nada tenga que ver con su concepción definitiva antropocéntrica, cuando precisamente ello es el punto de partida del fundamento del orden jurídico colombiano, en los términos del artículo 1 de la Carta Política de 1991.

La historia debe ser conocida si no se quiere su repetición, pues la misma, ante la experiencia, aparece más sofisticada y encubridora de aquello que precisamente debe ser evitado, de acuerdo con claros y definidos mandatos constitucionales como los del respeto irrestricto a la dignidad del ser humano y al principio de culpabilidad entendido en términos antropocéntricos.

He aquí la historia de la problemática.

³²³ Cfr. Aedo Barrena, Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica, ob.cit, p. 271.

³²⁴ Aquí, resulta de sumo cuidado no confundir la culpabilidad moral con la culpabilidad penal, pues dicho principio juega un papel de límite cuantitativo del examen y no resulta posible ni admisible que se escrute la “intimidad profunda” del sujeto agente: Aedo Barrena, Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica, ob.cit, p. 276.

Capítulo 1

Responsabilidad objetiva

fue la primera manifestación de vincular la producción de un suceso con un comportamiento llevado a cabo por el ser humano, incluso vinculada muy fácilmente con la realización de un mero comportamiento intransitivo, sin resultado perceptible alguno, pero sí pletórico de significado como tiene ocurrencia en los procesos de tabuización, dependientes exclusivamente de la realización del comportamiento tabú, a partir de lo cual se crea la idea de “imputación” como anticipación de la idea de la “causalidad”, que aparecería después como explicativa del daño o perjuicio causado a otro; de donde se destaca con claridad una ecuación que tiene dos expresiones conectadas lógicamente entre sí, cuya constatación autoriza la generación de una reacción del grupo, tribu, estado, etcétera³²⁵.

La ecuación que comporta la constatación de la responsabilidad y por supuesto la consiguiente reacción aparece muy claramente de antaño, empero, sus componentes definitorios han ido cambiando cuantitativa y cualitativamente a través de los tiempos, siendo su primera etapa la de la responsabi-

lidad objetiva que, como se advierte en los consiguientes apartes, tiene grados de presentación. En el Tabú la responsabilidad descansa, exclusivamente, en la realización objetiva del comportamiento; en el Mito en el incumplimiento de la función social que cumple el sujeto, que bien podríamos caracterizar con la infracción de los deberes que comporta el rol, ligado obviamente al resultado que no fue evitado.

De todos modos, salvo las particularidades anteriores, la responsabilidad objetiva de naturaleza penal y civil comportaba un juicio enfatizado en dicho componente, toda vez que, como lo expresará el gran Ihering, el sentido jurídico del hombre primitivo, comportaba la idea de que “lo injusto es apreciado, no según su causa, sino según su efecto, no según elementos presentes en la persona del autor, sino desde el puro punto de vista del lesionado”, habida cuenta que “en la ceguera de la pasión, pasa por alto el elemento de la culpabilidad” y se reclama “una satisfacción personal de la sensibilidad irritada y lesionada, la pena”³²⁶.

³²⁵ Para el efecto cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau & Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero. Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 133 y ss.

³²⁶ Rudolph Von Jhering. El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano,

1.1. Responsabilidad objetiva total

La prehistoria de la responsabilidad objetiva tiene oportunidad en remotas épocas de la escala de la civilización humana, muy seguramente, como ya lo hemos dejado estudiado en otros escritos, en la época que hemos denominado de las protonormas, concretándose en los espacios del Tabú -responsabilidad grupal, generalizada y excesivamente objetivizante al no existir el concepto de individuo- y del Mito -responsabilidad objetivizante, menos generalizada, pero fundada en roles sociales a partir del concepto de funciones-, pues ya con la aparición de la religión, especialmente judaica, y el logos griego que da origen a la ética de las virtudes y posteriormente a la ética del deber, comienza el aspecto subjetivo a cobrar relevancia en la estructuración de la responsabilidad del sujeto³²⁷.

El “yo”, fundamento de la moderna culpabilidad se encontraba prácticamente ausente en los pueblos primitivos, especialmente en aquellos gobernados por la práctica del Tabú, razón por la cual no se conoce la responsabilidad individual³²⁸ y la aplicada tenía carácter automático por la obediencia incontestable, desde cualquier punto de vista, de las obligaciones derivadas del tabú³²⁹. También Casirer enfatiza en la responsabilidad grupal de los pueblos tribales y caracteriza a la responsabilidad como puramente objetiva³³⁰, aspecto último que confirma Freud³³¹ y desde el Derecho Penal Jiménez de Asúa, al afirmar que la reacción ante la violación de un tabú se producía de manera colectiva en tanto ausencia del “yo” y sin importar si el sujeto actuaba o no conscientemente³³².

Por otra parte, en la época del mito, las hazañas de los grandes héroes marcaban las pautas del comportamiento correcto a imitar, historias aleccionadoras para todo aquel

³²⁷ El paso de una ética de las virtudes a una ética del deber comporta sustancialmente una marcada diferencia, pues queda atrás la posibilidad de sostener una culpabilidad por el modo de ser o por el carácter –“centrada en qué se es”–, enfocándose el punto en el acto –“centrada en qué se hace”– y no en la persona, toda vez que lo que importa es el desarrollo de una “conciencia del poder para controlar el propio comportamiento”, esto es, “se exploran los mecanismos de control del sujeto sobre la situación (especialmente la previsibilidad)”, lo que por supuesto deviene en un derecho sancionador de acto y/o de culpabilidad: AEDO BARRENA, Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica, ob.cit, pp. 63, 67 y 71.

³²⁸ Cfr. Bronislaw Malinowski. *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, J. & M. ALIER [Trad.], Barcelona, Ariel, 1991, p. 16.

³²⁹ Cfr. Aedo Barrena, Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica, ob.cit, p. 27.

³³⁰ Así Ernest Casirer. *Antropología filosófica*, Eugenio Ímaz [Trad.], México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 162 y 163.

³³¹ Cfr. Sigmund Freud. *Tótem y tabú*, Luis López-Ballesteros y De Torres [Trad.], Madrid, Alianza, 2015, pp. 11, 39, 50 a 53.

³³² Cfr. Luis Jiménez De Asúa. *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, Buenos Aires, Losada, 1950, pp. 240 y ss.

que aspiraba a ser justo, en cuanto las mismas se convirtieron en íconos de referencia para los que quisieran aprender sobre la honestidad. Los mitos referencian, de manera sintética, el papel que cada quien, de acuerdo a su rol estamental, debe cumplir conforme al sistema social y sin que exista a partir del cumplimiento necesariamente efectivo de las funciones, posibilidad de excusarse alegando “que no se podía dejar de hacer lo que se hizo” o que “el fracaso era inevitable”, en tanto la sociedad griega de la época era rigurosamente funcional según enseñan Emilio Lledó, Alasdair MacIntyre y Alfonso Correa Motta. Quien no cumplía con su rol funcional, independientemente de su voluntad, no actuaba correctamente³³³, lo que se explicaba en razón de que tampoco “existía en el mundo homérico una idea de la personalidad o del alma³³⁴”.

La idea de un alma surge luego de que se intente superar el pensamiento mítico, dejando detrás al animismo, despojando las explicaciones del mundo de seres sobre naturales y dotados de poderes extraños a la naturaleza, donde la búsqueda de los principios en pro del pensamiento fundado en la unidad y generalidad abre las posibilidades del conocimiento científico y el racionalismo filosófico de la Grecia Clásica, por lo

que el paso de la responsabilidad objetiva y generalizante a la subjetiva individualizante está mediada por el paso del mito al pensamiento científico, allí se constituye su puente de unión³³⁵.

Por ejemplo, era lo que sucedía en el siglo XVI 560-572 en los territorios al norte de Europa de lo que eran los territorios germánicos en el Valle del Danubio donde la idea de la responsabilidad era puramente objetiva, destacando Jakobs como Albuino su rey, cuya esposa era Rosamunde, se acostó con pleno engaño con uno de sus duques, a quien le dijo que por ello tenía que responder con su vida ante el rey o matarlo para librarse de su represalia, muy a pesar de que no concurría en el mismo culpabilidad alguna tal como modernamente se entiende³³⁶.

1.2. Responsabilidad objetiva en materia disciplinaria

Por mucho tiempo, en la llamada época o fase de la arbitrariedad en la evolución del derecho disciplinario o administrativo sancionador, rigió la más cruda y crasa responsabilidad objetiva, toda vez que se afirmaba que allí la naturaleza administrativa y las exigencias de eficacia eran incompatibles

³³³ Cfr. Gómez Pavajeau & Gutiérrez De Piñeres Botero, *Neurociencias y Derecho*, ob.cit, pp. 137 y ss.

³³⁴ Cfr. Aedo Barrena, *Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica*, ob.cit, pp. 42 y 43.

³³⁵ Para el efecto, por ejemplo, el magnetismo, entre la analogía del movimiento producido por el alma, para afirmar que un “imán y el ámbar” al atraer objetos tenían propiedades psíquicas que generan movimientos, puede apreciarse W. K. C. Guthrie. *Historia de la filosofía griega Tomo I. Los primeros presocráticos y los pitagóricos*, Alberto Medina González [Trad.], Madrid, Gredos, 1991, pp. 73 a 78.

³³⁶ Cfr. Günther Jakobs. “*El lado subjetivo del hecho*” en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Manuel Cancio Melia & Bernardo Feijoo Sánchez [Trads.], Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 75 y ss.

con demandas de complejidad como el establecimiento del dolo y culpa, que podían dar al traste con los controles a los sujetos incorporados al ámbito doméstico de la administración o a quienes por fuera de ellos estuvieran de alguna manera vinculados con la prestación de servicios públicos de interés general. Particularmente, en el derecho disciplinario, la diferencia venía marcada por la relación especial de sujeción, vínculo jurídico estrecho entre el sujeto y las jerarquías muy diferente al de la relación general de sujeción, aquel entre cualquier ciudadano y el Estado, que justificaba una exigencia más cercana a las relaciones de tipo ético-social imperantes en la sociedad o derivadas del estigma más fuerte que implicaba la sanción de tipo penal.

Poco a poco se fue diluyendo la objetividad absoluta, siguiendo caminos parecidos a los transitados por el Derecho Penal, primero, exigiéndose una especie de voluntad recordada desprovista de fin con el objetivo de limitar la punición en casos de vis absoluta, caso fortuito o fuerza mayor, actos reflejos, inconsciencia absoluta o movimientos de involuntables; segundo, demandando una presunción de culpa para la declaratoria de responsabilidad y atendiendo el dolo por fuera de su estructura, como un ejercicio propio de la medida de la sanción; tercero, con el paso hacia la admisión de una culpabilidad psicológica, ya involucrando el dolo y la culpa en la estructura de la responsabilidad sancionatoria³³⁷.

La responsabilidad objetiva ha sido superada ampliamente en la normatividad, jurispru-

dencia y doctrina, empero, no ha sucedido así en la práctica de los tribunales, jueces y operadores jurídicos en general, de tal manera que se hace necesario tomar consciencia actual y real de tales situaciones y circunstancias para que se trasladen las conquistas teóricas a la justicia de la práctica.

1.3. Responsabilidad objetiva parcial: culpa inconsciente y complicidad correlativa

Particularmente en el ámbito del Derecho Penal, lo cual resulta extensivo para el Derecho Disciplinario en cuanto se presenten, así sea excepcionalmente faltas disciplinarias de resultado, puede plantearse serias vicisitudes en este par de materias.

Lo primero que debe decirse es que en la historia del delito culposos se ha cuestionado la existencia de la culpa inconsciente, pues el sujeto no prevé la producción de un resultado, esto es, no existe la más mínima vinculación de su mente o psiquis con el resultado producido, lo cual sí es evidente en la culpa consciente, luego entonces se ha propuesto por no pocos autores que se despenalice su consagración como expresión de la culpabilidad, ya que ello implica responsabilidad objetiva. Por supuesto, es claro, ello tiene parte de verdad jurídica, solo operativa en el ámbito de una culpabilidad psicológica, en la cual, por falta de un nexo psíquico entre el sujeto-querer y el resultado, pero dichas falencias son solventadas

³³⁷ CARLOS Arturo Gómez Pavajeau. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 86 a 112.

por la culpabilidad psicológica-normativa de la propuesta de la Dogmática Neoclásica, en la medida en que el objeto del reproche no estriba en el nexo psicológico mencionado sino en la posibilidad de haber actuado de manera diferente o alternativa conforme a derecho y muy a pesar de ello, así no se comportó cuando cualquier otra persona de inteligencia y prudencia media de la misma cultura del autor, hubiese podido prever el resultado dañoso para los bienes jurídicos de los demás.

Ahora, respecto de la complicidad correlativa, se afirmaba por el Código Penal de 1936, Ley 95, en su artículo 386: “En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión y no sea posible determinar su autor, quedan todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuida de una sexta parte a la mitad”.

Si en un acto tumultuoso como la riña resulta imposible determinar quién dio el golpe de gracia para un homicidio o una lesión, se acudía al expediente práctico de la complicidad correlativa, señalando el hecho sin autor, solo con cómplices, lo cual obviamente es una surte de responsabilidad objetiva, habida cuenta que si no se sabe quién actuó en tal calidad, resulta un imposible determinar la responsabilidad accesoria -cómplices- a la principal, facilitando la prueba a la acusación y dificultando, sin posibilidad de defensa, la prueba de descargos en tanto y cuanto que, si no se es autor, entonces necesariamente se será cómplice correlativo.

Es una responsabilidad derivada de manera automática, subsidiaria y de efectos pura-

mente fundados en estrategia procesales, más que sustanciales y probatorias.

1.4. *El versari in re illicita*

El Diccionario Panhispánico define muy bien la figura, señalando: Principio de origen en juristas medievales y canonistas legitimador de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva derivada de actos ilícitos, que ha influido en la regulación histórica del caso fortuito, la preterintencionalidad y los delitos cualificados por el resultado. Su formulación es *versari* (o *qui versatur*) *in re illicita*, *respondeat etiam pro casu*, o sea, 'tratándose de una materia, de una actuación ilícita, se responderá incluso del caso fortuito', esto es, se responderá de sus consecuencias, incluso de las imprevisibles o producidas por caso fortuito.

Según Jakobs, esta figura se presenta cuando de manera imputable y consciente plenamente un sujeto realiza un comportamiento típico logrando su resultado, pero además uno ni siquiera previsible, el cual se le achaca a título de responsabilidad objetiva, esto es, “la institución del *versari in re illicita* abarca también las consecuencias imprevisibles”, tal como sucede con quien con una bofetada causa la caída de una persona a quien solo quería lesionar, pero esta muere por el golpe que sufre con una piedra en la cabeza al caer sobre ella³³⁸.

En materia de Pérdida de Investidura ha señalado la rectora de la jurisprudencia,

³³⁸ Cfr. Jakobs, *El lado subjetivo del hecho*, ob.cit, pp. 79 y 80.

concepto que *mutatis mutandi* se traslada al Derecho disciplinario y al Derecho Penal, que no se puede imputar culpa por virtud de un procedimiento residual, esto es, si no hay dolo hay culpa, lo cual es reminiscencia del viejo aforismo *versari in re illicita*, propiciador de la responsabilidad objetiva, rechazado de manera contundente por la Corte Constitucional según sentencia SU-474 de 2020, donde se afirmó que “*es de evidente claridad, que el imponer consecuencias jurídicas desfavorables a un ciudadano, no puede apenas sí fundarse en una responsabilidad de simple corte versarista*”, aquella referenciada como “*versari in re illicita, respondeat etiam pro casu*” (Fundamentos Jurídicos N.º 62 y 63)³³⁹.

Tal jurisprudencia, por ser la pérdida de investidura una subespecie del Derecho Disciplinario y un claro ejemplo del derecho sancionador, *mutatis mutandi* se hace trasladable a toda aquella disciplina que involucre la necesidad de la responsabilidad subjetiva.

1.5. Delitos agravados por el resultado

Son una expresión específica del género *versari in re illicita*, por manera que, se presenta en ello iguales consideraciones a las ya vistas³⁴⁰.

Se afirma muy apropiadamente que “los delitos agravados por el resultado son inconstitucionales, por ser una manifestación jurídica de Responsabilidad Objetiva, (o sea, del *Versari In Re Illicita*), violando así el principio de culpabilidad penal, y esto requiere que sean derogados todos estos tipos complejos, o en su caso, modificar su redacción de manera que con claros términos y limpia técnica legislativa subsanen los defectos que se señalarán, a fin de no dejar librado al arbitrio judicial una tarea interpretativa de tal magnitud, que implicaría cubrir vacíos legales, cuestión esta que le está totalmente vedada por nuestra Carta Magna”, responsabilidad subjetiva solo predicable del primer evento, mas no del segundo, atribuido a título de responsabilidad objetiva: “En los delitos agravados por el resultado, se observa que están formados por dos tipos, uno básico que puede ser doloso o culposo y un resultado que lo califica o agrava³⁴¹”.

³³⁹ Para el efecto cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Peligros de revivir el versari in re illicita por un inadecuado manejo del sistema de incriminación de la culpa numerus apertus. Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 229 y ss.

³⁴⁰ Cfr. Jakobs, *El lado subjetivo del hecho*, ob.cit, pp. 79 y 79.

³⁴¹ Paula Vanesa Romeo & Renata González. *Constitucionalidad de los delitos agravados por el resultado desde una teoría agnóstica de la pena* en <https://derechopenalonline.com/constitucionalidad-de-los-delitos-agravados-por-el-resultado-desde-una-teoria-agnostica-de-la-pena/#:~:text=En%20los%20delitos%20agravados%20por%20el%20resultado%2C%20se,y%20un%20resultado%20que%20lo%20califica%20o%20agrava>.

Tales delitos eran de ocurrencia casi que de fórmula socorrida para facilitar la prueba de la acusación ante eventuales dificultades probatorias que enfrentara, hasta el punto de que, en Alemania, solo fueron erradicadas dichas figuras después de los años cincuenta del siglo XX, ante la embestida constantes, persistentes y sistemáticas de la doctrina partidaria de la responsabilidad culpabilística.

1.5.1. Delitos agravados por el resultado en el Código Penal de 1980 bajo la problemática de la exigencia de dolo y culpa sin calificación negativa e incertidumbre del valor jurídico de los principios o normas rectoras

Tal lo que ocurría, por ejemplo, durante mucho tiempo muy a pesar de la regencia “*en principio*” y no “*por principio*” de la responsabilidad subjetiva, toda vez que ello permitía la existencia de excepciones fundadas en la responsabilidad objetiva, lo cual era lugar común en el Código Penal de 1936, pero que en cierta forma se erradicó con el Código Penal de 1980, al consagrar el

principio de culpabilidad en su artículo 5: “Culpabilidad. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

Es una manifestación del *versari* in re illicita, pues se funda en el precepto según el cual quien quiere la acción quiere el efecto o el resultado de la misma, prescindiendo de la demostración de este último con el querer del sujeto.

Por tanto, si queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, resulta absolutamente claro que también las imputaciones fundadas en el *versari* in re illicita; no obstante, al no disponerse en tal estatuto lo referente al valor superior de los principios rectores, no faltaría quienes argumentaran que existiría una contradicción entre el artículo 5 y los delitos especiales que consagrarán los delitos agravados por el resultado, por lo que ante ello, la norma especial que no es otra que la del delito particular prevalecería sobre la norma general que es el principio rector; si tuviese la misma generalidad o especialidad, también se impondría el *versari*, habida cuenta que la norma posterior primaría sobre la norma anterior, que sería en todo caso el principio del artículo 5 ya re-señado (artículo 5 de la Ley 57 de 1887³⁴²).

³⁴² Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella. Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. 2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos, preferirán por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública

1.5.2. Delitos agravados por el resultado en el Código Penal de 2000 bajo la problemática de la exigencia de dolo y culpa con calificación negativa absoluta de la existencia de responsabilidad objetiva y certeza del valor jurídico de los principios o normas rectoras

Ahora, en vigencia de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal tales falencias no son de recibo, toda vez que muy claramente señala en su artículo 12 que reza: “Culpabilidad. Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

Aquí, como novedad, se reemplaza la expresión “**proscrita**” del artículo 5 del Decreto 100 de 1980 por el de “**erradicada**”, pues el primero se refiere a situaciones puntuales relacionadas con asuntos de permanencia en un lugar o espacio, en cambio la segunda, mucho más precisa, se refiere a lo que hace referencia a “**eliminar algo por completo, quitar de raíz**”.

Pero, además, ya ha sido solucionado el problema del valor de los principios rectores, toda vez que el artículo 13 de la Ley 599 de 2000 ha precisado: “**Normas rectoras y fuerza normativa**. Las normas rectoras

contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”.

Por tanto, sería impensable una responsabilidad objetiva, así sea concurrente con una subjetiva, como sucede en los delitos agravados por el resultado.

1.6. Dolo y culpa solo como medida de la sanción respectiva

El dolo y la culpa, como expresión de la responsabilidad subjetiva, no integraban la estructura de la responsabilidad disciplinaria en una época no muy remota cuando todavía no se había implementado el principio de culpabilidad en materia disciplinaria. Empero, de alguna manera, ya por fuera de la estructura de la responsabilidad, implicaba que existirían tres niveles de graduación de la pena: i) el mínimo, para la responsabilidad objetiva; ii) el medio para la responsabilidad por culpa; iii) y el superior para la responsabilidad por dolo.

Pareciera que una consideración tal fuera el pensamiento de Binding, quien, según Feijoo Sánchez estimaba “que el delito doloso y el imprudente no se diferenciaban en el injusto, sino que el dolo e imprudencia eran elementos de determinación de la pena”, por supuesto, aclarando que para la época todavía el concepto de delito no incluía el de tipicidad, siendo aquel una conducta antijurídica, culpable y punible³⁴³.

³⁴³ Cfr. Bernardo J. Feijoo Sánchez. *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*. Cuadernos de Política Criminal N.º 65,

La punibilidad, pues, se ofrece como parte de la estructura de la responsabilidad, de tal modo que bien podría argumentarse también allí la responsabilidad que se predicaba no era de tipo objetivo sino subjetivo.

Hoy ello se encuentra superado, pues el dolo y la culpa hacen parte de la estructura de la responsabilidad, tornando esta de la naturaleza objetiva a su naturaleza subjetiva.

1.7. Responsabilidad objetiva en materia de inimputabilidad y soluciones adoptadas

La inimputabilidad obra como presupuesto de culpabilidad -dogmática clásica- o como primer elemento de la culpabilidad -dogmáticas neoclásica y finalista-, empero, en el caso de las corrientes de corte causal, especialmente en el ámbito colombiano, como quiera que el caso fortuito y la fuerza mayor se constituían en causales de inculpabilidad (artículo 40 numeral 1º del Decreto 100 de 1980)³⁴⁴, la responsabilidad objetiva estaba a disposición de la justicia y de manera clara se capitalizaba incluso para negar jurisprudencialmente el caso fortuito y la fuerza mayor a los inimputables.

Tal forma de pensar fue corregida por la Ley 599 de 2000, que en su artículo 9 inciso 2º dispuso: “Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de

causales de ausencia de responsabilidad.

Recientemente se han modificado las normas sobre la inimputabilidad en la ley penal colombiana, estableciéndose para el Código Penal:

Artículo 33A. Medidas en caso de declaratoria de inimputabilidad. Adicionado por el Art. 4 de la Ley 2197 de 2022.

En los casos de declaratoria de inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado, el fiscal delegado que haya asumido la dirección, coordinación y control de la investigación ordenará a la autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y dialogo con el agente y dejará registro de estas.

Si con posterioridad a la implementación de las medidas de pedagogía y dialogo, el agente insiste en el desarrollo de conductas punibles contra el mismo bien jurídico tutelado, las nuevas acciones no se entenderán amparadas conforme con las causales de ausencia de responsabilidad o de inimputabilidad.

En todo caso, se aplicarán las acciones policivas y de restitución de bienes previstas en el Código de Procedimiento Penal a las que haya lugar, a fin de garantizar el restablecimiento de los derechos de la víctima y las medidas de no repetición necesarias.

Parágrafo. El Gobierno nacional reglamentará y proveerá los programas de pedagogía

Madrid, Edersa, 1998, pie de página N.º 71 p. 299.

³⁴⁴ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *La inimputabilidad y la crítica a su tratamiento*, Bogotá, Tesis de grado Universidad Externado de Colombia, 1984.

y dialogo. Estos deberán respetar la diversidad sociocultural

Se puede advertir muy claramente una inversión de la carga de la prueba con tintes de iuris et de iure, al disponerse en la norma anterior, concretamente en el inciso 2º, que “las nuevas acciones no se entenderán amparadas conforme con las causales de ausencia de responsabilidad o de imputabilidad”, lo cual, muy seguramente, podría devenir en una norma inconstitucional por quebrantar el derecho de defensa y el principio de contradicción consignado en el artículo 29 constitucional, amén de que también incide negativamente en la presunción de inocencia.

Pero, además, resulta claro que se contraviene lo señalado en el inciso 2º del artículo 9 del Código Penal, cuando establece que solo surge la responsabilidad del inimputable cuando “se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad”, norma que no puede ser exceptuada no solo por lo ya señalado anteriormente respecto a lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Política, sino también por lo establecido en el artículo 13 del Código Penal, según el cual: **“Normas rectoras y fuerza normativa.** Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalen sobre las demás e informan su interpretación”.

En efecto, sobre los **“principios o normas rectoras”** la sentencia C-774 de 2001, con ponencia del magistrado Escobar Gil, de manera preclara señaló respecto a su valor y el modo de actualizarlos en un caso concreto de suma importancia,

que sirve de modelo para su aplicación en cualquier otro evento:

La presente limitación en la procedencia de la detención preventiva, de acuerdo con los mandatos constitucionales, ha sido reconocida como norma rectora en el nuevo Código de Procedimiento Penal, cuando en su artículo 3º inciso 2º, sostiene: “...La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad...”, mandato constitutivo del ordenamiento procesal penal, de acuerdo con el artículo 24 del nuevo Código de Procedimiento Penal, quien otorga prevalencia a las normas rectoras sobre las demás disposiciones del código, al señalar que: “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

Por lo cual, se puede concluir que la procedencia constitucional de la detención preventiva se encuentra reglada en Carta Fundamental y reconocida por las normas rectoras del nuevo Código de Procedimiento Penal, según las cuales, los criterios legales de procedencia de la detención preventiva deben concurrir con los mandatos constitucionales, de tal manera que si la detención se ordena *sin considerar los principios y valores* que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la

medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, tal como se ha dejado sentado en esta providencia, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte (*Cursivas fuera de texto*).

Ahora, respecto de la sentencia C-775 de 2003 y referida al artículo 13 del Código Penal, con ponencia de Araujo Rentería, precisó en concreto sobre el valor normativo de las normas rectoras:

En consecuencia, la objeción de inconstitucionalidad que formula el actor parte de una interpretación errada de la norma acusada, porque como lo indica el procurador General de la Nación –“una norma rectora, entendida esta como aquella que inspira y sirve de fundamento para una adecuada interpretación y cabal desarrollo de las demás disposiciones jurídicas que integran el compendio procedimental”–, el cargo se fundamenta en la interpretación aislada de la disposición acusada y sin consideración a su carácter de norma rectora, cuya aplica-

ción se materializa a través de diversos mecanismos que el legislador ha previsto en las normas posteriores del ordenamiento procesal penal –sin perjuicio de la aplicación de otros ordenamientos que sean pertinentes –, no pudiendo por ello afirmarse, como lo hace el actor, que en virtud de la disposición impugnada los funcionarios judiciales puedan tomar cualquier clase de medida, dado que una interpretación sistemática de la norma acusada conduce a la inequívoca conclusión de que el funcionario debe adoptar las medidas que estime necesarias dentro de las opciones que el mismo Legislador ha definido en el ámbito de las normas penales, y llegado el caso, dentro del ordenamiento jurídico vigente, que de manera general comprende conjuntos normativos de diversas especialidades (*Cursivas fuera de texto*).

Los principios rectores se encuentran explícita o implícitamente consagrados en la Carta Política o en el bloque de constitucionalidad, de manera que, de conformidad con los artículos 4 y 93 de la Carta Política, en armonía con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no solo conllevan a la constitucionalización del Derecho Penal, sino también a su convencionalización.

Capítulo 2

Responsabilidad subjetiva

Por obra de la religión judaica antigua se incorpora a la ecuación de la responsabilidad el aspecto subjetivo, puesto que el hombre creado a imagen y semejanza con Dios tenía que entenderse en la doble dimensión de lo corporal y lo espiritual, siendo dueño y señor tanto de lo externo como de sí mismo en cuanto tuviera posibilidad de gobierno, como claramente se desprende de Génesis 1:26, 27 y 28³⁴⁵.

El logos y la razón griega también impulsaron la idea de responsabilidad subjetiva, de hecho en la obra de Aristóteles sobre “*Ética a Nicómaco*” ello aparece indiscutiblemente cuando afirma que la dimensión de lo humano bien dada por el cuerpo y el

alma³⁴⁶, lo cual resultaba a todas luces necesario muy especialmente cuando el Estado-ciudad declina en favor del Imperio, abandonándose la ética de la virtud –*proclive a un derecho sancionatorio de autor o culpabilidad por el carácter*– y por consiguiente incorporándose una ética del deber compatible con nuestra actual visión de un derecho sancionatorio de acto³⁴⁷. Los estoicos, muy a pesar de que algunos los consideran deterministas, lo cierto es que como lo hemos anotado en el anterior trabajo fueron precursores de una libertad en sentido empírico³⁴⁸, lo que se confirma con Cicerón al utilizar por primera vez el término dignidad del hombre y con Séneca, aunque posteriores a los iniciadores

³⁴⁵ Cfr. Gómez Pavajeau & Gutiérrez De Piñeres Botero, *Neurociencias y Derecho*, ob.cit, pp. 143 y ss.

³⁴⁶ Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “*Injusto y culpabilidad en los grandes filósofos griegos*” en Revista Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia N.º 91, julio-diciembre 2010.

³⁴⁷ Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “Grecia y su filosofía perenne” en Opúsculos de neuroantropología filosófica Tomo I. La materia prima del Derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero & Rafael Valle Oñate (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2020, pp. 41 y ss.

³⁴⁸ Citando a Castilla del Pino, se afirma que “nadie es libre en términos abstractos, sino que es solo para hacer lo que es posible y debe hacer”, pues la libertad no existe para hacer cualquier cosa, sino determinadas cosas, no diluyéndose la responsabilidad en múltiples e infinitos haceres, en tanto ella se concreta en un “determinado hacer” que viene demandado por un imperativo, en tanto “es la obra creadora sobre las posibilidades de la realidad”: Aedo Barrena, *Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica*, ob.cit, pp. 166,

del movimiento, quienes enfatizaron la preponderancia o primacía de lo espiritual en el desarrollo de sus actividades, dando cuenta el último mencionado de unas características de la acción humana muy cercanas a las propuestas por la moderna antropología filosófica en cuanto concibe la conducta humana como dirigida, previsora, planificada y mancomunada³⁴⁹.

El mundo romano fue influido de manera significativa por la cultura griega, muestra irrefutable de ello fueron las tesis sostenidas por Cicerón y Séneca antes mencionados, herederos romanos del estoicismo griego de la época imperial, pero también así se muestran los juristas tanto en la órbita del Derecho Civil como en la del Derecho Penal.

Muy claramente Ihering señala, luego de fenecida la etapa más antigua del derecho romano, se “acentuó el elemento de la inculpación respecto del elemento externo del hecho”, muy a pesar de que “el formalismo del método jurídico debilita con facilidad la mirada para el lado ético del Derecho”, era obvio que el mismo no tenía la determinación de un desarrollo pleno de una teoría fundada en la legalidad formal, por cuyos desarrollos pretorianos debe entenderse el contacto directo y de cara del juez con los hechos y las leyes, por lo cual el concepto de culpabilidad tanto para la materia penal como para la civil se adopta

como “un principio ético que impera” en tales sectores. Así, la culpabilidad se añade al resultado dañoso, aunque como un “elemento secundario”, que de todos modos permite posteriormente distinguir relaciones en las cuales resulta esencial y otras en las que apenas parece como accidental, pero donde finalmente “la realización plena del concepto de culpabilidad como medida de la responsabilidad en todas las relaciones de la segunda clase es la gran proeza de la jurisprudencia clásica³⁵⁰”.

Para ello nos valdremos de sus reglas, máximas y aforismos jurídicos, cláusulas sintéticas que en muy pocas palabras resumen un mundo filosófico subyacente³⁵¹. Expresan, si se quiere ser realista, el fenómeno que hoy conocemos como el derecho o la jurisprudencia viviente, toda vez que, como afirmara Paulo, *regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat* (Regla es la proposición que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que existe). Tan sabias aserciones, muy especialmente para efectos de la temática tratada, podrían muy bien complementarse con palabras de Pomponio, quien señaló *quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit* (Siempre que es dudosa la interpreta-

³⁴⁹ Cfr. Gómez Pavajeau & Gutiérrez De Piñeres Botero, *Neurociencias y Derecho*, ob.cit, pp. 142 y 143, 216 y ss.

³⁵⁰ Jhering, *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*, ob.cit, pp. 79 a 82.

³⁵¹ Para el efecto utilizaremos las referenciadas por Jaime M. Mans Puigarnau. *Los Principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Barcelona, Bosch casa editorial, 1979.

ción relativa a la libertad se habrá de responder a favor de la misma) o de Celso cuando patrocinó *benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur* (Las leyes se han de interpretar en el sentido más benigno, donde se conserve su disposición) o Marciano al establecer que *in obscuro libertas praevallet* (en la duda prevalece la libertad), tal cual se estipula en el principio internacional de los derechos humanos conocido como *pro homine* o *pro libertate*.

La primera gran máxima latina destaca lo que hoy es principio inmovible para el Derecho Penal moderno, atribuyéndosela a Ulpiano, quien destacó *cogitationis poenam nemo patitur* (nadie sufre pena por su pensamiento), requisito *sino qua non* para legitimarse, a partir de la exigencia del acto externo, el Estado moderno en su intervención en el fuero externo del individuo.

La responsabilidad, en gran medida, se encontraba vinculada con la existencia de la ley, toda vez que *legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus* (todos somos esclavos de las leyes para que podamos ser libres), se pronunciaba el gran jurista romano Cicerón y, de alguna forma, se complementaba con Ulpiano al referir que *durum hoc est, sed ita lex scripta est* (duro es ello, pero así está escrita la ley).

Pero para sorprenderse ante los males del populismo punitivo de actualidad, ya decía Tácito *pessima respublica, plurimae leges* (mal gobierno, muchas leyes).

Y, sobre todo, vigencia general, objetiva, impersonal y abstracta y no fraccionada de

la ley, en cuanto y tanto, decía Ulpiano, “no se constituyen las leyes para cada persona en particular, sino para todas en general” (*iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*).

La interpretación favorable al reo se conoció en Roma, pues Hermogeniano afirmaba contundentemente que, *interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandas* (en la interpretación de las leyes las penas han de ser atenuadas más bien que agravadas).

De entrada, ya el Derecho Romano visualizaba claramente la responsabilidad personal por la incursión de un sujeto en un delito, puesto que *nemo punitur pro alieno delicto* implicaba que “nadie debe ser castigado por delito ajeno” o como afirmaba Paulo, *dolus ei duntaxat nocere debet, qui eum admisit* (el dolo debe perjudicar únicamente a quien lo cometió), puesto que *alienus dolus nocere alteri non debet* (el dolo de uno no debe perjudicar a otro) dijo Neracio, Pomponio estimó *poena ex delicto defuncti heres teneri non debet* (el heredero no debe estar sujeto a pena por delito del difunto) y concretó Ulpiano *delicta et noxae caput sequuntur* (los delitos y los daños siguen al agente). Pero, además, según la Ley Cornelia *crimen contrahitur, si et voluntas nocendi intercedit* (se comete crimen si interviene voluntad de causar daño) o *dolus malus est machinatio quedam alterius decipiendi causa, quum aliud simulator et aliut agitur* (dolo malo es cierta maquinación para engañar a otro cuando se simula una cosa y se hace otra), decía Ulpiano³⁵²; y sex-

³⁵² *Dolus malus fit calliditate et fallacia, et quoties circumscribendi alterius causa aliud*

to postulaba *sine culpa, nisi subsist causa, non est aliquis puniendus* (nadie debe ser castigado sin culpa, salvo que esté oculta la causa), por lo que, de contera, *qui culpa caruit, dolo caruisse multo magis intelligendum est* (el que careció de culpa ha de entenderse que con mayor razón carecería de dolo). En consecuencia, *poena nulla esse debet, ubi nullum delictum* (no debe haber pena alguna cuando no hay ningún delito), esto es, según Decio, *puniri nemo debet, si nullam admisit culpam* (nadie debe ser castigado sin culpa)³⁵³.

Pero, en consonancia con el fenómeno de la intervención plurima en el delito, se afirmaba por Claudio Saturnino *puniuntur consilia ...quosque alios suadendo iuisse, sceleris es instar* (se castigan los consejos, pues haber ayudado a otros aconsejándoles es una especie de delito).

Puede que en un principio el Derecho romano no conociere la responsabilidad subjetiva, empero, todo indica que fueron maestros de su práctica y formulación teórica, puesto que ya Gayo afirmaba que *imperitia culpa adnumeratur* (la impericia es contada como culpa), Ulpiano decía *consilii non fraudulentum nulla obligatio est* (no resulta obligación alguna de consejo que no es fraudulento), *inuria ex affectu facientis consistit* (la injuria estriba en la intención del que la hace), *facere iniuriam nemo, nisi qui scit, se iniuriam facere, potest* (no puede hacer injuria sino el que sabe que la

comete) y Paulo postulaba que *culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest* (carece de culpa el que sabe una cosa, pero no puede prohibirla), con lo que se pone de presente la culpa, el dolo como conocimiento y voluntad y el intrínquilis tan difícil y complejo del conocimiento de la prohibición, aspectos centrales de la discusión actual sobre el principio de culpabilidad. Muy claramente Paulo esbozaba la culpa en su esencia, cuando precisaba que *culpa est, quod, quum a diligente provideri poterit, non esset provissum, aut tum denuntiandum esset, quum periculum evitare non possit* (hay culpa, porque habiéndose podido avisar por persona diligente, no se avisó, o se avisó cuando no podía evitarse el peligro), lo que muestra la contracara del caso fortuito y la fuerza mayor. Por eso la tendencia a reconocer el error de hecho fue muy fuerte y amplia, *in alieni facti ignorantia tolerabilis error est* (es tolerable el error por la ignorancia de un hecho ajeno), decía Neracio y Decio en el mismo sentido, *errantis nulla voluntas est, aut consensus* (el que yerra no quiere ni consiente). En fin, el error era aceptable ampliamente y en gran medida: *nulla voluntas errantis est* (es nula la voluntad del que yerra), decía Pomponio y *non videntur, qui errant, consentire* (no se considera que consienten los que yerran), completaba Ulpiano.

Igualmente, en los aforismos romanos encontramos claras referencias al dolo de peligro, mismo que explicaría hoy las tentativas necesariamente dolosas pero

agitur, et aliud agi simulatur [El dolo malo se comete con astucia y falacia, y siempre que, con objeto de engañar a otro, se hace una cosa y se simula que se hace otra].

³⁵³ El concepto técnico jurídico de culpa surge a partir del momento en que se adopta la perspectiva de la culpabilidad individual: Aedo Barrena, Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica, ob.cit, pp. 296 y 297.

preñadas de peligrosidad objetiva y no meramente subjetiva, cuando Gayo afirmaba *damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur* (daño que amenaza es daño aun no hecho, pero que tememos que sobrevendrá). La llamada peligrosidad *ex ante* al parecer no tenía relevancia, pues además de la anterior afirmación, una máxima de autor desconocido precisaba que *propositum in mente retentum nihil operatur* (el propósito retenido en la mente no tiene eficacia).

Incluso, ya en Gayo, aparecen atisbos de lo que hoy pueden denominarse criterios o reglas de la imputación objetiva, especialmente cuando la persona actúa *secundum ius*, tal como sucede cuando ejerce un oficio, profesión u arte lícitos, esto es, en claro y evidente ejercicio de una prudencia objetiva o en cumplimiento del deber objetivo de cuidado. En efecto, Gayo establecía que *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur* (no se considera que obra con dolo nadie que usa su derecho) o Paulo cuando dijo que *non videtur vim facere, qui iure suo utitur* (no se considera que hace violencia el que usa su derecho). Es más, dentro de la misma óptica de la imputación objetiva, pareciera que ya la hoy llamada autopuesta en peligro responsable implicara solo, exclusiva y excluyentemente responsabilidad de la víctima, al precisar Pomponio *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (no se entiende que exista daño el que lo padece por su culpa), o en palabras de Ulpiano *nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt* (No se considera que nadie defrauda a los que saben y consienten), *nulla iniuria est, quae in volentem fiat* (no es injuria la que se hace al

que la quiere) o según Decio *iniuria volenti non irrogatur* (no se irroga injuria al que la quiere), en fin, al decir de Sexto *scienti et consentienti non fit iniuria neque dolo* (al que lo sabe y consiente no se hace injuria ni dolo) y *damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis, imputare* (el que sufre un daño por su culpa debe imputárselo a sí mismo y no a los demás).

Es indudable la pertenencia del concepto material o sustancial de imputación objetiva en el pensamiento romano, cuando Ulpiano sentenció *sicut medico imputari eventos mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet* (así como no debe imputarse al médico la eventualidad de la muerte, así debe imputársele lo que por impericia cometió).

Solo lo controlable, aquello que se encuentra dentro del ámbito de dominio del autor, puede arrostrarse al mismo, lo demás por incontrolable no hacen parte de la ecuación de la responsabilidad: i) Pomponio: *Iura constitui oportet in his, quae ut plurimum accidunt, non quae ex inopinato* (conviene establecer las leyes para aquellas cosas que acontecen frecuentemente, no para las imprevistas); ii) Celso: *Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur* (Las leyes no se establecen para aquellas cosas que pueden acontecer ocasionalmente en alguno que otro caso) y *ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt* (el derecho debe acomodarse preferentemente a aquellas cosas que acontecen frecuente y fácilmente, más que a las que suceden raras veces); iii) Paulo: *Quod semel, aut bis existit praetereunt legislatores* (Los legisladores

prescinden de lo que acontece una o dos veces solamente) o *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet* (no hace daño nadie sino el que hizo lo que no tiene derecho a hacer) o *qui iusso iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet* (el que hace alguna cosa por mandato del juez no se considera que la hace con dolo malo, porque tiene necesidad de obedecer), sobre lo cual también Decio afirmó *iussus iudicis, excusat a dolo* (el mandato del juez excusa del dolo); y, iv) Ulpiano: *si quis corrigendi animo, aut si emendandi, non tenetur* (el que obra con intención de corregir o de enmendar no responde de injuria) o *qui auctore iudice comparavit, bonae fidei possessor est* (el que compró con la autoridad del juez es poseedor de buena fe). Empero, una máxima muy interesante se atribuye a Decio, magna para la explicación de la incursión actual en riesgos jurídicamente desaprobados, cuando señalaba que *commoda ferens, incommoda et onera, sustinere debet* (el que está a las ventajas debe también soportar las desventajas y las cargas).

Caso fortuito y fuerza mayor quedaban al margen de cualquier imputación por falta de control del agente en la ocurrencia del suceso: así, decía Ulpiano, *fortuitus casus est, qui nullo humano consilio praevideri potest* (Caso fortuito es aquel que no puede preverse por ningún medio humano) o *quod fato contingit, cuius patrifamilias, quamvis diligentissimo, possit contingere* (lo que acontece fatalmente le puede pasar a cualquier padre de familia, por muy diligente que sea); y se atribuye a la Ley Cornelia el aforismo según el cual *ea, quae ex improviso casu potius quema fraude acci-*

dunt, fato plerumque, non noxae imputantur (lo que sucede por accidente imprevisto, más bien que por fraude, se imputa de ordinario a fatalidad y no a delito). En términos generales, la máxima de autor desconocido *nemini potest imputaria quod humana providentia regi non potest* (a nadie puede ser imputado lo que la diligencia humana no puede gobernar) y aquella de Gayo según la cual *culpa abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset* (no hay culpa si se hizo todo lo que hubiese de haber tenido en cuenta uno cualquiera muy diligente), daban una idea muy clara de cómo se solucionaban problemas que descoyunturaron, teóricamente, a los dogmáticos clásicos alemanes frente a las críticas producto de las falacias naturalistas que pregonaron.

Pero ya era claro para los juristas romanos que lo imposible para el ser humano no se hacía exigible, tal lo decía Celso *impossibile nulla obligatio est* (no existe obligación de cosas imposibles), quien remataba con *quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt* (lo que está prohibido por la naturaleza de las cosas no es confirmado por ninguna ley), Gayo al preceptuar *adversos periculum, naturalis ratio permittit se defender* (la razón natural permite defenderse contra un peligro) o sexto al postular *nemo potest ad impossibile obligari* (nadie puede ser obligado a lo imposible).

Así, entonces, “no se evalúa el aspecto espiritual y trascendente de la persona, sino que se traduce en un juicio social, fundado en la obligación de respetar los valores”, como en la perspectiva conforme a

Lacroix lo expone Aedo Barrena³⁵⁴.

La buena fe jugaba un papel importante como excusa o atenuante de reproche o censura, puesto que como decía Paulo *fides bona contraria est fraudi et dolo* (La buena fe es contraria al fraude y al dolo). De hecho, si bien el error de derecho no excusaba ab initio, sí transformaba la imputación de dolosa en culposa e incluso esta podía ser excluida si el error estaba exento de culpa, lo cual se deduce de palabras de Decio, según quien *ignorantia iuris excusat a dolo* (la ignorancia del derecho excusa del dolo). En efecto, en principio era claro que el error de derecho no tenía relevancia excusante, puesto que Paulo bien decía *regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* (la regla es que a cada uno le perjudica ciertamente la ignorancia de derecho, pero no la de hecho), esto es, *error [sive: ignorantia] iuris nocet, facti vero non nocet* (el error de derecho perjudica, pero no el de hecho) o *iuris error nulli prodest* (a nadie le aprovecha el error de derecho), de allí que posteriormente Neracio escribiera *error in iure, non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet* (el error de derecho no deberá ser considerado en el mismo lugar que la ignorancia de hecho).

Esta ambivalencia en cuanto a los efectos del error de derecho muy seguramente se encuentra anclada en el principio romano según el cual la ley es dura pero es la ley (*dura lex, sed lex*) y *dura lex, sed servanda* (dura es la ley, pero hay que observarla), por lo que, en consecuencia su observancia

debería ser incluso para quien la creó, toda vez que *patere quam ipse fecisti legum* (sufrir la ley que tú mismo hiciste), mientras que la tendencia contraria, a reconocer su relevancia jurídica excusante o aminorante de imputación subjetiva, tenía raíces en Aristóteles, quien admitía la misma en su *Ética a Nicómaco*; amén de que, además, diferenciaba cuando alguien ignoraba su deber, dos situaciones: “tal hombre actúa en ignorancia, no como resultado de la ignorancia”, por lo que se hace responsable, en tanto el acto tiene origen en el propio sujeto y como tal ha decidido colocarse en dicha situación³⁵⁵. Empero, creo que ante el dilema de relevancia o no irrelevancia del error de derecho o ignorancia de la ley, la balanza se inclinaba hacia la relevancia, pues no en vano Séneca sentenciaba que *legem brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur* (conviene que la ley sea breve para que pueda ser más fácilmente retenida por los inexpertos).

Ira non excusat delictum (la ira no excusa el delito), decía Decio, lo cual sugiere por el grado de emotividad una menor sanción, al igual que ocurría con la expresión *fere in omnibus poenalibus iudiciis et aetati, et imprudentiae succurritur* (casi en todas las causas criminales se auxilia a la edad y a la ignorancia).

Sin duda alguna encontramos ciertos deslizamientos hacia una especie impropia de responsabilidad objetiva, aunque nominalmente se mantiene en los ámbitos del principio de culpabilidad, pero que en cierta forma muestran de antemano los coque-

³⁵⁴ Cfr. Aedo Barrena, Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica, ob.cit, p. 275.

³⁵⁵ Cfr. Aedo Barrena, Los fundamentos filosóficos de la culpa jurídica, ob.cit, pp. 96 y 97.

teos de ciertas teorías modernas que más adelante vamos a esbozar.

En efecto, varios casos de culpa se equiparaban al dolo, puesto que se decía, por ejemplo, por Paulo, que *magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est* (La negligencia grande es culpa, y la culpa grande es dolo); o por Ulpiano al señalar *culpa dolo próxima dolum representat* (la culpa próxima al dolo equivale al dolo) y *lata culpa plane dolo comparabitur* (La culpa lata se comparará efectivamente con el dolo), similar Decio al estipular que *culpa lata est dolo aequiparanda* (la culpa lata se ha de equiparar al dolo). Y por supuesto, lo que era culpa lata, equiparable al dolo era culpa³⁵⁶, lo que significa un proceso de ficción jurídica excesivo que hoy se advierte en recientes movimientos sobre la materia que pregonan la no existencia de una diferenciación cualitativa entre dolo y culpa, sino cierta progresión entre ellos que oscila en solo diferencias de grado o cuantitativa: así decía Ulpiano *lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere, quod omnes intelligunt* (es culpa lata la excesiva negligencia; esto es, no entender lo que todos entienden) y Paulo al referir *latae culpa finis est non intelligere id, quod omnes intelligunt* (el límite de la culpa lata es no entender lo que todos entienden), de lo cual surgen parámetros o tabulaciones sociales y no meramente individuales, lo que hace de la imprudencia la adquisición de datos en términos de “*diligencia objetiva o debida*”, ya no sujeta al jui-

cio individual del sujeto agente, lo que en cierta forma es una modalidad de responsabilidad preponderantemente objetiva.

De todos modos, en gran medida, incluso para nada despreciable frente a lo que la dogmática moderna ha establecido, bien avanzados en la materia resultaron los juristas romanos, hasta el punto que el gran Ihering afirmaría que “toda clase de lo injusto, sea que tenga su raíz en la intención o la negligencia, haya producido o no una demanda incluso al margen de la relación, halla en la acción nacida del vínculo su consideración y correspondiente retribución”. Es decir, prosigue el gran autor, “luego, a estas acciones por delito absorbidas en otras se junta el elemento de la culpabilidad individual en la respectiva relación, esto es, la infracción de aquellos deberes que precisamente le son propios³⁵⁷”.

Por todo ello, con una mentalidad práctica, decían los romanos por boca de Séneca *cui prodest scelus, in fecit* (lo hizo aquel que saca provecho del crimen).

Sorprende de verdad la visión romana del Derecho Penal, pues Gayo afirmaba que *poena est noxae vindicta* (La pena es la vindicta del daño) y Séneca, en una magnífica y anticipatoria máxima de lo que hoy se discute sobre la pena, señaló *in vindicandis iniuriis, haec tria ex secuta est: ut ad eum quem punit emendet, aut poena eius coeteros meliores raddat, aut ut, sublati malis, securiores coeteri vivan* (en la punición de los de-

³⁵⁶ Precisamente, Ulpiano precisaba que *iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit* [Entendemos aquí por injuria el daño causado con culpa, aun por aquel que no quiso perjudicar].

³⁵⁷ Jhering, *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*, ob.cit, pp. 85 y 86.

litos se sigue esta triple norma: la enmienda de aquel a quien se castiga, el mejoramiento de los otros por el ejemplo, y, suprimiendo el mal, la mayor seguridad de los restantes), evidenciándose la retribución pero con cierto aire de socialización en la primera, la prevención general negativa en la segunda y la prevención general positiva o pena integración en la tercera.

Por ello, con el advenimiento del Estado Moderno y luego de la declaración sobre la exigencia de la culpabilidad en la Carta de la Francia revolucionaria de 1789, el desiderátum romano pareciera encontrar cabida, pues como afirma Ihering, “el movimiento extensivo del elemento culpabilidad en la historia del derecho privado romano” resulta indiscutible, hasta el punto que, ya el énfasis como tal de la responsabilidad no está en el daño, sino en la culpabilidad, puesto que esta “fundamenta la responsabilidad por el hecho”, “sin culpabilidad no hay responsabilidad por el hecho, esto es, obligación de indemnizar”, lo que se identifica con un giro de la mentalidad naturalista y sensorial a la idea de una disciplina que juzga y dictamina como la ciencia³⁵⁸.

No puede negarse, en consecuencia, como lo dictaminó Ihering que “uno de los méritos más gloriosos de la jurisprudencia romana, [fue] el pensamiento de que *no hay pena sin culpabilidad*”. Así, continua, “en el incumplimiento yace tu culpabilidad”, lo que fija la idea de infracción al deber, perfeccionada con la culpabilidad individual: “sus-

tituyeron este criterio de la culpa abstracta por el de la individual”, lo que en la práctica implicaba una conceptualización compleja de la responsabilidad base de la indemnización como reacción estatal, pues era “asunto del deudor desvirtuar el reproche de la culpabilidad abstracta mediante la contrapueba de su culpabilidad individual”³⁵⁹. El dolo no se presumía, pues *qui dolum dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet* (el que afirma que algo se hizo con dolo, aunque sea una excepción, debe probar el dolo cometido), decía Ulpiano. Pero, además, resulta claro que no bastaba la intención para caracterizar al delito, pues *consilium habuisse non nocet, nisi et factum secutum fuerit* (no perjudica el designio, salvo que también hubiere seguido el hecho), decía Paulo.

Ulpiano, al afirmar *hoc quonque facere quis posse videtur, quod dolo fecit, quominus possit* (se considera que puede hacer uno lo que con dolo hizo que no pudiera), podría estar anticipando al *dolo in re eo ipsa* de la Edad Media, lo que, por supuesto, suena a responsabilidad objetiva, muy a pesar de la obviedad de la afirmación.

En dicho esquema conceptual, por tanto, no es casualidad que se pronunciaran sentencias, aforismos y máximas jurídica por sujetos desconocidos o por algunos estudiosos avanzados de la Edad Media en línea con el humanismo.

La libertad bajo la ley (*la libertad bajo la*

³⁵⁸ Jhering, *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*, ob.cit, pp. 104, 105 y 107.

³⁵⁹ Jhering, *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*, ob.cit, pp. 129, 130 y 149.

ley), el rey está bajo la ley (*el rey está bajo la ley*) y sub lege, libertas (*bajo la ley, libertad*) daban cuenta de un incipiente principio de legalidad y la proscripción del populismo punitivo y un ajuste a un Derecho Penal no expansivo, en cuanto “para establecer nuevas disposiciones ha de haber una evidente utilidad” (*In rebus novis constituendis, evidens esse utilitas debet*) eran asunto conocidos en la Edad Media. Por tanto, se comprende muy bien el que *puniri non debet a magistratu, quod lege non punitur* (no debe ser castigado por el magistrado lo que la ley no castiga), puesto que *durum est torquere leges, ad hoc ut torqueant homines* (es cruel retorcer las leyes para que atormenten a los hombres), por ello *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (cuando la ley no distingue, tampoco debemos distinguir); de allí que *verbis legis tenaciter inhaerendum* (hay que atenerse con tenacidad a los términos de la ley), *verba legis cum effectus sunt accipienda* (las palabras de la ley se han de entender eficazmente) y *leges legibus concordare promptum est* (procede concordar unas leyes con otras).

La necesaria e imprescindible relación entre derecho y deber para la configuración de lo antijurídico: *ius et obligatio sunt correlativa* (Derecho y obligación son correlativos).

El pensamiento no es suficiente para generar el delito: i) *propositum in mente retentum nihil operatur* (el propósito retenido en la mente no tiene eficacia); ii) *actus ultra intentionem agentium nihil operatur* (la eficacia de los actos no trasciende de la intención de sus autores); iii) *actus non debet operari ultra intentionem agentis* (el acto

no debe surtir efecto más allá de la intención del agente).

Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur (libertad es la facultad natural de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley), establecía Florentino, lo que da cuenta de las órdenes de autoridad legítima y de las prohibiciones como regla general, a partir de lo cual, se deduce que todo lo que no caiga en su mandato está permitido como modernamente se entiende hoy. Ello se complementa, muy acertadamente, con la afirmación de San Raimundo de Peñaford, quien asintió *omnia mihi licent nisi lege vel decreto vetentur* (Me es lícito todo lo que no está prohibido), apoyado por autor desconocido que afirmó *permissum videtur id omne, quod non prohibitum* (Se considera permitido todo lo que no está prohibido), de allí que excusas legales como cumplimiento de un deber legal, orden legítima de autoridad competente, ejercicio de un derecho, oficio, profesión o actividad lícita se hacían de conformidad con la ley y no resultaban prohibidas, puesto que, como autor desconocido lo atinó, *quod lege permitente fit, poenam non meretur* (el que no hace más que lo que la ley permite no merece ser castigado).

El carácter de generalidad, objetividad, impersonalidad de la ley era también conocido, como se revela en máxima de autor desconocido: *non uni liceat quod alteri non permittitur* (lo que está prohibido a uno no puede permitirse a otro).

Pero, sin duda alguna, lo prohibido estaba sujeto a la condición de posibilidad de aca-

tarlo: *impossibile, idem est ac non esse* (imposible es lo mismo que no ser); *ultra posse nemo obligatur* (nadie está obligado más allá de lo posible); *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a cosas imposibles); *ad impossibilia nulla datur obligatio* (no hay obligación para cosas imposibles), decían autores desconocidos. Pero todo, con un valor inconmensurable por los alcances filosófico-jurídicos, lo resumía ya en el campo normativo San Raimundo de Peñaford al acertar con su máxima *lex omnis debet esse possibilis, alias non est lex* (Toda ley ha de ser posible; en otro caso, no es ley).

Se afirmaba, coherentemente con la herencia romana respecto a la responsabilidad personal: *nemo punitur pro alieno delicto* (nadie debe ser castigado por delito ajeno) o *alieni sceleris poenam nemo sentiat* (nadie debe sufrir pena por un delito ajeno) o *nemo succedit in delicta* (no hay sucesión en los delitos) o *delicta suos teneant auctores* (obliguen los pecados a sus propios autores).

También la inexistencia de comportamiento por falta total de previsibilidad o prevenibilidad: *neimine potest imputari quod humana providentia regi non potest* (A nadie puede ser imputado lo que la diligencia humana no puede gobernar). Falta de culpabilidad: i) *quae sine culpa accidunt, a nullo praestantur* (Nadie responde de las cosas que acontecen sin culpa); ii) *delictum non imputatur, ubi dolus non est* (Cuando no existe dolo no debe imputarse delito); ; iii) *voluntas et propositum maleficia distungunt* (La intención y el propósito es

lo que caracteriza al delito); iv) *ibi sit poena, ubi et noxia est* (La pena está allí donde también está la culpa); v) *ille, qui non praevidet, quod praevidere debuit, in culpa est* (Incorre en culpa quien no previó lo que debía prever); vi) *negligentiam non praesumitur* (La negligencia no se presume); vii) *dolus est consilium alteri nocendi* (Dolo es propósito de perjudicar a otro); viii) *omnis affectatio, dolus* (Toda simulación es dolosa); ix) *qui culpa carcui, dolo caruisse multo magis intelligendum est* (El que careció de culpa ha de entenderse que con mayor razón carecería de dolo); x) *unusquisque doli sui poenam sufferat* (El que careció de culpa ha de entenderse que con mayor razón carecería de dolo); xi) *nemini dolus susprodesse debet* (A nadie debe aprovechar su propio dolo); xii) *dolus non praesumitur* (El dolo no se presume); xiii) *nohil volitum, nisi praecognitum* (No se puede querer lo que no se conoce); xiv) *parcitur instae ignorantiae, non scienti aut ei qui scire debuit* (Se perdona la ignorancia justificada, pero no al que sabe o debió saber); xv) *praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur* (se presume la ignorancia allí donde no se prueba el conocimiento); xvi) *fraus nunquam praesumitur* (El fraude no se presume nunca)³⁶⁰.

Existían claras prevenciones sobre los errores, para diferenciar sobre lo vencible e invencible: *Nihil facilius quam negligentiam adumbrare pretextu ignorantiae* (Nada más fácil que encubrir la negligencia a pretexto de ignorancia) estipulaba una máxima sin autor conocido, empero, ello no enervaba

³⁶⁰— La importancia de tal máxima se conecta con aquella, según Decio, *dolus a fraude differt velut genus a specie* [El dolo difiere del fraude como el género de la especie].

de iure el error y su relevancia jurídica. De allí que, con toda razón, *ignorantia facti proprii neminem excusat* (La ignorancia de un hecho propio no excusa a nadie) decía San Raimundo de Peñaford o un desconocido en el mismo sentido: *non est tolerabilis ignorantia in facto proprio* (No es tolerable la ignorancia de un hecho propio); lo que de contera o a contrario sensu implica que, si la ignorancia provenía de lo que estaba fuera de control y posibilidad del agente, la excusa era irrefutable.

Dino estableció *poena iure non imponitur, ubi delictum non invenitur* (No se impone pena por la ley donde no se encuentra delito), pero también decía *errans in eo quod publice notum est, non excusatur* (No se excusa el que yerra en lo que se ha notado públicamente). Igualmente, de manera muy práctica se afirmaba por autor desconocido la máxima *non potest ignoranti, quod publice notum est* (No puede ser ignorado lo que es notorio públicamente), puesto que *quae publice fiunt, nulli licet ignorare* (A nadie le es lícito ignorar las cosas que se hacen públicamente).

Por ello, como afirmaba Dino, *culpa non caret qui rei non intellectae se inmiscet* (No carece de culpa el que se inmiscuye en cosa que no entiende)

Dino expresó *errans in iure non excusatur* (El que yerra en derecho no se excusa) y una suerte de responsabilidad objetiva iba ínsita en una de sus fórmulas, según la cual *dolus ex qualitate facti consideratur* (El dolo se considera por la cualidad del hecho), primera aproximación al famoso *dolo in re eo ipso* como que el dolo está en los hechos de

la Edad Media. Se corrobora lo anterior con máxima del mismo *animus ad delinquendum praesumitur ex atrocitate delicti* (La intención para delinquir se presume por la atrocidad del delito).

Empero, tales afirmaciones se nos hacen que operaban más bien como presunciones, de manera similar a los partidarios de la relevancia del error tanto de hecho como de derecho, Dino señalaba *bona fides semper praesumitur, nisi mala adesse probetur* (La buena fe se presume siempre, si no se prueba la existencia de la mala).

El error de hecho invencible comportaba excusa, no así el vencible, que por contera conducía a culpa, según se desprende de máxima de San Raimundo de Peñaford: *ignorantia facti alieni excusat, nisi sit crassa et supina* (La ignorancia del hecho ajeno excusa, a no ser que sea grande y supina).

In *error iuris non inducit malam fidem* (El error de derecho no implica mala fe) decía Bartolo, con lo cual se daba cuenta que excluía el dolo y podía también hacerlo, respecto de la culpa, si estuviera exenta la buena fe de culpa, pues Dino señalaba que *errans in iure non excusatur* (El que yerra en derecho no se excusa) si se combinaba con otra fórmula de autor desconocido según la cual *ignorantia iuris excusari facile non possis* (No puede ser fácilmente excusada la ignorancia de derecho), muy a pesar de que se decía que *ignorantia iuris neminem excusat* (La ignorancia de derecho no excusa a nadie) y *ignorantia legis non excusat* (La ignorancia de la ley no excusa) o *nemo potest ignorare leges* (Nadie puede ignorar las leyes), de todos modos

nemo censetur ignorare ius [sive: legem] (No se considera que nadie ignora el derecho). Muy similar, aunque más complejo y potenciando una interpretación favorable al reo, decía Dino, *error facti concurrrens cum errore iuris, inducit bonae fidei presumptionem* (El error de hecho, concurriendo con el error de derecho, induce a la presunción de buena fe). Pero no faltaban los que consignaban la irrelevancia del error de derecho, al afirmar *ignorantia excusatur, non iuris, sed facti* (La ignorancia de hecho es excusable, pero no la de derecho) y *ignorantia facti, non iuris, excusat* (La ignorancia de hecho excusa, no la de derecho). El mismo Dino preceptuaba *ignorantia iuris naturalis non excusat* (La ignorancia del derecho natural no excusa), lo que daría pábulo para pensar que no se descartaba la ignorancia de la ley.

Pero también, de alguna manera, podría verse afirmaciones muy modernas expresadas en el ámbito del funcionalismo radical con fundamento en Hegel, en torno al conocimiento de la ilicitud, cuando se expresó *scire, vel scire debere, paria sunt* (Saber y deber saber, en derecho es la misma cosa), lo que resulta hartamente cuestionable por hacer prácticamente irrelevante el error de derecho, incluso el de hecho se dificultaría en grado sumo.

In legibus poenalibus cura ese debet, ne, qua in terrorem latae sunt, vertantur in rigorem (En las leyes penales debe cuidarse que aquellas cosas que han de producir terror no se interpreten con rigor), parte de autor desconocido, pero pone de presente la cuadratura de una prohibición absoluta para el reconocimiento del error, incluyen-

do por supuesto el de derecho.

Coherentemente con lo que hoy es el ámbito de operatividad de la imputación objetiva: i) *non auditur propriam allegans turpitudinem* (no es oído el que alega una torpeza propia); ii) *qui iure suo utitur, neminem laedit* (El que usa de su derecho a nadie perjudica); iii) *ubi commodum, ubi auctor* (Donde está la ventaja está el autor); iii) *iura vigilantibus, non dormientibus subveniunt* (Las leyes protegen a los diligentes, no a los descuidados); iv) *iura vigilantibus prossunt et subventium* (Las leyes aprovechan y ayudan a los diligentes); v) *ubi maius periculum, ibi cautius agentium est* (Donde mayor es el peligro, allí hay que proceder con más cautela).

Pero también, resultaba claro que *volens non fraudatur* (No se defrauda al que lo quiere), *decipi non censetur, qui scit se decipi* (No hay que considerar engañado al que sabe que lo engañan), *non facit fraudem, qui facit, quod debet* (No comete fraude el que hace lo que debe) o *qui suum petit neminem defraudat* (El que reclama lo suyo no defrauda a nadie), como reglas que anteceden a la moderna imputación objetiva y cumplimiento del deber objetivo de cuidado, puesto que como decía Dino, *deceptus, pro nolente est reputandus* (El engañado se reputa que no quiere).

Y, para anticipar un poco lo que hoy se considera un comportamiento alternativo conforme a derecho, como causal de no imputación objetiva, se decía *non dicitur factum in fraudem quod, cesante fraude, aequo fieri potuisset* (No se considera hecho fraudulentamente lo que, sin el frau-

de, podría haberse hecho de igual modo) o non praesumitur fraus nec simulatio in eo quo dalia eosden, alia obtineri potest (No se presume fraude ni simulación en aquello que por otro procedimiento puede haberse obtenido).

Sobre el sentido de la pena y su medición: i) non ad solam delictorum mensuram ponea imponenda ets, sed et inquirendum quis fuerit eius qui peccavit animus (La pena no ha de imponerse solamente en proporción a la magnitud del delito, sino también inquirendo cuál fue la intención del que lo perpetró); ii) graviore culpa, gravior poena (A más grave culpa, más grave pena); iv) puer non debe tita severe puniri, sicut maior (El niño no debe ser castigado tan severamente como el mayor).

Así las cosas, tanto el derecho griego como el romano, muy especialmente el greco-romano y juristas humanistas de la Edad Media, eran partidarios inconcusos de la responsabilidad subjetiva o principio de culpabilidad, aun cuando, de veras a partir de las excepciones, ello no operaba **“por y como principio”** sino **“en principio”**.

Así se consagró por la Revolución Francesa, puesto que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879 estableció de manera clara y sin hesitación alguna el postulado según el cual

puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley” (artículo 9). La culpabilidad, necesaria e inexorablemente, estaba

asociada y presuponía la estricta legalidad y necesidad de intervención del Estado en la conducta ciudadana, puesto que, previamente estaba asociada a los postulados “la Ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan solo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente” (artículo 7) y “la Ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan solo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente” (artículo 8), que a su vez, solo legitimaban y justificaban la consideración de lo anti-jurídico de un comportamiento, basado en: i) “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan solo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan solo pueden ser determinados por la Ley” (artículo 4); y, ii) “La Ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que esta no ordene (artículo 5).

Grandes penalistas de la era dogmática, a saber, Mezger y Rodríguez Mourullo, plantean que esta corriente del Derecho Penal de alguna manera procura “al menos tendencialmente, conceder la máxima vigencia al principio de no hay pena sin culpabilidad”, por lo que, sin hesitación alguna, las técnicas jurídicas creativas sobre la presunción del dolo no son bien vistas y reciben profundas y agrias críticas doctri-

nales, pues “entraña el riesgo de favorecer en la praxis una actitud de renuncia o indiferencia respecto a la comprobación de la concreta e individual culpabilidad del reo”³⁶¹, por lo que se genera, como arriba advertimos, que ya el derrotero no obra por principio sino en principio.

Tales excepciones podríamos agruparlas en los siguientes enunciados, bien de carácter sustancial, procesal o probatorio:

2.1. Inversión de la carga de la prueba

La inversión de la carga de la prueba es una estrategia procesal a través de la cual se resuelve la problemática de la prueba de la culpabilidad, toda vez que, por su misma naturaleza, en cuanto y tanto se trata de la acreditación del aspecto subjetivo del delito, las dificultades inherentes a la percepción directa de lo que los demás registran en sus mentes como procesos psicológicos y/o valorativos, no deja de causar perplejidad, pues si bien los primeros son reales y pueden estar sometidos a su determinación en torno a su existencia o inexistencia, nunca la prueba resulta de conducción directa a ellas, sino que implica un procedimiento indirecto configurado a partir de inferencias que, probatoriamente, se ancla necesariamente en la llamada prueba indiciaria o por indicios, pues las alternativas resultan incluso mucho más complicadas, habida cuenta con que, tanto la acreditación de la intervención delictiva –autores y partícipes determinadores o cómplices-, quienes no

son fácilmente descubiertos en virtud de la clandestinidad del modus operandi general es la regla que rige este tipo de actividades humanas o el grado de culpabilidad –dolo, culpa o preterintención, por ejemplo- se constituyen en un verdadero desafío dejando huérfanos de pruebas tales aspectos en la inmensa mayoría de los casos, debiéndose recurrir a la necesarias inferencias; o si se produce la llamada confesión por parte de los mismos ella involucra problemas cardinales puesto que son muy escasos los eventos donde esa verdad es plena y totalmente revelada, de manera que el acto de dar cuenta de lo que se realizó al parecer nunca es completo y siempre por razones cualitativas y cuantitativas comporta una auto atribución del circunstancias con clara tendencia a auto favorecerse, lo que indican una justicia incompleta y no ajustada a los cánones de proporcionalidad propios del establecimiento de unos hechos cuya respuesta institucional estatal brilla por no ser correspondiente con el grado de antijuridicidad y culpabilidad del hecho realmente acaecido. En cuanto a los segundos, esto es, lo referidos a los aspectos valorativos de la culpabilidad, especialmente en cuanto a la noción de consciencia de la antijuridicidad o del ilícito como respectivamente se entienden para el Derecho Penal y para el Derecho Disciplinario, tales criterios no recaen sobre algo real, sobre algo que es, sino sobre algo que “vale o se estima”, dificultando todavía más el establecer si existe una correspondencia exacta entre el fenómeno jurídico demandado y lo que en últimas se

³⁶¹ Cfr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. *La presunción legal de voluntariedad en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Fascículo N.º 1, Tomo XVIII*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1965, p. 33.

juzga como probado, en cuanto aquí ya la misma ni siquiera puede discutirse si es o no ontológica, por cuanto se gravita sobre otra naturaleza, el mundo del valor³⁶².

Ante tales dificultades, unas vienen de antaño otras identificadas no tanto tiempo atrás y otras más recientes, implican tomas de posiciones en la reformulación de los fenómenos jurídicos a partir de su constitución sustancial –por ejemplo, sobre el concepto de consciencia de la antijuridicidad o ilicitud, si el mismo se predica en términos actual y real o eventual y potencial (actualizable)-, en la estrategia de los fines del proceso o en el manejo de las cargas probatorias y su distribución entre las partes o sujetos procesales.

En el recorrido del Derecho romano vimos muchos ejemplos de ello, mismos que gravitan sobre temas altamente teóricos, pero también eminentemente prácticos, caso este que tiene ocurrencia muy especialmente con respecto a las presunciones, ya jurídicas ya de facto, como hemos caracterizado aquellos aspectos vinculados con la concreción o especificación de muchos aforismos, reglas y máximas citadas en el campo de la praxis judicial.

Hoy los mismos bien podríamos decir, se traducen en gran medida en los llamados indicadores de dolo o culpa o tabulaciones objetivas de lo que se considera indicios de culpabilidad.

2.1.1. Inversión total y parcial de la presunción de inocencia

Si bien no implica en términos de “**por principio**” el establecimiento de una responsabilidad objetiva es claro que, por la técnica utilizada, que parte de una distribución disfuncional de la carga de la prueba, favoreciendo a todas luces y de manera radical a la acusación, termina por aceptarse en la práctica que nos encontramos ante una responsabilidad objetiva, no establecida como tal sino a partir de la inversión total o parcial de la carga de la prueba.

2.1.1.1. Inversión total en la Edad Media³⁶³

Tal lo que sucedió en la Edad Media, toda vez que, resulta imposible jurídica y lógicamente hablar que en su seno se practicó una responsabilidad objetiva, habida cuenta que existía una identidad o al me-

³⁶² “Se nos presenta, pues, el valor como un carácter objetivo consistente en una dignidad positiva o negativa que en el acto de valoración reconocemos. Valorar no es *dar* valor a quien por sí no lo tenía; es reconocer un valor residente en el objeto. No es una *quaestio facti*, sino una *quaestio iuris*. No es la percatación de un hecho, sino de un derecho. La cuestión del valor es la cuestión de derecho por excelencia. Y nuestro *derecho* en sentido estricto representa solo una clase específica de valor: el valor de la justicia”: JOSÉ ORTEGA Y GASSET. “*Introducción a una estimativa*” en Obras Completas Tomo VI, Madrid, Revista de Occidente, 1952, pp. 315 y ss.

³⁶³ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Derecho Penal y Edad Media*, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, 2012.

nos muy cercana similitud entre Iglesia-Estado, moral-derecho y pecado-delito. Las relaciones obligacionales en el fuero externo e interno se confundían, marchaban paralelos, de tal manera que lo subjetivo como desvalor del pensamiento prevalecía sobre lo objetivo y el desvalor de acción y el desvalor de resultado, puesto que el pensamiento delinquía de manera positiva –en forma de acción del pensamiento, con el deseo de la mujer del prójimo– y de manera negativa -en forma de omisión de la creencia o conciencia-, judíos, musulmanes, cristianos protestantes, herejes, hechiceros, brujas, apóstatas, ateos, etcétera.

Quien realizara un comportamiento estimado como contrario a la moral católica, apostólica y romana era considerado sujeto del derecho sancionador, especialmente penal, sobre todo en el caso de los delitos más graves, denominados pecados nefandos, ante lo cual se presumía que se había procedido por dolo y, en consecuencia, se invertía la carga de la prueba.

Si el sujeto desvirtuaba la imputación, demostrando que no existía dolo, inmediatamente se presumía que existía culpa especialmente por el sistema de llamado **“tuciorismo moral”**, ante lo cual, se afirmaba que debe seguirse siempre la opción más segura o cercana a la ley, aunque la opción opuesta también sea probable -ver <https://es.m.wikipedia.org->, de tal manera que subsidiariamente emergía una nueva presunción que también debía ser desvirtuada si se quería por el procesado aspirar a una absolución, lo cual resultaba casi que imposible o como mínimo tremendamente difícil si se tiene en cuenta que la

discusión podría aparecer luego de agotado el proceso probatorio, cuando ya no era posible desvirtuar la presunción de culpa emergente, tal vez lo que descansa o subyace en el fondo del *versari in re illicita*, muy socorrido por los partidarios de invertir la carga de la prueba.

La confesión era la prueba reina, no obstante, no se conocía la confesión calificada, pues de presentarse una excusa, mayor razón existía -como necesidad trascendental en pro de la salvación de las almas y su purificación, haciendo sufrir al cuerpo- para la utilización de la tortura, herramienta a partir de la cual se aseguraba que el sistema de inversión de la carga de la prueba no fallara, pues implicaba una derrota para el estado-juez inquisidor.

2.1.1.2. Inversión total en el Código Canónico vigente hasta el año de 1983

Coinciden los autores en que modernamente aquí es donde se encuentra una verdadera presunción iure et de iure del dolo, sin posibilidad, por supuesto, de admitir prueba en contrario.

En efecto, el canon 2.200 –“Dolus heic est deliberata voluntas violandi legem, eique opponitur ex parte intellectus defectus cognitionis et ex parte voluntatis defectus libertatis”- parte segunda, señalaba de manera contundente y sin ambages:

§ 2. Posita externa legis violatione, dolus in foro externo praesumitur, doneo contrarium probetur.

2.1.2. Inversión parcial

En un sistema de inversión parcial rige **“en principio”** la responsabilidad subjetiva, esto es, se contempla la presunción de inocencia o de no culpabilidad, pero se introducen algunas variantes a partir del derecho sustancial, reglas de procedimiento o distribución de la carga probatoria que altera la regencia general y universal de la presunción de inocencia.

Modernamente, luego de la Revolución Francesa, es el instrumento más socorrido en la definición de las estrategias sustanciales, procesales y probatorias a que acude el estado moderno a través de su legislación para distribuir el deber de probar en el proceso judicial penal y sancionatorio en general.

2.1.2.1. Presunción de voluntariedad

La culpabilidad en principio, vigencia de la dogmática clásica, fue concebida como el nexo psicológico entre el sujeto-querer y el resultado, por lo que se trataba de una explicación anclada en las ciencias de la naturaleza, a partir de la fisiología como ciencia que da cuenta de las funciones de los órganos humanos, en este caso del cere-

bro. Implicaba así, que, en cierta forma, era el reflejo de la adopción de un concepto de acción también proveniente de las ciencias de la naturaleza, de carácter causal-mecánico, y explicable a partir de las leyes de causa, relación de causalidad y efecto que edificaba una teoría del delito a partir de un dato del mundo del ser -ontológico-, por lo que también por obra de los conocimientos de una incipiente ciencia de la psicología cuyo estatus científico se debatía entre ciencias de la naturaleza o ciencias del espíritu, imperando en la Alemania del último cuarto del siglo XIX la corriente experimental en psicología a partir de los conocimientos de los médicos fisiólogos –Wilhelm Wundt–, donde se establecía una suerte de paralelismo entre causalidad física y causalidad psíquica, poniendo fin en cierta forma a los filósofos como propietarios del conocimiento psicológico³⁶⁴, esto es, despojando a la psicología de la metafísica que la que se impregnaba por la filosofía de la mente³⁶⁵.

Los filósofos de la mente, particularmente por obra de Descarte, habían dado cuenta de la dimensión del ser humano de naturaleza corpóreo-psíquica, por lo que la influencia de la psicología en el Derecho Penal obra y gracia del método ontológico asumido por la dogmática clásica de corte positivo-jurídico pero tremendamente marcado por el

³⁶⁴ Cfr. Francisco Tortosa & Cristina Civera. *Historia de la psicología*, Madrid, Mc Graw Hill, 2006, pp. 79 y ss.

³⁶⁵ Sendos trabajos sobre filosofía de la mente, cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “Cristianismo y cartesianismo: la división radical entre cuerpo y alma” y “La tradición ilustrada y su concepción antropocéntrica del Estado. La responsabilidad moral” en Opúsculos de neuroantropología filosófica Tomo I. La materia prima del Derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero & Rafael Valle Oñate (Directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2020, pp. 81 a 100 y 103 a 114.

positivo-naturalista arrojaría un corte vertical de las categorías dogmáticas, desplazando hacia la izquierda de la gráfica definición del delito lo objetivo-corpóreo como son la acción, la tipicidad y la antijuridicidad, y hacia la derecha lo subjetivo-psíquico como son la imputabilidad y la culpabilidad. Lo subjetivo-psíquico, lo mental, estaba dado por el conocimiento y la voluntad, aspectos que permitían la configuración de la ecuación querer, nexa psíquico y resultado.

El dolo entonces, según lo anterior, tenía como componentes los aspectos psíquicos del conocimiento y la voluntad, por supuesto aspectos personales de muy difícil comprobación que a través de una estrategia procesal de “presunción de voluntariedad”, instaurada por el Código Penal español de 1944 en el inciso 2º del artículo 1, según el cual “las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de antaño, pues la norma constaba en anteriores estatutos, fue interpretada de manera consistente como una “*praesumptio doli*” y por lo tanto la voluntad “como elemento espiritual caracteriza las infracciones definidas como delitos no requiere demostración alguna por parte de los Tribunales”, reiteraba la práctica judicial³⁶⁶.

Una primera aproximación al tema consiste en precisar si tal presunción es de las conocidas como de derecho –“*iuris et de iure*”– que no admiten prueba alguna en contrario o legal –“*iuris tantum*”– que por el contrario sí la admiten.

La primera aproximación indicaría que la presunción es *iuris et de iure*, toda vez que así se desprendería de la expresión “**se reputan siempre**”, empero, parece que la categoricidad de la afirmación queda modulada condicionalmente por la expresión final según la cual “**a no ser que conste lo contrario**”, opinamos particularmente sobre el tema. De todos modos, la práctica fue benevolente al final de las discusiones y se impuso el carácter de presunción “***iuris tantum***”, como lo reporta Rodríguez Mourullo³⁶⁷.

El Código Canónico consagra la responsabilidad subjetiva o principio de culpabilidad, al disponer que:

1321 § 1. Nadie puede ser castigado, a no ser que la violación externa de una ley o precepto que ha cometido le sea gravemente imputable por dolo o culpa.

Con respecto a su prueba, señala que:

1321 § 3. Cometida la infracción externa, se presume la imputabilidad, a no ser que conste lo contrario.

Aquí sí, de manera indiscutible, la presunción aparece caracterizada como *iuris tantum*. De todos modos, aquí se confiere un privilegio a la acusación, puesto que, ante la duda, la presunción de dolo inclinaba la balanza hacia la responsabilidad y no operaba por obvias razones lógicas el *in dubio pro reo*, muy a pesar que algunos opinaban lo contrario, en la medida en que la dignidad hu-

³⁶⁶ Cfr. Rodríguez Mourullo, *La presunción legal de voluntariedad*, ob.cit, p. 34.

³⁶⁷ Así Rodríguez Mourullo, *La presunción legal de voluntariedad*, ob.cit, pp. 39 y ss.

mana, que significa al hombre como ser espiritual y moral, afirma la irrenunciabilidad a tal máxima sempiterna³⁶⁸.

También, en el caracterizado ánimo doctrinal de rebajar los alcances de la presunción de dolo, se afirmó que no era lo mismo presumir que la conducta era voluntaria que extender ello también respecto al resultado, lo cual obviamente sí resulta efectivo como planteamiento reductor de los alcances de la estrategia procesal-probatoria en que consiste la presunción legal, pues allí sí sobre sentido la afirmación acerca de que lo presumido es la voluntariedad³⁶⁹ o suye- dad en términos italianos, el simple querer desprovisto de finalidad, que cumplía en la dogmática clásica la simple función de darle constitución a la acción, pues la relación con el resultado era un asunto del dolo ubicado en la culpabilidad.

Pensamos que finalmente, por fuerza de la práctica, tal pensamiento se encuentra muy arraigado en la praxis judicial e incluso doctrinal actual, habida cuenta que dicha problemática fue objeto de arduas discusiones y críticas en el ámbito de la Dogmática Clásica, pero ese ejercicio malabarístico de establecer la voluntariedad, finalmente fue reemplazado o sublimado por una construcción doctrinal que daba cuenta de la existencia de la acción causal mecánica-fiscalista siempre y cuando no aparecieran causales excluyentes de acción,

como el caso fortuito, fuerza mayor, actos reflejos, movimientos de los involuntables, movimientos en estado de inconsciencia absoluta, vis absoluta, hipnosis, sonambulismo, etcétera, lo que por supuesto llevaba ínsita la voluntariedad.

Problema singular presentaban los delitos con ingredientes subjetivos del tipo o el referido dolo específico de que hablaron los penalistas italianos, al cual, por supuesto no se podía extender la presunción de voluntariedad³⁷⁰, habida cuenta que los referidos elementos del ánimo o de un conocimiento incrementado van más allá del dolo y por lo mismo resultaban incomprendidos dentro de la presunción.

El dolo neoclásico portaba los elementos psicológicos del conocimiento y la voluntad como también el valorativo de la conciencia de la antijuridicidad, lo que indicaría entonces que esta quedaba por fuera de la presunción legal de dolo, lo que de alguna manera restablecía un cierto equilibrio entre las cargas de la acusación y la defensa, aun cuando sin duda, resulta más fácil probar el dolo psicológico que la conciencia de la antijuridicidad.

Empero, también hubo facetas de la doctrina que defendieron que lo que sucedía con respecto a la figura de la presunción de dolo era que, acreditado el mismo por la acusación, se presumía que el acto o la omisión referidos a al quebrantamiento del deber,

³⁶⁸ Así Rodríguez Mourullo, *La presunción legal de voluntariedad*, ob.cit, pp. 45 y 46. Particularmente sobre la exclusión del *in dubio pro reo*, pp. 73 y 74

³⁶⁹ Así, refiriéndose a una “voluntad simplemente espontánea” Rodríguez Mourullo, *La presunción legal de voluntariedad*, ob.cit, pp. 52 y ss. Particularmente pp. 68 y 69, 75 y ss.

³⁷⁰ Rodríguez Mourullo. *La presunción legal de voluntariedad*, ob.cit, pp. 50 y ss. También así en p. 64.

era producto de una decisión voluntaria del agente³⁷¹, transpolando el objeto de la presunción del plano puramente psíquico del dolo al del normativo o valorativo.

Si dolo y culpa eran formas de culpabilidad³⁷² en la dogmática clásica o elementos de culpabilidad en la Dogmática Neoclásica no existiendo entre ellas simples diferencias de progresión, esto es, de naturaleza cuantitativa sino cualitativa, es de suponer que la presunción de dolo no se extendía a la presunción de culpa, pues la voluntad por supuesto era pregonada del vínculo psíquico directo entre el querer y el resultado, solo presente en el dolo, más no en la culpa, toda vez que con relación a la consciente el mismo era indirecto, vinculado con el querer llevar a cabo la constelación de situaciones riesgosas puestas de presente y materializadas con la conducta, pues el resultado a pesar de ser previsible, la esperanza puesta en la confianza para que no se produjera, hacía del vínculo psicológico algo pobre y solo por una vía indirecta relacionado con el querer. De contera, la inexistencia de previsibilidad en la culpa inconsciente era asunto que, por razones obvias de naturaleza lógica, no era algo que pudiera alimentar la experiencia en que se fundan las presunciones en tanto en ella se carece de cualquier nexo psíquico como el aquí tratado.

En fin, Rodríguez Mourullo, quien se ha ocupado in extenso del tema, resume to-

das las anteriores posiciones señalando que –creemos que con un entendimiento alternativo de las opciones-, la presunción de dolo perseguía “i) evitar las dificultades de la prueba del dolo; ii) distribuir la carga de la prueba; iii) evitar la impunidad o la punición a título de culpa de los casos dudosos”³⁷³.

En materia disciplinaria el asunto no resulta tan contundente, puesto que, la relajación de las garantías tiene mayor proclividad, hasta el punto que la jurisprudencia constitucional italiana donde el principio de culpabilidad tiene gran arraigo en materia penal, igual que sucede con la doctrina especializada muy especialmente la que practica una visión constitucionalizada del Derecho Penal, se muestra en materia de sanciones administrativas “contraria a la extensión de la presunción de no culpabilidad”³⁷⁴.

2.1.2.1. Carga probatoria en hombres del Estado en cuanto a los aspectos positivos de la culpabilidad, pero en cuanto a los eximentes la carga reside en el procesado (Derecho sancionatorio europeo)

Aquí opera una estrategia fundada en la distribución de la carga de la prueba, puesto que, en el Derecho Penal europeo, como hemos tenido oportunidad de estudiarlo,

³⁷¹ Cfr. Rodríguez Mourullo. *La presunción legal de voluntariedad*, ob.cit, pp. 69 y 70.

³⁷² También hubo un sector de la doctrina que postuló que la presunción de dolo se extendía a la culpa, como se puede apreciar en citas efectuadas por Rodríguez Mourullo, *La presunción legal de voluntariedad*, ob.cit, pp. 65 y ss.

³⁷³ Rodríguez Mourullo, *La presunción legal de voluntariedad*, ob.cit, pp. 59 y ss.

³⁷⁴ Franco Bricola. *Teoría General del Delito*, Diana Restrepo Rodríguez [Trad.], Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 165.

la carga de la prueba como competencia y responsabilidad del Estado le específica y concreta el deber de probar los hechos, la tipicidad y autoría o participación –determinación y complicidad–, empero, la prueba de las excusas de lo antijurídico o lo culpable se encuentra a cargo de la defensa material y técnica³⁷⁵. Es decir, “lo que caen fuera del ámbito de esa presunción garantizadora, tanto la valoración técnico-penal de la conducta declarada como existente y la determinación de su tipicidad, como la existencia de hechos impositivos, cuya mera alegación no puede ampararse en la presunción de inocencia, sino que se hace preciso su prueba por quien los invoque. (Sentencia del Tribunal Supremo 30 de septiembre de 1994)”³⁷⁶.

Es así como, en dicho trabajo, hemos afirmado que la tradición europea del Derecho Penal y disciplinario entiende que lo que se presume es solo la no autoría y la no tipicidad, lo cual probatoriamente está a cargo del Estado; no obstante, los fenómenos liberadores de responsabilidad, como las causales de justificación y de inculpabilidad, deben ser demostrados por el procesado y la defensa.

Por ello se dice, equivocadamente en nuestro medio, que no se aceptan causales de justificación a quien no las alegue o a quien sea juzgado en contumacia, pues son ellos

quienes deben plantearlas, lo cual es cierto en la tradición europea, pero no en la Carta Política de Colombia.

La Constitución Española, artículo 24 numeral 2.º, consagra la presunción de inocencia; empero, no la vincula directamente con el principio de culpabilidad, al reconocer el derecho de todas las personas a “no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

Si bien la presunción de inocencia es calificada por el Tribunal Constitucional Español como “límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes”, que sin duda alguna influye decisivamente en el régimen jurídico de las pruebas, lo que implica es que “no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos” (Sentencia 109 de 1986)³⁷⁷.

Por Sentencia 76 de 1990 así se ratificó, señalando que la figura constitucional “significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora”³⁷⁸. Esto es, lo que se presume es que

³⁷⁵ Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *La prueba “jurídica” de la culpabilidad en el nuevo sistema penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, Estudio Previo.

³⁷⁶ Despacho de Abogados en Palma de Mallorca Prueba de cargo; Concepto en el derecho penal - Castell Abogados Penal en <https://www.castellabogados.com/prueba-de-cargo/>

³⁷⁷ Francisco Rubio Llorente y otros. *Derechos fundamentales y principios constitucionales* [Doctrina jurisprudencial], Barcelona, Ariel, 1995, p. 355.

³⁷⁸ Rubio Llorente y otros, ob. cit., p. 356.

no son autores de conducta típica; empero, “no incluye la presunción de eximentes o de justificaciones”³⁷⁹.

Es decir, el tema de las justificantes y eximentes se difiere al nivel legal, mas no hace parte de la garantía constitucional, lo cual parece que también sucede en los artículos 6 numeral 2.º del Tratado Europeo de Derechos Humanos, 14 numeral 2.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 numeral 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que los tres instrumentos se refieren al fenómeno como un problema legal³⁸⁰.

Contrario a ello, como lo tiene dicho la jurisprudencia, el tema de la culpabilidad y la presunción de su exclusión en Colombia es asunto de interés constitucional, puesto que el derecho fundamental consiste en que “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (artículo 29 de la Carta Política).

Esto es, no es un asunto legal sino constitucional, diferido a deberes del juez, encontrándose directamente referido a la culpabilidad, lo que indica que no solo opera sobre el primer nivel dogmático de la conducta típica y autoría, como sucede en Europa y en los tratados internacionales, sino también respecto a justificantes y eximentes, segundo y tercer niveles

dogmáticos de la responsabilidad.

En consecuencia, la garantía interna de la presunción de inocencia en la Carta Política colombiana es superior a la contemplada en el derecho comparado y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que indica que el mejor estándar de garantías debe ser aplicado en su integridad, tal cual lo establecen estos y particularmente el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en armonía con los artículos 1, 4 y 93 de la Carta Política³⁸¹.

La jurisprudencia constitucional ha derivado de las normas superiores el principio de demostrabilidad, según el cual los aspectos relativos a la legalidad y la tipicidad tienen que ser demostrados, lo que presupone que los tipos penales se construyan precisamente para ser desarrollados en tal sentido en la práctica, sin que sea dable derivar responsabilidad con la mera y simple enunciación textual de las instituciones; estas tienen que reflejarse en el plano probatorio de la realidad³⁸², lo cual se hace extensible a las demás categorías dogmáticas, por virtud del principio de presunción de inocencia, según se ha visto.

Si así son las cosas, es claro que debemos estudiar cuáles son los obstáculos para un adecuado ejercicio del principio constitucional de la presunción de inocencia y el

³⁷⁹ Ibid., p. 358.

³⁸⁰ Para la redacción de las normas, Máximo Pacheco Gómez. *Los Derechos Humanos. Documentos básicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987, pp. 69, 164, 193 y 194.

³⁸¹ Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos en materia penal y disciplinaria”, en *La lucha por los derechos en Derecho Disciplinario*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2015.

³⁸² Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de constitucionalidad n.º 5 de febrero 10 de 1983, proceso 989, M. P.: Gaona Cruz.

cabal cumplimiento del principio de culpabilidad en la praxis judicial, pues puede afirmarse que desde el punto de vista jurídico-normativo y doctrinal ninguna duda se tiene de su plena existencia y demanda práctica. Igualmente, debe estudiarse la manera en que la filosofía y la ciencia han superado hoy en día dichos obstáculos y desvelar cuáles son los fundamentos científicos que permiten entender el contenido de la expresión ‘dignidad humana’, desde la perspectiva de la neuroantropología filosófica, con el fin último de aplicar en toda su extensión el principio fundante consignado en el artículo 1 de la Carta Política.

Ante tal forma de entender las cosas, los penalistas italianos más proclives a favorecer el *in dubio pro reo* que los alemanes y los españoles, de quienes se predica fundamentalmente lo anteriormente dicho, precisan en cabeza de Bettiol que la acusación acumula toda la prueba, pues le corresponde “probar positivamente no solo la presencia de los hechos constitutivos, sino también la ausencia de los impeditivos”³⁸³.

Más recientemente, con Gómez Barranco³⁸⁴ hemos afirmado que al ser la dignidad humana fundamento del orden jurídico, según lo pregonaba el artículo 1 de la Carta Política, y a su vez dependiendo como su derivado natural la culpabilidad de aquel, es verdad inconcusa que la culpabilidad no debe presumirse. Por el contrario, como lo demanda y exige el artículo 29 *ibidem*, lo que se presume es la inocencia, que tiene

que ser desvirtuada con pruebas legítimamente obtenidas y practicadas, idóneas y eficaces para la demostración de la culpabilidad, habida cuenta de que la responsabilidad objetiva se encuentra erradicada.

En veces, las dificultades que ofrece la prueba de los aspectos subjetivos del delito y de la falta disciplinaria se obvia por vía instrumental, disponiendo el reconocimiento del principio de la presunción de inocencia, pero dejándolo operativo solo para los efectos de la imputación de autoría y participación, a cargo del Estado; no obstante, la prueba de la exclusión de la responsabilidad cuando gravita sobre aspectos subjetivos resultaría competencia exclusiva y excluyente de la defensa.

Tales modelos de imputación son refractarios a la configuración del principio de culpabilidad en Colombia, y de implantarse su aceptación, vía legal y teórica doctrinal, no debería dudarse de su inconstitucionalidad, como también debe procederse así a declararlo cuando en la praxis judicial la judicatura asuma malas prácticas que llevan a la responsabilidad objetiva o propician perversos institutos como la denostada carga dinámica de la prueba, recortando de manera indebida la presunción de inocencia conforme la consagra el artículo 29 de nuestra Carta Política, asumiendo posiciones provenientes de países europeos cuyos niveles de garantías en tal materia están por debajo de los consagrados en el orden interno, pues el contraste con tal garantía consti-

³⁸³ Citado por Rodríguez Mourullo, *La presunción legal de voluntariedad*, ob.cit, p. 45.

³⁸⁴ Carlos Arturo Gómez Pavajeau & María Marta Gómez Barranco. *Estudios de Derecho Penal. Teorías de la norma y del injusto*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2021, pp. 338 y ss.

tucional se hace solo respecto del ámbito de la tipicidad y la autoría y participación, de modo que queda por fuera el análisis de la antijuridicidad y la culpabilidad.

La tradición europea del Derecho Penal y Disciplinario entiende que lo que se presume es solo la no autoría y la no tipicidad, lo cual probatoriamente está a cargo del Estado; no obstante, los fenómenos liberadores de responsabilidad, como las causales de justificación y de inculpabilidad, deben ser demostrados por el procesado y la defensa, como así también se plantea en el llamado sistema de las defensas de la cultura angloamericana, como lo pone de presente Schünemann³⁸⁵.

Por ello se dice, equivocadamente en nuestro medio, que no se aceptan causales de justificación a quien no las alegue o a quien sea juzgado en contumacia, pues son ellos quienes deben plantearlas, lo cual es cierto en la tradición europea, pero no en la Carta Política de Colombia.

La Constitución Española, artículo 24 numeral 2º, consagra la presunción de inocencia; empero, no la vincula directamente con el principio de culpabilidad, al reconocer el derecho de todas las personas a “no confesarse culpable y a la presunción de inocencia”, donde, al menos de la redacción se desprende, que parecieran dos cosas diferentes y no una institución compleja como se muestra en la Carta Política colombiana en su artículo 29.

Una cosa es el derecho a “no confesarse cul-

pable” y otro que “se presuma su inocencia”, dando pábulo para un entendimiento disyuntivo y no acumulativo como el que otorga nuestra redacción constitucional.

Repetimos una vez más, para que se tome conciencia de nuestra superior fórmula de la presunción de inocencia, si bien la presunción de inocencia es calificada por el Tribunal Constitucional Español como “límite de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes”, lo que sin duda alguna influye decisivamente en el régimen jurídico de las pruebas, de todos modos se hacen precisiones como que “no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos” (Sentencia 109 de 1986), de tal manera que al enfatizar que la presunción recae sobre la “no participación en los hechos”, al dar cuenta de los fenómenos de la tipicidad y sus subcategoría dogmáticas de autoría, coautoría, determinación y complicidad, todo indica que quedan por fuera de la presunción de inocencia la no antijuridicidad y la no culpabilidad.

Es así como por sentencia 76 de 1990 así se ratificó, señalando que la figura constitucional “significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora”. Esto es, se precisa, que lo que se presume es que no son autores de

³⁸⁵ Bernd Schünemann. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, pp. 43 y ss.

conductas típicas; empero, es claro también en la jurisprudencia constitucional que dentro de ella “no [se] incluye la presunción de eximentes o de justificaciones”.

Y esto parece tener asidero en la afirmación según la cual, si bien en el proceso penal no opera el onus probandi como sí sucede en el civil, de todos modos en aquel “semejante planteamiento no es válido en toda su extensión”, esto es, lo que debe quedar excluido es la carga total de la prueba, pero no la viabilidad de establecer cargas parciales, lo cual pensamos se ancla en la afirmación según la cual no puede considerarse que, la “actitud probatoria debe ser considerada de segundo orden en el proceso penal”, puesto que “sería erróneo pensar que la estricta aplicación del principio de la presunción de inocencia significa, sin más, una relajación de la actividad probatoria”³⁸⁶.

Frente al tema Urbano Martínez ha escrito:

En los sistemas procesales del modelo continental europeo se parte de la base de que, en lo que concierne a las excluyentes de responsabilidad, la defensa tiene cargas probatorias que cumplir y que en este sentido

está vinculada por una específica carga de la prueba, comprensión por la que se han inclinado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional (TC) y el TS españoles³⁸⁷.

Cita al efecto Cuerda Riezu³⁸⁸ y al “Tribunal Supremo español en la sentencia 154 del 29 de febrero de 2016: ‘Constituye una regla general probatoria, consolidada en nuestra doctrina jurisprudencial, que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal, sino la plena asunción de la misma (sts1068/2012, de 13 de noviembre, entre otras muchas)’. España, Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, sentencia 154 del 29 de febrero de 2016”³⁸⁹.

Es decir, el tema de las justificantes y eximentes se difiere al nivel legal, mas no hace parte de la garantía constitucional,

³⁸⁶ Antonio María Lorca Navarrete. La presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional Español en Nuevo Foro Penal No 36, abril-junio 1987, Bogotá, Editorial Temis, 1987, pp. 153 y ss en <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4243/3495/>. Consultado octubre 31 de 2020.

³⁸⁷ José Joaquín Urbano Martínez. ¿Dudar o condenar? La repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 421 y ss.

³⁸⁸ Antonio Cuerda Riezu. “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, en Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Universidad Rey Juan Carlos, 2, 2014, pp. 6 a 8.

³⁸⁹ Ver: <http://estaticos.expansion.com/opinion/documentosWeb/2016/02/29/sentencia-responsabilidadpenalpersonasjuridicas.pdf>.

lo cual parece que también sucede en los artículos 6 numeral 2º del Tratado Europeo de Derechos Humanos, 14 numeral 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 numeral 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que los tres instrumentos internacionales se refieren al fenómeno como un problema legal³⁹⁰.

Contrario a ello, como lo tiene dicho la jurisprudencia, el tema de la culpabilidad y la presunción de su exclusión en Colombia es asunto de interés constitucional, puesto que el derecho fundamental consiste en que “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (artículo 29 de la Carta Política).

Esto es, no es un asunto legal sino constitucional, diferido a deberes del juez, encontrándose directamente referido a la culpabilidad, lo que indica que no solo opera sobre el primer nivel dogmático de la conducta típica y autoría, como sucede en Europa y en los tratados internacionales, sino también respecto a justificantes y eximentes, segundo y tercer niveles dogmáticos de la responsabilidad.

En consecuencia, la garantía interna de la presunción de inocencia en la Carta Política colombiana es superior a la contemplada en el Derecho Comparado y en los tratados

internacionales sobre derechos humanos, lo que indica que el mejor estándar de garantías debe ser aplicado en su integridad, tal cual lo establecen su corpus iuris y particularmente el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en armonía con los artículos 1, 4 y 93 de la Carta Política³⁹¹.

La jurisprudencia constitucional ha derivado de las normas superiores el principio de demostrabilidad, según el cual los aspectos relativos a la legalidad y la tipicidad tienen que ser demostrados, lo que presupone que los tipos penales se construyan precisamente para ser desarrollados en tal sentido en la práctica, sin que sea dable derivar responsabilidad con la mera y simple enunciación textual de las instituciones; estas tienen que reflejarse en el plano probatorio de la realidad³⁹², lo cual se hace extensible a las demás categorías dogmáticas, por virtud del principio de presunción de inocencia, según se ha visto.

No tienen cabida expresiones simplemente afirmativas en cuanto a la exigencia de comprobación de los aspectos subjetivos del delito, puesto que la argumentación debe estar precedida de la demostración, de lo contrario se incurre en una petición de principio. No puede negarse la dificultad de la acreditación de los aspectos subjetivos, de hecho todo lo que se refiere a la consciencia de la volición reclama un método subjetivo

³⁹⁰ Para la redacción de las normas, MÁXIMO PACHECO GÓMEZ. *Los Derechos Humanos. Documentos básicos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987, pp. 69, 164, 193 y 194.

³⁹¹ Cfr. Gómez Pavajeau, *Interpretación y aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos en materia penal y disciplinaria*, ob.cit.

³⁹² Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de constitucionalidad n.º 5 de febrero 10 de 1983, proceso 989, M. P.: Gaona Cruz.

dado por la introspección o método de la “observación interna”, repudiado por las ciencias duras, pero necesario e imprescindible aquí, toda vez que “por simple consideración y observación de los procesos en el cuerpo no se logra conocimiento alguno de los procesos psíquicos con ellos relacionados”, por lo que, en palabras de Pfänder “es necesario tener ya, como hilo conductor, una relación regular entre los procesos psíquicos y los corporales”, habida cuenta que “todos los métodos psicológicos llamados objetivos presuponen, pues, la aplicación del método llamado subjetivo. El método objetivo no puede ser, por tanto, más que un método auxiliar para la psicología; no el método psicológico principal”³⁹³.

Así entonces, contrario a lo que sucede en otros países como Alemania y España, en Colombia no se produce un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el acusado en ningún sentido, ni total ni parcialmente, pues la regla constitucional es absolutamente abarcadora de todas las categorías dogmáticas de la estructura de la responsabilidad, de tal manera que importar la teoría de los elementos subjetivos de las justificantes de otras latitudes implicaría trasuntar una interpretación extranjera a nuestro ordenamiento jurí-

dico, que resultaría inconstitucional por todo lo ya expuesto, pero también porque en el campo probatorio desnaturalizaría la regla constitucional de la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29, empujando hacia interpretaciones como la estipulada en el Código General del Proceso sobre la distribución de la carga de la prueba por parte del Director del proceso en la etapa del juicio, que sería el juez (artículo 167³⁹⁴), pero también hacia la Fiscalía General de la Nación que dirige el proceso en la investigación y acusación, lo cual resulta a todas luces contrario a nuestro orden constitucional y contrario al principio rector de la presunción de inocencia que, por mandato de principios rectores, se constituye en la filosofía y orientación del sistema penal en su totalidad, prevalecen sobre las demás normas y sirven de criterios para su interpretación (artículo 13 de la Ley 599 de 2000), con clara e ineludible incidencia en las reglas probatorias del proceso penal³⁹⁵.

Hay que tener muy en cuenta lo anterior, puesto que, es ya constitutivo de graves errores doctrinales y jurisprudenciales trasladar a nuestro medio conceptos europeos fundados en esquemas normativos y preceptos valorativos de menor nivel de

³⁹³ Cfr. Alexander Pfänder. *Fenomenología de la voluntad. Motivos y motivación*, Manuel García Morente. España, Avarigani, 2011, pp. 26 y 27.

³⁹⁴ Afirmo el Código General del Proceso que “según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”.

³⁹⁵ Para el efecto, Pamela Alejandra Bucarey Vivanco. La carga de la prueba en la legítima defensa, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2015. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130059/La-carga-de-la-prueba-en-la-leg%C3%ADtima-defensa.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [uchile.cl], consultado agosto 5 de 2021.

garantías que los convencional y constitucionalmente aplicables para Colombia, lo cual se constituye en un verdadero fraude de etiquetas realizado en nombre de un ejercicio de Derecho Comparado que no tiene nada de tal, pues lo que se importa son teorías extranjeras sin someterlas al tamiz constitucional, “sin pago alguno de peaje”, olvidando muy abruptamente aquella directriz sentada por la jurisprudencia constitucional de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia vertida en la sentencia de junio 2 de 1981, M.P. Manuel Gaona Cruz, donde se afirmó que la carta Política colombiana no cierra las puertas a ninguna teoría penal, siempre y cuando la misma se avenga o respete los postulados constitucionales sobre la materia.

2.2. Presunción parcial de culpabilidad culposa

Particularmente, además de aquella detectada en la Edad Media, derivada de la presunción de dolo que al ser desvirtuada por el sujeto inculpatado generaba inmediata y mecánicamente otra presunción subsidiaria de culpa, se tiene que en la tradicional explicación del delito imprudente se colaba vía derecho sustancial una presunción parcial de culpabilidad culposa, toda vez que se afirmaba que los factores generadores de culpa era la imprudencia, la negligencia, la impericia y la violación de reglamentos, elementos de estudio en el ámbito de la culpabilidad, luego de haberse constatado la existencia de una conducta típica, antijurídica proveniente de un imputable que reclamaba se efectuara un juicio de reproche, el cual resultaba autónomo y alternativo respecto

de uno cualquiera de los cuatro generadores anunciados, garantizando los primeros tres una conexión psíquica entre el sujeto y su querer y el resultado, ecuación no presente cuando se tratare de la violación de reglamentos, pues su constatación se verificaría desde un contraste puramente objetivo entre la conducta y el resultado, generando inmediata y mecánicamente el surgimiento de la calificación culposa en un ámbito de operatividad del crimina culposa, lo cual resulta tan evidente que tal componente derivó luego de superada la Dogmática Neoclásica, aun cuando está lo patrocinó a partir de los aportes de Exner y Engisch, por la instauración en el finalismo de la infracción al deber objetivo de cuidado en el plano de la tipicidad, asegurándose la responsabilidad subjetiva en cuanto la infracción al deber subjetivo de cuidado, que era objeto del juicio de culpabilidad como expresión de una culpabilidad personal e individual.

En efecto, si la culpa era un aspecto subjetivo que debía ser estudiado en el ámbito de la culpabilidad según los esquemas mentales de las dogmáticas clásica y neoclásica, al encontrarse en la última el estudio del deber objetivo de cuidado en la culpabilidad al menos en el pensamiento de Exner y la primera versión de Engisch, su establecimiento estaba dado ya a partir de la configuración de la presencia del factor generador de culpa de la “violación de reglamentos”, que de antemano ya y de manera automática, reflejaba la infracción al deber subjetivo de cuidado de forma presuntiva *iuris et de iure*, que no admitía por supuesto prueba en contrario, toda vez que ya de por sí al igual que la imprudencia, impericia y negligencia se constituía en culpa.

2.3. Vinculación objetiva a la responsabilidad de las condiciones objetivas de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad son exigencias adicionales para que una conducta típica, antijurídica y culpable resulta punible, tal como sucede respecto de algunos requisitos para activar el ejercicio de la acción penal o para incrementar la pena, respecto de los cuales no se precisa por parte del sujeto agente que conozca las circunstancias y tenga voluntad de actuar de conformidad.

La doctrina y la jurisprudencia europea e incluso la italiana, en gran medida, se muestran partidarias de no reclamar referentes subjetivos con relación a las condiciones objetivas de punibilidad, por lo que su atribución se efectúa a título de responsabilidad objetiva, toda vez que “escapan a la noción de hecho construida en relación al elemento psicológico (dolo o culpa)”, cita Bricola en forma muy crítica. Calcúlese que, si se duda sobre la existencia de una relación de causalidad entre la acción y la condición objetiva de punibilidad, lo cual no enerva por supuesto su reconocimiento, qué podría argumentarse en favor de una conexión de carácter subjetivo mucho menos hiriente del sentimiento jurídico tradicional sobre la relajación del principio de culpabilidad³⁹⁶.

Esta modalidad de responsabilidad objetiva, aun cuando parcial, tiene origen en un tratamiento sustancial de las figuras delictivas y no propiamente como estrategia procesal o distribución de la carga de la prueba. Ab initio es la ley, por virtud ipso iure, la que dispone que las condiciones objetivas de punibilidad no hacen parte de la estructuración de la responsabilidad penal y por ello no quedan cubiertas por el juicio de culpabilidad.

Es así como, siguiendo a Jescheck, se define a las condiciones objetivas de punibilidad como

circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de culpabilidad”, en consecuencia, por “son causas de restricción de pena que se exigen en determinados casos por razones de política criminal, estatuidas expresamente por el legislador, es que no pertenecen al tipo de injusto y son externas a él”, son “otros de los presupuestos de la punibilidad, de tal suerte que no es preciso que sean abarcadas por la culpabilidad y su producción es indiferente al lugar y tiempo de la acción³⁹⁷.

Dogmáticamente, San Martín Castro manera más precisa, resume en pocas palabras la esencia de la discusión en torno al tópico señalando que:

...distingue dos grandes grupos de casos: las condiciones de punibilidad propias y las

³⁹⁶ Bricola, *Teoría General del Delito*, ob.cit, pp. 168, 191 a 194, 201 y 202.

³⁹⁷ César Eugenio San Martín Castro. “Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú” en *Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 39, 1985, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 357 en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084959>, consultado el 9 de octubre de 2022.

impropias. Las primeras son puras causas de restricción de pena: al injusto y culpabilidad se niega la sanción en la medida en que no se adiciona otra circunstancia que afecte al hecho, otorgándole una mayor significación en su relación con su entorno. Las segundas, sobre las que existen serias objeciones y cuya conceptualización debe abordarse tentativamente, se dividen en dos subgrupos: a) causas de agravamiento encubiertas, que, si bien pertenecen al tipo de injusto, para apartarlas de las exigencias de culpabilidad se consignan como tal; y, b) circunstancias de hecho enmascaradas que fundamentan la pena³⁹⁸.

Por tanto, la doctrina discute el tema y afirma que

es forzoso reconocer, sin embargo, que las condiciones objetivas de punibilidad no reúnen ciertas características uniformes que permitan su inmediata identificación. Son, más bien, elementos heterogéneos que por fuerza de una decisión legislativa condicionan la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable. La diversidad de los elementos condicionantes dificulta, indudablemente, su individualización, empero, se agrega que pero ello no impide identificar un rasgo característico general, que poseen todas las condiciones objetivas de punibilidad: la ajenidad al dolo³⁹⁹.

Es un tema difícil, para nada clarificado por

jurisprudencia y doctrina, incluso algunos equiparan el fenómeno con las condiciones de procesabilidad o proseguibilidad de la acción, pero lo cierto es que la discusión toca si unas y otras deben estar representadas mentalmente en el desarrollo de la conducta en el momento de la realización del delito, para así poder determinar si cumplen o no con el principio poena non sine culpa.

Con respecto a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad propias, en cuanto no tienen incidencia en la punibilidad no se consideran relevantes, no obstante, otro tanto sucede con las impropias, definidas como “auténticas causas de agravación de la pena encubiertas. Constituyen ‘restricciones del principio de culpabilidad por razones políticocriminales’, puesto que ‘pertenecen por su esencia al tipo del injusto, pero se configuran formalmente como condiciones de punibilidad, porque el legislador quiso independizarlas de la exigencia de la relación dolosa o imprudente’”⁴⁰⁰.

Lo cierto es que, si la condición objetiva de punibilidad o la causal de procesabilidad incide en la punibilidad, la misma aparece como condición material o presupuesto de la misma, debiendo ser cubierta por el principio de culpabilidad, ya que materialmente hace parte de la norma de determinación, tiene que ver con en el encauzamiento de la conducta del sujeto por el orden jurídico, sin importar si se trata o no de un truco de

³⁹⁸ Ibidem.

³⁹⁹ Érika Mendes De Carvalho. *Las condiciones objetivas de punibilidad impropias: vestigios de responsabilidad objetiva en el código español*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ISSN 1132-9955, N.º 17, 2006, p. 223. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalCriminologia-2006-17-3060/PDF>

⁴⁰⁰ Érika Mendes De Carvalho, *Las condiciones objetivas de punibilidad impropias*, ob.cit, p. 228.

magia jurídica del legislador, la doctrina o la jurisprudencia para hacerle aparecer como algo formal no relevante para la culpabilidad. Sí incide en ella lo tiene que ser y así, inexorablemente, como la pena depende de la culpabilidad en su fundamento y límite, tiene que reflejarse en su reproche tanto cualitativa como cuantitativamente. Lo demás es encubrir, con un fraude de etiquetas, las instituciones que presuponen las condiciones bajo la cuales se puede punir legítimamente desde el punto de vista de un orden constitucional presidido por el fundamento de la dignidad de la persona que le da base sustentatoria a la juridicidad.

Sorprende, además, que en un ámbito del injusto subjetivo que tendencialmente afirman que un injusto construido sobre la base de la prevalencia del desvalor de resultado incrementa la responsabilidad objetiva en materia penal, se partidaria sin ambages de la no referencia de la culpabilidad a las condiciones objetivas de punibilidad, lo cual es criticado, con toda razón con contundencia, por Bricola⁴⁰¹.

2.4. Abordaje normativo de la problemática del dolo como conocimiento y la culpa como cognoscibilidad

Por supuesto, tal etapa de la evolución dogmática de las consideraciones del dolo y la culpa surgen a partir de las críticas demolidoras y el declive que sufren las teorías del **“asentimiento”** y/o **“consentimiento”**

que privilegiaban el aspecto volitivo del dolo sobre el aspecto **“cognoscitivo”**, lo cual al parecer tiene ocurrencia a partir de los aportes de Armin Kaufmann al tema de los delitos de omisión, en los cuales precisó que no era posible hablar de dolo sino de un **“cuasi-dolo”**, pues la voluntad en los mismos, dada su particular estructura dogmática, no tenía ninguna relevancia.

Ello impactó profundamente la dogmática y de allí, al parecer, proviene un fuerte movimiento que da cuenta de “una tendencia radical sobre la revalorización del elemento intelectual del dolo para delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente”, lo que ha revelado “la clara tendencia de las teorías modernas a otorgarle más peso al elemento intelectual del dolo y a relativizar la importancia del elemento volitivo (en cierto sentido), renormativizado u objetivado al no ser entendido como un dato puramente psicológico”. Por ello se destaca que, en la actualidad, “el criterio decisivo es lo que el autor conoce o, al menos, se relativiza la relevancia de lo que el autor quiere, consiente o pretende”, bien moviéndose en una posición ecléctica “que palía la relevancia del elemento volitivo otorgándole gran relevancia a lo que el autor conoce” respecto de **“tomarse en serio el riesgo”** o **“confiar en la no producción del resultado”** que confluyen en decidirse en contra del bien jurídico para el dolo o llevar a cabo un comportamiento por imprudencia consciente donde se, lo que en el fondo se constituye en una combinación de las teorías de la “probabilidad y la indiferencia” o, en una línea mucho más normativizada, entender

⁴⁰¹ Bricola, *Teoría General del Delito*, ob.cit, p. 245.

que ya prácticamente quien conoce la probabilidad de la producción de un resultado y por supuesto el riesgo jurídicamente desaprobado que excede el permitido, queda incurso en dolo, toda vez que quien sabe y sigue adelante ante tal situación, es porque la quiere⁴⁰².

Ya entonces, de conformidad con las teorías tradicionales, el dolo no se constituirá a partir de elementos psicológicos como el conocer y querer como lo afirmaban las teorías de la “**representación y la voluntad**” en sus múltiples variantes, dándose paso de una teoría de enfoque claramente psicológico a unas teorías normativas que parten obviamente de la aceptación de la imputación objetiva como base de la conducta típica tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Es la ciencia dogmática, no la psicología, la que debe establecer el contenido y definición de los conceptos de dolo y culpa⁴⁰³.

Podemos ensayar, a partir de tales distinciones, las posiciones que la doctrina ha esbozado en torno al punto:

2.4.1. Conocimiento individual psiconormativo

Las opciones y criterios para eliminar el componente volitivo del concepto de dolo se exponen en el siguiente aparte; sin embargo, aquí podríamos ubicar un conocimiento de los hechos visto exclusivamente desde una perspectiva psicológica y total-

mente individualizada, sin referencia a un rol sino a un sujeto personal. Tal criterio, en gran media, facilitaría la prueba del dolo por una técnica basada en lo sustancial, pero solo podría ser desarrollada en aquellos sistemas legales que no consignent definición del dolo y la culpa, última esta que tendría problemas en cuanto al deslinde del dolo eventual y la culpa consciente, teniéndose que preservar las teorías psicológicas del asentimiento y consentimiento en el primero y de una culpa como previsibilidad atenuada por la previa constatación de la infracción al deber objetivo de cuidado.

Ahora, sin duda alguna, ya la consciencia de la ilicitud, actual o eventual sería en gran medida la introducción del factor normativo o valorativo, lo que significa que sus posibilidades de desarrollo serían en el marco de la dogmática neoclásica o en el posfinalismo.

2.4.2. Conocimiento social normativo como adscripción o imputación

En una sistemática donde legalmente no se defina lo que conforma el dolo o la culpa, sino que indirectamente otras normas relativas a su exclusión o atenuación lo sugieran, es viable establecer desarrollos doctrinales novedosos con respecto a las consideraciones tradicionales, planteando, como se ha venido haciendo en los casos de España y Alemania, un proceso paulatino y

⁴⁰² Cfr. Feijoo Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo*, ob.cit, pp. 315 a 320.

⁴⁰³ Cfr. Feijoo Sánchez. *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo*, ob.cit, pp. 269 a 271.

creciente de normativización del dolo y la culpa. Dolo y culpa comparten, sin distinción en su base, la infracción de una norma de cuidado de manera que el injusto como tal no muestra diferencias cualitativamente relevantes, muy a pesar de que la infracción al deber objetivo de cuidado en los delitos dolosos pasa en gran medida desapercibida “que no hace falta detenerse o insistir sobre este aspecto normativo del delito doloso; es más que obvio y palmaria su ocurrencia”, habida cuenta que una vez que el legislador “define una conducta como típica establece el deber de evitar su realización”, lo cual viene impuesto desde la formulación de la teoría de la adecuación social, a partir de la cual se afirma en términos generales que “las decisiones individuales han de ser siempre valoradas objetivamente por el juzgador”, esto es, “el comportamiento no es enjuiciado desde el prisma de la voluntad individual, sino bajo el prisma de la voluntad general plasmada en las normas”. Se parte de un “patrón genérico de medida que nos sirve para valorar si la decisión del autor previa al hecho es una decisión que cabe esperar de un ciudadano que se presupone motivado para cumplir las normas (medida normativa)”⁴⁰⁴.

Jakobs propone una normativización de los institutos básicos del derecho penal, partiendo de la fidelidad al ordenamiento jurídico que deben todas las personas, concepto jurídico constituido de conformidad con el modelo social; el derecho se configura a partir de la estructura social, lo que implica que sea el que determine lo que resulte jurí-

dicamente relevante, aborda la necesidad de despsicologizar el lado subjetivo del delito, de tal manera que, si bien ello no implica desconocer totalmente los eventos psicológicos, sí resulta necesario que los hechos de tal naturaleza se conciban solo como indicadores de la falta de fidelidad para con el ordenamiento jurídico. Si todo depende de la forma en que se estructura la sociedad, debe pensarse así que también la acción, el delito y la pena con sentidos tiene que explicarse a partir del mundo de las comunicaciones que es el propio de la experiencia social, del mundo social, donde todo cobra importancia por el sentido que exprese; “el mundo normativo configura un sistema propio”, diferente al mundo físico-causal y al mundo psicológico-natural, donde aquél “decide autónomamente cuáles son los procesos en el mundo de los sentidos que son relevantes para el mundo normativo y cuál es el significado del que se trata”, por lo que se requiere el paso de “un entendimiento cognitivo a una comprensión normativa de lo social” en el ámbito de la competencia de las personas por el cumplimiento de sus deberes, apareciendo el delito como una defraudación de expectativas sociales normativizadas, ante lo cual se reacciona contra fácticamente para la estabilización de las mismas mediante el instrumento de la pena, defraudación de expectativas producto del desconocimiento de deberes vinculados con la forma en que se organiza la propia libertad de la persona o que vengan impuestos previamente por instituciones arraigadas en la sociedad, ambos caos en los cuales, desde el punto de vista normativo,

⁴⁰⁴ Cfr. Feijoo Sánchez. *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo*, ob.cit, pp. 271 y ss.

más allá de los meros naturalismos genéticos, no existe ninguna diferencia en lo que es propio de la distinción hoy entre acción y omisión⁴⁰⁵, lo cual resulta a todas luces irrelevante; son similares e idénticas como defraudación de expectativas normativas entendibles solo a partir del significado en el mundo de las comunicaciones⁴⁰⁶.

La imputación subjetiva es un reflejo normativo de la imputación objetiva, se produce una despsicologización del dolo y la culpa, con lo cual los referentes tenidos en cuenta para el efecto parten del conocimiento de la persona, en cuanto persona en sentido normativo, conforme con el rol que desempeña en sociedad. No es el conocimiento individual personal y psicológico, sino el que se deriva del rol que desempeña⁴⁰⁷.

Como persona el sujeto debe guiarse por la fidelidad al derecho, “procurarse la disposición de cumplir la norma”, más allá del mero contexto cognitivo de tipo psicológico, “para poder tratar la configuración del mundo como cometido de las personas” en ras de no defraudar las expectativas normativas institucionalizadas y así, en caso de defraudación por “no mantenerse las expectativas”, “imputar el curso perturbador al responsable”. Las expectativas van dirigidas así a los titulares de “de los deberes y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas”, lo que no está dado por la naturaleza sino por

una “construcción social”. La pena “tiene un significado comunicativo y confirma la vigencia de la norma”, la que resulta puesta en duda por el autor, de manera que el juicio de culpabilidad pone de presente “la falta de consideración de la norma por parte del autor”, su falta de fidelidad para con el ordenamiento jurídico, por lo que el dolo y la consciencia de la antijuridicidad son también “indicadores” del déficit de fidelidad mencionado, por cierto no solo los únicos ni tampoco con naturaleza de insustituibles; también juegan otros de tipo normativo como falta de atención, la indiferencia, el desinterés por las consecuencias que resultan “decisivos para el concepto de culpabilidad”, no regido por el “contexto de los hechos psíquicos”, esto es, “la decisión no depende de hechos psíquicos, de la intensidad del impulso a cometer el hecho o de elementos similares”. También aquí, como sucede en el ámbito de la imputación objetiva, se produce una desnaturalización de las instituciones, pasando de concepciones fisicalistas-mecánicas propias de entendimiento de la acción causal y de la causalidad psicológica del conocer y querer a la de llevar a cabo un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza sustancialmente en el resultado y a la vinculación normativa del conocimiento o la cognoscibilidad de los deberes propios del rol que se desempeña en cuanto a los elementos de la imputación objetiva para que se dé por verificada

⁴⁰⁵ Cfr. Günther Jakobs. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Manuel Cancio Melia [Trad.], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 11 y ss.

⁴⁰⁶ Cfr. Günther Jakobs. *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal en Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Manuel Cancio Melia & Bernardo Feijoo Sánchez [Trads.], Madrid, Thomson-Civitas, 2003t, pp. 11 y ss.

⁴⁰⁷ Cfr. Jakobs, *El lado subjetivo del hecho*, ob.cit, pp. 81 y ss.

la imputación subjetiva y la conciencia de la antijuridicidad o su cognoscibilidad, respectivamente^{408, 409}.

Muy a pesar de que algunos autores modernos consagran una especie de responsabilidad ante situaciones de inevitabilidad de errores de prohibición, Manso Porto reacciona con críticas negativas frente a ello; ello implicaría desconocer el principio de culpabilidad incluso en términos renormativizados⁴¹⁰.

De allí surge la idea de la preponderancia de lo intelectual sobre lo volitivo, de la representación sobre la finalidad propuesta, en cuanto lo mínimo para que surja el dolo es que el sujeto conozca o abarque intelectualmente “todas las circunstancias fácticas” o al menos “las suficientes” que “van a convertir ese hecho en un hecho típico”:

En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y, desde luego, la decisión del autor está vinculada a dicho resultado. Actúa dolosamente el que conociendo el riesgo actúa u omite ... Si bien no se puede hablar de un conocimiento seguro con respecto a hechos futuros, sí se puede hablar de un cálculo basado en el conocimiento de una serie de datos que se encuentran al alcance del autor ... no hace falta tener un perfecto conocimiento de la situación, sino simplemente saber que la realización del hecho típico queda en

manos del azar y que se ha hecho o se va a hacer lo suficiente o necesario para lesionar a otro⁴¹¹

Tal aspecto volitivo que se echa de menos según lo anteriormente expuesto, no se desprende de las fórmulas utilizadas por la parte general de los códigos, de tal manera que, solo serán relevantes aquellas voliciones demandadas por la parte especial de los mismos cuando así lo establezcan de manera expresa y explícita en los respectivos tipos penales. En efecto, “el que sabe que va a crear un riesgo y sigue adelante con su comportamiento o el garante que no hace nada por evitar un riesgo ya existente asume, acepta, aprueba o consiente el resultado (en sentido jurídico o normativo)”; por tanto, “el querer irracional, es decir, el querer que no está basado en el conocimiento del riesgo no fundamenta la imputación a título de dolo”, en lo cual se incluye el mero “desear”. En consecuencia, “el derecho solo puede asumir racionalmente como relevante la confianza en la ausencia del resultado cuando el autor emprende unas medidas de evitación mínimas o carece de información suficiente sobre la lesividad de su comportamiento, pero no cuando, a pesar de saber que va a crear un riesgo, se limita a confiar en el azar o que el resultado no se producirá por razones que ya no tienen que ver con su actuación”, esto es, “la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente no

⁴⁰⁸ Cfr. Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, ob.cit, pp. 18 y ss.

⁴⁰⁹ También así Teresa Manso Porto. *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 13 a 45.

⁴¹⁰ Cfr. Manso Porto, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, ob.cit, pp. 51, 60, 61, 91 y ss.

⁴¹¹ Cfr. Feijoo Sánchez. *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo*, ob.cit, pp. 277 y 279.

depende de que el autor se tome en serio un riesgo conocido, sino de que conozca un riesgo que se tiene que tomar en serio... la mera confianza en la ausencia de la lesión no lo exonera ni total ni parcialmente de responsabilidad... lo decisivo es que una persona conozca un hecho que, por ser típico, debe ser evitado... dejando la producción del resultado en manos del azar y no en manos de algo que él todavía puede planificar”⁴¹², sistemática adoptada en cierta forma por el artículo 22 de la Ley 599 de 2000 en armonía con el artículo 23; obviamente, el conocimiento de la producción del resultado pertenece plenamente al dolo directo y al dolo de las consecuencias necesarias, ello no ofrece ninguna dificultad, de manera que el instructivo práctico de querer el resultado resulta más un indicativo del dolo directo de primer y segundo grado que cualquier otra cosa⁴¹³; cuestión diferente la parte segunda de la norma, cuando “**estima**” y la propia palabra sugiere valoración en términos normativos como lo hace en el numeral 11 inciso 2º del artículo 32 para la consciencia eventual de la antijuridicidad o ilicitud⁴¹⁴ -fórmula similar utiliza el Código General Disciplinario en su artículo 31 numeral 8º-, al referirse el artículo 22 del primero al dolo eventual, cuando precisa que “también será dolosa la conducta cuando la

infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

La expresión “**también será dolosa**” de la segunda parte del artículo 22 del Código Penal fue concebida en términos normativos valorativos; viene de mencionarse un aspecto prevalentemente descriptivo o psicológico como el “**querer**”, para enfatizar más en el “conocer” que lo hace a partir de una especie de equiparación jurídica, constituyéndose en la base esencial del dolo eventual y del dolo directo de primer y segundo grado, sobre todo en este último donde pierde relevancia el aspecto volitivo. Tal expresión resulta equivalente jurídicamente a la utilizada en la fórmula de la consciencia eventual de la antijuridicidad, con la cual comparte claramente su naturaleza normativo-valorativa en cuanto analogía iuris ni in malam partem ni in bonam partem, más bien como interpretación extensiva autorizada no inculminable por interpretación judicial; la inculminación ya viene impuesta por la ley.

Aquí ensayamos una “**estimación por analogía**”, que resulta inherente a cualquier procedimiento que conduzca a la probabilidad, asunto ya conocido que excluye incluso el logro de la certeza, certidumbre

⁴¹² Cfr. Feijoo Sánchez. *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo*, ob.cit, pp. 280 a 285.

⁴¹³ Así, señalando que “el elemento volitivo dirigido al resultado o a la situación de peligro puede operar, a lo sumo, como un indicador de la existencia del dolo”: Feijoo Sánchez. *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo*, ob.cit, p. 293.

⁴¹⁴ “Para estimar cumplida la consciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta” [Resaltado fuera de texto]. Nos remitimos a cita efectuada del filósofo Ortega y Gasset en *Introducción a una estimativa*, ob.cit, pp. 315 y ss.

o verdad ontológica en las mismas ciencias duras, siendo relevante su utilización en las ciencias sociales y humanas y muy especialmente en los procedimientos estadísticos, que no son por supuesto de naturaleza ontológica⁴¹⁵. Por otro lado, lo **“constitutivo”** no suministra un baremo singular y significativo para las cuestiones jurídicas; da cuenta de aquello “que forma la parte fundamental, principal o básico de algo y lo que se puede distinguir a los demás”⁴¹⁶, por lo que su conexión con la expresión “características básicas estructurales del tipo penal” de que da cuenta el artículo 10 del Código Penal.

En definitiva, la norma, reconstruida normativas y valorativamente de conformidad con el sistema, perteneciendo a su espíritu, implica que cuando **“el resultado se prevé como probable y su no producción se deja librada al azar”**, por obra de estimación jurídica tal situación es constitutiva de dolo eventual una vez se constate que no nos encontramos frente a una culpa con representación, donde la **“confianza en poder evitar el resultado”** no puede entenderse en términos puramente anímicos no traducibles en la práctica comportamental, quedándose en el mero pensamiento y no exteriorizado en el acto alteral e intersubjetivo de afectación de bienes jurídicos tutelados como de se desprende de una interpretación sistemática y armónica de las normas

mencionadas acorde con las directrices del artículo 21. Por eso, evidentemente surge la idea de que un error de hecho sobre el tipo debe recaer sobre un aspecto **“constitutivo”** de la infracción típica penal, no meramente accidentales o contingentes que serían los conocimientos necesarios si la perfección del conocer fuera la exigida, estableciéndose entonces la diferencia en términos de suficiencia o cuantitativos sobre el conocimiento y no sobre lo necesario y determinante o cualitativo del mismo en cuanto al elemento “básico estructural del tipo”, según la orientación del principio rector del artículo 1.º de la Ley 599 de 2000.

Creemos que podemos suscribir, aun cuando no con tanta premura y sin los debidos balances y precauciones, la afirmación de Feijoo Sánchez acerca de que se debe “prescindir de todas aquellas teorías de la voluntad que solo tienen un anclaje naturalista-psicológico, pero que carecen de un anclaje normativo”, por lo que resulta preciso seguir las líneas doctrinales que estiman que la diferenciación entre dolo e imprudencia se destaca a partir de criterios normativos fundados en el aspecto **“cognitivo o intelectual”** de “tomar en serio” o “contar con el resultado” para la constitución del dolo. La imprudencia o culpa estribará en “suponer una decisión de realizar un hecho típico no teniendo el autor a

⁴¹⁵ Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero. *Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022, pp. 444 y ss.

⁴¹⁶ Diccionario Real Academia de la Lengua Española. [https://www.bing.com/search?q=significado+de+constitutivo&q=n&form=QBR&sp=-1&pq=significado+de+constitutivo&sc=7-27&sk=&cvid=1B8955E7975E4284BAD8B4C9B68E59D2&ghsh=0&ghacc=0&ghpl=](https://www.bing.com/search?q=significado+de+constitutivo&q=n&form=QBR&sp=-1&pq=significado+de+constitutivo&sc=7-27&sk=&cvid=1B8955E7975E4284BAD8B4C9B68E59D2&ghsh=0&ghacc=0&ghpl=,), consultado octubre 16 de 2022.

su alcance todos los datos relevantes para la norma pero siendo esa decisión desvalorada por suponer una falta de cuidado”, no dependiendo entonces el dolo eventual de lo que el sujeto quiera, bastando que se plantea la realización así sea insegura pero con los datos suficientes sobre la probabilidad de producción del resultado; en cambio sí la culpa, requiere “una decisión que está basada en datos equivocados o en un cálculo erróneo”⁴¹⁷.

Esta prevención nos asiste por cuanto una normativización exagerada o al extremo podría subvertir el orden de cosas dispuesto por el legislador, yendo mucho más allá de la interpretación judicial, tal cual lo ha expuesto la crítica al punto^{418 419}. Es necesaria una normativización, la variedad infinita de interpretaciones a partir de criterios naturalísticos dada la plasticidad de la conducta humana, objeto de regulación por el Derecho penal, a lo cual se suma por supuesto la equivocidad del lenguaje no menos frecuente, la tarea de la ciencia jurídica debe fortalecer y no corromper o flexibilizar los criterios jurídicos rectores de la imputación objetiva y subjetiva, sin embargo, de alguna manera tiene que respetar los criterios que las ciencias han ido acreditando en torno a la conducta humana, por supuesto no necesariamente acogiendo los todos y de manera inexorable, pero sí acu-

diendo a lo que resulte esencial para efectuar las debidas semejanzas y distinciones en las respectivas categorías dogmáticas, que no pueden ser rellenadas al antojo y arbitrio del intérprete; ello significaría el ocaso del Estado de Derecho.

La culpabilidad como concepto psicológico circunscrito a la relación psíquica reclamada entre el sujeto-querer y el resultado fue el anclaje naturalístico que soportó la pretendida construcción dogmática clásica de la responsabilidad subjetiva, que por obra de la falacia naturalista y los graves errores que comportaba hubo de ser sucedida por la concepción psicológico-normativa de la culpabilidad, esbozada por la dogmática neoclásica. En esta, la culpabilidad se vio como algo diferente a la relación psíquica ya referida, como un reproche por haber previsto el resultado y haberlo asumido o confiado en poder evitarlo, eventos especialmente referidos al dolo eventual y la culpa consciente o por no haberlo previsto siendo previsible para el ciudadano medio en la cultura donde tenga lugar el suceso, lo que implica que pudiendo actuar de otro modo, así no lo hizo en aras de la evitación del daño al bien jurídico tutelado.

Los avances neurocientíficos en la segunda mitad del siglo pasado conllevaron a un replanteamiento de la culpabilidad a partir del famoso manifiesto de influyen-

⁴¹⁷ Cfr. Feijoo Sánchez. *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo*, ob.cit, pp. 294, 298 a 311.

⁴¹⁸ Bernd Schünemann. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Manuel Cancio Melia [Trad.], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 42 a 48.

⁴¹⁹ De hecho, ni siquiera así se plantea por Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, ob.cit, pp. 11 y ss, y Manso Porto, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, ob.cit, pp. 119, 122, 128, 129 y 130.

tes profesores alemanes que concibieron, desde una visión reduccionista de la neurociencia concentrada en aspectos biológicos, que el ser humano no actuaba bajo la égida de la libertad sino del determinismo, la conducta humana era pura causalidad, en consecuencia, los factores psicológicos que explicaban la culpabilidad no tenían base científica puesto que eran producto de procesos neuronales incontrolables, lo que al parecer vino a ser comprobado en los años 80 del mismo siglo por los experimentos de Benjamín Libet, según los cuales, a nivel inconsciente el cerebro prepara la respuesta a los estímulos provenientes del mundo exterior por parte de un sistema automático 200 o 300 milisegundos una vez recibido y seguidamente a tales potenciales de acción se produce la inervación muscular unos 400 o 600 milisegundos después, lo que finalmente demostraría la falta de control consciente en el desenvolvimiento del comportamiento humano.

Ello ha conducido a reaccionar a un sector del Derecho penal que plantea que como resulta imposible demostrar la libertad no existen bases firmes para anclar la culpabilidad, por lo que, sin renunciar a su carácter normativo tratan de despojarla a como dé lugar de sus aspectos psíquicos a través de un proceso de renormativización de la categoría dogmática, cuyo fundamento es la sociología sistémica, según la cual el derecho

es un fenómeno perteneciente a un mundo social regido por las comunicaciones pletóricas de sentido, por lo que todo naturalismo, incluidos los productos provenientes del mundo causal -conceptos ónticos de acción u omisión, resultado, y relación de causalidad en términos de equivalencia de las condiciones- y del mundo psicológico -querer, voluntad, relación psíquica- tienen que ser abstraídos de la discusión y resultan sustituidos por el juicio normativo-valorativo que ahora se impone⁴²⁰. Lo anterior arroja como resultado un replanteamiento de la imputación, ahora como imputación objetiva a partir de criterios eminentemente jurídicos, y de la imputación antes denominada subjetiva; allí la renormativización comportará una revisión de los conceptos de dolo y culpa.

Dolo será la no evitación de la defraudación de expectativas sociales normativas instituidas –“competencia institucional”- o producto de la organización del sujeto como parte del ejercicio de su espacio de libertad explicable con fundamento en el *neminen laedere* –“competencia organizacional”-, en orden a la evitación a partir de lo conocido en el desempeño del rol social que cumple en sociedad -dolo como conocimiento a partir de la previsibilidad del riesgo jurídicamente desaprobado, lo que engloba la culpa consciente- o culpa a partir de lo que le era cognoscible-(cognoscibilidad)- al sujeto desde la perspectiva de su correspondiente rol social.

⁴²⁰ Sobre los inconvenientes y peligros de algunas orientaciones dogmáticas en torno a marchar desconociendo las ciencias: Schünemann, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, ob.cit, pp. 51 y 52. También, señalando que los datos ontológicos operan como límites, aunque no condicionado los desarrollos normativos: Bernardo Feijoo Sánchez. *El dolo eventual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 128.

En Jakobs, el dolo es conocimiento y la culpa cognoscibilidad, de manera que de esta solo hace parte la llamada culpa inconsciente; la consciente se integra al dolo normativo, de todos modos, entre una y otra forma de imputación solo existen diferencias de grado o cuantitativas. Así, “dolo es el conocimiento de que la realización del tipo depende de la ejecución querida de la acción, aun cuando no sea querida por sí misma. Dicho brevemente: dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias”, por lo que el dolo será directo de primer y segundo grado, pero también el eventual, en el cual se tiene que “en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción”. La imprudencia parte, de manera fundamental, de que “una realización del tipo cognoscible es evitable”, de tal manera que “la imprudencia es, pues, aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse”, no haciendo parte constitutiva de la culpa la imprudencia consciente; ella hace parte del conocimiento reclamado por el dolo: propone una regla práctica: “Si en el proceso no se logra demostrar el conocimiento, pero sí la cognoscibilidad, habrá que condenar por imprudencia, ya que la falta de conocimiento en la imprudencia no es un elemento sustancial, sino delimitador”, esto es, la imprudencia como evitabilidad individual es lo mismo que “previsibilidad”⁴²¹, como potencia y no como realidad.

Para Feijoo Sánchez existe dolo ya cuando se conoce el riesgo de producción de un resultado lesivo: “lo decisivo es que una persona conozca un hecho que, por ser típico, debe ser evitado”. Ya existe dolo cuando con el “saber que la realización del hecho típico queda en manos del azar”; el querer y el desear no son parte del tipo subjetivo, devienen en irrelevantes para la imputación del hecho; “el derecho sólo puede asumir de manera racional como relevante la confianza en la ausencia del resultado cuando el autor emprende una medidas de evitación mínimas o carece de información suficiente sobre la lesividad de su comportamiento, pero no cuando a pesar de saber que va a crear un riesgo, se limita a confiar en el azar o que el resultado no se producirá por razones que ya no tienen que ver con su actuación. El que ‘tiene el hecho típico ante los ojos’ ya no es digno de verse exonerado de responsabilidad ‘por haber confiado’”, por tanto, no se requiere para la existencia del dolo la presencia, además del elemento intelectual o cognitivo, de otro volitivo⁴²².

Por tanto, se considera por Jakobs, que “el error es evitable cuando el autor es responsable de él... puede faltar la evitabilidad cuando el sujeto muestra un cuadro de déficit de socialización... La evitabilidad, en esta situación, no constituye un problema psicológico, sino normativo: se trata de responder a la pregunta de cuáles de los factores psíquicos existentes en grado suficiente para el error los puede invocar el autor y por

⁴²¹ Günther Jakobs. *Derecho penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Joaquín Cuello Contreras & José Luis Serrano González De Murillo [Trads.], Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 312 y ss, 380 y ss.

⁴²² Feijoo Sánchez, *El dolo eventual*, ob.cit, pp. 25, 29, 31, 32, 34, 45 y 52.

cuáles debe responder él mismo, siendo el error de su incumbencia... La disposición a observar la norma solo puede surtir efecto cuando queda en el autor, en el momento del hecho, un resto de conocimiento de la norma, actualizable y concretable... La medida de la (ir-) responsabilidad del autor por el error no depende únicamente de los procesos que tengan lugar (o no) en la mente del autor en el momento del hecho, sino también de los motivos de estos procesos (o de su ausencia)”, así, entonces, “importa la información como presupuesto de la irresponsabilidad por error” y “para que se dé la evitabilidad ha de existir un motivo para reflexionar sobre la situación jurídica”⁴²³.

Fundamentalmente se va abriendo camino, paulatinamente, “la pregunta de si el dolo y la imprudencia se encuentran en una relación de aliud o de plus-minus, a partir de la distinción que podría hacerse entre los diferentes objetos de interpretación en los que podría recaer la actividad del intérprete: descubrir un suceso psíquico, interpretar un determinado comportamiento o estipular el significado de un enunciado lingüístico”⁴²⁴.

Así planteadas las cosas, “la concepción del aliud es favorecida, sobre todo, por aquellos autores que sostienen un concepto volitivo

de dolo, según el cual dolo sería el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo; pero también, en menor medida, por quienes defienden una concepción cognitiva, donde la clase de conocimiento que se requiere para imputar dolo no coincidiría con la que se suele exigir para la imputación del delito imprudente”. Tal postura parte, necesariamente, de una consideración “analítica” de la culpabilidad⁴²⁵.

Para dar respuesta a ello se aclara que:

En el lenguaje jurídico no es lo mismo interpretar palabras que interpretar –o subsumir– hechos. En el primer caso, la actividad tiende a fijar el campo semántico al que se puede aplicar un término, mientras que en el segundo la tarea consiste en especificar si un determinado suceso o evento puede ser considerado una acción. Al hablar de dolo e imprudencia y, sobre todo, de los problemas que se suscitan en la delimitación de ambas figuras, es necesario aclarar cuál es el objeto al cual se le está atribuyendo un significado⁴²⁶.

Tal discusión no tiene ribetes exclusiva y excluyentemente formales o nominales, apunta de manera fundamental a diversas consecuencias sustanciales y procesales; incidirá determinadamente en si existe o no diferencias cualitativas o simplemente

⁴²³ Jakobs, *Derecho penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob.cit, pp. 674 y ss.

⁴²⁴ Gabriel Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus? Diferentes problemas en la interpretación del dolo en Indret Penal Revista para el Análisis del Derecho* N.º 3 de 2022, p. 172, en <https://indret.com/la-relacion-entre-dolo-e-imprudencia-aliud-o-plus-minus/>, consultado 9 de octubre de 2022, p. 171.

⁴²⁵ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, pp. 178 y 183.

⁴²⁶ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, p. 174.

cuantitativas entre dolo y culpa, cuál es la sustancialidad de cada uno, cuáles son sus manifestaciones, implican penalidades diferentes o no, cuál es el medio o manera de acreditación probatoria y si, en el curso del proceso penal, se puede o no variar la calificación jurídica de la conducta inicialmente otorgada y bajo qué circunstancias.

Esto es, afirma Rogé Such, “cuando esta distinción comienza a utilizarse en ámbitos normativos, lo que se considera voluntario adquiere límites menos exactos hasta reemplazar completamente su significado original. Así, el Derecho acaba por considerar voluntarias a todas aquellas conductas en las que el sujeto no puede dar razones de que no quería el resultado. Con el elemento intelectual sucede algo similar; el mismo podría ser definido a través de diferentes conceptos psicológicos que también pueden presentarse en forma gradual: representación, creencia, creencia justificada (tener razones para creer), conocimiento (creencia justificada y verdadera), ente otros. Hasta donde alcanzo a entender, esta confusión se produce porque algunas veces nos estamos refiriendo al dolo y a la imprudencia como entidades lingüísticas, mientras que en otras ocasiones se alude a ciertos hechos que tendrían la característica de ser dolosos o imprudentes... En otras palabras, la respuesta a si se trata de categorías cualitativa o cuantitativamente distintas dependerá del hecho de si nos estamos refiriendo a ellas como términos o entidades lingüísticas o bien si se inten-

ta dar un significado a eventos o sucesos cerebrales o a ciertas conductas humanas. Dependiendo de cuál sea el objeto al que nos estamos refiriendo, entonces podrá responderse a la pregunta de si entre el dolo y la imprudencia media una relación de aliud (cualitativa) o de plus-minus (cuantitativa)... Por el contrario, si se parte del entendimiento de que entre dolo e imprudencia media una relación de grados no sería necesario acudir a esta clase de institutos creados praeter legem, sino que sería posible condenar directamente por imprudencia”⁴²⁷.

Si resulta verdad inconcusa que existen problemas conceptuales en la definición y diferenciación sobre dolo y culpa, resulta obvio que se trasladarán al campo probatorio y procesal con inconvenientes indiscutibles en la práctica. Plantea Rogé Such, con gran dominio del tema en un ámbito relacional y evolutivo de la discusión:

Por tanto, al margen de los problemas de prueba que podrían plantearse, el significado de dolo e imprudencia se ve afectado en un plano abstracto y en otro concreto. La primera clase de indeterminación semántica se resuelve reinterpretando la regla que permite imputar dolo o imprudencia, en forma tal que el grupo de casos «dudosos» o difíciles (hard cases) quede comprendido dentro del ámbito de su significado. Así, por ejemplo, a principios del siglo pasado se discutió si los casos de dolo eventual debían considerarse dolosos o no, o incluso hoy se debate en torno a la ignorancia deliberada. Por el contrario, los problemas semánticos

⁴²⁷ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, pp. 174 y 175.

que se producen en la aplicación no se resuelven con una nueva interpretación de tales reglas, sino a través de un catálogo de indicios o indicadores que permitan vincular el hecho con la regla⁴²⁸.

Como se puede apreciar sin dificultad, estos temas de actualidad y su definición, van a afectar en grado sumo no solo la comprensión del problema en el ámbito sustancial colombiano, sino también procesal y probatorio, en el proceso penal y en el disciplinario.

Por supuesto, los códigos penales Decreto 100 de 1980 (artículos 5, 35, 36, 37 y 38) y Ley 599 de 2000 (artículos 12, 21, 22, 23 y 24) y disciplinario actual, Ley 1952 de 2019 (artículos 10, 28 y 29), no van a sufrir trastornos de mayor calado sustancial por cuanto asumieron la técnica legislativa de la definición expresa del dolo, la culpa y la preterintención, cuestión que no habían avocado las leyes 200 de 1995 y 734 de 2002; en sus respectivos artículos 14 y 13 solo establecían que la responsabilidad subjetiva consistía en el dolo o en la culpa, sin hacer una definición expresa de ello en artículos posteriores; sin embargo, sí de alguna manera los efectos procesales y probatorios pueden tener alguna variación.

La doctrina actual, aunque minoritaria, pero empujando muy fuerte, plantea sobre el tema aquí discutido:

i) la interpretación del dolo y la imprudencia como entidades lingüísticas abstractas se plantea en términos cualitativamente

distintos. Por el contrario, la interpretación de los hechos a los que se califica como tales es de tipo cuantitativo.

ii) si el hecho que se califica como doloso e imprudente se refiere a sucesos o eventos cerebrales, el recurso a la prueba de indicios, que favorece la aplicación del concepto abstracto, resulta engañosa. Es incorrecto alegar que existe una relación «natural» entre cerebro y movimiento.

iii) si lo que se analiza son comportamientos humanos, entonces corresponde acudir al uso de indicadores convencionales que permitan aplicar el concepto. La razón por la que atribuimos un estado mental es de carácter convencional⁴²⁹.

Por supuesto, la orientación de los conceptos de dolo y culpa son puramente normativos, no responden a orientaciones psicológicas, de manera que la prueba que tradicionalmente se exige para las concepciones psicológicas-normativas se simplifica de una manera sorprendente; basta con demostrar el conocimiento del rol en cuanto la previsión del resultado (conocimiento como tal) o su previsibilidad (cognoscibilidad) y que el sujeto debía conocer la relevancia normativa de su comportamiento.

De manera muy clara Rogé Such da cuenta de la doctrina que estima superada, señalando que “la concepción del aliud es favorecida, sobre todo, por aquellos autores que sostienen un concepto volitivo de dolo, según el cual dolo sería el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo; pero

⁴²⁸ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, p. 176.

⁴²⁹ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, p. 176.

también, en menor medida, por quienes defienden una concepción cognitiva, donde la clase de conocimiento que se requiere para imputar dolo no coincidiría con la que se suele exigir para la imputación del delito imprudente”, habida cuenta que “defienden que existen normas de comportamiento distintas para delitos dolosos e imprudentes subsiste necesariamente una relación de aliud entre ambas categorías”, lo cual no resulta muy coherente por cuanto “que los delitos dolosos y los imprudentes tienen una base fáctica objetivamente idéntica”⁴³⁰, lo que implicará obviamente concepciones sustancialmente distintas en cuanto al contenido del dolo y culpa, prueba diferencial para una y otra con especificidades únicas para cada uno de acuerdo con lo anterior y procesalmente resultaría imposible variar la imputación en un eventual juicio luego de la inicial calificación jurídica de los hechos o, al menos, tendría que consagrarse un procedimiento especial para ello que asegure el derecho de defensa y contradicción con la habilitación de un nuevo periodo probatorio.

Tales dificultades pensamos que son las que pesan en el fondo, más que razones sustanciales como lo plantearemos al final, son las que pesan para estos cambios abruptos de orientación, donde la exageración de la normativización deja inerte a los ciudadanos ante las garantías constitucionales que los asisten, facilitándole evidentemente la función a la acusación y dificultándosela a la defensa.

Para obviar estos problemas, muy segura-

mente imbuidos de cierto rigor tecnocrático y eficientista, se dice que “en el otro extremo se encuentran aquellos que, como Herzberg, Puppe, Schmidhäuser, Jakobs y Pawlik, sostienen que entre ambas figuras media una relación de plus-minus. Dolo e imprudencia serían, para esta posición minoritaria, categorías imposibles de clasificar que obedecen a atributos graduales, distinguibles de mayor a menor, en los que no existirían puntos de corte precisos como los que insisten en encontrar los partidarios del aliud”, todo lo cual implica “reconocer que existe una conexión entre ambos criterios de imputación y señalar que el dolo y la imprudencia comparten un mismo objeto común de referencia. Según la ubicación sistemática que se adopte, la gradación entre dolo e imprudencia podría ser entendida, bien como categorías de un injusto con características más o menos graves, bien como formas escalonadas de reproche personal por la infracción a una misma norma de comportamiento”, donde el criterio decisivo subyacente a cada uno descansa sobre bases cuantitativas; “así, ambas categorías no se encontrarían en una relación de alternatividad –es esto, o bien, aquello–; no tienen características contradictorias, como las que podrían encontrarse entre los elementos que definen a las figuras del robo y la apropiación indebida. Por contraposición, se trata como una relación de especialidad, porque son categorías subordinadas en las que los elementos del dolo presuponen a los de la imprudencia”. En consecuencia, se presenta entre dolo y culpa “una relación plus-minus”, por lo que “sería

⁴³⁰ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, pp. 178 y 179.

factible condenar por imprudencia cuando no sea posible probar dolo, de la misma forma en que se admite condenar por hurto cuando no se pueda probar algún elemento típico del robo, por tentativa cuando no se pueda probar la consumación o como cómplice cuando no pueda hacérselo como partícipe, entre otros. En definitiva, existe entre ambos conceptos una relación lógica de implicación, lo que torna innecesario acudir al instituto de la subsunción alternativa; el dolo incluiría todos los requisitos que contendría la imprudencia”, por lo que “no es lo mismo referirse a ellas como entidades lingüísticas, como sucesos cerebrales, o como movimientos corporales”⁴³¹.

Una orientación naturalística de los fenómenos en cuestión, que miran al sujeto solo como individuo y desde su propia psicología, es asunto que facilita las falacias naturalistas, puesto que se trata de “eventos de la naturaleza. En rigor, con ella se alude a la actividad de realizar conjeturas sobre las relaciones de causa-efecto que tendrían diferentes hechos «internos». Suele decirse que no se trataría de una genuina actividad interpretativa, a raíz de que los hechos provenientes de la naturaleza no tienen realmente un significado. La naturaleza no posee sentido, no puede ser comprendida, sino meramente explicada. Si el objeto de interpretación, en el caso del dolo y la imprudencia, fuese un suceso que ocurre en cerebro de la persona, entonces la voluntad o el conocimiento deberían ser entendidos como fenómenos físicos que, aunque inter-

nos, ocurren de manera independiente a la conducta y luego se adhieren a esta. Desde esta perspectiva sería posible separar el estado mental de la acción humana”, y así, “en último lugar, cabe analizar si lo que se interpreta en relación con el dolo y la imprudencia son clases de acciones o de comportamientos humanos”, cuyo tratamiento terminaría en “conjeturas sobre los propósitos, las razones o las intenciones de un agente, con el objeto de comprender el significado de una determinada acción. Esta clase de interpretación es la que mayor relevancia tendría en el ámbito jurídico y suele ser subestimada al llamarla una mera actividad de «subsunción». Lo correcto sería hablar de una actividad de imputación y no puede ser reducida a una mera actividad de constatación”⁴³².

También, de alguna manera, sufre reparos la que podría denominarse posición “ontológica de la mente”, según la cual el “punto de vista consiste en entender que el objeto de interpretación del dolo recae sobre una realidad interna o un evento psíquico distinto de la conducta humana, de manera que la interpretación que cabría realizar del dolo y la imprudencia tendría como objeto describir sucesos internos. Sin embargo, dada la imposibilidad de terceros para acceder a ellos, se suele decir que estos eventos cerebrales se prueban de manera indirecta a través de hechos externos que se compaginarían con ellos. Aunque no se puedan observar directamente no se niega su existencia y trasladan el problema a una

⁴³¹ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, pp. 178, 179 180 y 181.

⁴³² Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, pp. 181 y 182.

cuestión probatoria, dejando en manos del intérprete la forma en la que se manifiestan externamente. El dolo y la imprudencia serían fenómenos internos inaccesibles, pero verificables a través de indicios que se encuentran en una «relación natural» con ciertos hechos externos”, “concepción dual de la mente, dolo e imprudencia serían categorías de imputación definidas por una configuración distinta de sucesos internos, irreductibles a procesos fisiológicos o a comportamientos externos. Este planteamiento condiciona el análisis dogmático de las acciones humanas en la medida en que es vista como un proceso mixto, compuesto por una determinada clase de movimiento corporal –capaz de poner en peligro un bien jurídico– y otro suceso que ocurre en la mente del sujeto”⁴³³.

Así las cosas “la diferencia entre dolo e imprudencia podría ser estudiada como dos entidades lingüísticas diferentes. En este caso, la actividad de interpretar aludiría, entonces, a la tarea que consiste en atribuir un significado a algún fragmento del lenguaje (vocablos, sintagmas, enunciados). La actividad de interpretar los términos ‘dolo’ e ‘imprudencia’ consistiría en aclarar cuál es el contenido normativo de dichas disposiciones o, dicho de otra manera, en precisar cuál es el campo de aplicación de ellas y qué grupos de casos abstractos formarían parte de cada categoría”:

En definitiva, interpretar el dolo y la imprudencia como entidades lingüísticas consiste en una actividad de atribución de sentido dirigido a dichas palabras. Normalmente,

el uso de definiciones facilita la interpretación, aunque también puede acudir a una explicación ostensiva, paráfrasis contextuales o contrastivas, etc. Dicho de otro modo, el significado que tienen las palabras se encuentra vinculado también a las frases en las que estas son utilizadas; no solo forman parte de las oraciones, sino que también contribuyen a la significación de las frases en las que aparecen. De esta manera, la determinación de lo que ellas significan se obtiene también por el uso que de ellas se hace en una oración. En este sentido, prestar atención a la función de imputación que estos términos tienen también contribuye a clarificar su significado. Atender a este aspecto en la interpretación de los enunciados sobre el dolo y la imprudencia evita caer en la hipertrofia que afecta a estos términos, y que ha conducido a una «ontologización» –o hipóstasis– de estas categorías. La propia función de acusación o de imputación impide caracterizar al dolo o a la imprudencia como aspectos que definen a ciertas clases de hechos independientes de un sujeto concreto. Precisamente, la imputación –o acusación– era llamada por los filósofos prácticos de los siglos XVII y XVIII como «reatus», traducida posteriormente al alemán como «schuld», y se empleaba con el sentido de hacer deudor o poner en la cuenta de una voluntad un determinado suceso⁴³⁴.

Agrega que, sobre dicha base, trabajan las modernas «teorías normativas», que “mantienen una ontología similar sobre

⁴³³ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, pp. 181 y 182.

⁴³⁴ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, p. 184.

los estados mentales, pues no niegan que se trate de un suceso cerebral, con la salvedad de que epistémicamente no sería una actividad de descubrimiento, sino de adscripción de conocimiento o voluntad. Grosso modo, las concepciones normativas no niegan que el concepto de dolo se refiera a sucesos internos de carácter psicológico, pero se limitan a afirmar que la determinación procesal es lo que debería ser normativizado”; sin embargo, se cuestiona la base científica de la explicación que subyace al fenómeno cerebral, el cual tendría que ser abordado probatoriamente a través de indicios, pero bien se sabe que, da cuenta Rogé Such, desde los experimentos de Libet en los años 80 del siglo pasado, se cuestiona la libertad de la voluntad⁴³⁵.

Como esa base científica se encuentra cuestionada y la operatividad del indicio además resulta contingente, se afirma por los críticos de la teoría ontológica de la mente que nos enfrentamos a una ecuación ilógica, que conduciría a que no pueda afirmarse a que corresponde internamente el suceso exteriorizado, afirma Rogé Such, puesto que se desconoce cómo se producen tales fenómenos.

Para redondear la crítica, se echa mano del conductismo psicológico, teoría que despreció todo lo que tuviera que ver con los procesos mentales y las funciones psicológicas superiores; afirmaba que todo lo que fuera el trabajo de la “caja negra” como se denominaba el espacio del cráneo humano, caía en la conjetura y el subjetivismo, por imposibilidad de hacer trabajo científico

objetivo y muy especialmente por confundirse el sujeto del conocimiento con el objeto del conocimiento, de manera que lo único que le interesaba era el in put y el out put, esto es, la entrada de estímulos que eran procesados y la salida en forma de comportamiento, cuya relación se infería de indicadores objetivos a los cuales se les adscribía cierto significado.

Ahora, como respuesta a las críticas formuladas a las doctrinas tradicionales sobre el dolo y la culpa, se plantea por supuesto la llamada normativización de tales subcategorías dogmáticas, así el término sea de corte analítico y por supuesto no muy adecuado a una discusión que parta de los criterios lingüísticos fallidos y de las necesarias e imprescindibles valoraciones de significatividad de la conducta social, con el uso de los llamados “**indicadores**” del dolo y la culpa, asunto que parece adecuado siempre y cuando se ajusten a las definiciones legales sobre la materia, lo que otorga al juez, por supuesto, en materia probatoria un amplio margen de valoración en un ámbito de libertad, pero regido por la racionalidad y razonabilidad a partir de tabulaciones que pacientemente han ido construyendo la doctrina y la jurisprudencia sobre los llamados indicios demostrativos de dolo y culpa.

Sobre el punto refiere Rogé Such que:

Resulta llamativo que la jurisprudencia haya rechazado establecer un numerus clausus de indicadores por considerarlo contrario al principio de la libre valoración de la prueba y que, incluso, se hayan

⁴³⁵ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, pp. 184 y 185.

negado a fijar una escala según el peso abstracto de cada uno de estos criterios. Sencillamente se han limitado a decir que, en la aplicación de un concepto, deberían sopesarse todas las razones a favor y en contra de una imputación. En definitiva, en un sistema jurídico donde los jueces pueden decidir libremente qué clase de indicadores utilizan, qué importancia tienen y, sobre todo, cuándo pueden ser utilizados o descartados, la diferencia entre dolo e imprudencia seguirá siendo una práctica insegura, incalculable e inconsistente⁴³⁶.

No estamos de acuerdo con ello; se trata de una labor de concreción por parte del juez de aquello que abstractamente ha establecido el legislador, ponerle cortapisas al juez en tal función, más allá de las que surgen de la racionalidad y razonabilidad es asunto que quiebra la independencia y autonomía judicial, invitando a un reavivamiento de la prueba tarifada, todo lo cual resulta contrario a la natural plasticidad e infinita forma de expresarse de la conducta humana, lo cual sería absolutamente imposible atrapar en un catálogo de valoraciones previamente fijadas. Resulta importante que la ciencia, la sapiencia, la experiencia, la práctica y el sentido común vayan pergeñando este tipo de indicadores de culpa o dolo; por supuesto, también de la consciencia de la antijuridicidad e ilicitud, la cual no se puede dar por supuesto con aquello que quien debe conocer, es como si conociera con fundamento en la filosofía hegelia-

na. Importantes aportes sobre el tema se han efectuado, como el muy conocido estudio de Ragués I Vallés⁴³⁷.

Rogé Such concluye en torno al punto que ante las recurrentes lagunas de conocimiento -empíricas- y de reconocimiento -lingüísticas y provenientes de la imposibilidad de precisar un hecho individual- deben utilizarse, con lo que estamos de acuerdo, los llamados indicadores de dolo y culpa:

Se suele entender que aquello que se imputa es un hecho interno y que se prueba a través del uso de indicios. Este punto de vista se corresponde con una concepción dual de la mente y debería descartarse por tomar una premisa incontrastable y sustentarse en una inferencia falsa. En otras palabras ¿cómo se puede saber la forma en que algo se exterioriza, si ni siquiera se sabe qué es ese algo? Otro punto de vista, como el aquí defendido, consiste en considerar que los estados mentales son disposiciones de la conducta y que los criterios de aplicación correcta tienen carácter convencional. Esto es lo que se conoce como indicadores de dolo y, dada su naturaleza empírica, tienen carácter gradual⁴³⁸.

Lo primero que debe advertirse es que, toda la base teórica y experimental que utilizan los partidarios de desmontar las teorías mayoritariamente reconocidas del dolo y la culpa, anclando su sustento en las opiniones antilibre voluntad y proclive al determinismo fundada en la neurociencia biologi-

⁴³⁶ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, p. 196.

⁴³⁷ Ramón Ragués I Vallés. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

⁴³⁸ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, p. 196.

cista y reduccionista de los años sesenta del siglo pasado hoy se encuentran superado; Wolf Singer, tal vez el más representativo de quienes suscribieron el manifiesto de los neurocientíficos alemanes dando por muerto el libre albedrío⁴³⁹, hoy en día no se manifiesta con igual radicalidad, de hecho acepta, por ejemplo, que está demostrado con serias pruebas experimentales que quien no cree en el libre albedrío resulta más propenso a infringir la ley que aquello que sí lo hacen; igualmente, los experimentos tipo Libet han sido en cierta forma mal interpretados; en realidad lo que tal neurocientífico señala es que en principio parece que todo conduce al determinismo; sin embargo, milisegundo antes de la inervación muscular y luego de revelado el potencial de acción que ha preparado la reacción al estímulo, se produce un acto consciente de capacidad de veto de lo inconscientemente impulsado, por lo que se retoma la capacidad de voluntad.

Por ello, sí compartimos la muy afortunada afirmación de Rogé Such, cuando propone:

Al tomar partido por la concepción que entiende que los estados mentales son disposiciones de la conducta, considero que la única vía para hacer mínimamente previsible la imputación de dolo e imprudencia consiste en que sea la doctrina quien se ocupe de un estudio de los indicadores convencionalmente aceptados –que también ha venido utilizando la jurisprudencia– y se evalúe su

conveniencia. Este es un problema que no podría solucionar el legislador, puesto que establecer de antemano un catálogo general de indicadores implicaría volver a un sistema de prueba tasada⁴⁴⁰.

2.5. Dolo y culpa como fenómenos psiconormativos, expresiones del principio de culpabilidad

El Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, ha asumido una definición de dolo y culpa que parte, por supuesto, de criterios psicológicos y los complementa o termina de pulir normativamente. Tal lo que sucede con el dolo directo de primer y segundo grado, de corte mixto, pero predominantemente psicológico y con la culpa consciente, también en el mismo orden.

Sin embargo, en una sucesión de gradualidad se encuentra el dolo eventual respecto del directo, el primero construido sobre bases predominantemente normativas, cuya base se constituye en el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado que debe aparecer anunciado como probable y se deja su producción librada al azar (artículo 22). La culpa inconsciente en el mismo grado respecto de la consciente, predominando en aquella lo normativo en esta lo psicológico. De todos modos, en la base de

⁴³⁹ Tal vez, como se afirma muy recientemente, ello pueda tener mucha relación con lo que se afirma en torno al “poder de las palabras”: Mariano Sigman. *El poder de las palabras. Cómo cambiar tu cerebro [y tú vida] conversando*, Bogotá, Debate, 2022, p. 352.

⁴⁴⁰ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, pp. 196 y 197.

la imputación objetiva, aplicable a dolo y a culpa se encuentra la noción de un riesgo jurídicamente desaprobado⁴⁴¹ (artículo 23).

Por supuesto, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente no se verifica a partir de nociones puramente psicológicas ni estas son tampoco las predominantes, sino que, siendo la base común la previsibilidad del resultado, en el dolo eventual se estima como probable que se produzca y el resultado se deja librado en cuanto a su producción al azar, mientras que en la culpa consciente, que obra en defecto, solo se presentará si se ha confiado en poder evitarla con muestras objetivas racionales y razonables de comportamientos exteriorizados, aún a pesar de mantenerse en ambos en la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado.

El peso de la normativo sobre lo psicológico resulta evidente y así lo ha puesto de presente en escrito Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles⁴⁴².

Ahora, cualquier duda que pudiese aflorar, el principio pro homine o pro libertate tiene que dar la solución judicial pertinente en el caso concreto si el tema toca con lo sustancial por indefinición lingüística en casos límites o por el in dubio pro reo si se trata de problemas probatorios. De todos modos, hemos demostrado, en nuestro sentir, que el principio de favorabilidad no es un asunto solo, exclusiva y excluyentemente, de tránsito de legislación, sino también de

interpretación de una norma con ambivalencia de postulados derivados, debiéndose acoger el más favorable o de dos normas reguladoras del fenómeno ante lo cual, frente a la imposibilidad de solubilidad del problema debe optarse por la más favorable.

Ya sobre el tema primeramente anunciado hemos escrito:

El artículo 29 de la Carta Política establece el principio de favorabilidad independiente y autónomo pero relacionado con el principio de legalidad, al prescribir que “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

El actual artículo 29 de la Carta Política de 1991 utiliza la palabra “aun” sin tilde, palabra que en la redacción original de 1886 era referida como “aunque” y precisada como “aún” con tilde, por el artículo 44 de la Ley 153 de 1887.

Los redactores de la Constitución de 1886 y de la Ley 153 de 1887 eran verdaderos expertos en el lenguaje y su correcta utilización, de tal manera que, históricamente la palabra que destacaba la relación entre dos normas coexistentes y una posterior a otra con tratamiento más benigno, daba cuenta de dos situaciones que en la historia se han perdido.

Richard Dawkins, uno de los más importantes científicos de actualidad, acuñó el término “meme” como expresión que de-

⁴⁴¹ Günther Jakobs. *La imputación objetiva en derecho penal*, Manuel Cancio Melia [Trad.], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 15 a 26.

⁴⁴² Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo* en Revista derecho penal y Criminología Vol XXVI, N.º 79, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 99 y ss.

nota un significado cultural.

Según Dawkins, el meme es una unidad de transmisión cultural que pasa de un cerebro a otro mediante el habla, la escritura, el gesto, el comportamiento y en general cualquier otro fenómeno susceptible de ser imitado.

Los memes, como los genes, transmiten información, se autorreplican, mutan y están sometidos a procesos de selección. Unos y otros necesitan de un sustrato físico: el gen codifica nuestra información genética en cadenas de ADN, y el meme codifica nuestra información cultural en ondas electromagnéticas, ondas sonoras, gustos, olores y niveles de presión. En determinados casos, los memes de un individuo llegan a superar a sus genes. En palabras del propio Dawkins: “Quizás hay hoy en el mundo uno o dos genes vivos de Sócrates, pero ¿a quién le importa? Los complejos de memes de Sócrates, Leonardo y Marconi siguen vivos”⁴⁴³.

La fórmula del principio de favorabilidad, tal cual como hoy se le entiende, mutó de “aunque” y “aún” muy bien escrita por lingüistas de la época, donde con precisión se daba cuenta de dos situaciones diversas, por cierto, rescatadas por la Corte Constitucional al señalar “que el principio de favorabilidad está esencialmente concebido para resolver conflictos entre leyes que coexisten de manera simultánea en el tiempo”, según Sentencia T-438 de 1992, a un “aun” sin tilde. Como sinónimo de “inclusive”

que significa “aun” sin tilde, que tampoco deja de sugerir las dos situaciones diferentes planteadas que subyacen a la fórmula de la favorabilidad, llegando la hora de corregir la interpretación que se incrustó en la conciencia cultural jurídica como un auténtico “meme”, que debe ser modificada analógicamente como lo hace la ingeniería genética con el ADN defectuoso, para desempolvar el genuino significado de la expresión “aún” con tilde, reinterpretación hoy facilitada por la admisión en la normatividad de la Justicia Especial para la Paz del “principio de favorabilidad frente a leyes coexistentes y sobre todo ante dos interpretaciones de una misma ley”⁴⁴⁴.

Sobre el segundo problema, la Corte Constitucional ha reflexionado:

Esta Corporación no duda en señalar que en caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso, pues la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (cp art. 1. °) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aque-

⁴⁴³ Josep Maria Ganyet. El meme egoísta <https://www.lavanguardia.com/economia/20191123/471792721983/el-meme-egoista.html#:~:text=Seg%C3%BAn%20Dawkins%2C%20el%20meme%20es,fen%C3%B3meno%20susceptible%20de%20ser%20imitado.>

⁴⁴⁴ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Hacia una reinterpretación del principio de favorabilidad de la favorabilidad como tránsito legislativo a la favorabilidad como contemporaneidad de normas y de interpretaciones de una norma en *Crítica Disciplinaria*. A propósito de

lla que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (cp art. 5. °). Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general prima siempre sobre el particular. En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo, pues “condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas. Por ello debe enten-

derse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado” Sentencia T-669 de 1996 (cursiva fuera de texto)⁴⁴⁵.

Finalmente, a partir de lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual deriva la jurisprudencia internacional los principios pro homine y pro libertate, debe acogerse aquella interpretación que privilegie el ejercicio del derecho fundamental involucrado, en tal caso del derecho penal, la libertad de la persona.

En cuanto a las definiciones de dolo y culpa ofrecidas por el Código General Disciplinario son muchas las inquietudes que surgen. La definición de dolo directo es prevalentemente psicológica y no trae definición de dolo eventual. Con respecto a la culpa, la definición de culpa consciente es prevalentemente psicológica y, por supuesto, al no definirse el dolo eventual, en cuanto entre ambos existe una interdefinición relacional en el Código Penal, al no aplicarse el dolo eventual, quedó en un ámbito altamente psicologizado. Con respecto a la culpa inconsciente dígame lo mismo que lo afirmado para el tema específico en penal.

2.5.1. La problemática de la

la reforma de la Ley 1952 de 2019, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Capítulo VIII, 2021.

⁴⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-784 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo.

confesión calificada en las leyes 600 de 2000, 734 de 2002 y 1952 de 2019

Además del indicio, la otra prueba idónea para acreditar estados mentales de un sujeto es la confesión; siendo él mismo quien vive el proceso psicológico, vía introspección es el único que pueda dar cuenta de un suceso tan personal solo, exclusiva y excluyentemente, accesible a él.

Sin embargo, es claro, que en materia penal y disciplinaria la prueba de la confesión casi que brilla por su ausencia; en la praxis judicial son absolutamente reducidas las ocasiones en que se presenta y cuando tiene ocurrencia o se confiesa calificadamente introduciendo causales de justificación o de inculpabilidad o atenuantes punitivos o confesando un delito o falta de menor entidad.

Ahora, cuando se produce una confesión cualificada, no se encuentra regulada de manera expresa por los códigos de procedimiento penal Ley 600 (artículos 280 a 283) de 2000 y Ley 906 de 2004 (372 y ss), como tampoco por los códigos disciplinarios, Ley 734 de 2002 (artículo 130, modificado por el artículo 50 de la Ley 1774 de 2011) -aunque se aplica por integración la Ley 600 de 2000- y Ley 1952 de 2019 (149 y 161 a 163).

De hecho, es la confesión calificada un importantísimo instrumento en la defensa efectiva en materia penal y disciplinaria. Dos obstáculos se ofrecen ante las legislaciones vigentes sobre la materia: i) la Ley 600 de 2000 no regula expresamente en qué consiste la confesión calificada, aunque

no niega su existencia y sus efectos; por lo tanto, tiene cabida sobre el punto lo que ha desarrollado la jurisprudencia y la doctrina; de su regulación se extrae que la contempla implícitamente y está sujeta, como cualquier declaración, a su valoración conforme con las reglas de la sana crítica. Predícase ello, igualmente, de lo dispuesto en los códigos único disciplinario (Ley 734 de 2002) por integración con las normas del procedimiento penal antes citado y general disciplinario (Ley 1952 de 2019) por la reproducción casi que literal de las normas; ii) la Ley 906 de 2004 no contempló la confesión dentro del catálogo de pruebas nominadas; fue concebida, a la manera del derecho norteamericano, como una especie de testimonio de parte, mismo que tenía que rendirse bajo la gravedad del juramento; sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable por violación al derecho de defensa tal fórmula, de tal manera que se trata hoy de una declaración sin juramento que debe apreciarse según las reglas de la sana crítica, por lo que, igualmente, allí podemos entender comprendida de manera implícita la confesión calificada.

La confesión transaccional está presente en los dos códigos de procedimiento penal a través de la figura del allanamiento de cargos y la negociación de culpabilidad. Igual tiene ocurrencia en la Ley 1952 de 2019, como se desprende diamantinamente de su artículo 161 y para los efectos del artículo 162.

Así las cosas, en el proceso penal, muy especialmente en el referido por la Ley 600 de 2000 y en los códigos disciplinarios de 2002 y 2019 no habría problema con plantear la

validez de la confesión calificada respecto de la culpabilidad y sus grados de dolo y culpa, así como también de las causales de inacción, atipicidad, justificación, inimputabilidad, inculpabilidad, atenuantes específicos y genéricos de punibilidad o respecto de un delito de menor entidad. Su valoración estará sometida a las reglas de la sana crítica.

Por ello, resultan aplicables las siguientes reglas sobre la confesión calificada:

Se configura la confesión calificada cuando se acepta la materialidad de la falta, pero se introduce una causal eximente de responsabilidad, según lo tiene determinado pacífica y reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina⁴⁴⁶.

Significa lo anterior que la confesión calificada realizada por el procesado si se encuentra corroborada por indicios serios y de peso convalidante de la no culpabilidad o se presenta como no desvirtuada, es considerada indivisible según reiterada jurisprudencia, puesto que la doctrina tiene dicho que ello sucede cuando “lo dicho en la confesión aparece corroborado por otros medios probatorios” o frente a la duda probatoria⁴⁴⁷.

Muy interesante planteamiento, para dilucidar el valor de la confesión calificada y especialmente su divisibilidad o indivisibilidad, lo encontramos en:

La confesión es la admisión de un hecho propio adverso al confesante y por ello hace prueba en contra de quien la hace.

Por tanto, si esta se ve acompañada de un evento favorable, entonces ya no es una confesión en sentido estricto, sino una aseveración, intensamente matizada de interés y parcialidad.

Por ese solo hecho, aquella parte que resulta favorable debería ser demostrada por el que la afirma.

Desde este esquema surge la figura procesal, la llamada confesión calificada, que es la versión que proporciona un inculpado en la cual, a la vez que acepta la comisión de la conducta reprimible que se le atribuye, aduce circunstancias que exoneran de responsabilidad, o bien, la atemperan. Para que la confesión judicial pueda ser medio eficaz de prueba, en favor también del que la produce, se necesita que concurren determinados requisitos, unos de orden lógico y otros de técnica jurídica procesal.

Los requisitos de orden lógico son: que, en la parte provechosa al actor, la confesión sea persistente, creíble y verosímil; la primera de estas exigencias significa que, aunque puedan y hasta quizá sea preferible que deban, haber ocurrido variantes formales, la versión del confesante se haya mantenido esencialmente inalterable, en todas las intervenciones procesales del acusado, por cuanto ello es indicio de sinceridad y veracidad de su parte. La segunda exigencia implica que la confesión, en lo provechoso para su autor, no contenga hechos que repugnen a la naturaleza, al orden lógico de los fenómenos naturales, o que no hieran el recto sentido

⁴⁴⁶ Jairo Parra Quijano. *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá, Librería ediciones del profesional Ltda., 2009, p. 398.

⁴⁴⁷ Parra Quijano, ob.cit, pp. 392 y 397.

de la credibilidad. La tercera, significa que el relato, en lo beneficioso, no debe contener absurdos, explicaciones que choquen con el sentido común, contra la posibilidad normal del suceder histórico, esto es, debe cubrir la condición de verosimilitud.

Por su parte, los requisitos procesales son: que la confesión deba ser aceptada en su integridad, indivisamente, porque satisfaga las condiciones que se enuncian en el párrafo anterior y porque se encuentre en alguna de estas tres hipótesis: 1. Que esté aislada, sin dato alguno que la confirme o la refute; 2. Que esté apoyada por el resto del material probatorio y 3. Que habiendo datos en contra y en pro de la parte favorable de la confesión, el juzgador, ponderosamente, deseche los primeros y acepte los segundos.

De este modo, la confesión calificada es aquella declaración en la que el acusado confiesa el hecho ilícito, pero introduce a su favor una causa excluyente o modificativa de su responsabilidad, esto es, hace intervenir una circunstancia en cuya virtud se vea libre de la pena señalada por la ley o, por lo menos, merezca una pena atenuada⁴⁴⁸.

la Ley 906 de 2004

Como se advirtió en el parte anterior, ningún problema ofrece la Ley 600 de 2000 para efectos de la apreciación de los indicios de culpabilidad, por el contrario, parece ser la sede natural donde pueden ser desarrollados de manera coherente y sólida. De hecho, resulta indiscutible, que sirve de cobertura para todos aquellos estatutos probatorios que no regulan la prueba de indicios o por indicios.

Con relación a la Ley 906 de 2004, claro está que se debe tratar como una prueba innominada, ubicable en aquellas de que da cuenta su artículo 373 al preceptuar un catálogo abierto a la consideración de “cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos” o por virtud de integración dispuesta en el artículo 25, las normas referentes de la Ley 600 de 2000, lo que se constituiría en una aplicación por favorabilidad de un código de la misma naturaleza coetáneamente vigentes.

2.5.2. La problemática de la confesión calificada en

⁴⁴⁸ Montesco. Confesión calificada divisible en materia penal. Argumentos en contra de su configuración www.justiciamexico.mx/vp-ind.php?id=619&categoria=derecho#:~:text=De%20este%20modo%2C%20la%20confesión%20calificada%20es%20aquella,o%20por%20lo%20menos%2C%20merezca%20una%20pena%20atenuada

Capítulo 3

La dignidad humana como principio primordial según el artículo 1 de la Carta Política, el artículo 1 del Código Penal y el artículo 1 de la Ley 1952 de 2019

humana, según el artículo 1 de la Constitución Política de Italia. Por ello cita a Rudolph, quien desde el artículo 1 de la Carta Política alemana, que consagra la intangibilidad del principio de dignidad humana, descarta cualquier posibilidad de establecer presunciones, invertir la carga de la prueba o distribuirla privando al procesado del beneficio-derecho del *in dubio pro reo*, habida cuenta que ello se constituiría en una instrumentalización político criminal de la persona⁴⁴⁹.

Bricola es el más significativo y entusiasta defensor de un derecho penal derivado directamente de las consecuencias de la consideración de la Constitución Política como norma de superior jerarquía a todas las demás componentes del ordenamiento jurídico, de allí que así se impone para la legislación penal en cuanto a la consagración expresa en la norma superior de los principios de responsabilidad personal, *nulla poena sine culpa* y la prohibición de instrumentar al individuo so pretexto de conseguir fines de carácter político criminales al margen de

un comportamiento criminal suyo, además de una muy novedosa posición, derivada del carácter reeducativo de la penal; ello implica la necesidad de que nadie diferente al autor o partícipe del delito puede ser sometido a dicho proceso reeducador⁴⁵⁰.

Un sistema penal o disciplinario puede adoptar, como el colombiano, posiciones diferenciadas. Puede, como lo ha hecho tradicionalmente el derecho disciplinario, solamente dar cuenta de que la responsabilidad se atribuye a título de dolo o culpa (leyes 200 de 1995 y 734 de 2002) o, por el contrario, definir lo que se entiende por cada uno de ellos como prefirió la Ley 1952 de 2019 al seguir la tradición expresa de que daban cuenta los códigos penales adoptados por el Decreto 100 de 1980 y la Ley 599 de 2000.

Creemos que, en derecho disciplinario se debió mantener la técnica de la simple afirma-

⁴⁴⁹ Bricola, *Teoría General del Delito*, ob.cit, pp. 63 y 64.

⁴⁵⁰ Bricola, *Teoría General del Delito*, ob.cit, pp. 189 y ss.

ción de la responsabilidad subjetiva por dolo o culpa, para que fuera la jurisprudencia y la doctrina, como se trata en un derecho en evolución y que busca sus propias características que lo identifiquen y definan como autónomo e independiente del derecho penal, diera cuenta de la mejor manera de entender tales especies-grados de culpabilidad.

Es cierto, como afirma un sector de la doctrina, que no debería efectuarse definiciones legales de lo que es dolo o culpa; se critica que nunca el lenguaje es preciso y siempre quedarán espacios de indefinición⁴⁵¹, lo cual ciertamente no compartimos muy especialmente cuando se trata de la materia penal, por supuesto fundado nuestro argumento en que por virtud del principio de legalidad que demanda certeza y certidumbre en todo lo que implique incriminación penal, es mucho más seguro que sea el legislador y no el juez, impulsado por la doctrina que amplía significativamente el ámbito de lo punible desde la perspectiva de la conceptualización del dolo y la culpa, lo cual en cierta forma tiene razón en cuanto a que existen zonas grises para delimitar la culpabilidad, pero ello tiene una respuesta adecuada hace mucho tiempo y es tomar partido por interpretaciones pro homine o pro libertate en materia sustancial e in dubio pro reo en materia probatoria.

Ahora, en campos como el del derecho disciplinario donde las conceptualizaciones del dolo y la culpa se encuentran apenas en formación; no es posible tomar al pie de la letra lo que los penalistas o las leyes penales han dicho sobre el tema, atendiendo ade-

más a que no se trata de un instrumento tan invasivo en la libertad como lo es el derecho penal, bien podría manejarse una mención abierta del dolo y la culpa, pero es claro que el legislador tomó partido por la definición expresa y a ella tenemos que atenernos, por lo que los problemas del lenguaje si surgen problemáticos, tienen que capitalizarse en la favorabilidad pro reo, así como también las dudas probatorias que sobre el punto se susciten.

Muy clarificadoras las opiniones, cuando afirma:

Prohibición del non liquet

Es necesario hacer referencia a la potestad jurisdiccional, concretada en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y que constituye en sí misma una obligación cuyo quebrantamiento conllevará la aplicación de la sanción jurídica correspondiente.

Los órganos jurisdiccionales están sometidos por la prohibición del non liquet, por lo que tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso las pretensiones que se les formulen. La tarea del juez consiste en la aplicación del derecho objetivo al caso concreto y debe decidir en todos los asuntos, aun cuando un hecho relevante para la decisión permanezca incierto. Esencialmente, esta prohibición responde a la necesidad de garantizar una satisfacción jurídica de pretensiones y resistencias. A pesar de que las leyes procesales permiten que el proceso penal termine por el sobreseimiento de las actuaciones, el juzgador debe pronunciarse

⁴⁵¹ Rogé Such, *La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?*, ob.cit, pp. 192 y ss.

necesariamente dictando sentencia cuando existe duda o insuficiencia probatoria. Por el contrario, incurriría en el delito de prevaricación del artículo 448 del Código Penal (en adelante, CP).

Este deber inexcusable al que se enfrentan los Jueces y Magistrados debe contrarrestarse de tal forma que el ordenamiento jurídico se responsabilice de dotarles de los instrumentos adecuados para poder cumplir con el “deber de resolver todos los conflictos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”. Así, el último mecanismo del que disponen para evitar el non liquet es el derivado de la aplicación de la teoría de la carga de la prueba. En este sentido, Rosenberg, indica que la carga de la prueba muestra cómo “hallar la solución cuando la libre apreciación de la prueba no ha dado ningún resultado”. Y continúa diciendo que “el dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba”⁴⁵².

Así las cosas, constituyéndose el concepto de dignidad de la persona en una texto abierto o jurídico indeterminado, pero determinable por el juez, a través de la neuroantropología filosófica podemos encontrar en sentido normativo, para lo cual podemos afirmar según estudios previos que ello implica entender que la esencia del ser humano se configura a partir de la

consciencia técnico-práctica y la consciencia ético-práctica o consciencia valorativa. La técnico-práctica entiende que el hombre realiza comportamientos i) dirigidos; ii) previsoires; iii) planificados y iv) mancomunados; la ético-práctica o valorativa da cuenta que el ser humano está dotado de i) capacidad de debitud autónoma y heterónoma y ii) capacidad de exigibilidad autónoma y heterónoma⁴⁵³.

Desde el punto de vista neurocientífico hemos sustentado la anterior afirmación; los experimentos en tal campo han comprobado dichos asertos, teniendo así una base sólida sobre la cual asentar la culpabilidad⁴⁵⁴.

Por ello, cuando el Código Penal en su artículo 22 define al dolo como el conocer y querer los elementos de la descripción típica (también así, el artículo 28 del Código General Disciplinario), está dando cuenta de la conducta técnico-práctica en cuanto tiene la dirección de la misma, previendo y planeando el acontecer fáctico, bien sea en actuación solitaria o mancomunada, cuyo resultado típico ha sido no solo previsto y planificado, sino conocido y querido e cuanto al direccionamiento y control sobre los sucesos causales, dando origen así a lo que se denomina dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado o de las consecuencias necesarias, por el contrario, cuando estima probable el resultado

⁴⁵² Elena Esteban Giménez. *La carga de la prueba en el proceso penal*, Madrid, Universidad de Comillas, 2019, p. 20.

⁴⁵³ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de derecho penal* en Revista derecho penal y Criminología N.º 93, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2011.

⁴⁵⁴ Cfr. Gómez Pavajeau y Gutiérrez De Piñeres Botero, *Neurociencias y Derecho*, ob.cit, pp. 216 a 233, y Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Neuroderecho penal y disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 69-94.

dentro de lo previsto y planeado, pero ha dejado la producción del resultado librado al azar, surge el dolo eventual.

Como puede apreciarse, es una concepción normativa del dolo; sin embargo, no prescinde de lo que enseña la neurociencia. El mínimo para estimar el dolo está en la fórmula del dolo eventual, renormativizado; no se rige por las teorías del asentimiento o consentimiento sino por el conocer y prever en grado de probabilidad la ocurrencia del resultado, dejándolo librado al azar.

La culpa (artículo 23 del Código Penal, también así, el artículo 29 del Código General Disciplinario) consciente, de que da cuenta, implica al igual que el dolo eventual que se prevea el resultado, ahora la base mínima es la posibilidad de su ocurrencia o seguidamente en grado de menor a mayor, la probabilidad de ello, pero confiando en poder evitarla, no con meras expectativas o deseos, esto es, una actitud meramente anímica e improbable, sino con un mínimo de control objetivo que desdibuje su liberación al azar, caso en el cual de verificarse esta sería configurada como dolo eventual. Aquí existe por supuesto una base psicológica, vinculada con la dirección de la voluntad no respecto del resultado típico sino del real perseguido por el actor, que irá a perfilar y especificar cuál es el deber objetivo de cuidado observable en el especial ámbito de relación en que se desarrolla la conducta, lo que presupone entonces que efectivamente se haya previsto el resultado típico, pero que existió una falla en la planeación del curso causal o suceso dirigido, atribuible a un defecto de conocimiento, pese a lo cual actúa y no se detiene ante lo que su repre-

sentación avizora.

En la culpa inconsciente, por el contrario, el sujeto no prevé la producción del resultado, pero en la acción dirigida que realiza, la planeación tiene fallas volitivas o cognitivas que no le permiten advertir el resultado típico que sería previsible desde el punto de vista normativo del cuidado exigido en el especial ámbito de relación en que se desenvuelve.

En ambos casos, dolo y culpa, aparece exigible la consciencia de la antijuridicidad o ilicitud, que surge de la capacidad heterónoma de seguir deberes, por lo que debe poner en práctica real, verificable y tangible aquellos necesarios para obtener una adecuada información y realizar la correspondiente reflexión dependientes de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se desarrolla la conducta, lo cual, sino es llevado a cabo de tal modo que pueda actualizar su consciencia de la antijuridicidad o ilicitud, a lo que se refiere la cognoscibilidad como exigencia mínima de la exigibilidad, surge la consciencia eventual de la antijuridicidad o ilicitud en tanto nos encontraríamos ante un error vencible que merece una sanción atenuada (artículos 32 numeral 11 de la Ley 599 de 2000 y 31 numeral 8º de la Ley 1952 de 2021). Si se actúa con consciencia actual, real y efectiva, el reproche es mayor.

La consciencia de la antijuridicidad o ilicitud, para lo penal y disciplinario respectivamente, deviene del concepto de dignidad humana en sentido dinámico y solidario, con fundamento en los artículos 1 y 95 de la Carta Política, tal como se desarrollará en el escrito el derecho penal y disciplinario constitucionales en Colombia. Necesaria

referencia al pensamiento y obra de Nódier Agudelo Betancur que se publicará más adelante, puesto que, como lo establece la norma citada de último “el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades”; por lo tanto, se tienen deberes que se describen en los numerales allí contenidos y a lo largo del texto constitucional, pero entendiendo y comprendiendo que aquí está la filosofía que dirige la interpretación constitucional; el artículo 95 hace parte del Título II, de los derechos, las garantías y los deberes, capítulo 5 de los deberes y obligaciones.

Capítulo 4

La problemática de los indicios de culpabilidad

Estamos de acuerdo con que el tema de la culpabilidad y sus dificultades probatorias se puede abordar adecuadamente a través de los llamados indicadores de culpabilidad, tabulaciones de eventos reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina a partir de la praxis jurídica, que de manera inveterada han sido puestas a prueba y se consideran socialmente adecuadas y normativamente correctas para la demostración de la imputación subjetiva en sus expresiones de dolo y culpa.

Sobre el tema nos hemos pronunciado ampliamente en nuestro trabajo sobre “La prueba ‘jurídica’ de la culpabilidad”, cuyo sustento científico lo encontramos en la “Teoría de la mente” y las “Neuronas espejo”, tal cual se ha expuesto en el estudio previa de dicho texto.

Creemos que se equivocan aquellos que afirman que, como no es posible explicar cómo surgen la consciencia y los procesos mentales, también resulta imposible, por ilógico, dar por probado esos procesos mentales, lo que se constituye en una aporía en cuanto sería tanto como afirmar que antes de que descubriera el ADN, como ello no se conocía, tampoco era posible estudiar biología molecular. Igual tendríamos que decir que, como no sabemos cuál es la razón por la que la certidumbre no tiene cabida dentro de la física cuántica, tampoco podemos

dar por probado todo lo relacionado con el funcionamiento de la misma, cuando lo cierto es que toda la vida moderna de la computación, GPS, radicación, ondas electromagnéticas, entre otros, no resultan fallidas en su comprobación, por el contrario, las reglas matemáticas de la probabilidad sí que lo permiten, de lo cual es un ejemplo paradigmático la tecnología moderna.

Problemas similares tienen ocurrencia en las ciencias exactas por excelencia, como en la física y astronomía, con las llamadas “materia oscura” y “energía oscura”, lo que nada tiene que ver con su luminosidad, sino con la ignorancia total y absoluta de por cuales cosas están compuestas, de manera que la oscuridad reside en el conocimiento del fenómeno, que no se puede desconocer científicamente, pero que bien explica el por qué el Universo no se expande infinitamente por razón de las fuerzas de repulsión entre las galaxias y por qué razón la pérdida de la fuerza de gravedad no hace colapsar la materia conocida sobre sí misma en un proceso de contracción o reversión de la expansión, lo que, en cierta forma, revive la ecuación de Einstein sobre la constante cosmológica dentro de las explicaciones de la relatividad general, fórmula de la cual él mismo abjuró posteriormente como su peor metida de pata, hoy reivindicada⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Cfr. José María Maza Sancho. Somos polvo de estrellas. Cómo entender nuestro origen en el cosmos, Bogotá, Planeta, 2019, pp. 54 a 56 y 89 a 92.

No nos explicamos cómo, supuestamente, el que hoy no conozcamos como surge la consciencia y los procesos mentales tengamos que concluir inexorablemente que los soportes psicológicos de la culpabilidad tienen que ser desechados, cuando, fenómeno similar tiene ocurrencia epistemológica en la física cuántica –“Manifiestamente, la mecánica cuántica es la mejor teoría que permite entender el universo, la realidad o el mundo”-⁴⁵⁶ en cuanto no se tiene la más mínima idea del por qué el comportamiento de las partículas elementales y sus subcomponentes resultan sometidos a la incertidumbre y solo es posible aproximarnos a ello a partir de la estadística y la probabilidad, pese a lo cual “la cuántica funciona maravillosamente bien” y también, muy a

pesar de ello, la física newtoniana y relativista igualmente no se puede imaginar sin la física cuántica”. Gozan las leyes de la física cuántica, muy a pesar de no conocerse en realidad en qué consisten y a que se deben sus fenómenos característicos, se dice que posiblemente a saltos cuánticos, de lo cual también se especula podría estar en el origen de la vida y de la libertad de voluntad, de mucha precisión y sobre todo de gran utilidad práctica hasta el punto que en ellas se funda la tecnología moderna de punta, llegándose concluir por los expertos, que resulta de balde indagarse sobre “¿cuál es la realidad que hay detrás de [sus] fórmulas?”, llegándose a postular por Niels Bohor que “no tiene sentido buscar tal realidad”^{457, 458}.

⁴⁵⁶ Los físicos cuánticos afirman que, tan problemática es su teoría, que no queda bien llamarla “mecánica cuántica, física cuántica o teoría cuántica” sino, muy a su pesar, “ciencia cuántica”, dadas sus aparentes o reales contradicciones en cuanto a los fenómenos que se presentan como sus características principales, totalmente desconocidos en su origen y fundamento, por lo que finalmente la teoría es solo un “formalismo matemático”, a pesar de lo cual, es la teoría más precisa “con una coincidencia entre teoría y experimento que no se había obtenido antes en ningún otro campo”, pero lo más destacado es que, a pesar de ser la “teoría más extraña”, sus logros en la tecnología moderna se encuentran más que acreditados en las aplicaciones de punta y, “sin duda alguna, las tecnologías del futuro serán esencialmente cuánticas”, todo lo cual se encuentra en un marco donde “es posible aplicar el aparato matemático sin comprenderlo”, a fenómenos extraños como el entrelazamiento cuántico, tunelación cuántica, superposición cuántica, la teletransportación cuántica, criptografía cuántica y la computación cuántica, cuyas pruebas y “resultados experimentales han sido sorteadas con éxito”. Vaya paradoja; muy a pesar de ser una teoría “completamente contraintuitiva” y “sus consecuencias parecían verdaderamente absurdas, aunque resultaron ser completamente correctas”, lo que se demuestra con tecnologías como superconductividad, superfluidez, instrumentos como el *squid*, el láser, tejidos de fibra óptica, dispositivos optoelectrónicos, todo lo cual conduce a la necesidad de “superar el pensamiento mecanicista y determinista, así como el reduccionismo y el dualismo”: Cfr. Carlos Eduardo Maldonado & Jairo Giraldo Gallo. El mundo es cuántico. Una teoría a partir de las múltiples interpretaciones de la mecánica cuántica, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2022, pp. 13, 37 y ss, 48 y ss.

⁴⁵⁷ Gerard 't Hooft. *Partículas elementales. En busca de las estructuras más pequeñas del universo*, Ignacio Zuñiga [Trad.], Barcelona, Crítica, 2018, pp. 22 y ss.

⁴⁵⁸ Gómez Pavajeau & Gutiérrez De Piñeres Botero, *Epistemología y teoría del delito*, ob. cit, pp. 414 y ss.

En la física cuántica “vemos cosas que no entendemos” y “montamos y hacemos experimentos que no entendemos”⁴⁵⁹, no obstante, es innegable que nadie niega sus contribuciones mayúsculas con mayúscula a la vida actual moderna, con excelsos aportes a la ciencia y a la tecnología.

Para contestar la crítica de Rogé Such sobre la no prueba de la libertad, vale la pena citar la afirmación de Feijoo Sánchez; el primero confunde, como este se refiere al punto, la ausencia de la prueba con la prueba de ausencia, muy a pesar de que no es un entusiasta de la libre voluntad⁴⁶⁰, la cual dice no tenerse en cuenta por razones de tipo normativo que la hacen innecesaria⁴⁶¹, pero que de todos modos no descarta.

El gran penalista Luis Greco se muestra cauto; sin embargo, no partidario de los neurocientí-

ficos reduccionistas biologicistas de antaño, señalando los muy significativos aportes que las neurociencias puedan hacer a la imputabilidad-inimputabilidad, así como también su propuesta de una neurodogmática del dolo, que bien le vendrían sus explicaciones al punto de vista cognitivista y hasta sugiere que al referido al tema del aspecto volitivo⁴⁶². También así, con impresionantes propuestas sobre el estudio de la culpabilidad incluido el dolo en sus aspectos cognoscitivos y volitivos, Mercedes Pérez Manzano⁴⁶³. Igualmente, se pronuncia María Sánchez Vilanova en su particular estudio sobre los elementos subjetivos del injusto⁴⁶⁴.

Por el contrario, creemos que varias teorías surgidas a partir de los años 70 del siglo pasado fundadas en la muy socorrida teoría de la inexistencia de la libre voluntad con base en el reduccionismo biológico neurocientífico, son las llamadas a ser revisadas⁴⁶⁵, muy

⁴⁵⁹ Maldonado & Giraldo Gallo, *El mundo es cuántico*, ob.cit, pp. 192 y ss.

⁴⁶⁰ Bernardo J. Feijoo Sánchez. *Neurociencias y derecho penal de un sistema de libertades* en Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Eduardo Demetrio Crespo (director), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 129 y ss.

⁴⁶¹ Ya con anterioridad había abordado el tema en extenso y enjundioso estudio: Feijoo Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo*, ob.cit, pp. 269 y ss.

⁴⁶² Luis Greco. *Qué pueden aprender los penalistas de los neurocientíficos* en Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Eduardo Demetrio Crespo (Director), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 161 y ss.

⁴⁶³ Cfr. Mercedes Pérez Manzano. *Reflexiones sobre el concepto de dolo a la luz de los desarrollos de la Neurociencia Cognitiva* en Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Eduardo Demetrio Crespo (Director), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 409 y ss.

⁴⁶⁴ María Sánchez Vilanova. *Elementos subjetivos del injusto y neurociencia: reflexiones sobre los motivos en el delito del artículo 510.1 a) del Código Penal* en Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Eduardo Demetrio Crespo (Director), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 432 y ss.

⁴⁶⁵ José María Delgado García. *Prestaciones del cerebro: ¿Para qué sirve el cerebro? Un punto de vista neurocientífico* en Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Eduardo Demetrio Crespo (Director), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 111 y ss.

especialmente cuando los científicos que las propiciaron como Wolf Singer⁴⁶⁶ hoy mantienen una opinión que excluye la inicial radicalidad y en cierta medida dan cuenta de afirmaciones según las cuales la creencia en la libertad humana facilita el comportamiento seguidor de las normas⁴⁶⁷.

No solo neurocientíficos acreditados y de relevancia significativa de actualidad dan cuenta de ello, sino también filósofos dedicados a estudiar el punto y con gran experticia en el examen de pruebas neurocientíficas, como se desprende del impresionante estudio de Alfred R. Mele⁴⁶⁸. Particularmente importante, por la calidad neurocientífica del autor, la obra de Paul W. Glimcher⁴⁶⁹.

Así lo hemos sostenido en nuestros trabajos con Carolina Gutiérrez de Piñeres, señalando como la capacidad de veto antes de la invasión muscular postulada por Libet permite recuperar el control de la voluntad sobre el po-

tencial de acción desplegado de manera inconsciente con la percepción del estímulo, igual lo que sucede con la mimetización que comporta las neuronas espejo frente a la observación del comportamiento de los demás, a través del control de otras superneuronas que controlan dicha reacción, amén de que además importantes filósofos de actualidad⁴⁷⁰. También Gutiérrez de Piñeres se ha ocupado ampliamente del tema en sendos estudios muy ilustrativos e iluminativos sobre el punto⁴⁷¹.

Recientemente hemos vuelto sobre el tema con Gutiérrez de Piñeres en el desarrollo de la metacognición y la toma de decisiones humanas y, recalcando la posición de Wolf Singer⁴⁷², pero también se insiste por los estudios neurocientíficos que creer en la existencia de la libertad de voluntad hace de los individuos sujetos más libres y responsables respecto de aquello que no la creen posible⁴⁷³.

⁴⁶⁶ Wolf Singer. Experiencia propia y descripción neurobiológica ajena. Dos fuentes de conocimiento cargadas de conflicto en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica RECPC 12-R5 [2010], consultado en <http://criminet.ugr.es/recpc> en enero 8 de 2022.

⁴⁶⁷ Matthieu Ricard & Wolf Singer. *Cerebro y meditación. Diálogo entre budismo y las neurociencias*, Vicente Merlo [Trad.], Barcelona, Kairós, 2017, pp. 338, 339, 341, 343, 345, 355 y 356.

⁴⁶⁸ Alfred R. Mele. *Libres. Por qué la ciencia no ha rebatido la existencia del libre albedrío*, Sergi Rosell [Trad.], España, Avarigani Editores, 2014, pp. 30 y ss.

⁴⁶⁹ Paul W. Glimcher. *Decisiones, incertidumbre y cerebro*, Roberto Elier & Alfredo Ocampo [Trads.], México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

⁴⁷⁰ Cfr. Gómez Pavajeau y Gutiérrez De Piñeres Botero, *Neurociencias y Derecho*, ob.cit, pp. 137 y ss.

⁴⁷¹ Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina. La preocupación por el otro y el libre albedrío, La formación de hábitos y el libre albedrío y Neurociencias y libre albedrío en Opúsculos de neuroantropología filosófica, Tomo I, La materia prima del derecho penal y disciplinario. Razón, emoción y el dilema libre albedrío-determinismo de la conducta humana desde las perspectivas del inconsciente y la consciencia, Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero, Rafael Valle Oñate & Carlos Arturo Gómez Pavajeau [directores], Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.

⁴⁷² Gómez Pavajeau & Gutiérrez De Piñeres Botero, *Epistemología y teoría del delito*, ob.cit, pp. 331 a 380.

⁴⁷³ Cfr. Mele, *Libres*, ob.cit, pp. 24 y 25.

Particularmente relevante se presenta las investigaciones y propuestas de Eduardo Demetrio Crespo, quien plantea la errónea perspectiva de un normativismo sin anclaje alguno de tipo científico, especialmente construido al margen de las enseñanzas de la neurociencia, donde se desprecie la voluntad y la libertad de la persona humana⁴⁷⁴. También en tal línea se manifiesta el importante filósofo jurídica Daniel González Lagier⁴⁷⁵

En nuestro trabajo sobre “La prueba ‘jurídica’ de la culpabilidad en el nuevo sistema penal” hemos propuesto, siguiendo especialmente a Ragués I Vallés, concretamente en lo que tiene que ver con los indicios que apuntan al conocimiento, pero a la doctrina y jurisprudencia especializada en los demás, las siguientes tabulaciones de indicadores de la culpabilidad⁴⁷⁶:

4.1. *Indicios de aptitud*

Estos indicios o indicadores nos conducen, según su presentación y relación, a la consideración del sujeto como apto para la capacidad de culpabilidad demandada en el ordenamiento jurídico para ser culpable sujeto del juicio de reproche jurídico y sugiere, de antemano, si nos encontramos ante dolo o culpa. La manera en que se intrincan es-

tos indicios, entendidos bajo parámetros de gravedad, coherencia, consistencia y convergencia nos sugieren o indican la actitud del sujeto ante el comportamiento que realizó.

a) El indicio de aptitud fisiológica cerebral que indica que el acto realizado es producto de una actividad interior que se corresponde con la exterior.

b) El indicio de correspondencia de la actividad mental con lo exteriorizado en un ámbito de control que supera a los movimientos reflejos, pero que de alguna forma todavía, aunque no perteneciente al mundo consciente, se rige por una meta objetivada.

c) El indicio de la realización objetiva a través de la cual se ha expresado un acto humano.

d) Indicio de correspondencia entre el pensamiento abstracto, por lo tanto, la capacidad de poner en práctica una “actividad previsor, planificada y mancomunada”, y lo finalmente realizado por el sujeto.

4.2. *Indicios de actitud*

Los indicios de actitud dan cuenta de la manera en que el sujeto se enfrenta al suceso que da cuenta de un resultado típico, si se trata de dolo o culpa. Para el dolo directo de primer y segundo grado juegan papel determinante

⁴⁷⁴ Eduardo Demetrio Crespo. *El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y algorítmico: reflexiones preliminares* en Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Eduardo Demetrio Crespo [director], Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 24 y ss.

⁴⁷⁵ Daniel González Lagier. *Neurociencias, emociones y normatividad* en Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Eduardo Demetrio Crespo [Director], Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 149 y ss.

⁴⁷⁶ Cfr. José Antonio Ramos Vázquez. *Solipsismo e incongruencia en el debate sobre sentimientos y Derecho penal* en Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Eduardo Demetrio Crespo [director], Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 196 y 197.

aquellos indicios que dan cuenta de la voluntad de realización del resultado típico, para el dolo eventual lo referido al conocimiento en grado de probabilidad, dentro de los marcos de la dirección, previsión y planificación del suceso, constatando que dejó la producción del resultado librada al azar.

Con respecto a la culpa, si bien la dirección de la conducta tiene y cumple un papel importante en cuanto sirve a la especificación y concreción del deber objetivo de cuidado observable en el especial ámbito de relación, ya el conocimiento exigido no es necesariamente en grado de probabilidad, sino en un mínimo de posibilidad, ante lo cual, representado el resultado típico, su producción confía en poderse evitar obviamente con la acreditación de un control mínimo de la conducta que excluya dejarlo librado al azar. Igual respecto de la culpa inconsciente; sin embargo, aquí no existe representación actual, real y efectiva, solo posibilidad de estar ante un resultado típico futuro, lo que como potencia se define como “cognoscibilidad”, pese a lo cual no lo hace para efecto de ajustar su conducta a derecho.

La manera en que se intrincan estos indicios entre sí y con los de aptitud antes tratados, entendidos bajo parámetros de gravedad, coherencia, consistencia y convergencia nos acreditan más allá de cualquier duda razonable la actitud del sujeto ante el comportamiento que realizó, esto es, si actuó con dolo o culpa. No se trata de una verdad ontológica, sino procesal, concebida en términos normativos.

a) Indicios de la correspondencia actuación interna-comportamiento externo derivados del conocimiento del objeto.

b) Indicio del móvil para llevar a cabo el comportamiento derivado de estados emotivos del sujeto.

c) Indicios de los trazos objetivos del comportamiento, por su forma de manifestarse y la incidencia sobre el objeto en que recae, de los cuales se puede inferir su correspondencia interna.

- – La forma en que se ejecuta el comportamiento desde perspectivas intensiva y extensiva.
 - – La aptitud de los instrumentos y su utilización medial para el logro de un fin, esto es, la idoneidad del comportamiento.
 - – La complejidad o implementación de varios actos para obtener un logro, así como también las circunstancias espacio-temporales de realización.
 - – La repetición del mismo acto o de actos semejantes.
 - – La dirección que se imprime teniendo en cuenta la vulnerabilidad del objeto.
 - – El actuar acompasadamente con otros. Ya se vio cómo un actuar mancomunado es reflejo exacto de finalidad y por tanto de confluencia de propósitos entre sujetos.
 - – Al sujeto que tras el hecho exterioriza su disconformidad con este no le debe ser imputada, sin más, la conciencia de su potencialidad lesiva.
- d) Indicios de reflexividad, esto es, derivados de la reflexión, que demanda un “procedimiento con el cual el pensamiento vuelve sobre sí mismo y sus operaciones”, y evidencia una actividad planificada y dirigida.

4.3. *Indicios de comprensión valorativa*

La consciencia de la antijuridicidad o ilicitud mínima para que surge el reproche normativo de culpabilidad es la eventual, potencial o actualizable, el sujeto advierte que su conducta puede contrariar al derecho, no obstante, sigue adelante con su conducta inobservando sus deberes de información y reflexión en el escenario jurídico, lo que indica “cognoscibilidad”, caso en el cual la culpabilidad es atenuada y merece una pena menor que si hubiese actuado con consciencia actual, real y efectiva.

La manera en que se intrincan estos indicios entre sí y contextualmente con los de aptitud y actitud, entendidos bajo parámetros de gravedad, coherencia, consistencia y convergencia nos acreditan más allá de cualquier duda razonable la comprensión valorativa del suceso típico y antijurídico llevado a cabo por el sujeto ante el comportamiento que realizó, esto es, si actuó con consciencia eventual, potencial o actualizable o con consciencia actual, real y efectiva. No se trata de una verdad ontológica; en materia de valores no puede constatarse una correspondencia entre un valor y una cosa en términos intrínsecos u ontológicos, sino una relación meramente adjetival o referencial de valor o desvalor, en tanto los valores no son, sino que valen; por lo tanto, se trata de una verdad procesal, concebida en términos normativos respecto de una consciencia más que de un conocimiento.

a) Indicio derivado de la conciencia del injusto material.

b) Indicios que acreditan la capacidad del

sujeto para comprender los alcances de la significación antijurídica formal de su acto.

b1) Los adscritos al sujeto como tal.

b2) Los relacionados con aspectos inherentes a la norma.

- – La pertenencia de la norma al derecho penal nuclear o al periférico.

- – La calidad de la norma.

b3) Los conocimientos demandados al sujeto por virtud del oficio, actividad o profesión.

b4) Los relacionados con el proceso de socialización de la norma.

- – El afianzamiento temporal de la norma.

- – El afianzamiento espacial de la norma.

b5) El comportamiento de los operadores jurídicos frente a la norma.

- – La interpretación de la norma jurídica por parte de las autoridades competentes.

- – La interpretación de la norma jurídica por parte de otros

- operadores jurídicos con competencia intelectual y autoridad profesional

- – La tolerancia, por acción u omisión, de conductas incompatibles con el mandato de determinación por parte de la autoridad competente.

c) Los actos espirituales tienen siempre su correlato fisiológico y psíquico, puesto que también extraen la energía necesaria para su actividad de “la esfera de la vida impulsiva”.

d) La acción es entendida como movimiento cíclico complejo que se “conecta

a través de las cosas del mundo exterior y la conducta se modifica a través de los resultados que avisan de vuelta”.

e) Las conductas per se fraudulentas tienen como fin en sí mismas la apariencia de su verdad, por lo tanto, del indicio del engaño se deriva el conocimiento del acto antijurídico.

Igual que sirven para la acreditación de la culpabilidad en sentido positivo, también todos los indicios anteriores sirven mutatis mutandis a la acreditación de la no culpabilidad o al menos a introducir la duda ante el dilema culpabilidad-inculpabilidad.

Se trata, en efecto, de una enunciación incompleta y perfectible a través de la cual nos podemos aproximar a la verdad judicial requerida para la acreditación de la culpabilidad, en términos de probabilidad que logre despejar cualquier duda razonable siempre abierta a mejoramiento por los aportes de la ciencia, la experiencia, el sentido común y la praxis judicial.

El tratamiento particular de cada uno de dichos indicadores recibe atención en mi escrito sobre “La prueba jurídica de la culpabilidad” y a ella me remito.

REFERENCIAS

- Alpaca Pérez Alfredo. Teoría de las normas e injusto penal, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- Bachof Otto. Jueces y Constitución, Madrid, Civitas, 1985.
- Bachof Otto. ¿Normas constitucionales e inconstitucionales?, Lima, Palestra, 2010.
- Bulla Romero Jairo Enrique. Manual de Derecho Disciplinario, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2014.
- Cappelletti Mauro. La jurisdicción constitucional: de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco. Lima, Palestra y UNAM, 2010.
- Cepeda Espinosa Manuel José. ¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente? en 30 Años del proceso constituyente y la Constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico y Juliana Oliveros Suárez [Coordinadores], Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas y Universidad del Rosario, 2022.
- Entelman Remo F. Los conceptos generales del derecho y su función clasificatoria en Estudios en honor del profesor Luis Recasens Siches Tomo II, México, UNAM, 1987, p. 239. En <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10017>, consultado octubre 26 de 2022.
- Esguerra Portocarrero Juan Carlos. La dignidad humana en la Constitución en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019, Año XXV, Magdalena Schaffler, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- Fajardo Rivera Diana. ¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos? Reflexiones sobre el activismo judicial y su impacto en el sistema constitucional colombiano” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019, Año XXV, Magdalena Schaffler, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- Gaona Cruz Manuel. Clases mecanografiadas de Teoría del Estado de la cátedra respectiva en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, año 1984.
- Gaona Cruz Manuel. Estudios Constitucionales Tomo I, Bogotá, Ministerio de Justicia – Superintendencia de Notariado y Registro, 1988.
- Gaona Cruz Manuel. Estudios Constitucionales Tomo II, Bogotá, Ministerio de Justicia – Superintendencia de Notariado y Registro, 1988.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de Derecho Penal. Revista Derecho Penal y Criminología 93, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Julio-Diciembre 2011.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Neuroderecho penal y disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Introducción al Derecho Penal Constitucional, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2018.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Fundamentos del Derecho Disciplinario Colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Derecho Disciplinario Judicial, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Dogmática Disciplinaria Judicial, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Derecho Procesal Disciplinario Judicial, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Pruebas y Policía Judicial Disciplinaria, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. La oralidad en los procesos jurisdiccionales disciplina-

rios, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Sobre los orígenes de la relación especial de sujeción y sus repercusiones actuales en La relación especial de sujeción. Estudios, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Asuntos disciplinarios. Praxis y Jurisprudencia, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2009.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Problemas centrales del derecho disciplinario, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2009.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2016.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. El Libertador Simón Bolívar: Derecho Disciplinario preventivo, comportamientos estimulantes y sanciones positivas su engranaje con la figura actual y en franca construcción del compliance público y privado en Debates Fundamentales sobre Derecho Disciplinario Tomo V, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, David Alonso Roa Salguero & John Harvey Pinzón Navarrete [Directores], Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Problemas de actualidad crítica en derecho disciplinario y defensa de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo y Gutiérrez De Piñeres Botero Carolina. Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo y Gutiérrez De Piñeres Botero Carolina. Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a

las ciencias humanizadas, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo y María Marta Gómez BARRANCO. Estudios de dogmática en el Código Penal del año 2000, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

Hernández Galindo José Gregorio. ¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente? en 30 Años del proceso constituyente y la Constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico & Juliana Oliveros Suárez [Coordinadores], Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas y Universidad del Rosario, 2022.

Hoyos Valdés Diana. Ética de la virtud: alcances y límites en discus.filos vol.8 no.11 Manizales July/Dec. 2007.

Lesch Heiko Harmut. El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional, Juan Carlos Gemignani [Trad.], Madrid, Marcial Pons, 2016.

Plazas Vega Mauricio y Plazas Molina Claudia. Las ideas políticas en la Constitución colombiana de 1991 en 30 años del proceso constituyente y la Constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico & Juliana Oliveros Suárez [Coordinadores], Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas y Universidad del Rosario, 2022.

Tafur Galvis Álvaro. El control de constitucionalidad en Colombia: de la Corte Suprema de Justicia a la Corte Constitucional. La transición en 30 Años del proceso constituyente y la Constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico & Juliana Oliveros Suárez [Coordinadores], Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas y Universidad del Rosario, 2022.

Volk Klaus. Los principios del proceso penal y la sociedad posmoderna: contradicciones y perspectivas en Constitución y sistema acusatorio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

OCTAVO ESTUDIO

La analogía como el más importante instrumento del derecho de defensa y vehículo del logro de la justicia material.

Su esencia en los principios rectores

INTRODUCCIÓN

El pensamiento analógico y el hacer analogía es asunto que ha empujado el conocimiento y la evolución del pensamiento humano⁴⁷⁷, cuya primera y significativa contribución podríamos encontrarla en la invención del concepto de alma, proveniente de la antigua Grecia⁴⁷⁸, al percatarse que antes de la muerte, la persona expira o suelta un soplo de vida, lo que dio pábulo a la palabra pneuma⁴⁷⁹, cuyo trasegar sobre los estudios del alma ajustan más de tres mil años de civilización. A partir de una analogía efectuada por el profundo, diferenciador e identificador pensamiento griego, teniendo como referencia el pneuma o soplo o la expiración -del cuerpo que exhala cuando se pierde la vida- se dedujo la existencia del alma, algo diferente a la materia, que resultaba invisible e intangible, pero que se apreciaba como aquello que animaba o permitía el movimiento de lo material.

Igual, modernamente, Leonard Suskind, físico teórico experto en agujeros negros, quien como joven se dedicaba a la fontanería, se inspiró para proponer propiedades de los agujeros negros, el fenómeno más misterioso del Universo, a partir de lo que veía en los remolinos de agua estancada en los vertederos⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que Ocupa la materia un papel fundamental en la toma de decisiones cuando nos encontramos solo con información parcial, caso en el cual “se ejercita el pensamiento por analogía y aproximación”: Mariano Sigman. El poder de las palabras. Cómo cambiar tu cerebro [y tu vida] conversando, Bogotá, Debate, 2022, pp. 70 y ss.

⁴⁷⁸ Para el efecto, por ejemplo, el magnetismo, entre la analogía del movimiento producido por el alma, para afirmar que un “imán y el ámbar” al atraer objetos tenían propiedades psíquicas que generan movimientos, puede apreciarse W. K. C. Guthrie. Historia de la filosofía griega Tomo I. Los primeros presocráticos y los pitagóricos, Alberto Medina González [Trad.], Madrid, Gredos, 1991, pp. 73 y 74.

⁴⁷⁹ Jesús Zamora Bonilla. En busca del yo. Una filosofía del cerebro en Neurociencia & Psicología, España, Bonal letra Alcompas, 2018, pp. 21 y ss.

⁴⁸⁰ Leonard Susskind. La guerra de los agujeros negros. Una controversia científica sobre las leyes últimas de la naturaleza, Javier García Sáenz [Trad.], Barcelona, Crítica, 2009.

La importancia entonces, de la analogía, es de una significación inconmensurable, de manera que los defensores públicos deben tener consciencia de lo que implica su utilización en el ejercicio defensorial. Se trata, a la vez, de tener una guía de comportamiento defensorial y crear consciencia en los defensores públicos del rendimiento positivo que conlleva la utilización de la analogía in bonam partem, bastante descuidada por los autores y la jurisprudencia, capitalizando así una herramienta poderosa en el litigio estratégico institucional, lo cual parte, por supuesto, de crear un hábito y más allá, una disciplina, que positivamente redunde sobre su aplicación en la práctica defensorial.

La dogmática se construye a partir de reglas explícitas consignadas en la ley positiva estatal; sin embargo, la lógica de la norma conlleva a que se entienda, necesariamente, que a la par existen reglas implícitas derivadas de los principios lógicos del conocimiento humano. De la analogía o procedimiento por similitud, a partir del analogante –“primer analogado”- o regla conocida que obra como “causa eficiente de lo que se diga de los demás”, se derivan aplicaciones no consagradas en dicha regla y aún no pensadas por su creador, de lo cual surgen nuevas regulaciones –“ratio análoga”- en búsqueda de la justicia⁴⁸¹, para dar sentido de plenitud y coherencia al ordenamiento jurídico, esto es, la similitud juega entre el análogo y el tópico en cuanto por virtud de ello debe tener una misma respuesta jurídica.

Se afirma que “las reglas surgen y cambian en virtud de este proceso de descubrimiento de semejanzas y diferencias”, principio subyacente en la analogía; sin embargo, también a partir de dichas premisas se construye la teoría dogmática, por lo que entre teoría del delito y analogía existe un vínculo inescindible que resulta imposible desconocer, constituyéndose la analogía en un potente motor de la evolución del derecho. Pero, además, resulta incontrovertible, “el uso de las nociones confusas debe tener un límite y este límite vendría señalado precisamente por lo razonable” en términos abstractos, pero también concretos y específicos, lo cual se traduce en la “racionalidad práctica”⁴⁸², principios básicos constitutivos de la dogmática

⁴⁸¹ José Antonio Barbón Lacambra. El fundamento análogo del derecho en Aequitas Virtual, Revista de Ciencias Jurídicas, Vol. 11, Núm. 27 [2017], Universidad del Salvador, 2017. [https://p3.usal.edu.ar > article > view](https://p3.usal.edu.ar/article/view), consultado noviembre 20 de 2022.

⁴⁸² Manuel Atienza Rodríguez. Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico, Madrid, Civitas, 1986, p. 134, 151 y 153.

penal⁴⁸³. La analogía presupone en su operatividad “semejanza o similitud” y se vincula, de manera necesaria un “procedimiento argumentativo que permite trasladar la solución prevista para un determinado caso, a otro distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico”, de manera que se concibe “la analogía como procedimiento que va de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante ... en virtud de alguna relación relevante con el primer analogado”, así “el argumento o razonamiento analógico es una inferencia, una de cuyas premisas es una proposición que expresa una analogía”⁴⁸⁴.

Premisa fundamental para el entendimiento de la analogía lo constituye la diferenciación entre enunciado jurídico y norma jurídica. En efecto, ha dicho la rectora de la jurisprudencia en Sentencia C-325 de 2021 que existe una distinción entre los enunciados legales, que responden a la letra de la ley y las normas jurídicas, pletóricas de significado, esto es, existe por tanto “una ‘distinción entre disposición o enunciados jurídicos y normas jurídicas’ (sentencias C-192 de 2017 y C-312 de 2017). En tal sentido, una disposición o enunciado jurídico corresponde al texto en que una norma es formulada. Aquellos también se encuentran en fragmentos más pequeños de un texto legal, como oraciones o palabras individuales, siempre que incidan en el sentido que se puede atribuir razonablemente a cada disposición. Por su parte, las normas no son los textos legales sino su significado. Aquel solo puede hallarse por vía interpretativa y, en consecuencia, a un solo texto legal pueden atribuírsele (potencialmente) diversos contenidos normativos”.

El primer analogado se consigna en la regla o texto jurídico; sin embargo, el segundo analogado se deduce o infiere de ella, para configurar la norma. Así, en consecuencia, de algo conocido se deriva lo desconocido o mejor, de algo regulado se deriva lo nuevo a regular vía interpretativa por parte del juez.

Hacer tal distinción facilita el desarrollo de la analogía legis, pero muy especialmente el de la analogía iuris, dando pábulo también para el entendimiento de la analogía axiológica.

Muy seguramente la analogía *legis* surge para superar la aplicación del texto expreso de la ley y sobre ello se dijo por Ulpiano que *affinitates non eas accipere*

⁴⁸³ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria. Necesidades, semejanzas y diferencias, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

⁴⁸⁴ Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el Derecho, ob.cit, pp. 28, 29, 30, 31 y 34.

debemus, quae quondam fuerunt, sed praesents (No debemos admitir las afinidades que existieron en otro tiempo, sino las presentes), lo que indica que la ley no se debe entender petrificada, sino dinámicamente comprendida a la par de las transformaciones sociales y políticas de la sociedad. Asimismo, aparece claramente insinuada la analogía cuando Decio afirmaba *argumentum de toto ad partem est in iure validum* (El argumento del todo a la parte es válido en derecho) y *argumentum a maiori ad minus valet, si utrobique sit ratio eadem* (El argumento de mayor a menor es válido, si por ambas partes hay la misma razón). Esto es, la petrificación de la ley debe superarse, ya se decía que *species expressae per modum exempli non restringunt* (El concepto expresado a manera de ejemplo no se limita al caso de este).

Ya de manera más concreta, un aforismo de autor desconocido desde antaño preceptuaba que *in casibus omissis deducenda est legis ratio a similibus* (En los casos omitidos hay que inferir la razón de la ley de los semejantes). Esto es, *ubi eadem est ratio, ibi eadem iuris dispositivo esse debet* (Donde hay igual razón debe haber el mismo precepto jurídico).

El texto parte, como tiene que ser, de lo históricamente concebido: la analogía *legis*, ya presente en los textos romanos tradicionales; sin embargo, la analogía *iuris* en materias penal y disciplinaria es un asunto más novedoso, muy seguramente ligado a los desarrollos de la dogmática como ciencia del derecho.

La analogía integrativa o por integración es un fenómeno que no difiere de los anteriores; sin embargo, aparece muy en la perspectiva legislativa colombiana, que ya tradicionalmente contemplan normas supletorias o de aplicación subsidiaria, en casos de vacíos legislativos en los respectivos estatutos normativos, muy especialmente los de carácter procesal.

Igualmente, obra de la moderna teoría de la argumentación y el constitucionalismo moderno, aparece el concepto de analogía axiológica que facilita y permite la solución de los llamados “casos difíciles” sometidos al conocimiento de los jueces.

A continuación, en el desarrollo del texto, se dará cuenta de cada una de las expresiones de la analogía desde el punto de vista del estado actual de los principios, valores y derechos constitucionales, con el fin de aplicar de manera plena y coherente el mandato del inciso 1º del artículo 4 de la Carta Política.

Capítulo 1.

La analogía, la interpretación de la ley y los principios generales del derecho

La analogía, según se plantea por los expertos en la materia, es un asunto de interpretación de la ley: dice Hassemer que la mayoría de los juristas entienden la analogía de tal manera, esto es, “toda interpretación es analogía”⁴⁸⁵, pero tampoco se discute hoy que cuando se habla de analogía se hace referencia a la utilización de la argumentación; “el problema de la analogía jurídica se halla centrado, justamente, en el ámbito de la llamada interpretación del derecho” y contextual e inherentemente vinculada con el “punto de vista racionalista” del derecho⁴⁸⁶. Argumentación y racionalidad van de la mano, la primera depende de la segunda en el discurso jurídico-

co⁴⁸⁷, más allá de la simple mención y hermenéutica normativa, por lo tanto se supera el positivismo legalista o decimonónico y en la actualidad de la interpretación constitucional, bien puede afirmarse que la actividad creadora del derecho es asunto de colaboración armónica de los poderes públicos en los términos del artículo 113 de la Carta Política, según lo ha preceptuado la Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2001.

Como forma de interpretación, la analogía se encuentra indiscutiblemente emparentada con el método de interpretación exegético-formal, lógica por excelencia; como afir-

⁴⁸⁵ Winfried Hassemer. *Crítica al derecho penal de hoy*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p.37.

⁴⁸⁶ Fausto E. Rodríguez-García. *La analogía en el Derecho en Estudios en honor del profesor Luis Recasens Siches* Tomo II, México, UNAM, 1987, pp. 617 y ss. En <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10017>, consultado octubre 26 de 2022.

⁴⁸⁷ Ya decía Juliano que *in his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris* [En aquello que está constituido contra la razón del derecho no podemos seguir la regla de derecho] y Decio que *lex recepta contra rationem iuris non trahitur in consequentiam* [La ley admitida contra la razón de derecho no puede ser traída a las consecuencias].

ma Klug “argumentos especiales de lógica jurídica” son constitutivos de un procedimiento por “analogía” como sucede con los “razonamientos a contrario *sensu*, *a fortiori* (*a maiore ad minus* y *a minore ad maius*, *ad absurdum*)”, formas de interpretación lógica que implican inferir de lo dispuesto en un texto algo que no está expresamente consagrado en el mismo, pero sí que puede ser entendido implícitamente, puesto que donde cabe lo mucho cabe lo poco y donde se prohíbe lo mínimo se prohíbe lo más. Respecto de García Maynez se tiene que estima, fundamentalmente, “tres argumentos por analogía” como resultan ser el “*a simile ad simile*”, el “*a maiori ad minus* y *a minori ad maius*”, entre los cuales no hay diferencia lógica” y resultan ser “tres subespecies del razonamiento lógico por analogía”. Por otro lado, Alchourron, señala los “*argumentos a fortiori* y *a pari*, *a maiori ad minus* y *a minus ad maius*” y, muy especialmente, aquellos según los cuales “quien tiene derecho a lo más, tiene derecho a lo menos” y “si está prohibido lo menos, está prohibido lo más”⁴⁸⁸.

Ya desde antaño, en el derecho romano, Ulpiano destacaba manifiestamente que *non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere* (Al que le es lícito lo más no debe serle ilícito lo que es menos).

También Rodríguez-García se enfoca y parte de la idea de analogía como parte nu-

clear de la argumentación, a través de los ingredientes puestos de presente con anterioridad⁴⁸⁹, esto es, refrenda el mencionado autor lo que ya aparece esbozado por los grandes juristas Klug y García Maynez en el ámbito de la lógica jurídica, punto de partida, mas no de llegada, de la interpretación analógica.

Es de aclarar que “no existe un único concepto de analogía, sino varios conceptos que tienen en común la idea de semejanza o similitud”, de todos modos, cualquiera que sea, nos “permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante”, de tal modo que, muy a pesar de la innovación, el sistema conserva su estructura y se logra la “reducción de complejidad del medio social” a través de una “relación reflexiva y simétrica”, lográndose un tratamiento igualitario para los mismos casos, que no se obtendría si se omitiera la aplicación analógica, por cuanto solo uno se encuentra regulado en la ley a través de la “creación o innovación del Derecho”⁴⁹⁰. Propicia la analogía, en los casos en que deba acudir a dicho componente jurídico, la igualdad de trato frente a la ley; no solo se expresa ante un hecho regulado por la ley y otro no abordado a pesar de sus similitudes que no justifican la desigualdad de trato, sino también que ante ello dos o más jueces pueden llegar a conclusiones diferentes en la aplicación de la norma, dándole cabida uno o negando su aplicación a otro, lo que significa, sin más

⁴⁸⁸ Cfr. Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el Derecho, ob.cit, pp. 73, 120 y 121.

⁴⁸⁹ Rodríguez-García, La analogía en Derecho, ob.cit, pp. 625 y ss.

⁴⁹⁰ Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el Derecho, ob.cit, pp. 179, 180, 181 y 183.

ni más, un desconocimiento flagrante de la igualdad de trato frente a la administración de justicia (artículo 13 de la Carta Política).

En consecuencia y aquí a la par también con las funciones dogmáticas de la teoría jurídica, “la analogía aparece como un instrumento para asegurar la igualdad dentro de un concepto de justicia formal”; tiene su basamento en el principio de igualdad⁴⁹¹.

La analogía es un método utilizado para poner solución en aquellos eventos en los cuales existan vacíos legislativos, donde se establece una “correspondencia de características debida a una semejanza funcional”, de tal manera que la completud del ordenamiento jurídico se mantenga indemne, por cuanto desde hace mucho tiempo se tiene por sentado, sin mayores discusiones, que “el Derecho positivo se completa a sí mismo en virtud de su fuerza orgánica” y como tal “para resolver las contradicciones y restablecer la unidad del derecho”. “Cuando las fuentes son insuficientes para resolver una cuestión de derecho, debemos llenar esta laguna, porque la universalidad del derecho es tan esencial como su unidad”, lagunas no solo de la ley, sino también “se llenan las lagunas en el Derecho”⁴⁹².

Paradigmático de la utilización de la analogía como metodología apta para otorgarle plenitud y coherencia al ordenamiento jurídico como un todo, sin el cual no es posible entender las partes, pero además como

en toda teoría de sistemas como ejemplo del surgimiento de elementos emergentes que muestran que el mismo no es solo una suma de sus partes, sino algo más, resulta la regulación que sobre el fenómeno se ha instaurado en el ordenamiento jurídico colombiano, dando cuenta de la analogía *legis*, pero también de la analogía *iuris*, razón por la cual desde muy temprano la Ley 153 de 1887 dispuso:

Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos sólo materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

La analogía *legis* se encuentra regulada de manera expresa en la parte del artículo que da cuenta de que “se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes”; mientras que respecto de la consagración de la analogía *iuris* se destaca el aparte que complementa, subsidiariamente a falta de lo anterior, con la aplicación de “la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”. Pareciera que la analogía *iuris* no fuere reconocida por los romanos, al menos expresamente; un aforismo de autor anónimo señalaba que *exempla docent, non iubent* (Los ejemplos adoctrinan, no preceptúan), de lo cual podríamos derivar la idea que no se podría ir más allá de la letra de la ley en cuanto a los casos o eventos tratados en su *factum*; sin embargo, parece

⁴⁹¹ Cfr. Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el derecho, ob.cit, p. 186.

⁴⁹² Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el derecho, ob.cit, pp. 24 y 25.

ser que otra opinión se deriva del otro que sentencia que *rationibus*, non *exemplis*, est *iudicandum* (Hay que juzgar por razones y no por ejemplos), lo que se aclara mejor si se lee *quod exemplis tuemur, olim erit inter exempla* (Lo que defendemos con ejemplos, en lo venidero estará entre los ejemplos).

Por supuesto, no de otra manera podría ser; la administración de justicia es una función pública que no puede dejar de operar un solo instante, tiene carácter permanente y omnipresente, debiendo prevalecer el derecho sustancial, con funcionarios independientes, desconcentrados y autónomos, cuyas características deben tener igualmente sus decisiones, resultándoles un imposible no pronunciarse sobre las demandas de los clientes de la justicia; también constitucionalmente se encuentra garantizado el efectivo acceso a la misma, tal como paladinamente se desprende de los artículos 228 y 229 de la Carta Política y 2, 5 y 7 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Pensar lo contrario, esto es, que un juez se abstraiga de pronunciarse sobre los reclamos de los ciudadanos es abandonar la clave fundamental de la constitución del Estado de Derecho, sería tanto como que, fuera admisible la claudicación del Estado juez, aquel Estado donde el juez no asume el pa-

pel de boca de la ley, sino de cocreador del derecho a impulso del constituyente, según se establece en la Sentencia C-836 de 2002 de la Corte Constitucional; lo cual no solo afrontaría la prevalencia del derecho sustancial y la garantía de acceso a la justicia, sino que incumpliría el monopolio de hacer justicia que refrendan los artículos 1⁴⁹³ y 9⁴⁹⁴ de la Ley 270 de 1996.

Ahora, en el ámbito de la interpretación de la ley y la configuración del derecho, es verdad inconcusa que “en el Derecho sea inevitable argumentar por analogía”, podría muy bien decirse que “es el más característico de los argumentos jurídicos”, de manera que “las teorías del derecho formadas por abstracción” se expresan por virtud de la “unidad orgánica del Derecho”. Así “la analogía da continuidad y coherencia a la producción normativa” y, en consecuencia, “el legislador debe adecuarse en su actividad a los principios generales del ordenamiento, lo que solo puede hacerse analógicamente”, con o que “en el Derecho la analogía permite introducir cambios en el sistema jurídico, pero cambios limitados, dirigidos a preservar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico”⁴⁹⁵. Organicidad y sistematicidad dan cuenta de la analogía como argumentación, muy especialmente en el ámbito de la analogía *iuris*⁴⁹⁶.

⁴⁹³ “Administración de justicia. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”.

⁴⁹⁴ “Respeto de los derechos. Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso”.

⁴⁹⁵ Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el Derecho, ob.cit, pp. 25, 35 y 36.

⁴⁹⁶ Rodríguez-García, La analogía en el Derecho, ob.cit, p. 619.

Por ello, si es una obligación o deber constitucional ineludible, el ordenamiento jurídico tiene que entregarle al juez las herramientas para ello; no se exime el juez de su omisión o denegación de justicia alegando oscuridad (contradicción), insuficiencia (incompletud relativa), silencio (incompletud absoluta) surge como obviamente necesario e imprescindible en la Ley 153 de 1887:

Artículo 48. Los jueces o magistrados que rebusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.

Precisamente, la fuente material del artículo 48 tiene anclaje en la Teoría general del derecho; en tal ámbito se tiene dicho con propiedad que “los Derechos modernos establecen que el juez tiene la obligación de fallar todos los casos (jurídicos) que se le presenten”, de allí que la “analogía” muestra muy claramente “un desenvolvimiento del Derecho en la dirección emprendida por la ley... el in-

térprete debe entender que el legislador, que ha legislado expresamente un determinado caso concreto, ha legislado tácitamente, en realidad, todos los demás casos de la misma especie... se debe considerar que los hechos que tienen el mismo valor jurídico implican las mismas consecuencias jurídicas... el nervio del argumento por analogía está en el juicio de valor que, al comparar dos hechos, permite igualarlos y formular la premisa menor”, esto es, “la base de toda analogía es la consecuencia interior del derecho, que no es solamente un encadenamiento de deducciones puramente lógicas, sino también de una armonía orgánica, de la cual tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de las relaciones de derecho y de las instituciones que las dominan”, por lo que la analogía se constituye en una “exigencia de carácter racional del Derecho” como expresión del “ordenamiento como sistema racional”, otorgándole así “una indefinida posibilidad de desarrollo analítico” del “ordenamiento como organismo” y su “indefinida posibilidad de crecimiento interno”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el Derecho, ob.cit, pp. 25, 59, 77, 114, 115, 116, 151 y 180.

Capítulo 2.

La analogía: contenidos y sus diferentes manifestaciones

La analogía surge para “tratar de eliminar las aparentes contradicciones de un cuerpo de leyes confrontando, es decir, comparando”, habida cuenta que “todas las leyes están unidas en un sistema lógico” y por su virtud la “analogía iuris” engarza con su “unidad y racionalidad”, por lo que en sus fundamentos “encuentran su origen y justificación los principios generales del Derecho” en tanto también refulgen, como se vio, en instrumentos o “procedimiento general para llenar lagunas”, no exactamente ni necesariamente “a partir de una ley, sino de los principios generales del Derecho” y entre el recurso a la analogía y tales principios, no existe una “diferenciación neta” en cuanto ambos reclaman y necesitan una “generalización”. De todos modos, debe advertirse sí, los principios no solo se utilizan para “integrar lagunas” normativas, sino también para “interpretar el Derecho”⁴⁹⁸.

Por otro lado, en cuanto a la “analogía legis” se tiene que en la “solución prevista por la ley... se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra una reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista por el legislador para un caso o para una materia semejante... premisa es una sola norma, una sola proposición jurídica... analogía iuris se parte de muchas disposiciones jurídicas y, mediante inducción, se crea un principio general”⁴⁹⁹. En la analogía iuris imperan los criterios orgánicos y sistemáticos, esto es, aquellos pergeñados por la dogmática en la teoría jurídica del delito y de la falta disciplinaria, para lo cual se deben utilizar primordialmente los artículos 6 inciso final de la Ley 599 de 2000 y 8, segunda parte “doctrina constitucional y las reglas generales de derecho” – de la Ley 153 de 1887, para cumplir debidamente con lo dispuesto en su artículo 48; en la analogía legis se mira la norma aplicable en concreto, la particular “reguladora de una situación afín o similar a la hipótesis del

⁴⁹⁸ Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el Derecho, ob.cit, pp. 40 y 41, 62, 91, 184 y 185.

⁴⁹⁹ Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el Derecho, ob.cit, pp. 46 y 181.

caso no resuelto expresamente por la ley”⁵⁰⁰; igualmente, debe aclararse, contrario a su otra versión, en la analogía iuris, lo “que interesa no es tanto el aspecto cuantitativo como el cualitativo de la comparación”⁵⁰¹.

Se trata así de solventar y solucionar los problemas que suscitan las “lagunas subjetivas”, que “surgen porque el legislador, por simple negligencia, por olvido o conscientemente (ante la imposibilidad de regularlo todo), se ha limitado a regular los casos que considera más frecuente”; pero también, “lagunas objetivas” donde “por la evolución social o técnica se le presentan al juez casos que el legislador no había podido prever”⁵⁰².

Desde otra arista, se tiene que no es del todo claro si en la analogía se utiliza un método deductivo o inductivo, lo único que parece ser cierto es que “una norma general bajo la cual se subsume un nuevo caso” tiende a referir a lo “deductivo” o bien interpretativo”, pero igualmente, ante el “inductivo” se supone que la norma general no existía previamente, sino que ha sido creada por el intérprete”⁵⁰³. La doctrina no se pierde en discusiones estériles, termina señalando que ante la dicotomía que plantea la pregunta, todo indica que en la práctica “la argumentación analógica, en particular la jurídica, no constituye un tipo de inferencia que pueda claramente distinguirse, con

autonomía, frente a la inducción y la deducción”⁵⁰⁴, lo que plantearía, entonces un giro flexible hacia la abducción en tanto y cuanto así lo impone “la naturaleza discursiva del conocimiento jurídico”.

La doctrina más calificada, especialmente desde el ámbito constitucional, señalaba respecto del artículo 8 de la Ley 153 de 1887 que allí, cuando se hace referencia a “se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”, se consagró en la primera parte la llamada analogía legis y en la segunda, cuando se menciona a la doctrina constitucional y a las reglas generales del derecho, se hizo referencia a la analogía iuris; sin embargo, necesaria e indefectiblemente debe entenderse, que solo en su modalidad in bonam partem (en favor del procesado), excluyéndose la in malam partem (en contra del procesado), que lo emanaba de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional del 1886, al establecer el principio de favorabilidad ⁵⁰⁵, según Manuel Gaona Cruz; incluso, se dice que la aparente discrepancia entre la ley que es la llamada en primer lugar a regir el defecto normativo o vacío legislativo detectado, no podía imponerse frente a lo establecido por la doctrina constitucional; en tal parte la norma fue modificada por el posterior contenido del artículo 215 en la versión de

⁵⁰⁰ Rodríguez-García, *La analogía en el derecho*, ob.cit, p. 619.

⁵⁰¹ Rodríguez-García, *La analogía en derecho*, ob.cit, p. 638.

⁵⁰² Atienza Rodríguez, *Sobre la analogía en el derecho*, ob.cit, p. 62.

⁵⁰³ Atienza Rodríguez, *Sobre la analogía en el derecho*, ob.cit, p. 62.

⁵⁰⁴ Rodríguez-García, *La analogía en derecho*, ob.cit, pp. 626 y ss.

la reforma constitucional de 1910, que dispuso que cuando existiere una contradicción entre la Constitución y la ley, preferirá en su aplicación aquella, solucionándose el problema original surgido con la Ley 153 de 1887, que daba a entender la prevalencia de la ley sobre la Constitución Nacional, esto es, una redacción producto de la ideología propia del positivismo legalista del siglo XIX o decimonónico, originaba la tesis sostenida por sus áulicos, según la cual la *analogía legis* tenía prevalencia sobre la *analogía iuris*⁵⁰⁶. Tal forma de pensar, propia del positivismo legalista o decimonónico, desvalorizaba la estima constitucional, así esta fuera muy poca para la época, lo cual revaloriza el actual constitucionalismo moderno con lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Política.

La jurisprudencia constitucional aclaró puntualmente el tema de manera definitiva en doctrina que aún hoy impera, afirmando

que de acuerdo con una interpretación conforme con las normas constitucionales, especialmente la referida a los artículos 26 y 215 de la Constitución Nacional, solo resulta admisible aquella de estirpe in bonam partem y se rechaza de plano la in *malam partem*⁵⁰⁷. La interpretación extensiva está prohibida en materia de tipicidad disciplinaria en tanto que veto absoluto a la analogía iuris y legis in *malam partem*⁵⁰⁸. Esta última decisión del Consejo de Estado se fundamenta en la ya sempiterna jurisprudencia constitucional, expresamente citada, según la cual también para el derecho disciplinario rigen las garantías penales, entre las cuales se encuentra “la cláusula general de permisibilidad y el principio de mayor favorabilidad y por lo tanto la prohibición de aplicar la analogía juris, la analogía legis o la interpretación extensiva, ‘in malam partem’ o para desfavorecer y en cambio la permisión para hacerlo ‘in bonam partem’ o para favorecer”⁵⁰⁹, lo que se ratifica

⁵⁰⁵ Artículo 215. “... en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

⁵⁰⁶ Manuel Gaona Cruz, clases mecanografiadas de Teoría del Estado de la cátedra respectiva en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 185 y ss, 194 y ss.

⁵⁰⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena, sentencias de junio 2 de 1981; de 21 de abril de 1982; No 84 de 1983 [Proceso No 1078]; No 5 de febrero 10 de 1983; No 51 de abril 14 de 1983 [Proceso 1062 -152 E-]; de 31 de mayo de 1984; No 129 de noviembre 15 de 1984 [Proceso 1229]; No 17 de marzo 7 de 1985 [Proceso 1259], N.o 67 de julio 2 de 1987 [Proceso N.o 1585] y de marzo 10 de 1988.

⁵⁰⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia del 19 de febrero de 2019, C. P. María Adriana Marín, radicación N.º 11001-03-15-000-2018-02417-00[PI] [11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00] [acumulados].

⁵⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia de constitucionalidad del 7 de marzo de 1985, exp. 1259, M. P. Manuel Gaona Cruz. Extracto tomado de Jurisprudencia y doctrina, Edit. Legis, S. A., tomo XIV, n.º 161, mayo de 1985, pp. 428 y 429. Mediante esta sentencia se juzgó la constitucionalidad de algunas de las normas del Decreto-Ley 1835 de 1979, contentivo del régimen disciplinario para la Policía Nacional.

además por la Sentencia SU-1159 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sin duda existe una tensión entre aquellas consideraciones de la analogía como método de interpretación u otras que le dan el carácter de argumentación. En uno u otro, puede decirse que tienen una vida jurídica simbiótica, se retroalimentan recíprocamente, lo cual es obvio y común y corriente incluso en las opiniones más simples y sencillas:

*En la interpretación jurídica entra mucho la analogía, tanto el argumento por analogía como la interpretación analógica, que son distintos, pero complementarios. En general, la analogía, que es semejanza, nos puede resolver casos desconocidos a partir de los ya conocidos. Por eso nos ayuda a resolver casos imprevistos, que son lagunas en la ley*⁵¹⁰.

Cualquiera que sea el origen o la fuente que se consulte sobre la voz analogía en derecho, nos vamos a encontrar con lugares comunes, entendiendo como tal un método de interpretación o, mucho más rico el concepto, un método de argumentación. En fin, con una aspiración de mayor espectro, se refieren algunos a un método de integración de conceptos:

*La analogía es un proceso de integración del derecho en virtud del cual el mandato de una norma se aplica a un supuesto no expresamente previsto en ella ni regulado en el ordenamiento jurídico, proceso que se lleva a cabo porque existe una identidad de razón entre ambos supuestos —el que se halla expresamente previsto en la norma jurídica y el que no está previsto en el ordenamiento—*⁵¹¹.

La analogía como interpretación, pero también con claros visos de la analogía como argumentación, aparece consignada en el artículo 30, parte segunda, del Código Civil, según el cual:

... Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Pero lo más relevante es que, con dicha norma, se abre un criterio de analogía como analogía integrativa o por integración; va más allá de lo que respecta a la interpretación sistemática o contextual de las normas de un mismo cuerpo normativo de que da cuenta la parte primera del mismo artículo⁵¹², para involucrarse y adentrarse

⁵¹⁰ Mauricio Beuchot. Manual De Filosofía, pp. 119 a 124, <https://library.co/article/la-analogia-en-el-derecho-interpretación-y-argumentación.lq52nk7q>, consultado octubre 18 de 2022. <https://prezi.com/p/tlp8j6vmizjt/importancia-de-la-analogia-en-el-derecho/> y <https://concepto.de/analogia/>, consultados octubre 18 de 2022.

⁵¹⁰ Analogía - Diccionario Jurídico [diccionariojuridico.mx]

⁵¹² “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía...”.

en el conjunto del ordenamiento jurídico, al disponer el examen conjunto de varias leyes “particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

Tal es la esencia y dinámica de apreciar el ordenamiento jurídico y sobre todo cuando se trata de aplicar los códigos de la República; estos no se componen de textos sueltos, aislados, inconexos e incoherentes, sino todo lo contrario, buscan otorgarle al ordenamiento su capacidad anhelada de plenitud y coherencia, de tal manera que solo pueden ser apreciados cada “código en su conjunto y en cada uno de los títulos, capítulos y artículos de que se compone, forma la regla establecida por el legislador colombiano”, reza el artículo 3 del Código Civil.

La regla es, por supuesto, algo más rico que el enunciado jurídico. Es la norma jurídica que gobierna los asuntos, situaciones y circunstancias modales, temporales y espaciales sometidas al conocimiento del juez cuando debe solucionar un conflicto jurídico, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional.

La analogía vía diferentes legislaciones, al menos en materia procesal, resulta claro a partir de la segunda parte del artículo 12 del Código General del Proceso, cuando señala que “a falta de estas -normas análogas-, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial”.

Por otro lado, la analogía iuris, vía principios generales y equidad, la encontramos en los

artículos 230 de la Carta Política y 11 del Código General del Proceso:

Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.

En la legislación colombiana la analogía por integración las encontramos consagrada en diferentes estatutos penales y disciplinarios, sustanciales y procesales, así:

El artículo 1 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, contempla la vía general para solucionar los problemas procesales de toda la legislación colombiana, al disponer que “regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”.

Lo complementa su artículo 12, al precisar que:

Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos.

En materia procesal penal, la Ley 600 de 2000 efectuó dos previsiones, relacionadas con la integración vía Orden Público Internacional de Derechos Humanos:

Artículo 2°. Integración. En los procesos penales se aplicarán las normas que en materia de garantías se hallan consignadas en la Constitución Política y en los Tratados y Convenios internacionales ratificados por el Estado Colombiano.

Y vía integración con otras normas nacionales:

Artículo 23. Remisión. En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de otros ordenamientos procesales, siempre que no se opongan a la naturaleza del proceso penal.

Igual ocurrencia encontramos en la Ley 906 de 2004:

Artículo 3. Prelación de los tratados internacionales. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por

formar bloque de constitucionalidad.

Artículo 25. Integración. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

En materia disciplinaria también se produce una regulación semejante:

En la Ley 734 de 2002:

Artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

Ley 1123 de 2007:

Artículo 16. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley. En lo no previsto en este código se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y deontología de los

abogados, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Único, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario.

Artículo 48. Principios constitucionales que orientan la función disciplinaria. Los principios constitucionales que inciden especialmente en el ámbito disciplinario deberán orientar el ejercicio de la función disciplinaria.

Ley 1952 de 2019:

Artículo 22. Prevalencia de los principios rectores e integración normativa. En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta Ley además de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, General del Proceso Penal y de Procedimiento Penal en lo que no contravengan a la naturaleza del derecho disciplinario.

Por supuesto, el valor sistemático e integral de tales fórmulas viene impuesto por el valor de las normas o principios rectores, según las cuales:

Inicialmente, por ejemplo, en el Código Penal de 1980 -artículos 1 a 12- no se reguló lo atinente al valor normativo de los principios o normas rectoras, solo en el Título Preliminar como *nomen iuris* se seña-

labo su carácter y prácticamente la judicatura desconocía su prevalencia normativa; se estimaba que sí existía contradicción de estos con otras normas, se aplicaban las reglas según las cuales la norma especial prima sobre la general, por supuesto los principios rectores tenían tal carácter y, si tenía la misma generalidad o la misma especialidad, primaba la norma posterior sobre la norma anterior, caso en el cual también los principios rectores quedaban anulados en cuanto estos siempre se consagran en los primeros artículos de los códigos (artículo 5 de la Ley 153 de 1887). Excepcionalmente, se sostenía el valor prevalente de los principios rectores; si eran rectores era porque ejercían y debían ejercer rectoría o mando sobre las demás normas.

El Decreto-Ley 2700 de 1992, ya en vigencia de la Carta Política de 1991, dio un vuelco definitivo y precisó que, “Prevalencia de las normas rectoras. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

Así entonces, fue el mismo legislador quien tomó la decisión de asignar un valor normativo a los principios o normas rectoras ante el desánimo y porque no mejor omisión de atenderlas por parte de los jueces.

La Ley 599 de 2000 produjo otro giro significativo, puesto que conformó la regla normativa relacionada con el valor de los principios o normas rectoras; sin embargo, de manera cualitativa mejoró de manera significativa la fórmula, al disponer:

Artículo 13. Normas rectoras y fuerza normativa. Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.

Por supuesto, con el advenimiento de la Carta Política de 1991, ya la juridicidad tomó consciencia que existen “normas principios” y “normas reglas”, últimas estas que responden a las técnicas jurídicas decimonónicas, según las cuales la materia jurídica se conforma a partir de supuesto de hecho y supuesto de derecho, este con una parte preceptiva en la cual se ensambla el fenómeno fáctico, de tal manera que ello activa su parte sancionatoria asignándole la respectiva respuesta o reacción estatal frente a dicha comprobación.

Ahora, es claro que las “normas principios” no tienen esa tesitura; solo se establece un concepto valorativo-filosófico, sin asignación de sanción jurídica en términos positivos o negativos de conformidad con la fórmula del artículo 6 del Código Civil, abandonando el entendimiento de que el “juez es boca de la ley”, reclamando su función un mayor protagonismo; la ley es un insumo y el Derecho es el producto de poner en práctica dos funciones constitucionales de conformidad con el mandato del artículo 113 constitucional: la función legislativa y la función judicial.

Son las normas o principios rectores, como se puede apreciar, la esencia y orientación del sistema.

Sobre los “principios o normas rectoras” la Sentencia C-774 de 2001, con ponencia del magistrado Escobar Gil, de manera preclara señaló respecto a su valor y el modo de actualizarlos en un caso concreto de suma importancia, que sirve de modelo para su aplicación en cualquier otro evento:

La presente limitación en la procedencia de la detención preventiva, de acuerdo con los mandatos constitucionales, ha sido reconocida como norma rectora en el nuevo Código de Procedimiento Penal, cuando en su artículo 3º inciso 2º, sostiene: “... La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad...”, mandato constitutivo del ordenamiento procesal penal, de acuerdo con el artículo 24 del nuevo Código de Procedimiento Penal, quien otorga prevalencia a las normas rectoras sobre las demás disposiciones del código, al señalar que: “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

Por lo cual, se puede concluir que la procedencia constitucional de la detención preventiva se encuentra reglada en Carta Fundamental y reconocida por las normas rectoras del nuevo Código de Procedimiento Penal, según las cuales, los criterios legales de procedencia de la detención preventiva deben concurrir con los mandatos constitu-

cionales, de tal manera que si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, tal como se ha dejado sentado en esta providencia, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte.

Ahora, respecto de la Sentencia C-775 de 2003 y referida al artículo 13 del Código Penal, con ponencia de Araujo Rentería, precisó en concreto sobre el valor normativo de las normas rectoras:

En consecuencia, la objeción de inconstitucionalidad que formula el actor parte de una interpretación errada de la norma acusada, porque como lo indica el Procurador General de la Nación – “una norma rectora, entendida esta como aquella que inspira y sirve de fundamento para una adecuada interpretación y cabal desarrollo de las demás disposiciones jurídicas que integran el compendio procedimental”, el cargo se fundamenta en la interpretación aislada de la disposición acusada y sin consideración a su carác-

ter de norma rectora, cuya aplicación se materializa a través de diversos mecanismos que el legislador ha previsto en las normas posteriores del ordenamiento procesal penal –sin perjuicio de la aplicación de otros ordenamientos que sean pertinentes –, no pudiendo por ello afirmarse, como lo hace el actor, que en virtud de la disposición impugnada los funcionarios judiciales puedan tomar cualquier clase de medida, dado que una interpretación sistemática de la norma acusada conduce a la inequívoca conclusión de que el funcionario debe adoptar las medidas que estime necesarias dentro de las opciones que el mismo Legislador ha definido en el ámbito de las normas penales, y llegado el caso, dentro del ordenamiento jurídico vigente, que de manera general comprende conjuntos normativos de diversas especialidades.

Los principios rectores se encuentran explícita o implícitamente consagrados en la Carta Política o en el bloque de constitucionalidad, de manera que, de conformidad con los artículos 4 y 93 de la Carta Política, en armonía con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos no solo conllevan a la constitucionalización del derecho penal, sino también a su convencionalización.

La Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, en sus artículos 24 y 26, respectivamente consagran la regla de la prevalencia de los principios o normas rectoras; sin embargo, debe afirmarse sin hesitación alguna que la consideración acerca de que son la esencia y

orientación del sistema, los penetra y les da sentido; el artículo 13 del Código Penal se refiere al sistema penal, y el sistema penas está configurado complejamente por el sistema procesal y el sistema penitenciario-carcelario

Tales consideraciones también deben hacerse respecto del derecho disciplinario; todos los artículos referidos a la integración normativa, a la vez, se refieren al valor normativo de los principios y normas rectoras.

Ahora, como se puede ver, los principios no tienen un valor marginal, secundario y subsidiario solo invocables ante los vacíos normativos, sino que abren las puertas para la consideración de un ordenamiento jurídico y Administración de Justicia “principalista”, lo que se extiende al derecho disciplinario en cuanto la Corte Constitucional ha dicho que se trata de administración de justicia en sentido material, según sentencias C-014 de 2004, SU-901 de 2005 y T-350 de 2011, hasta el punto que esta última precisó que en su seno se aplica la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Particularmente, la Sentencia C-107 de 2004 se ocupó del tema de la analogía por integración ante los vacíos de la Ley 734 de 2002, dándole prevalencia a la aplicación preferente de la materia penal cuando el vacío se presenta en derecho disciplinario. Por ello, además, si la oscuridad de la ley como género hace referencia a la contradicción como especie, también aquí para asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico

se requiere poner en práctica la analogía, según lo ha establecido el orden legal en varias disposiciones claramente dirigidas a ello, como lo tiene establecido la Ley 153 de 1887:

Artículo 4. Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.

Artículo 5. Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar ó armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.

Allí, en sendos artículos, se apunta a la solución de la problemática de la coherencia del ordenamiento jurídico, para los cual se echa mano de los principios y doctrina constitucional, incluso de la equidad⁵¹³ natural, concepto que trata de la justicia para el caso concreto –obviamente no estipulada en enunciados jurídicos– como lo postuló Aristóteles, lo cual se logra sin duda vía analogía, a partir de las inferencias que permiten construir los principios generales de derecho. Tal norma requiere un entendimiento acorde con la regla sobre criterios subsidiarios de interpretación, cada vez en vía de reivindicarse y revalorizarse más, para solucionar las deficiencias por oscuridad o contradicciones normativas; instrumentos aptos, idóneos, eficaces y eficientes son “el espíritu general de la legislación”, que no dudo

⁵¹³ “Tenemos ahora que decir algo acerca de la equidad y lo equitativo: acerca de cómo se relaciona la equidad con la justicia, lo equitativo con lo justo. En principio, parece que ni ambas cosas son absolutamente lo mismo ni tampoco pertenecen a géneros enteramen-

en asimilar o identificar con los principios generales del derecho y la equidad natural (artículo 32 de la Ley 57 de 1887).

Para Bobbio: “aquel tipo de razonamiento en que puestos dos términos en relación de semejanza entre sí, se extiende a uno el predicado del otro”, dando origen a la analogía iuris, estrechamente relacionada con los “principios generales del Derecho”, se detecta que

“existe una relación de semejanza entre caso y caso, entre materia y materia”, por lo que no existe duda que la “analogía especie de género principios generales del Derecho”⁵¹⁴, tema normativamente abordado por la legislación colombiana a partir de 1887 según se ha visto.

Ciertamente que la Carta Política no consagra de manera expresa y explícita la analogía; no obstante, podemos estimar que sí lo hace

te distintos. A veces, en efecto, alabamos lo equitativo y al hombre equitativo [hasta el punto de que cuando apreciamos a alguien por otras virtudes usamos ese término, considerándolo equivalente a ‘bueno’, así como ‘más equitativo’ equivalente a ‘mejor’]; mientras que otras veces, al pensar más sobre ello, nos parece extraño que lo equitativo, si es algo distinto de lo justo, deba ser digno de alabanza: si son diferentes, uno de los dos no será bueno y si los dos son buenos serán lo mismo. Estas son las consideraciones fundamentales que suscita el problema de lo equitativo. En cierto sentido todas ellas son correctas y no entran en contradicción. Pues lo equitativo, si bien es mejor que un cierto género de lo justo sigue siendo sin embargo justo y no lo es perteneciendo a un género diferente que sea mejor que lo justo. Lo justo y lo equitativo, entonces, son la misma cosa, y, sin embargo, pese a que ambos son buenos, lo equitativo es mejor. El problema, en definitiva, se origina por lo siguiente: lo equitativo es justo, pero no justo según la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La razón de ello estriba en que toda ley es universal y sin embargo hay algunas cosas respecto de las cuales no se puede formular un juicio universal que sea resulte correcto. De manera que en aquellos ámbitos en los cuales no es posible alcanzar definiciones precisas, pero es necesario razonar en términos universales, la ley tiene que remitirse a lo que se da con más frecuencia, aun a sabiendas de que puede incurrir en error. Y no por ello es menos correcta; el error no es imputable a la ley ni al legislador, sino a la naturaleza de las cosas prácticas; la materia práctica está intrínsecamente conformada de esa manera. Así pues, cuando la ley se pronuncia en términos universales y surge un caso particular que no queda cubierto por la regla universal, debe corregirse la insuficiencia en que ha incurrido el legislador, es decir, el error que resulta del carácter absoluto de la ley. Esta corrección tiene lugar recurriendo a lo que el legislador mismo hubiera establecido en la ley si estuviera presente y hubiera conocido el caso. Por eso lo equitativo es justo y, al mismo tiempo, mejor que un cierto género de justicia [a saber, la justicia legal]. Pero no mejor que la justicia en sentido absoluto sino mejor que el error que resulta del carácter absoluto de la formulación de la ley. Y esta es la naturaleza de la equidad: una corrección de la ley cuando esta es deficiente debido a su universalidad. Esta es también la razón de que no todas las materias se regulen por medio de una ley: sobre algunas cosas es imposible legislar y por eso es necesario establecer un decreto particular. Si el objeto es indeterminado también la regla es indeterminada, como sucede con la regla de plomo de los constructores lesbios: esta no es rígida, sino que se adapta a la forma de la piedra, y así también los decretos particulares se adaptan a las circunstancias. Con esto queda aclarada, pues, la naturaleza de la equidad y también por qué es al mismo tiempo justa y superior a una cierta clase de justicia”: Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. <https://blogs.ua.es/ecuadordoxa/files/2013/04/Textos-de-Aristoteles.pdf>

⁵¹⁴ Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el derecho, ob.cit, pp. 47, 48, 64, 65 y 184.

implícitamente; al consagrar los “principios generales del derecho” como fuente auxiliar formal y material del Derecho (artículo 230 de la Carta Política)⁵¹⁵, especialmente cuando el mismo artículo que así lo dispone ha sido entendido por la Corte Constitucional en sus sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011 como un concepto superior de ordenamiento jurídico o derecho al interpretar el sentido de la expresión “los jueces, en sus providencias, solo está sometidos, al imperio de la ley”, al tener cabida los conceptos analógicos en los principios generales del derecho, vía indirecta así lo dispone también el orden jurídico constitucional.

Sin embargo, ante la constatación de los veloces cambios que se producen en la sociedad moderna, que requieren respuestas flexibles incompatibles con la rigidez de la ley y en no pocas veces petrificación de la misma, se ha planteado por autores tan connotados y autorizados como Winfried Hassemer, que vienen siendo asumidas por los jueces y no por los legisladores; en tal tarea su función deviene en cierta forma anacrónica, apareciendo como más aprovechable y movable los desarrollos de la jurisprudencia, “el legislador se abandona cada vez más a la complemen-

tación de su tarea por parte de quien aplica la ley”. Ello, sin duda alguna, tiene que ver con su tarea previa de “interpretación” como función esencial del juez moderno, pero más allá de dicho concepto se impulsa y constata en la “argumentación”, pasando del “arte de la interpretación” al “arte de la argumentación”; “el objeto de los esfuerzos jurídicos de comprensión no es tanto la aplicación de la ley, sino la indicación del derecho judicial, de la jurisprudencia de los tribunales superiores; en cualquier caso, de lo que se trata es de lenguaje”, habida cuenta de que se observa “la tendencia del legislador moderno a expresarse más bien en forma poco clara, y a cargar el peso de la decisión cada vez más en hombros ajenos”, por lo que surge un renacer de la analogía como instrumento al servicio de tal tarea judicial, aunque limitada o reducida a la analogía *in bonam partem*, para lo cual entiende la tarea de la dogmática como de singular importancia en el desarrollo del derecho, puesto que se encuentra “especialmente vinculada al lenguaje y a la comprensión del lenguaje”⁵¹⁶, aspecto que relieves autores como Rodríguez-García⁵¹⁷.

Por ello, con meridiana claridad, el inciso final del artículo 6 del Código Penal, apli-

⁵¹⁵ No en vano, pues, se afirma que “la argumentación analógica constituye, a su vez, un procedimiento lógico previo respecto del recurso a los principios generales del derecho y a la equidad”, para la formulación de la norma rectora que debe regir el evento no regulado legalmente: Rodríguez-García, *La analogía en derecho*, ob.cit, pp. 634 y 623.

⁵¹⁶ Cfr. Hassemer, *Crítica al derecho penal de hoy*, ob.cit, pp.17 y ss.

⁵¹⁷ La inferencia analógica “encuentra su equivalente, tratándose de la ciencia jurídica dogmática, en el principio o máxima *ubi cadem ratio ibi eadem iuris dispositivo* ... para la ciencia jurídica interpretar equivale a conocer ... [por lo que el juez] incide el momento culminante del conocimiento jurídico; al razonar analógicamente, este completa el ciclo del proceso cognoscitivo de la ciencia jurídica, volviendo a tomar contacto con la misma realidad social de la que analíticamente partió el legislador”, desde la perspectiva de una verdad estimativa: RODRÍGUEZ-GARCÍA, *La analogía en derecho*, ob.cit, pp. 630 y ss.

cable vía analogía integrativa al derecho disciplinario como se ha visto por las normas antes citadas, afirma:

La analogía solo se aplicará en materias permisivas.

Ya de antaño, desde 1887, se afirmaba que lo odioso de una disposición no se tomara en cuenta para ampliar su sentido (artículo 31 de la Ley 57 de 1887), lo que interpretado a contrario sensu permite la interpretación favorable de la ley.

Igual expresión refería respecto de lo favorable, en el sentido de que ni ampliaría ni restringiría su interpretación; sin embargo, el principio de favorabilidad de rango constitucional consignado en los artículos 26 de la Constitución Nacional de 1886 y 29 de la Carta Política de 1991 conduce a la favorabilidad en la interpretación de leyes coexistentes o de posibilidades de interpretación sobre una misma disposición o enunciado legal con varios significantes; se requiere resignificar la expresión “aun cuando sea posterior” como aspecto modal y temporal de la favorabilidad, puesto que la inclusión de la misma presupone que está hablando de la favorabilidad respecto de normas coexistentes o interpretación diferencial de una misma norma, para incluir un tercer caso como es el del tránsito de legislación, pero jamás para restringir

solo a este caso la aplicación del principio de favorabilidad⁵¹⁸.

Está visto que existen lagunas en la ley, pero también en el derecho, como se ha expuesto con anterioridad. Súmase a lo anterior, más recientemente, el que “debe reconocerse que existen lagunas axiológicas”⁵¹⁹.

Particularmente, creemos que las lagunas axiológicas son posibles ante constituciones o legislaciones penales altamente valorativas, presididas por principios, valores y derechos constitucionales fundamentales, formas posibles con un alto grado de sustancialidad permitidas por el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 29, 85, 86 y 93 de la Carta Política, dentro de un marco filosófico-jurídico del llamado positivismo valorativo o ius naturalismo crítico del moderno derecho constitucional, que complementan los fundamentos del positivismo legalista o decimonónico en el cual se funda la analogía legis y en cierta forma permite el nacimiento de la analogía iuris a partir de la distinción efectiva que se realiza entre ley y el derecho, por virtud de normas como el numeral 3º del artículo 20 de la Carta Política alemana⁵²⁰ o de lo dispuesto en los artículos 4 y 230 de la colombiana, respecto de la diferencia entre ley y ordenamiento jurídico o derecho.

La analogía es un instrumento o mecanis-

⁵¹⁸ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Hacia una reinterpretación del principio de favorabilidad. De la favorabilidad como tránsito legislativo a la favorabilidad como contemporaneidad de normas y de interpretaciones de una norma en *Crítica Disciplinaria* Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

⁵¹⁹ Cfr. Atienza Rodríguez, Sobre la analogía en el derecho, ob.cit, p. 183.

mo que permite al juez de la mejor manera, hacer justicia material, de una forma ilustrada en cierta manera en la formalidad flexible de la ley. Igualmente, respecto del derecho y, finalmente, con relación a la axiología⁵²¹.

Esta visión de la analogía resulta muy prometedora; se suman a los aspectos de índole metodológico que campean en la analogía, otros “elementos axiológicos o estimativos” para el logro del mejor y correcto razonamiento analógico, potenciando la analogía legis y la analogía iuris⁵²², pero abriendo también un campo a la analogía axiológica.

La jurisprudencia constitucional reconoce un nuevo papel del juez, el órgano del Estado mejor adaptado para ajustarse a la “realidad viviente de los litigios”, el mejor capacitado para “lograr una adaptación del derecho a la realidad social” y por tanto concluye contundentemente:

a) La Carta Política de 1991 ha adoptado una nueva estrategia para asegurar la eficacia de los derechos fundamentales, consistente en “otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al

legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales”.

b) Para ello entiende que “el juez, en el Estado Social de Derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido, la legislación y la decisión son procesos de creación de derecho”, lo cual se logra con la utilización de una “lógica de lo razonable”.

El Código Penal es una muestra irrefutable de tal forma de pensar; por la vía de los principios y valores constitucionales de justicia material, igualdad material y autorización para la aplicación de la analogía permisiva en sus modalidades legis, iuris y axiológica (artículos 1, 2, 6, 7 y 13) -amen además de la axiológica cuyo fundamento es constitucional y convencional-, rompe con la rigurosidad de la ley, dando campo para la materialización de la idea central de que en nuestro nuevo

⁵²⁰ La filosofía del Derecho en Alemania y la respectiva Carta Política de la misma, son claros en destacar la diferencia entre ley y Derecho; su sinonimia o identidad ley-derecho-justicia propició y facilitó el caos y el colapso del Estado Constitucional de Derecho por obra del nacionalsocialismo alemán, fenómeno similar vivido por otro tipo de fascismo en diferentes países europeos. Así, el numeral 3º del artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn separa muy claramente ley y Derecho: “El Poder Legislativo [die Gesetzgebung] estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo [die vollziehende Gewalt] y el Judicial [die Rechtsprechung] estarán sujetos a la ley y al derecho”.

⁵²¹ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria. Necesidad, semejanzas y diferencias, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 87 y ss.

⁵²² Rodríguez-García, La analogía en derecho, ob.cit, pp. 622 y 623.

orden jurídico se desconfía del legislador como hacedor de justicia material, pero dicha confianza se deposita en el juez⁵²³.

Predícase ello también del derecho disciplinario; en este, si bien no existe texto legal sobre la aplicación analógica in bonam partem, la jurisprudencia la ha extendido desde el derecho penal, qué por demás, por virtud de los artículos 21 de la Ley 734 de 2002 y 22 de la Ley 1952 de 2019, resulta aplicable por integración analógica el inciso final del artículo 6 del Código Penal, muy especialmente por cuanto se ha considerado la actividad disciplinaria como una expresión de la Administración de Justicia en sentido material, como se ha dicho con proverbial claridad en las sentencias C-014 de 2004, SU-901 de 2005 y T-350 de 2011 de la Corte Constitucional.

Estamos convencidos de la existencia de las lagunas axiológicas y, como muestra irrefutable de su existencia, aparecen los artículos 5⁵²⁴ y 94⁵²⁵ de la Carta Política y literales c) y d) del artículo 29⁵²⁶ de Convención Americana de Derechos Humanos, donde se reconoce que no todos los derechos constitucionales y convencionales fundamentales se encuentran positivizados.

Si todos los derechos fundamentales emanan de la dignidad del ser humano, resulta obvio que todos los considerados como tal encuentran en ella su denominador común; por tanto, si no existe excepción alguna a tal principio primordial, también los derechos fundamentales no positivizados o innominados se fundan en la dignidad de la persona humana. La analogía axios o axiológica, en consecuencia, tiene allí su asidero jurídico-valorativo, lo que implica que su explicación y justificación devienen autoevidentes.

⁵²³ Así lo hemos sostenido en «Aspectos político-jurídicos que informan el Nuevo Código Penal» en Estudios de dogmática en el Código Penal de 2000 y en «Sistemática de las eximentes de responsabilidad», con la coautoría de María Marta Gómez Barranco, Universidad Externado de Colombia, 2021.

⁵²⁴ El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

⁵²⁵ La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

⁵²⁶ Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) ...;

b) ...;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Capítulo 3.

Destinatarios de las normas de analogía

Sin duda alguna los destinatarios de las normas sobre analogía son los funcionarios judiciales penales en todos sus órdenes, sin distinción alguna, como también los jueces disciplinarios orgánicamente considerados y los operadores administrativos como hacedores de administración de justicia en sentido material.

Se instrumentan, para que el juez pueda cumplir con su labor de garantizar el acceso efectivo a la Administración de Justicia (artículos 229 de la Carta Política, 1, 2, 7 y 9 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), principios instrumentales de cardinal importancia.

Y así tiene que ser, indefectible e inexorablemente, puesto que el juez como autoridad, bien entendidas las cosas le corresponde cumplir con los fines esenciales del Estado, entre los cuales se encuentra garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2 de la Carta Política).

Tales normas están dirigidas a todos aquellos que obren como jueces de conformidad

con los artículos 2, 6, 29, 86, 116, 121, 122, 123, 124, 174, 175, 178 numerales 3º y 4º, 209, 228, 229, 230, 235 numerales 1º a 4º, 237 numeral 5º, 250, 251, 257A, 277 numeral 6º y 278 de la Carta Política. La interpretación judicial de la norma, básicamente, tiene como finalidad desentrañar el sentido de la ley, precepto o enunciado jurídico a partir de la identificación de la norma jurídica que le subyace, que no es otro que “su verdadero sentido” en los términos del artículo 26 del Código Civil.

Reglas básicas para dicho entendimiento son los principios o normas rectores, que hoy, en vigencia del constitucionalismo moderno, han asumido el papel que en la analogía cumplían los principios generales del derecho.

Por tanto, cobra singular importancia lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, sobre los principios moduladores de la actividad judicial, que permite y facilita la práctica de un positivismo valorativo o ius naturalismo crítico, al disponer una sabia regla, aplicable a los procesos disciplinarios vía analogía integrativa:

Moduladores de la actividad procesal. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

También los sujetos destinatarios de las prohibiciones y mandatos construidos como normas directivas o de encauzamiento son sujetos destinatarios de las normas relacionadas con la analogía; sin embargo, casi que podíamos decir que ello se hace de manera ciega respecto del deber subjetivamente comprendido, más bien habría que entender que ello se produce desde la perspectiva de los valores captados en la consciencia colectiva, habida cuenta que no están registrados en la ley de manera expresamente. De allí la importancia, modernamente

hablando, de abrir los caminos para la aceptación de la analogía axiológica.

Así, entonces, la analogía resulta ser el más importante instrumento del derecho de defensa y vehículo del logro de la justicia material; en su esencia se encuentran los principios rectores sustanciales y procesales, penales y disciplinarios, como se puede observar a partir de la analogía entendida desde el punto de vista tradicional, a partir de los artículos 4⁵²⁷, 5⁵²⁸, 8⁵²⁹ y 48 de la Ley 153 de 1887; 30, parte segunda⁵³⁰, del Código Civil, 6 inciso final⁵³¹ y 55 numeral 10⁵³² de la Ley 599 de 2000.

Ahora, en materia disciplinaria no se ha contemplado la analogía; sin embargo, siendo un principio del derecho sancionatorio cuando es in bonam partem, resulta claro que tenemos que recurrir a la analogía integrativa, de la cual dan cuenta los artículos 21⁵³³ de la Ley 734 de

⁵²⁷ Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.

⁵²⁸ Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.

⁵²⁹ Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

⁵³⁰ ...Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

⁵³¹ ...La analogía solo se aplicará en materias permisivas.

⁵³² Circunstancias de menor punibilidad. Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: ...Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.

⁵³³ Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

2002, 22⁵³⁴ de la Ley 1952 de 2019, 23⁵³⁵ de la Ley 600 de 2000, 25⁵³⁶ de la Ley 906 de 2004 y 11⁵³⁷ del Código General del Proceso.

Es deber del juez, como ya lo disponía antaño el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, resolver las demandas de justicia que se presenten, hoy garantizadas su respuesta judicial por virtud del principio cardinal de acceso efectivo a la Administración de Jus-

ticia contemplado en el artículo 229⁵³⁸ de la Carta Política, 1⁵³⁹, 2⁵⁴⁰, 7⁵⁴¹ y 9⁵⁴² de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y 48⁵⁴³ de la Ley 153 de 1887.

Y sea cual fuere el juez que conozca el asunto y a quien se le plantee o invoque la aplicación analógica de una ley benigna tiene que pronunciarse; se aplica en términos generales el Código General del Proceso que así lo

⁵³⁴ Prevalencia de los principios rectores e integración normativa. En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta Ley además de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, General del Proceso Penal y de Procedimiento Penal en lo que no contravengán a la naturaleza del derecho disciplinario.

⁵³⁵ Remisión. En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de otros ordenamientos procesales, siempre que no se opongan a la naturaleza del proceso penal.

⁵³⁶ Integración. En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

⁵³⁷ Vacíos y deficiencias del código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.

⁵³⁸ Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia...

⁵³⁹ Administración de justicia. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

⁵⁴⁰ Acceso a la justicia. El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público.

⁵⁴¹ Eficiencia. Modificado por el artículo 1, Decreto Nacional 2637 de 2004. La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme con la competencia que les fije la ley.

⁵⁴² Respeto de los derechos. Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.

⁵⁴³ Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.

dispone su artículo 1⁵⁴⁴, según el cual es deber del juez de conformidad con el artículo 42 numeral 6º:

Decidir, aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.

En efecto, ello resulta aplicable respecto del planteamiento de analogía favorable en materia de eximentes de responsabilidad en general -atipicidad, justificación, inimputabilidad⁵⁴⁵ y culpabilidad-, de punibilidad -penas y medidas de seguridad- y de atenuación punitiva.

He aquí la esencia de la aplicación de la analogía de que da cuenta el inciso final del artículo 6 de la Ley 599 de 2000, con lo cual se cumplen las sabias palabras de Bacon:

Durum est torquere leges, ad hoc ut torqueant homines (Es cruel retorcer las leyes para que atormenten a los hombres).

Esto es, como dijo Celso, benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur (Las leyes se han de interpretar en el sentido más benigno, donde se conserve su disposición), lo que se complementa con frase célebre de Hemogeniano al postular interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae (En la interpretación de las leyes las penas han de ser atenuadas más bien que agravadas).

En tal marco, muy especialmente a partir de lo dispuesto en la Sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional, se abordará el asunto, haciendo la distinción muy clara entre la Ley y el Derecho⁵⁴⁶ según proviene de la tradición forjada a partir de la Ley Fundamental de Bon de 1949, distinción necesaria si se quiere comprender y superar la aparente antinomia que ofrecen los textos de los artículos 4 y 230 de nuestra Carta Constitucional.

⁵⁴⁴ Objeto. Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

⁵⁴⁵ Ley 599 de 2000, la consagra expresamente, en el artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

⁵⁴⁶ San Isidoro ya prescribía que ius est dictum, quia iustum est (El derecho se llama así porque es justo), esto es, ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius (Donde no hay justicia no puede haber derecho).

Ya la intuición profunda, sagaz y perspicaz del derecho romano así lo ponía de presente, cuando sentenciaba *regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat* (regla es la proposición que expone brevemente la cosa, tal cual es); *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat* (El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que existe); *neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendatur* (Ni las leyes no los senadoconsultos, pueden escribirse de modo que comprendan todos los casos que de vez en cuando ocurren), todo lo cual funda el entendimiento y la comprensión del derecho moderno, ámbito dentro del cual se mueve la analogía como “pez en el agua”.

El apego a la letra de la ley en sistemas sociales y jurídicos complejos es una invitación a la injusticia, la variopinta realidad y la multiforme presentación conlleva a no pocas injusticias bien por los vacíos normativos por la especificidad de las leyes o por la incoherencia entre postulados producto de la ambición de la pretendida plenitud del ordenamiento jurídico, ante lo cual es necesario superar el marco limitado de las palabras y la gramaticalidad, dando paso a una semántica normativa que no caiga en las ciertas e irrefutables palabras de Cicerón cuando afirmó *summum ius, suma iniuria* (El derecho extremado puede extremar la injusticia), por tanto, *lex nihil aliud est, nisi recta et a numine tracta ratio, imperans honestam, prohibens contraria* (La ley no es otra cosa que la razón justa y de origen divino, que ordena lo honesto y prohíbe lo contrario). Por ello, con Decio, debe prego-

narse como principio de justicia que *iudex aequitatem prae oculis semper habere debet* (El juez debe tener siempre la equidad ante la vista); también, con Ulpiano, para efectos de enervar la dureza de la ley a través del reconocimiento de causales supraleales de exclusión de responsabilidad o atenuantes punitivos, es preciso sentenciar que *nemo, qui condemnare potest, absolvere non potest* (Nadie que puede condenar está imposibilitado de absolver) o con San Raimundo de Peñaford, cuya máxima sabia, que muestra el valor de la equidad ya pergeñada por Aristóteles, reza contundentemente: *Ius est media inter rigorem et dispensationem* (El derecho es lo que media entre el rigor y la dispensa), por lo que *rigor est excessus iuris et auctoritas facta ad terrorem* (Rigor es el exceso en el derecho y la autoridad convertida en terror), en fin:

Ius summum saepe suma malitia est
(El derecho extremado es a veces la suprema maldad), preceptuó Terencio.

Muy seguramente los romanos se anticiparon a estas problemáticas, especialmente consideramos al efecto el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, al preceptuar Papiniano que *quod legibus omisum est, non omitetur religione iudicantium* (Lo que se omitió en las leyes no se omitirá por la providencia de los juzgadores), puesto que, dice autor anónimo *leges debent usibus humanis accommodari* (Las leyes deben adaptarse a los usos humanos), en cuanto *usus legem imitatur* (El uso imita a la ley), habida cuenta que *leges sine moribus vanae proficiunt* (Las leyes sin los usos serían vanas).

Por todo ello, el derecho, producto de la ley creada por el legislativo e interpretada por el poder judicial,⁷ es mucho más que el punto de partida del texto legislativo como lo expresa y sostiene la Corte Constitucional en sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011; esto es, como decía Cicerón: vere dice potest, magistratum ese legem loquentem; legen autem mutum magistratum (puede decirse en verdad que el magistrado es la ley parlante; la ley, en cambio, el magistrado silencioso), no como evocación del “juez boca de la ley”, sino como el juez que habla más allá de la letra de la ley, puesto que como dijo Celso, scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem (saber las leyes no es conocer sus palabras, sino su fuerza y su poder), lo que se complementa con autor anónimo cuando precisó lex semper loquitur (La ley siempre habla).

La diferencia entre ley, por un lado, y justicia y Derecho por otra subyace a tan sabios y elocuentes aforismos. Así lo captó e intuyó magníficamente Santo Tomás de Aquino, la postular que non videtur ese lex, quae iusta non fuerit (No se considera que sea ley la que no fuere justa), por ello, con autor anónimo debe decirse lex iniusta non est lex (La ley injusta no es ley).

Así, entonces, “la ley ha de ser ayudada por la interpretación” (Lex interpretatione adiuvanda) y, por tanto, decía Grocio que aequitas est virtus correctrix eius in quo lex propter universalitatem déficit (La equidad es la virtud de enderezar aquello en que la ley, a causa de su generalidad, ha fallado); aequitas sequitur legem (La equidad sigue a la ley). In ómnibus quidem, maxime tamen

in iure, aequitas spectanda sit (Ciertamente que, en todos los casos, pero principalmente en los de derecho, se ha de atender a la equidad), decía Paulo.

Por tanto, este trabajo quiere sentar las bases mínimas a las cuales deben acudir los defensores públicos en materia penal y disciplinaria en búsqueda efectiva y eficiente de la justicia material, para responder con todas las herramientas posibles a sus peticiones de dispensa de justicia formal pero también en equidad, cuyo camino más expedito y práctico es la analogía in bonam partem, en la cual se encuentra subyacentemente la idea central de la justicia, según la cual, como lo demandó Godofredo ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio (Cuando se da la misma razón de derecho ha de haber idéntica disposición legal).

Y así entendemos la labor defensorial, puesto que como dijo hace más de setecientos años:

Legem implere non dicitur qui verba sequens, mentem non imitatur (No se dice que cumple la ley el que sigue sus palabras, pero no su espíritu).

REFERENCIAS

Analogía - diccionario jurídico [diccionariojuridico.mx]

Aristóteles. Ética a Nicómaco en <https://blogs.ua.es/ecuadordoxa/files/2013/04/textos-de-aristoteles.pdf>

Atienza Rodríguez Manuel. Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico, Madrid, Civitas, 1986.

Barbón Lacambra José Antonio. El fundamento análogo del derecho en aequitas virtual, Revista de ciencias jurídicas, vol. 11, núm. 27 (2017), Universidad del Salvador, 2017. En <https://p3.usal.edu.ar>

Beuchot Mauricio. Manual de filosofía, pp. 119 a 124, en <https://library.co/article/la-analogia-en-el-derecho-interpretación-y-argumentación.lq52nk7q>, consultado octubre 18 de 2022. También así en <https://prezi.com/p/tlp8j6vmizjt/importancia-de-la-analogia-en-el-derecho/> y <https://concepto.de/analogia/>

Gaona Cruz Manuel, Clases mecanografiadas de teoría del estado de la cátedra respectiva en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1984.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria. Necesidades, semejanzas y diferencias, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Hacia una reinterpretación del principio de favorabilidad. De la favorabilidad como tránsito legislativo a la favorabilidad como contemporaneidad de normas y de interpretaciones de una norma en crítica disciplinaria Tomo II. Bogotá, Universidad Externado De Colombia, 2020.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. La dogmática jurídica como ciencia del derecho. Sus especies penal y disciplinaria. Necesidad, semejanzas y diferencias, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo y Gómez Barranco María Marta. Estudios de dogmática en el código penal del año 2000, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

Guthrie W. K. C. Historia de la filosofía griega tomo I. Los primeros presocráticos y los pitagóricos, Alberto Medina González (trad.), Madrid, Gredos, 1991.

Hassemer Winfried. Crítica al derecho penal de hoy, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Leonard Susskind. La guerra de los agujeros negros. Una controversia científica sobre las leyes últimas de la naturaleza, Javier García Sández (trad.), Barcelona, crítica, 2009.

Rodríguez-García fausto E. La analogía en el derecho en estudios en honor del profesor Luis Recasens Siches Tomo II, México, UNAM, 1987. En <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10017>

Sigman Mariano. El poder de las palabras. Cómo cambiar tu cerebro [y tu vida] conversando, Bogotá, Debate, 2022.

Zamora Bonilla Jesús. En busca del yo. Una filosofía del cerebro en neurociencia y psicología, España, Bonalletra Alcompas, 2018.



NOVENO ESTUDIO

El derecho penal y disciplinario constitucionales en Colombia.

Necesaria referencia al pensamiento y obra de Nódier Agudelo Betancur

INTRODUCCIÓN

Al abordar el estudio del derecho penal y del derecho disciplinario en Colombia se hace necesario tener como referencia obligada la obra de Nódier Agudelo Betancur, quien con una visión amplia del asunto, y a través del manejo dogmático de las teorías jurídicas, esbozó una visión espectral de amplio alcance sobre el derecho sancionador en general, partiendo de la idea central según la cual el “poder político” es un género y el “poder penal” una especie, lo cual calza muy bien con la historia institucional y constitucional de las temáticas penal y disciplinaria colombianas, puesto que tal diferenciación cualitativa aparece ya desde los albores mismos de la República, de la mano del arquitecto de nuestra institucionalidad, el Libertador Simón Bolívar⁵⁴⁷⁻⁵⁴⁸.

Ciertamente que el concepto de derecho sancionador administrativo en Europa comprende una multitud de expresiones, por cierto amorfas, de la actividad represiva-retributiva de la administración; sin embargo, si en tales latitudes no se distingue el derecho disciplinario del derecho administrativo, en Colombia la historia nos muestra otra óptica diferencial, lo que se refleja muy claramente en el artículo 92 de la Carta Política⁵⁴⁹, donde desde el prima de los valores y principios constitucionales, referidos a los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, se erige como instrumento apto para ello al derecho penal y al derecho disciplinario, lo que muestra ab initio desde el punto de vista constitucional, una marcada diferencia de estos con respecto a otras modalidades del derecho sancionador, pero también un reflejo de la diferencia cualitativa o de esencia entre derecho penal y derecho disciplinario.

⁵⁴⁷ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. El Libertador Simón Bolívar: Derecho Disciplinario preventivo, comportamientos estimulantes y sanciones positivas su engranaje con la figura actual y en franca construcción del compliance público y privado en Debates Fundamentales sobre Derecho Disciplinario Tomo V, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, David Alonso Roa Salguero & John Harvey Pinzón Navarrete [directores], Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

⁵⁴⁸ Ampliamente en Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Problemas de actualidad crítica en Derecho Disciplinario y defensa de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

⁵⁴⁹ “Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas”.

Esa diferencia, *prima facie*, también se expresa en la regulación constitucional de lo concerniente a la “**relación general de sujeción**”⁵⁵⁰, esto es, el ámbito de regulación de la conducta humana en la interacción social abierta, a la cual se refiere el artículo 16 de la Carta Política señalando que, “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Por el contrario, cuando se trata de regular la “relación especial de sujeción”, el artículo 6 *ibidem* no solo señala que los servidores públicos están sujetos a la Constitución y a las leyes, sino que también responden por un plus de exigencias:

Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones.

De allí que, en el artículo 124 constitucional, se disponga que “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”, lo cual está inexorablemente conectado con las funciones oficiales que cumplen los servidores públicos (artículos 121⁵⁵¹, 122 inciso 1º⁵⁵² y 123⁵⁵³) y los particulares que ejercen funciones públicas (artículos 116 inciso final⁵⁵⁴, 123 inciso final⁵⁵⁵ y 210 inciso 2º⁵⁵⁶).

⁵⁵⁰ Aquí la expresión “sujeción” se utiliza en un sentido obligacional de vinculación, aunque en sentido fuerte de conformidad con su entendimiento histórico según el Derecho Administrativo que, como se apreciará más adelante, ha cedido ante el advenimiento del Derecho Constitucional moderno a partir de la segunda mitad del siglo XX.

⁵⁵¹ “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

⁵⁵² “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente...”.

⁵⁵³ “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

⁵⁵⁴ Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

⁵⁵⁵ “...La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

⁵⁵⁶ “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley...”.

La conducta referida a la “relación general de sujeción” tiene que ver con la alteridad, con la interferencia intersubjetiva de derechos en el ámbito de la interacción social en general, aquella propia de lo que se denomina “riesgos sociales” (artículos 16, 26 y 95 constitucionales); mientras que la “conducta oficial” que se predica de los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas en los términos del control disciplinario (artículos 118⁵⁵⁷ y 277 numeral 6⁵⁵⁸ ibidem), se constituye en el substrato de esta modalidad de control.

Por supuesto, en la lógica guardada de que la Constitución es norma de normas y sobre aquella de que los efectos irradiantes de los valores, principios y derechos fundamentales constitucionales sobre la restante normatividad, presidida por el bloque de constitucionalidad se expanden extensa e intensamente por todo el ordenamiento jurídico (preámbulo⁵⁵⁹, artículos 1, 2, 4, 5, 93, 94, 228 y 230), ¿nos preguntamos cuáles son las conductas oficiales de que dan cuenta las normas anteriores?, para configurar constitucionalmente al Derecho disciplinario.

La respuesta es obvia, también, necesaria e indefectiblemente, constitucional: aquellas conductas que tienen que ver con el ejercicio de funciones adscritas a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, habida cuenta que, como lo dice el inciso 2º del artículo 122 de la Carta Política, “ningún

⁵⁵⁷ “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas” (Resaltado fuera de texto).

⁵⁵⁸ “Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley” (Resaltado fuera de texto).

⁵⁵⁹ El “Preámbulo ... es la expresión del propósito de establecer un ordenamiento jurídico [Cita a Diego Uribe Vargas] ... en el cual se concreta la voluntad del constituyente [pero] ... sí ha de reconocerse su inmanencia en cada uno de los artículos de la Constitución”, muy especialmente en lo que tiene que ver con el “orden justo”: Mauricio Plazas Vega & Claudia Plazas Molina. “Las ideas políticas en la Constitución colombiana de 1991” en 30 Años del proceso constituyente y la Constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico & Juliana Oliveros Suárez [Coordinadores], Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas. Universidad del Rosario, 2022, pp. 304 y 305.

servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”.

Agudelo Betancur es un ícono y un precursor del derecho penal colombiano en una faceta especialmente importante y duradera: Un derecho penal constitucional. Sin embargo, de contera, también tendríamos que agregar que lo es del derecho disciplinario constitucional, al lado del gran constitucionalista Manuel Gaona Cruz.

La constitucionalización del derecho penal y del derecho disciplinario reclama y exige un apego o coherencia de sus postulados con los constitucionales, debiendo legitimarse cada uno, y en contexto integrativo, a partir de su sustancialidad y materialidad, por ello no debe desconocerse por ninguno de los dos lo dispuesto en el artículo 113 inciso 2º cuando precisa que “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” y en el artículo 209 inciso 2º que demanda que “las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”.

Capítulo 1.

Derecho constitucional y derecho penal

Particularmente, las contribuciones de Agudelo Betancur son muy reconocidas en el ámbito nacional e internacional y podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que su gran aporte se centra en tres grandes temas de los cuales se derivan de manera directa e inmediata, el principal y central postulado arriba citado:

i) Con su propuesta y afirmación sobre la necesidad de estudiar a los clásicos del derecho penal, particular y muy especialmente a Cesar Beccaria y Francesco Carrara⁵⁶⁰, se vuelca hacia la identificación del punto de origen del penalismo y política criminal demoliberales, en tanto resulta obvio que fundados en la crítica al derecho penal medieval, su apoyo en las corrientes jurídicas y filosóficas del iluminismo y la ilustración,

pero sobre todo a las corrientes ius naturalistas aristotélica, tomista e ius naturalista racionalista, en cuanto que su enfoque parte de los principios entendidos en términos griegos como aquello que se encuentra en el origen, por lo que los postulados de los dos grandes personajes mencionados deben atenderse “por principio” (Principios rectores o normas rectoras) y no “en principio”, tomando prestadas dichas frases de otro gran jurista colombiano y su muy amigo cercano, compañero de luchas y batallas en una misma línea jurídica, política e ideológica, por la humanización del derecho penal y sobre todo por su vinculación con los derechos humanos, Juan Fernández Carrasquilla (pensamiento consolidado hoy por el Título I de la Carta Política de 1991 –de los principios fundamentales⁵⁶¹, - y sus artícu-

⁵⁶⁰ El Estudio Introductorio al texto “De los delitos y de las penas” de Beccaria, “Grandes corrientes del derecho penal. La Escuela clásica” y “El garantismo carrariano”.

⁵⁶¹ Son “las superiores directrices de la vida individual, de las colectividades y del Estado. Son los fundamentos indispensables de la comunidad y señalan el derrotero que debe seguir ella y los seres humanos que la componen. Trazan las líneas básicas provenientes de los valores en que se funda el orden aceptado por la sociedad respectiva, de cuya observancia dependen la vida en el interior de aquella y la convivencia”: José Gregorio Hernández Galindo. ¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente? en 30 Años del proceso constituyente y la Constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico & Juliana Oliveros Suárez (coordinadores), Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas. Universidad del Rosario, 2022, p. 297.

los 1, 2, 4, 5, 6, 29, 85, 86, 93 y 94; así como por los artículos 1, 2, 9, 10, 11, 12 y 13 de la Ley 599 de 2000; 1, 2 y 24 de la Ley 600 de 2000; y, 1, 3, 26 y 27 de la Ley 906 de 2004).

ii) Con su curso de derecho penal, Esquemas del delito donde pone de presente la necesidad e importancia de la dogmática penal como la aplicación de una herramienta mental que se encuentra al servicio de los administradores de justicia, facilitando, propiciando y permitiendo la aplicación del derecho a los casos prácticos sometidos a su estudio en búsqueda de una mejor, equilibrada y equitativa justicia en términos formales y, principalmente, materiales para asegurar la libertad y la igualdad, librando las decisiones de la arbitrariedad, el acaso y el azar, como también instrumentando un tratamiento igualitario de todos frente a la administración de justicia (representado por los artículos anteriores y muy especialmente por el artículo 250 de la Carta Política, cuando se refiere a los “hechos que revisitan las características de un delito”).

iii) La lucha por los derechos de los inimputables, quienes normativamente eran tratados en inferioridad de garantías a los imputables en contra de lo dispuesto incluso, en vigencia del inciso final del artículo 13 de la Carta Política de 1991, cuyos derechos en la práctica son desconocidos y vapuleados de manera inmisericorde a través de sus obras “Inimputabilidad y responsabilidad penal”, “Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad”, “El Trastorno mental transitorio sin base patológica” y “El trastorno mental como causal de inimputabilidad en el nuevo Código Penal”.

Súmase a los anteriores, en los respectivos temas, innumerables artículos publicados en revistas seriales

Sobre los “Principios o normas rectoras” la Sentencia C-774 de 2001, con ponencia del magistrado Escobar Gil, de manera preclara señaló respecto a su valor y el modo de actualizarlos en un caso concreto de suma importancia, que sirve de modelo para su aplicación en cualquier otro evento:

La presente limitación en la procedencia de la detención preventiva, de acuerdo con los mandatos constitucionales, ha sido reconocida como norma rectora en el nuevo Código de Procedimiento Penal, cuando en su artículo 3º inciso 2º, sostiene: “... La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad...”, mandato constitutivo del ordenamiento procesal penal, de acuerdo con el artículo 24 del nuevo Código de Procedimiento Penal, quien otorga prevalencia a las normas rectoras sobre las demás disposiciones del código, al señalar que: “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

Por lo cual, se puede concluir que la procedencia constitucional de la detención preventiva se encuentra reglada en Carta Fundamental y reconocida

por las normas rectoras del nuevo Código de Procedimiento Penal, según las cuales, los criterios legales de procedencia de la detención preventiva deben concurrir con los mandatos constitucionales, de tal manera que si la detención se ordena sin considerar los principios y valores que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, tal como se ha dejado sentado en esta providencia, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte (Cursivas fuera de texto).

Ahora, respecto de la Sentencia C-775 de 2003 y referida al artículo 13 del Código Penal, con ponencia de Araujo Rentería, precisó en concreto sobre el valor normativo de las normas rectoras:

En consecuencia, la objeción de inconstitucionalidad que formula el actor parte de una interpretación errada de la norma acusada, porque como lo indica el Procurador General de la Nación – “una norma rectora, entendida

esta como aquella que inspira y sirve de fundamento para una adecuada interpretación y cabal desarrollo de las demás disposiciones jurídicas que integran el compendio procedimental”-, el cargo se fundamenta en la interpretación aislada de la disposición acusada y sin consideración a su carácter de norma rectora, cuya aplicación se materializa a través de diversos mecanismos que el legislador ha previsto en las normas posteriores del ordenamiento procesal penal –sin perjuicio de la aplicación de otros ordenamientos que sean pertinentes –, no pudiendo por ello afirmarse, como lo hace el actor, que en virtud de la disposición impugnada los funcionarios judiciales puedan tomar cualquier clase de medida, dado que una interpretación sistemática de la norma acusada conduce a la inequívoca conclusión de que el funcionario debe adoptar las medidas que estime necesarias dentro de las opciones que el mismo Legislador ha definido en el ámbito de las normas penales, y llegado el caso, dentro del ordenamiento jurídico vigente, que de manera general comprende conjuntos normativos de diversas especialidades.

Los principios rectores se encuentran explícita o implícitamente consagrados en la Carta Política o en el bloque de constitucionalidad, de manera que, de conformidad con los artículos 4 y 93 de la Carta Política, en armonía con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos no solo conllevan a la constitucionalización del derecho penal, sino también a su convencionalización.

El maestro Agudelo Betancur no descansaba de recordar a sus alumnos que el problema del derecho penal no lo era solo de ciencia, sino también de consciencia, con lo cual enfatizaba en el compromiso permanente y persistente fundado en altos niveles de convicción acerca de los principios:

i) humanistas requeridos por la clientela débil, inerme y desprotegida de las grandes masas de encarcelados y penados, así como los sometidos a medidas de seguridad.

ii) la necesidad ineludible de estudiar a los clásicos del derecho penal, puesto que su pensamiento constitucional, político y penal no solo resultan dignos de admirar en cualquier época, sino por cuanto nunca terminan de darnos y sugerirnos ideas claves e importantes, necesarias para utilizar en momentos de tribulación y duda en torno a la solución de casos difíciles en el ejercicio de nuestra profesión.

iii) la necesidad de anteponer los derechos humanos, los tratados sobre la materia y las normas constitucionales en la interpretación de las normas penales en la práctica judicial y conforme con nuestra propia realidad social.

iv) la imprescindible necesidad de vincular el concepto y el modelo de Estado en la configuración del respectivo poder penal, especie del género poder político limitados por el concepto demoliberal.

v) la necesidad de privilegiar los principios constitucionales y rectores de la legislación penal en la interpretación de la ley.

vi) el cumplimiento del mandato de ir más allá de la igualdad, seguridad y justicia formal para adentrarnos en su conceptualización y aplicación en términos materiales, la concepción de un derecho penal del acto y el repudio, en términos generales, de un derecho penal del ánimo, de la voluntad, por el carácter o de autor.

vii) la defensa de un principio de legalidad de la tipicidad penal y la sanción jurídica de la pena y la medida de seguridad engastada en la ley formal.

viii) la defensa de un concepto de antijuridicidad donde la misma no dependiera ni de los particulares conocimientos ni de las especiales tendencias del sujeto sino de la afectación del bien jurídico por puesta en peligro efectivo o lesión, donde el desvalor del resultado esté por encima del desvalor de acción y viceversa, respecto del valor del resultado con relación al desvalor de acción.

ix) la culpabilidad centrada en la realidad práctica y no en disquisiciones metafísicas o eticizantes del reproche, la pena humanizada, necesaria, útil, proporcional, necesaria y no instrumentalizadora de la dignidad de la persona⁵⁶².

⁵⁶² La dignidad implica “consciencia, autonomía y libre albedrío”: Juan Carlos Esguerra Portocarrero. La dignidad humana en la Constitución en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019*, año XXV, Magdalena Schaffler, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 722.

x) la necesidad de un tratamiento de los menores de edad y los inimputables por encima de los niveles de garantías dispensados a los imputables, todo lo cual conduce a una teoría penal que no hace el arte por el arte y donde toda autoridad estatal, cualquiera que ella sea y de la forma en que se manifieste, encuentre límites efectivos, eficaces y eficientes de control genuino, real, material y oportuno por el derecho.

y) todo ello lo planteaba o sugería sin dogmatismos, ateniéndose a su proverbial claridad y sencillez, afirmando que debía procederse sin “mucho que queme al santo y sin poco que no lo alumbré”, al asimilar o analogar la tarea dogmática jurídica con los viejos campesinos antioqueños cuando sabiamente enseñaban como debían ponerse las velas a quien se adoraba como patrono espiritual, previniendo sobre los argumentos de autoridad de quien enseña sobre quien recibe enseñanzas, con lo cual muy sabiamente y por medio de estímulos desencadenantes de emociones nos fijaba en la memoria inolvidables consejos, como el de que la sistemática que implica la teoría no debe ser cerrada o hermética sino abierta a la política criminal y a los valores constitucionales y convencionales respecto de lo antes anotado, esto es, cómo debía el discipulado estar atento y prevenido con los argumentos dogmáticos en términos canónicos; la teoría no es un fin en sí misma sino un medio o instrumento de utilización teleológica, axiológica, sociológica y político criminal.

Allí, de manera indiscutible, descansa una idea fuerte y nuclear de un derecho penal

Constitucional. Y ello resulta necesario en la ecuación planteada entre afectación de derechos fundamentales, garantías de cumplimiento de los derechos humanos y control de las autoridades en el ejercicio del ius puniendi, en cuanto y tanto que una tarea tan significativa, ambiciosa y delicada solo es posible atenderla si se quiere ser consecuente, con los instrumentos que brinda el moderno derecho constitucional. Se requieren, por supuesto los instrumentos que ofrecen una Jurisprudencia de conceptos y de intereses, pero ambas mejoradas y potenciadas entre sí y por la exponencial mejora que implica jalonarlas con una jurisprudencia de valores o axiológica-sociológica, que integre en una espiral de mejora todos los métodos de interpretación y los redondee con la interpretación constitucional y el control de convencionalidad derivado de los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así lo escribió en innumerables oportunidades, lo refería de manera consistente en la cátedra con su famosa propuesta de insistir e insistir o machacar y machacar, lo dejaba ver de manera explícita y, como su obra es un prisma que conduce a revelar colores de la luz que no captamos de ordinario, también sugería posibilidades potenciales de seguir extrayendo sustancia de tal fuente inagotable de energía; su largo y extenso trabajo es una obra clásica por excelencia en el sentido antes afirmado, con el cual inspiró a múltiples generaciones de colombianos y ciudadanos de muchos países con los cuales tenía contacto directamente o a través de las instituciones con las cuales enseñaba o a través de los documentos escritos y virtuales que dan

constancia con su trayectoria de un excelso profesional, pero sobre todo de un gran ser humano y por supuesto de un verdadero maestro de maestros.

La Corte Constitucional en Sentencia C-325 de 2021 tiene establecido que existe una distinción entre los enunciados legales, que responden a la letra de la ley y las normas jurídicas, pletóricas de significado, esto es, existe por tanto “una ‘distinción entre disposición o enunciados jurídicos y normas jurídicas’ (sentencias C-192 de 2017 y C-312 de 2017). En tal sentido, una disposición o enunciado jurídico corresponde al texto en que una norma es formulada. Aquellos también se encuentran en fragmentos más pequeños de un texto legal, como oraciones o palabras individuales, siempre que incidan en el sentido que se puede atribuir razonablemente a cada disposición. Por su parte, las normas no son los textos legales sino su significado. Aquel solo puede hallarse por vía interpretativa y, en consecuencia, a un solo texto legal pueden atribuírsele (potencialmente) diversos contenidos normativos”, pensamiento que subyace a la obra de Nódier Agudelo, de tal manera que ya premonitoriamente saludaba la gesta constitucional que se avecinaba con la futura Carta Política de 1991.

En ese ambiente jurídico creado y propiciado a la par con otros insignes profesores, sin olvidar la bandera que blandía con la revista *Nuevo Foro Penal*, consciente e inconscientemente para sus contemporáneos o para quienes fuimos sus privilegiados alumnos, lo anterior significa que el aforismo jurídico sede *lex dura lex*, no

tiene ya vigencia mecánica y absoluta en los estados constitucionales modernos, puesto que desde la misma Constitución Nacional de 1886 se abrían caminos y posturas como la de Manuel Gaona Cruz, profesor de derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia y magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía -en los años ochenta del siglo XX- el control de constitucionalidad en Colombia y se comenzaba a poner en práctica todo ese bagaje de principios y postulados limitativos del poder punitivo del Estado por parte de la jurisprudencia constitucional, muy especialmente cuando señalaba que “la obediencia no es una secuela de debilidad de la mayoría de los asociados, sino que corresponde correlativamente, dialécticamente frente al mando, a una coincidencia o querer entre lo que se hace desde el poder y lo que se acepta como legítimo y válido por los destinatarios de ese poder”. Sin embargo, era explícito en señalar que el derecho, no se reduce a la mera imperatividad y coercibilidad, en términos técnicos de formalidad, sino que reclamaba su esencial aspecto axiológico o valorativo que se expresaba en la obediencia y la coacción en tanto así entendido el concepto delimitaba el poder del soberano tal como dicha estimativa aparecía inherente a los “derechos humanos”, como la vida y la libertad como límites a la regulación; aquél muy a pesar de ejercer el mando no tiene libertad absoluta para hacerlo como le venga en gana, habida cuenta que “esa potestad se reduce a la forma de regular lo mismo, pero no a la posibilidad de lo que tiene que regular”, debiéndose distinguir muy claramente en-

tre los aspectos formales y lo ideal de lo justo del derecho⁵⁶³⁻⁵⁶⁴.

Planteaba entonces, en forma admonitoria sobre lo que advendría con la Carta Política de 1886, que “no se puede, desde este punto de vista de la filosofía, afirmar que el orden jurídico sea algo desprendido, autónomo respecto de la ética o el deber ser axiológico, del comportamiento social”. Muy inteligente y sabiamente discernía que “no se habla de la moral ni de la religión, pero tampoco se está desacralizando las fórmulas jurídicas -situación ambivalente, anotamos nosotros que fuimos su alumno, respecto de una Constitución Política como la de 1886 consagrada al Sagrado Corazón de Jesús-. No se puede ser tan indolente siéndole juez, legislador, intérprete, ejecutor o aplicador de la ley, como para aplicar rudamente el aforismo *dura lex sed lex*”; “el orden jurídico no es solamente un molde de violencia y de imperatividad al que hay que respetar”, por cuanto “el Derecho, el orden jurídico, responde a una doctrina sobre lo justo. Y en ese sentido el Derecho es ético”, pero también es claro que debe diferenciarse de lo moral y lo religioso, “lo regular es que el Derecho esté impregnado de esa ideocracia, de esa axiología” en cuanto “el orden jurídico envuelve cierta ética, cierta necesidad de referencia a lo justo” y se encuentra integrado por reglas jurí-

dicas, pero también por “fórmulas axiológicas” compatibles con el método teleológico de interpretación jurídica; el orden jurídico “supone necesariamente el reflejo del orden social, su resguardo, su mantenimiento, su protección, su garantía”:

Como filosofía el orden jurídico debe ser interpretado de acuerdo con ella. Toda norma jurídica está necesariamente cargada de significado axiológico, ideológico, por aparentemente cruda, inocua, estéril y elemental que sea... el Derecho apunta en sus mandatos necesariamente a una finalidad, y esa finalidad debe interpretarse etiológicamente en nexo de conexidad inescindible con la razón de ser axiológica o valorativa o ideológica de la organización política donde se aplica... El orden jurídico entonces responde necesariamente a una filosofía, a una doctrina; su directriz es indispensablemente ideológica... La noción de Ley, la noción de legalidad entonces no es solamente la cruda afirmación de un imperio sin razón ética o sin razón racional de ser... En el orden jurídico se extractan, se resumen los valores esenciales para la sociedad. Un orden jurídico que no atienda a esta necesidad perece o hace perecer a la sociedad⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Manuel Gaona Cruz, clases mecanografiadas de Teoría del Estado de la cátedra respectiva en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 90 y ss, 135 y ss. Muy especialmente p. 153.

⁵⁶⁴ Las clases mecanografiadas mencionadas, aparecerán, a partir de las impartidas en 1995 en Manuel Gaona Cruz. Estudios Constitucionales Tomo I, Bogotá, Ministerio de Justicia – Superintendencia de Notariado y Registro, 1988, pp. 3 y ss.

⁵⁶⁵ Gaona Cruz, Teoría del Estado, ob.cit, pp. 135, 136, 137, 141, 148 y 153.

Dedica especial reflexión y argumentación para sustentar la prevalencia de la Constitución Política sobre la legislación, no solo a partir de la muy reconocida contradicción entre normas constitucionales y legales, caso en el cual prevalecen las primeras como lo estipuló el artículo 215 de la de 1886, por reforma introducida en 1910, sino que defendió la prevalencia de la “doctrina constitucional” en los términos expuestos en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887⁵⁶⁶, como expresión especial de la analogía iuris por encima de lo afirmado por la ley, postulando por el que se debían dejar atrás las interpretaciones exegéticas, gramaticales y muy especialmente mecánicas del positivismo legalista o decimonónico. Destacaba como la analogía iuris era por él concebida como un criterio más doctrinario e ideológico que legal, esto es, hacer privilegiar “la axiología del sistema que informa el orden jurídico donde su imperatividad se plasma”, lo cual se logra a partir de una “identificación mínima de principios”⁵⁶⁷.

Con ello buscaba el connotado jurista aportar criterios de interpretación necesarios y suficientes para superar el positivismo legalista o decimonónico imperante –lo atribuía a la “mentalidad del legislador del siglo

XIX... había que volver ley la Constitución porque se entendía que mientras la Constitución Nacional no bajara a ser ley el juez no podía directamente darle prevalencia a su aplicación”- en Colombia hasta 1991, al menos en la normatividad, por cuanto la jurisprudencia constitucional anterior al mencionado año ya había abierto nuevos caminos, en tanto se debían superar graves prejuicios jurídicos enervantes de la aplicación directa e inmediata de la Constitución, puesto que la mentalidad del legislador decimonónico “estuvo tan raramente conceptuosa en esa jerarquización que hasta a la propia Constitución tuvo que darle un rango como para entender que existía”, dejando atrás las caracterizadas “reglas o fórmulas mecánicas de interpretación”⁵⁶⁸.

Así, a partir de criterios que sonaban bastante extraños a la sistemática de una Carta Política de corte formal y estirpe decimonónica, muy a pesar de postular modernas técnicas de interpretación para superar el estado del arte existente, como por ejemplo la aparente contradicción sobre la fórmula de la “propiedad como función social”, que la mayoría entendía como disfuncional y por supuesto inaplicable en sus efectos, entiendo que el carácter demoliberal del cual

⁵⁶⁶ “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y los principios generales del derecho”.

⁵⁶⁷ Critica muy duramente el contenido de los artículos 52, original, de la Carta Política de 1886, 6 y 7 de la Ley 153 de 1887, habida cuenta que “había que legalizar la Constitución para poderle dar fuerza legal prioritaria como si fuera parte del Código Civil, con la dificultad frente al propio Código Civil de que dentro del mismo código los artículos posteriores en números prevalecen sobre los anteriores”, llegándose a pensar, absurdamente, que “era ilegal la Constitución”: GAONA CRUZ, *Teoría del Estado*, ob.cit, pp. 185 y ss.

⁵⁶⁸ Gaona Cruz, *Teoría del Estado*, ob.cit, pp. 194 y ss. Muy significativa la información en p. 214.

provenía la Constitución Política de 1886 conllevaba necesariamente a entender que el poder estatal era limitado y necesitaba de legitimación y validez material, más allá de la mera legalidad y validez formal, todo en aras de la protección del individuo o persona que se hacía primar sobre los intereses estatales y sociales⁵⁶⁹⁻⁵⁷⁰.

Colegas de Gaona Cruz en la Universidad Externado de Colombia, en un libro homenaje a su portentosa figura jurídica, calificaron muy acertadamente su perfil ideológico y filosófico, exponiendo que su pensamiento se movía “entre la lógica del ser (lo fáctico) y la lógica del deber ser (lo normativo) y, de otro, entre el deber ser lógico (relación imputativa) y el deber ser axiológico (valor)”⁵⁷¹.

Resulta de un significado profundo, si se quiere entender muy bien lo que es el actual derecho penal Constitucional, atender las palabras de Gaona Cruz quien precisó que “el Estado Liberal entonces, constituye el presupuesto del poder político de los regímenes constitucionales”. Pero, además, resulta esencial al mismo, “la necesidad de una justificación, de una filosofía que legitime el poder, es entonces de la esencia misma del Estado”, el Estado es “fuerza legalizada

por el poder” y la misma deviene legítima, “al ser instituida por los principios jurídicos de la filosofía política liberal”⁵⁷².

Si el concepto de Estado demoliberal impone límites al poder del Estado resulta obvio que, frente a tal ejercicio constitucional en el respectivo control de constitucionalidad realizado por la Corte Suprema de Justicia en la primera mitad de los años ochenta del siglo XX, que ya se comenzara a hablar expresa y explícitamente en Colombia de un “derecho penal Constitucional”⁵⁷³.

Aquí confluyen el pensamiento de dos grandes juristas colombianos que enseñaron para la posteridad y cuyas siembras ideológicas y filosóficas refulgen magníficas, a partir de los cuales podemos entender el ADN del Derecho penal colombiano y muy especialmente la jurisprudencia constitucional en la materia esbozada por la Corte Constitucional desde de 1992.

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control de constitucionalidad, con ponencia de Manuel Gaona Cruz, señaló en la sempiterna y valiosísima Sentencia de junio 2 de 1981:

⁵⁶⁹ Gaona Cruz, *Teoría del Estado*, ob.cit, pp. 194 y ss. Muy significativa la información en p. 214.

⁵⁷⁰ Cfr. Gaona Cruz. *Estudios Constitucionales Tomo I*, ob.cit, pp. 75 y ss, 103 y ss.

⁵⁷¹ Oscar Alarcón Nuñez, Juan Carlos Henao Pérez & Rodrigo Uprimmy Yepes en la presentación del libro de Gaona Cruz, *Estudios Constitucionales Tomo I*, ob.cit, p. XI.

⁵⁷² Cfr. Gaona Cruz. *Estudios Constitucionales Tomo I*, ob.cit, pp. 103 y 104.

⁵⁷³ Cfr. Manuel Gaona Cruz. *Estudios Constitucionales Tomo II*, Bogotá, Ministerio de Justicia – Superintendencia de Notariado y Registro, 1988, pp. 219 y ss.

Las doctrinas y escuelas del derecho penal

1. Ante todo, la Corte -Sala Constitucional-, pone de resalto que la Constitución Nacional no sigue ni exige específicamente doctrina o escuela alguna del derecho penal, sea ella teleológica o finalista, positivista, culpabilista, dogmática o cualquiera otra, o así se hallen todas ellas, con otras, imbricadas o integradas.

En consecuencia, el legislador ordinario, o aun el extraordinario, pueden trazar libremente los derroteros doctrinarios del incriminativo penal, con una sola condición limitante: la de que sean compatibles con los principios generales normados del texto constitucional, es decir, que no estén prohibidos por norma alguna de la Carta o que estén permitidos por esta.

2. Por lo tanto, cuando se proscriben principios de una escuela o de un dogma doctrinario del derecho penal en la legislación nacional, si su preservación no es constitucionalmente obligatoria, y si su abolición no está prohibida, hay que entender que esta es permitida sin que se produzca por parte del legislador inconstitucionalidad alguna por omisión

Por Sentencia 5 de 1983, con ponencia del mismo Gaona Cruz, se refrendó:

Las doctrinas del derecho penal frente a la Constitución

1. La Corte reitera que la Constitución no sigue ni exige escuela alguna del derecho penal. El legislador puede trazar au-

tónomamente los derroteros doctrinarios del incriminativo, con las únicas condiciones limitantes de que sean compatibles con las normas de aquélla, o sea, de que estén acordes con lo que ella mande o permita y no consagren lo que ella prohíba (Sentencia de 2 de junio de 1981).

De consiguiente, cuando el legislador proscriba principios de una doctrina del derecho penal o cuando instituya otros, sin contradecir las prescripciones de la Carta, ha de entenderse que dichas facultades le están permitidas y que solo cuando atenten contra aquéllas son inconstitucionales. Así las cosas, el ámbito de regulación punitiva del legislador es amplio y diverso, pero no arbitrario.

2. Nuestro Código Penal vigente da preeminencia a los principios de la escuela técnico-Jurídica que acoge como elementos del hecho punible la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad. La responsabilidad tiene como presupuesto básico la culpabilidad y la exteriorización de la conducta y no tanto la condición personal del agente. La responsabilidad objetiva ha sido proscrita de nuestra legislación penal y la catalogación ontológica o de la personalidad del agente juega apenas un papel circunstancial en la medición de la punibilidad. El elemento volitivo de la conducta supone necesariamente un nexo causal y teleológico. De otra parte, la política criminal del legislador no ha olvidado los presupuestos criminogenéticos y sociológicos de la acción punible ni la función protectora y resocializadora de la pena y rehabilitadora de las

medidas de seguridad.

Así pues, nuestra legislación punitiva no se halla matriculada en forma exclusiva y total en determinada doctrina o escuela penal.

3. Fuera de todo lo cual, debe tenerse en cuenta que el derecho punitivo se refiere no solo al orden jurídico sustantivo sino además al procesal, y que ambos se hallan estrechamente relacionados para determinar su juridicidad y necesariamente referidos a los principios esenciales de nuestra Constitución; no es suficiente describir normativamente una conducta punible sin garantizar el debido proceso al inculcado.

Importante papel en la construcción de un derecho penal Constitucional lo cumple la analogía, muy significativamente por cuanto en ella se detecta la diferencia clara que existe entre enunciado jurídico y norma, tal como se advirtió al comienzo, lo que no es más que el reflejo de la distinción entre ley y Derecho o entre ley y orden jurídico como lo ha establecido la Corte Constitucional a partir del artículo 230 de la actual Carta Política, muy especialmente en sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008 y C-634 de 2011.

La doctrina más calificada, especialmente desde el ámbito constitucional, señalaba respecto del artículo 8 de la Ley 153 de 1887 que allí, cuando se hace referencia a “se aplicarán las leyes que regulen casos o

materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”, se consagró en la primera parte la llamada analogía legis y en la segunda, cuando se menciona a la doctrina constitucional y a las reglas generales del Derecho, a la analogía iuris; sin embargo, necesaria e indefectiblemente debe entenderse que solo en su modalidad in bonam partem, excluyéndose la in malam partem, que emanaba de lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional del 1886, al establecer el principio de favorabilidad⁵⁷⁴, según Manuel Gaona Cruz; incluso, se dice que la aparente discrepancia entre la ley que es la llamada en primer lugar a regir el defecto normativo o vacío legislativo detectado, no podía imponerse frente a lo establecido por la doctrina constitucional; en tal parte la norma fue modificada por el posterior contenido del artículo 215 en la versión de la reforma constitucional de 1910, que dispuso que cuando existiere una contradicción entre la Constitución y la ley, preferirá en su aplicación aquella, solucionándose el problema original surgido con la Ley 153 de 1887, que daba a entender la prevalencia de la ley sobre la Constitución Nacional, esto es, una redacción producto de la ideología propia del positivismo legalista del siglo XIX o decimonónico, originaba la tesis sostenida por sus áulicos, según la cual la analogía legis tenía prevalencia sobre la analogía iuris⁵⁷⁵.

La jurisprudencia constitucional aclaró puntualmente el tema de manera definitiva

⁵⁷⁴ Artículo 215. “...en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

⁵⁷⁵ Gaona Cruz, Teoría del Estado, ob.cit, pp. 185 y ss, 194 y ss.

en doctrina que aún hoy impera, afirmando que de acuerdo con una interpretación conforme con las normas constitucionales, especialmente la referida a los artículos 26 y 215 de la Constitución Nacional de 1886, solo resultaba admisible aquella de estirpe *in bonam partem* y se rechaza de plano la *in malam partem*⁵⁷⁶. La interpretación extensiva está prohibida en materia de tipicidad disciplinaria en tanto que veto absoluto a la analogía *iuris* y *legis in malam partem*⁵⁷⁷. Esta última decisión del Consejo de Estado se fundamenta en la ya sempiterna jurisprudencia constitucional, expresamente citada, según la cual también para el derecho disciplinario rigen las garantías penales, entre las cuales se encuentra “la cláusula general de permisibilidad y el principio de mayor favorabilidad y por lo tanto la prohibición de aplicar la analogía *iuris*, la analogía *legis* o la interpretación extensiva, ‘*in malam partem*’ o para desfavorecer y en cambio la permisibilidad para hacerlo ‘*in bonam partem*’ o para favorecer”⁵⁷⁸, lo que se ratifica además por la Sentencia SU-1159 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sin duda existe una tensión entre aquellas consideraciones de la analogía como método de interpretación u otras que le dan el carácter de argumentación. En uno u otro, puede decirse que tienen una vida jurídica simbiótica, se retroalimentan recíprocamente como sucede en la analogía *iuris* que se facilita enormemente por los desarrollos dogmáticos obtenidos por el derecho penal, misma que se da por sentada en el artículo 250 de la Carta Política de 1991 cuando hace referencia a las características de un delito, que no es otra cosa que una clara referencia a las categorías y subcategorías dogmáticas que lo rigen.

Esta manera de entender el objeto de la valoración de lo antijurídico procedente del mundo griego inicialmente y después de la cultura greco-romana, que estriba fundamentalmente en el tránsito de la “ética de la virtud”, practicada en el Estado-Ciudad y caracterizada por un análisis de la personalidad y el carácter del sujeto a una “ética del deber” que hace énfasis en un acto o comportamiento episódico y su contrastación con lo dispuesto en la ley, con el adve-

⁵⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena, sentencias de junio 2 de 1981; de 21 de abril de 1982; No 84 de 1983 (Proceso No 1078); No 5 de febrero 10 de 1983; No 51 de abril 14 de 1983 (Proceso 1062 -152 E-); de 31 de mayo de 1984; No 129 de noviembre 15 de 1984 (Proceso 1229); No 17 de marzo 7 de 1985 (Proceso No 1259), No 67 de julio 2 de 1987 (Proceso No 1585) y de marzo 10 de 1988.

⁵⁷⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia del 19 de febrero de 2019, C. P. María Adriana Marín, radicación N.º 11001-03-15-000-2018-02417-00[PI] [11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00] [acumulados].

⁵⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia de constitucionalidad del 7 de marzo de 1985, exp. 1259, M. P. Manuel Gaona Cruz. Extracto tomado de Jurisprudencia y doctrina, Edit. Legis, S. A., tomo XIV, n.º 161, mayo de 1985, pp. 428 y 429. Mediante esta sentencia se juzgó la constitucionalidad de algunas de las normas del Decreto-Ley 1835 de 1979, contenido del régimen disciplinario para la Policía Nacional.

nimiento del Estado-Imperio de Alejandro Magno, al resultar imposible la práctica de la enseñanza directa e inmediata entre el Maestro y el alumno dado el desmesurado crecimiento del territorio, se impondrá como modelo o esquema de juicio o valoración de la conducta en el Estado Liberal moderno, que devendrá en una muy bien lograda expresión de “éticas del acto” expuesta por Hoyos Valdés⁵⁷⁹ y representada histórica y fundacionalmente por la Revolución Francesa.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que estableció, a partir de la preceptiva sustancial acerca de que:

i) “la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás” (artículo 4).

ii) el postulado básico estructural de la conducta delictiva o prohibiciones, que no es otro que “las acciones que son perjudiciales a la sociedad” (artículo 5).

iii) esto es, lo antijurídico tiene que ver con la infracción a una prohibición legal a la inexorable existencia de su determinación previa, lo cual resulta necesario, pero no suficiente; se exige que se materialice “la ofensa” (artículo 8).

iv) para concebir la completud de la ecuación jurídica; lo cual requiere de la complementación de la condigna responsabilidad

subjetiva, al señalar que “cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable” o convicto (artículo 9).

v) es decir, la conducta delictual debe encontrarse asociada indefectible e inexorablemente a la estricta legalidad y necesidad de intervención del Estado en la conducta ciudadana, por “virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito” (artículo 7).

vi) “la Ley solo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan solo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente” (artículo 8).

Con todo ello se rompían los lazos indisolubles de la moral con el Derecho de que se daba cuenta en la Edad Media, dándole a este su rasgo fundamental de alteridad y por supuesto, su primordial posicionamiento como mecanismo de intervención social solo a partir de la presencia de un conflicto en su seno, que ponga en peligro la convivencia por la interferencia intersubjetiva de derechos fundamentales como hoy se reconoce por el Preámbulo de la Carta Política y el artículo 95 numeral 4º, sobre la base del respeto de los derechos constitucionales fundamentales, puesto que resultaría un contrasentido no entender así la mención que de ello hace el artículo 16 de la misma; un derecho fundamental tan esencial como el de la libertad solo puede ser limitado por otro derecho constitucional fundamental

⁵⁷⁹ Diana Hoyos Valdés. Ética de la virtud: alcances y límites en *discus.filos* vol.8 no.11 Manizales July/Dec. 2007. www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-61272007000200008 Consultado octubre 20 de 2022.

que se encuentre reconocido a la par por la Carta Política o el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos.

Las constituciones modernas de corte material, como la colombiana de 1991, cuya aspiración es una separación clara y tajante entre ética o moral y Derecho establecen que lo antijurídico legítimo constitucionalmente, que habilita las prohibiciones se funda en el que, necesaria e indefectiblemente, un sujeto haga un uso abusivo de su libertad desde la perspectiva de su fuero externo; garantiza esencialmente el libre desarrollo de la personalidad mientras no se afecten los derechos de los demás y el orden jurídico como un límite cualitativo a la intervención del Estado, como reacción a la intervención primaria, ab initio y privilegiada en la libertad de pensamiento, creencia y conciencia que descansaba en la Edad Media en el aspecto censurable de la rectitud de la intención -incluso independientemente a su exteriorización real y efectiva o la modalidad de la misma, al exigir un paralelismo coexistente entre lo interno y lo externo-; a lo cual, una vez constatado, subsiguientemente se averiguaría si también existió un abuso de su libertad desde la perspectiva del fuero interno, verificando limitadamente desde el punto de vista cuantitativo por la responsabilidad subjetiva o culpabilidad del sujeto (artículos 1, 16 y 29 de la Carta Política).

El artículo 16 de la Carta Política debe ser interpretado de manera conjunta con el artículo 95 numeral 4º de la misma; si todo colombiano tiene el deber de defender y difundir los derechos humanos, resultaría un absurdo pretender que sea misión de las autoridades construir injustos por fuera de los parámetros que para el efecto demanda la primera norma, esto es, a contra punto de los derechos de los demás que son, necesaria e indefectiblemente, los derechos constitucionales fundamentales. Igualmente, su dimensión valorativa no puede obtenerse al margen del artículo 86, instrumento protector específico de los derechos fundamentales, que entiende su vulneración solo a partir de la “amenaza” efectiva a los mismos, para activar el mecanismo excepcional de la acción de tutela, teniendo el mismo rango que el Derecho penal, en cuanto son ultima ratio.

Tal forma de pensar se construía sobre la protección de los derechos subjetivos o derechos naturales del hombre, como lo declaraba paladinamente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en sus artículos 2⁵⁸⁰ y 4⁵⁸¹, fundamentos del Estado Liberal, puesto que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución” (artículo 16), con lo que se confirmaba el telos estatal, el principio

⁵⁸⁰ “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”

⁵⁸¹ “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley”

de antijuridicidad, así como de contera la legalidad y judicialidad de la actividad punitiva del Estado.

Ello originaba una visión marginal, individualista y personalista de la responsabilidad, fundada en una ética del conocimiento propia de un Estado Liberal donde la correlatividad de los deberes se diluía en la exigencia de los derechos, con base en una malentendida dignidad de la persona⁵⁸², con visos de exceso y radical egocentrismo, exagerando en grado sumo el postulado antropocéntrico del Estado⁵⁸³. Significa lo anterior, en cuanto al énfasis que se dio en la práctica al tema económico, que las libertades se diluían ante el poder real que en la práctica tenían los poderosos económicamente, por lo que terminaban sacrificadas la libertad en función de las formas, por lo que, desde el punto de vista del funcionamiento real de la sociedad, solo tenían verdaderas libertades los propietarios y no la inmensa mayoría de los ciudadanos sometidos a deberes, aquellos gozando exageradamente de las miles de

los derechos y estos sometidos a las restricciones de los deberes.

Ese concepto de dignidad egocéntrica o dignidad estática ha sido superado por el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, fórmula política sintética, sincrética y sincrónica adoptada por el artículo 1 de la Carta Política, que se constituye en el principio de los principios, en tanto su ubicación privilegiada en la Parte Dogmática y sobre todo en el Título I - De los principios fundamentales-. Allí debe entenderse un equilibrio funcional del fundamento antropocéntrico del Estado anclado en la dignidad de la persona como principio fundante del orden jurídico⁵⁸⁴ y la solidaridad de las personas que integran la sociedad, como expresión del interés general, que obran como complementarios y matizadores, lo que implica por supuesto el respeto de los derechos constitucionales fundamentales de los demás y sus deberes correlativos de respetarlos intersubjetivamente (artículos 16 de la Carta Política y 32⁵⁸⁵ de la Convención Ame-

⁵⁸² La dignidad “reside en el deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre”, según Kant: Esguerra Portocarrero, La dignidad humana en la Constitución, ob.cit, p. 724.

⁵⁸³ Así, por ejemplo, ya lo advertía, señalando el surgimiento de aptitudes exageradamente individualistas casi que antisociales o al menos con una postura antisocial, que le otorgaba “preeminencia al individuo sobre la sociedad”; esto es, todo “ser humano tiene posibilidades iguales de triunfar y nadie lo puede limitar en esa libre iniciativa de hacerlo, así su triunfo le cueste a aquellos que no lo intentaron o que si lo intentaron no pudieron”: Gaona Cruz, Teoría del Estado, ob.cit, pp. 11 a 13, 139 y ss.

⁵⁸⁴ “Principio de principios” del cual derivan todos los demás derechos; es el “primer fundamento de los derechos humanos y de la legitimación del poder político”: Esguerra Portocarrero, La dignidad humana en la Constitución, ob.cit, pp. 728, 729 y 731.

⁵⁸⁵ Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos: 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad; 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

ricana de Derechos Humanos)⁵⁸⁶, incluso contra el poder relativizante de las reglas de la mayoría, en cuanto y tanto los derechos se constituyen en límites contra mayoritarios de la democracia⁵⁸⁷ (artículos 2, 5, 85, 86, 93, 94 y 95), potenciados por los deberes de solidaridad y el interés general a través de los cuales se fundan deberes y obligaciones constitucionales estandarizados e intensificados (artículos 1 y 95), para dar origen a una dignidad en sentido dinámico y alteral, donde el individuo tenga en cuenta al otro, a la sociedad, al Estado y a la humanidad, superando la dignidad estática y egocéntrica del Estado Liberal.

En efecto, ciertamente que los derechos constitucionales fundamentales se encuentran ubicados simbólicamente antes que los deberes como expresión antropocéntrica del Estado, Capítulo 1 -De los derechos fundamentales- del título II -de los derechos, las garantías y los deberes-, pero también resulta no menos cierto que en el mismo título y con paridad constitucional, sin que ello nos convierta en un Estado sociocentrista, se encuentran consignados los De los deberes y

obligaciones -Capítulo 5- como relaciones obligacionales independientes de la simple correlación derivada de la existencia de los derechos, esto es, con cierto grado de autonomía que reclama la importancia de una dignidad dinámica y alteral.

Así se deriva del contenido del artículo 95 constitucional, puesto que resulta de una preclaridad indiscutible, habida cuenta que “la calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla”, lo que reclama comportamientos responsables ante los demás; “el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades”. Esto es, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se traduce en la reclamación solo viable de actos culpables, bien positivos -deberes positivos- que dan origen a las omisiones punibles o bien negativos -deberes negativos- que dan origen a las acciones punibles⁵⁸⁸, según el artículo 29, reclama la constitución de una ética de la responsabilidad.

⁵⁸⁶ Remo F. Entelman. Los conceptos generales del derecho y su función clasificatoria en Estudios en honor del profesor Luis Recasens Siches Tomo II, México, UNAM, 1987, p. 239. En <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10017>, consultado octubre 26 de 2022.

⁵⁸⁷ Así, Diana Fajardo Rivera. ¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos? Reflexiones sobre el activismo judicial y su impacto en el sistema constitucional colombiano en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019, Año XXV, Magdalena Schaffler, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019, p. 653.

⁵⁸⁸ De antaño, ya nuestro ordenamiento jurídico daba cuenta de las acciones y las omisiones, esto es, de los mandatos obre deberes negativos y sobre deberes positivos, al precisar que “el carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar” [artículo 4 del Código Civil], pero también se especificaba que “la sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones” [artículo 6 ibidem].

Por supuesto, el que se consigne constitucionalmente el deber constitucional de engrandecer y dignificar la “comunidad nacional” es un postulado que resignifica la dignidad estática como dinámica, que mira al otro y al colectivo, que les sirva a todos de derrotero y guía sustanciales como paradigma del comportamiento alteral o intersubjetivo. Ello lo confirman sus artículos 7 –“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”- como expresión tan valiosa de lo colectivo que debe matizar lo individual-personal y 70 –“dignidad de todas las culturas”- en cuanto obliga a ponderar lo personal respecto a las expresiones de lo colectivo. Esto es, se reclama constitucionalmente una resignificación social y filosófica del fundamento de la dignidad de la persona de que da cuenta el artículo 1 constitucional, como dignidad alteral⁵⁸⁹.

De allí que el primer deber constitucional engastado en el artículo 95 citado sea “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” y el segundo “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”, como ejemplos paradigmáticos de una dignidad humana dinámica y alteral. De todos modos, no pude quedar dudas, los derechos no emanan ni surgen de los deberes como lo entienden los partidarios de una concepción subjetiva del injusto o personal-subjetiva, sino que los deberes surgen o emanan de los derechos, lo que

demuestra su primacía, relevancia y privilegio en el campo jurídico de la protección de intereses jurídicos; el lugar que ocupa un artículo en un código así lo simboliza y significa, encontrando primero la regulación de los derechos en el Capítulo I del Título II que el de los deberes, en el Capítulo 5 del mismo; el “ejercicio de los derechos implica responsabilidades, reza el artículo 95”, lo que demuestra la dependencia de los segundos de los primeros y, por su fuera poco, en el artículo 1 la dignidad de la persona, como fundamento del orden jurídico en un Estado antropocéntrico, se encuentra de primero que sus matizaciones interés general y solidaridad, expresiones de un Estado sociocéntrico.

La dignidad de la persona como aspecto rector de la fundamentación del orden jurídico debe ser interpretada de una manera muy estrecha con el libre desarrollo de la personalidad, concebido en términos intersubjetivos y alterales, requiriéndose:

- i) la exteriorización de un “acto” humano como se desprende de los artículos 1, 16 y 29 de la Carta Política.
- ii) mismo que debe ser considerado como antijurídico por el orden jurídico, registrado en la legalidad de manera previa, escrita, expresa, estricta y completa lo antinormativo penalmente y bajo el manto del ordenamiento jurídico en general y conglobadamente como lo postula Zaffaroni.

⁵⁸⁹ Aquí la expresión “alteral” se utiliza con respecto del “yo” con referencia al mundo y a los intereses y derechos de los “otros”.

iii) llevado a cabo sin justa causa -antijuridicidad formal-.

iv) con afectación de los derechos constitucionales de los demás por puesta en peligro efectiva o lesión -antijuridicidad material y bien jurídico penalmente tutelado de necesaria relevancia constitucional-.

v) de manera culpable en cuanto acto realizado por sujeto responsable (artículo 29); según el artículo 16 no es cualquier derecho el que puede limitar el libre desarrollo de la personalidad; si se admitiera que lo fueran los infraconstitucionales, la Carta Política se negaría a sí misma.

Es claro que allí se encuentra presente la clave de bóveda de la dignidad de la persona, que consiste en reconocer más allá de los atributos de consideración del ser humano como un fin en sí mismo, las dimensiones esenciales de lo humano, caracterizado el hombre como un sujeto de responsabilidades que lleva a cabo comportamientos bajo el prisma de una:

A) consciencia técnico-práctica, que da cuenta de conductas i) dirigidas, ii) previsoras, iii) planificadas y iv) mancomunadas.

B) consciencia ético-práctica o consciencia valorativa, donde se establece que registra comportamientos i) conforme con el debido seguimiento de deberes jurídicos heterónomos y ii) con capacidad de exigibilidad, fundamentos de la responsabilidad subjetiva⁵⁹⁰.

No basta el comportamiento exteriorizado y las relaciones de causalidad entre causa y efecto desplegados, se requiere de una resignificación del acto humano como esencialmente social, lo que emana del artículo 26 de la Carta Política al contemplar como tarea de intervención del Estado la de supervisión y control de las conductas que producen riesgos sociales, mismos que no pueden ser prohibidos sino solo regulados, a partir de lo cual, cuando se hace efectivo, surge la distinción entre riesgos jurídicamente aprobados o permitidos y riesgos jurídicamente desaprobados o prohibidos, esto es, manifestándose el ámbito valorativo-normativo de la imputación objetiva como se reconoce por los artículo 9 inciso 1º, 23 y 25 del Código Penal.

El Estado Liberal de Derecho nos suministra el dato y balance valorativo de la sanción penal como necesaria e imprescindiblemente proporcional a lo antijurídico y a lo cul-

⁵⁹⁰ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de derecho penal en Revista derecho penal y Criminología No 93, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Julio-Diciembre 2011. También en Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Neuroderecho penal y disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 69 a 94; Carlos Arturo Gómez Pavajeau & Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero. Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022, pp. 444 y ss.; y Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Carolina Gutiérrez De Piñeres Botero. Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

pable; el Estado Social lo relacionado con el poder de incidencia para la configuración de una realidad social, política y económica dentro de la cual se pueda desarrollar libremente la personalidad y el talento individual y cooperativo del ser humano, concibiendo:

i) la misión principal de la organización política como instrumental respecto de la protección de los derechos humanos o fundamentales.

ii) siendo el derecho penal el instrumento más poderoso y altamente lacerante de la libertad individual.

iii) por lo que debe ejercerse una función preventiva general y especial de la pena acorde con el principio de subsidiariedad.

iv) limitando la intervención penal a los derechos fundamentales más importantes en cuanto toman la característica de bienes jurídicos penalmente tutelados, vi) a través de una dogmática del Derecho penal de acción mínima.

vii) de un derecho penal de omisión doblemente mínimo, que limite cualitativamente dicha intervención solo en vista del fuero externo del individuo.

viii) subsiguientemente, si se constata un abuso de la libertad o un ejercicio de los derechos más allá de los propios, injiriendo los de otro, se examina el fuero interno.

ix) de manera limitada cuantitativamente, exclusivamente en lo que tiene que ver con la responsabilidad subjetiva.

x) no eticizada, ajustada a los conceptos jurídico-técnicos de dolo o culpa.

xi) por lo que, para adquirir una eficaz y eficiente limitación, la consideración de la infracción de la norma debe conducir a un juicio limitado del comportamiento en el marco de un análisis prioritario y prevalente de la norma objetiva de valoración como elemento fundante del injusto.

xii) de la norma subjetiva de determinación como elemento cofundante, en el marco justo de un injusto general-objetivo y no personal-subjetivo o similares a este, pero encubiertamente solapados con otros criterios que conllevan a las mismas y exactas consecuencias, incompatibles con el principio de subsidiariedad; no limitan la intervención penal a lo estrictamente necesario.

El derecho penal tradicional de corte dogmático, por tener como centralidad la ley positiva del Estado, la sistematicidad de su interpretación, la lógica formal en el entendimiento de la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad, por lo que en consecuencia solo en la crítica para la reforma cumplía un papel destacado de progreso, cuando no de retroceso, necesitaba urgente remozamiento; sin embargo, ante el advenimiento del constitucionalismo moderno la ley penal:

i) solo puede ser entendida en términos de la interpretación más adecuada a la Carta Política.

ii) la sistematicidad debe ser penetrada por la teleología, la axiología y la sociología.

iii) la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad entendidas como referentes materiales o sustanciales más allá de la lógica formal.

iv) dando paso a la lógica material y a la justicia material como valores inherentes a la axiología constitucional⁵⁹¹; por lo que,

vi) ya no es necesario esperar a la reforma legislativa para el cambio del derecho penal, al menos en el significado del favor rei; sino que,

vii) el juez como garante de la justicia material en cierta forma asume dicha función actualizando, revitalizando o matizando la ley que se ha quedado de alguna manera petrificada; en él se deposita la confianza por el constituyente, desplazando en ello de alguna manera la vieja tarea del legislador, tiene juez el poder y el protagonismo suficiente para la

mejora del problema penal de la mano de la Constitución; habida cuenta que,

viii) en ello lo apoya una interpretación a partir de principios, valores y derechos constitucionales fundamentales como se desprende de manera categórica de los artículos 1, 2, 4, 5, 29, 85, 86, 93, 94, 228, 229 y 230; la dogmática se debe entender como un supra método de interpretación integral e integrado de la ley; donde,

ix) esta es apenas un insumo para la configuración del Derecho o del orden jurídico⁵⁹²; y,

x) mismos que se construyen en colaboración armónica entre el legislador y el juez muy a pesar de la separación jerárquica y funcional de los poderes públicos desde una perspectiva constitucional moderna (artículo 113 constitucional), para definir material

⁵⁹¹ Precisamente, a ello se refiere la doctrina, cuando da cuenta de que la justicia debe ser entendida de “un principio superior de justicia” al cual deben atenerse los jueces que responsan cabalmente a la axiología constitucional, donde va más allá de la lógica formal y se atiene a los hechos de la realidad, sin quedarse estático en su oficina y en los expedientes, para cumplir con lo demandado por la Corte Constitucional en Sentencia T-264 de 2009, según la cual ya el juez moderno ha superado aquella etapa en que se mostraba y comportaba como un “frío funcionario que aplica irreflexiblemente la ley”, debiendo actuar con clara proyección “más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos”, según se estableció en sentencias C-159 de 2007 y SU-768 de 2014. En consecuencia, ante los casos difíciles, “no basta con acudir a silogismos jurídicos, ni encerrarse en la soledad epistémica de los códigos”: Fajardo Rivera, ¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos?, ob.cit, pp. 648 y ss.

⁵⁹² La filosofía del Derecho en Alemania y la respectiva Carta Política de la misma, son claros en destacar la diferencia entre ley y Derecho; su sinonimia o identidad ley-derecho-justicia propició y facilitó el caos y el colapso del Estado Constitucional de Derecho por obra del nacionalsocialismo alemán, fenómeno similar vivido por otro tipo de fascismo en diferentes países europeos. Así, el numeral 3º del artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn separa muy claramente ley y Derecho: El Poder Legislativo (Die Gesetzgebung) estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo (Die Vollziehende Gewalt) y el Judicial (Die Rechtsprechung) estarán sujetos a la ley y al derecho.

y sustancialmente los presupuestos de la responsabilidad penal -categorías y subcategorías dogmáticas- y de la punibilidad, en forma compatible con los principios y valores del Estado Social y Democrático de Derecho.

Como lo afirma la doctrina, “el derecho material determina el programa que debe ser desarrollado” y la “responsabilidad por la solución justa de los casos particulares se traslada progresivamente de la ley al tribunal”⁵⁹³.

La Corte Constitucional ha dicho que “los principios expresan normas para el presente” y, por sí mismos, “los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial”⁵⁹⁴.

El Estado Social comporta una “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”, dice la jurisprudencia constitucional. Agrega que la pretensión racionalista de prever todos los conflictos y asignarles jurídicamente por la norma una solución es algo infructuoso, requiriéndose, por tanto, un juez que sirva “para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad”, desplazándose la importancia de la va-

lidez formal y material contenida pretendidamente en la ley, hacia la decisión judicial en tanto compromiso con “la defensa de los contenidos materiales”⁵⁹⁵.

La jurisprudencia constitucional reconoce un nuevo papel del juez, el órgano del Estado mejor adaptado para ajustarse a la “realidad viviente de los litigios”, el mejor capacitado para “lograr una adaptación del derecho a la realidad social” y por tanto concluye contundentemente:

a) La Carta Política de 1991 ha adoptado una nueva estrategia para asegurar la eficacia de los derechos fundamentales, consistente en “otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales”.

b) Para ello entiende que “el juez, en el Estado Social de Derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido, la legislación y la decisión son procesos de creación de derecho”, lo cual se logra con la utilización de una “lógica de lo razonable”⁵⁹⁶.

⁵⁹³ KLAUS VOLK. Los principios del proceso penal y la sociedad posmoderna: contradicciones y perspectivas en Constitución y sistema acusatorio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

⁵⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-406 de junio 5 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón en Gaceta Constitucional Tomo 2, junio de 1992, p. 199.

⁵⁹⁵ Ibidem, pp. 196 y 197.

⁵⁹⁶ Ibidem, pp. 200, 201 y 210.

Así se confirma por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia - sin que ello implique suprimir, disminuir o deteriorar las responsabilidades propias del ejecutivo- (artículo 152 literales a. y b. de la Carta Política), misma que hace Bloque de Constitucionalidad, donde se dispone que “la administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional” (artículo 1); “el Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia” (artículo 2), “la administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme

con la competencia que les fije la ley” (artículo 7), lo que presupone la justicia material sobre la formal y “es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso” (artículo 9), lo que ratifica el deber de los jueces, como consustancial a la garantía de acceso efectivo a la Administración de Justicia, se buscar el logro de la justicia material o sustancial, demandada de manera clara por el Preámbulo constitucional al establecer el principio de la “justicia social”⁵⁹⁷, misma que debe ser derrotero del juez; no son pocos los ejemplos de “disociación entre el derecho y la realidad -afirma Fajardo Rivera, citando la Sentencia T-526 de 1992- '[que se constituye en] una disfunción contra la cual había que luchar de manera permanente’”⁵⁹⁸, tal como se desprende y emana de los artículos 1, 2⁵⁹⁹, 5, 93, 94 y 228 de la misma.

⁵⁹⁷ El valor normativo del Preámbulo es indiscutible hoy en día; “goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaure”, de manera que una norma que se oponga al mismo o “quebrante los fines en él señalado, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios” estableció la Corte Constitucional en Sentencia C-479 de 1992 y así lo refrenda la doctrina: ÁLVARO TAFUR GALVIS. “El control de constitucionalidad en Colombia: de la Corte Suprema de Justicia a la Corte Constitucional. La transición” en 30 Años del proceso constituyente y la Constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico & Juliana Oliveros Suárez [Coordinadores], Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas & Universidad del Rosario, 2022, p. 167.

⁵⁹⁸ Fajardo Rivera, ¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos?, ob.cit, p. 650.

⁵⁹⁹ Contundentemente se afirma que la expresión “garantizar la efectividad” de que da cuenta el artículo 2 constitucional implica el entendimiento acerca de que “tener un derecho, según la Constitución de 1991, no es disfrutar de una expectativa o de una aspiración que tiene rango constitucional”, significa “tener poder, puesto que cada derecho es un límite sustancial que toda autoridad debe respetar, aun obrando dentro de su órbita de competencia con el respaldo de la mayoría”: Manuel José Cepeda Espinosa. ¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente? en 30 Años del proceso constituyente y la Constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico & Juliana Oliveros Suárez [coordinadores], Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas & Universidad del Rosario, 2022, p. 192.

El Código Penal es una muestra irrefutable de tal forma de pensar; por la vía de los principios y valores constitucionales de justicia material, igualdad material y autorización para la aplicación de la analogía permissiva (artículos 1, 2, 6, 7, 11, 12 y 13), rompe con la rigurosidad de la ley por virtud de la aplicación judicial directa y sin necesidad de desarrollos legales de la valoración constitucional y convencional, dando campo para la materialización de la idea central de que en nuestro nuevo orden jurídico se desconfía del legislador como hacedor de justicia material, pero dicha confianza se deposita en el juez⁶⁰⁰.

El anterior es el programa penal de la Constitución y del derecho penal material, el cual debe ser vertido al proceso penal.

La Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996, sobre control previo de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, determinó que en lo que atañe a esta “cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador en el tráfico jurídico” y los principios de eficacia, celeridad, eficiencia, economía, imparcialidad e

igualdad consagrados por el artículo 209 de la Carta Política para la “función administrativa”, “resultan igualmente aplicables y demandables frente a quienes desempeñan la función oficial”⁶⁰¹.

Posteriormente, dijo que “no sobra precisar que la Constitución hace referencia a las expresiones función pública y funciones públicas de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de funciones públicas por los servidores públicos. Cabe recordar, asimismo, que la Constitución califica expresamente como funciones públicas la administración de justicia (CP, art. 228) y el control fiscal (CP, art. 267), en tanto que el artículo 209 se refiere a la función administrativa (CP, art. 209) especie dentro del género función pública”⁶⁰².

Es integral en cuanto en el ámbito de las interpretaciones insulares no se desechan la gramatical-literal por la exegético formal, sino que se aprovecha y mejora, igual como sucede con respecto a ellas y la obtención del espíritu histórico del legislador o la actualización normativa con base en la opinión del legislador contemporáneo obrado por

⁶⁰⁰ Así lo hemos sostenido en «Aspectos político-jurídicos que informan el Nuevo Código Penal» en Estudios de dogmática en el Código Penal de 2000 y en «Sistemática de las eximentes de responsabilidad», con la coautoría de María Marta Gómez Barranco, Universidad Externado de Colombia, 2021.

⁶⁰¹ La Corte Constitucional ha reiterado pacíficamente tal posición, incluso señalando que por tales principios también queda cobijada la actividad procesal de las partes; según sentencias C-365 de 2000 y T-1014 de 1999.

⁶⁰² Corte Constitucional, Sentencia C-988 de noviembre 29 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Fundamento jurídico 3.3.2, cita n.º 33.

el juez, lo cual resulta aprovechado cuantitativa y cualitativamente por las interpretaciones contextuales como la sistemática en primer lugar -Jurisprudencia de conceptos-, mejorada y aprovechada esta por la teleológica -Jurisprudencia de intereses- y a su vez, culminando en estos momentos históricos por la acumulación de saberes previos por la axiológica-sociológica o dogmática axiológica -Jurisprudencia de valores-, que irradia a todo el ordenamiento supralegal e impone una interpretación conforme con la Carta Política, única y verdadera interpretación existente; no puede seguirse admitiendo que existen otras formas de interpretación si la Constitución es norma de normas.

Es integrado el supra método de interpretación de la ley en cuanto pone en contacto el ordenamiento jurídico interno con el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, mismo que cual faro que alumbra el triángulo constitucional, ahora convertido en prisma de refracción de la luz proveniente de los derechos humanos consignados en los tratados internacionales, hace que su concepto se desdoble en una visión como fuente del Derecho y a la vez, como cara de la misma moneda, como método de interpretación, según lo dispone el artículo 93 en sus incisos 1º y 2º.

El triángulo constitucional, formado por un vértice inferior izquierdo correspondiente al derecho penal desde el ámbito legal, el superior por el Modelo de Estado o Carta Política y el inferior derecho por los derechos fundamentales desde la perspectiva de los modelos de Estado, de derecho penal y de derechos fundamentales de la

primera, segunda, tercera y hasta cuarta generación o, en términos de mayor rendimiento del Estado Liberal, Democrático y Social en fórmula sintética, sincrética y sincrónica genera el cierre del triángulo del derecho penal Constitucional, con tres lados reciprocantes y auto influenciados respecto de cada uno de sus vértices, muestran que el bien jurídico penal que emana de los derechos fundamentales debe ser concebido, por supuesto en clave de derecho penal de ultima ratio o mínima intervención a partir de la idea de derechos fundamentales de autonomía o individuales-personales, derechos fundamentales de participación, derechos fundamentales de prestación y derechos fundamentales por especificación del objeto y del sujeto, transformando los contenidos del modelo romano-germánico del derecho.

Ese triángulo constitucional devenido ahora en prisma, cuando es iluminado por el faro refractor de los derechos humanos internacionales, descompone la luz blanca en sus originales colores, lo que activa el necesario e inexorable control de convencionalidad, a través del cual se materializa lo ordenado por los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con lo cual transitamos del derecho penal Constitucional al Derecho Convencional. Esto permite un examen a fondo y en esencia de cada derecho, en cuanto los elementos del orden jurídico se descomponen y se comparan en búsqueda del estándar de garantías más alto, para configurar la operatividad plena del principio pro homine o pro libertate.

Así se potencia la doctrina en su política criminal y dogmática jurídica de la teoría del delito, mostrando como la ideología liberal se transforma en derecho en lo que va de Beccaria a Carrara y Feuerbach, precursores estos de la construcción de una teoría del delito que parte de una base de los derechos humanos el segundo o de los derechos subjetivos de la persona el tercero. Allí se produce una transformación del ideal político en derecho, así sea considerado ius naturalista racionalista, con el poder que le otorga la racionalidad y la razonabilidad, aportando el método axiomático o por principios al sistema, al cual se incorpora y opera de manera deductiva, en vía de su institucionalización social y jurídica por el positivismo legalista, que posteriormente devendrá en positivismo valorativo o crítico en la teoría constitucional moderna -ejemplos paradigmáticos los artículos 5 y 94 de la Carta Política y 29 literales c) y d) de la Convención Americana de Derechos Humanos-.

Modernamente, Ferrajoli parte de los ideales de la ilustración y del liberalismo político, haciendo cierta abstracción del derecho positivo, lo cual no sucede en el pensamiento de Bricola, quien también bebe en los principios y valores constitucionales, pero apoya sus argumentaciones y propuestas en la Carta Política y los valores constitucionales, algo parecido a lo que tiene ocurrencia en nuestro medio con Fernández Carrasquilla y Nódier Agudelo Betancur, respectivamente.

Todos los autores mencionados parten de la necesaria consideración para la solución de problemas penales de lo antropocén-

trico y lo sociocéntrico, balanceando los principios y valores, unos más marcados por la ideología y otros en igual forma, pero tomando partido por ella cuando se ha incorporado como valor en las normas positivas. Creemos que aquí, en dicha cúspide, se encuentra Nódier Agudelo quien parte del ideal político-social pero debidamente institucionalizado en principios, valores y derechos constitucionales fundamentales, lo que permite por su reciprocidad, el surgimiento de una dogmática de apertura y de alguna manera abierta y no cerrada en términos herméticos como en el positivismo rígido, lo que muy bien se podría llamar como constitucionalismo ius positivista valorativo o un iusnaturalismo crítico armónicamente entendidos y compenetrados con el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos que muestra la misma naturaleza jurídica. Ello permite controlar los excesos y radicalismos de teorías de marcada tendencia sociocentrista, donde pareciera que el rasgo antropocéntrico del Estado se estuviere desdibujando y difuminando, como sucede en el marco epistemológico del funcionalismo sistémico o radical, donde el sujeto del conocimiento desaparece y el producto Derecho deviene de la práctica social, obviamente sin un claro responsable de su inferencia, de tal manera que la muy poca claridad del método, su incontrollabilidad y ante un objeto con rasgos plastilínicos al que se le podría dar cualquier forma, parecen anunciaran el ocaso del Estado de Derecho tal cual como hoy lo conocemos.

La racionalidad y razonabilidad del concepto de República adoptado por el artículo 1 de la Carta Política de 1991 permite seguir

anclados en los principios, valores y derechos constitucionales antropocéntricos en equilibrio con lo social, que se expresa en la solidaridad y en la prevalencia del interés general. La síntesis, lo sincrético y la búsqueda de la sincronía de conceptos aparentemente contradictorios es la tarea y reto por asumir por un derecho penal Constitucional.

Esa racionalidad y razonabilidad, como aspectos esenciales de la legitimidad de la intervención penal construida a partir del artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886 perdura y se ha potenciado exponencialmente con la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional, en desarrollo de la Carta Política de 1991.

Básicamente, se expuso en dichas sentencias hitos de la primera mitad de los años ochenta del siglo XX, que La Constitución Política de 1886 se refería al principio de culpabilidad en su artículo 26, y en la Sentencia n.º 84 de 1983 (Proceso n.º 1078), proferida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia cuando ejercía el “control de constitucionalidad” en nuestro ordenamiento jurídico. Señaló que existía un “principio de legalidad punitiva” que resultaba propio del “constitucionalismo y pilar esencial de su doctrina”. Entre algunos de sus componentes se encontraban la preexistencia de la ley, su jerarquía constitucional o legal autorizada por la primera, su preexistencia al he-

cho punible, vigente en el momento de su ocurrencia, con redacción expresa, cierta, clara, nítida, inequívoca, exhaustiva y delimitadora, con prohibición de la analogía peyorativa y sí favorable al reo⁶⁰³. También precisó que “toda norma sustancial de naturaleza punible, tanto delictiva como contravencional, disciplinaria o correccional, debe ser de carácter y jerarquía constitucional o legal, o autorizada por la ley conforme a la Constitución”.

La figura de los principios del derecho penal, enarbolados como “textos abiertos” en clave de principios, valores y derechos fundamentales, resultaba obvia para el magistrado Manuel Gaona Cruz, que regresaba de doctorarse en Francia y traía muy claro este concepto; así como su disposición intelectual para las interpretaciones pro homine, en cuanto facilitan la libertad y el ejercicio de los derechos constitucionales y convencionales⁶⁰⁴, del mismo modo en que se ofrecía desde mucho antes en los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la sentencia de la misma corporación de junio 5 de 1975, retomada por la Sentencia n.º 51 del 14 de abril de 1983 (Proceso 1062-152 E), de la cual fue coponente con Carlos Medellín Forero, se afirmó sin ambages que “el régimen jurídico punitivo comprende

⁶⁰³ Gaceta Judicial n.º 2413, Jurisprudencia Constitucional Segunda Parte, Bogotá, Imprenta Nacional, 1989, pp. 532 y ss. Cfr. Para esta y las sentencias que se citarán en adelante de la Corte Suprema de Justicia, ver a Manuel Gaona Cruz, 1988, pp. 219 a 237.

⁶⁰⁴ Para el aporte al derecho constitucional de las declaraciones y tratados sobre derechos humanos, ver la aclaración de voto a la Sentencia del 1 de septiembre de 1983, proceso 1075, en Gaona Cruz, ob. cit., pp. 145 a 147.

diversas disciplinas o especies, a saber: el derecho penal, el derecho contravencional, el derecho correccional, el derecho de juzgamiento político punible (impeachment) y el derecho disciplinario o correctivo de la función pública”. Dice, de manera clara, que con el derecho penal lo que se “tutela y busca preservar de manera esencial es un bien jurídico de naturaleza social, cuya transgresión determina un peligro o un daño para la comunidad”.

Hace parte, además de dichos principios, lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia llamó “principio de demostrabilidad”, ya elucidado en la Sentencia n.º 5 del 10 de febrero de 1983⁶⁰⁵, refrendado en la Sentencia n.º 17 del 7 de marzo de 1985 (ambas con ponencia de Gaona Cruz) y derivado de la “civilización ecuménica de los pueblos, lo que proscribe e invalida todo tipo de punible, cualquiera que sea su especie, de responsabilidad escueta y ex post facto”, por lo que “un hecho punible que no se pueda demostrar no da lugar a punibilidad”. Todo lo anterior asegura que la dogmática disciplinaria no solo debe ser teóricamente correcta, sino que debe dar un paso hacia adelante, en su praxis, para convertirse en dogmática practicable.

Todos los principios constitucionales del derecho penal derivados de la Constitución Nacional de 1886, a partir de su artículo 26, han sido refrendados por la Corte Constitucional colombiana muy especialmente a partir del contenido del artículo 29⁶⁰⁶. No obstante, muy a pesar de que el principio de demostrabilidad ha sido admitido aunque implícitamente por la jurisprudencia de la constitucional, muy especialmente cuando, por ejemplo, niega las presunciones en materia penal vía estrategias procesales o probatorias, pero también con referencia a estrategias sustanciales como sucedía con la legitimación de la presunción iuris et de iure de la peligrosidad en los delitos de peligro abstracto o presunto, echamos de menos mayor claridad y sobre todo la manifestación expresa de su regencia y vigencia, sobre todo en estas épocas donde el eficientismo penal producto de la tecnocracia penal vía estrategias mencionadas, pero muy sensiblemente por la sustancial que enmascara el tema probatorio, se está observando un giro donde las instituciones penales no requieren demostración sino parece ser suficiente con su argumentación para darlas por supuestas para los efectos de la declaratoria de la responsabilidad penal, tal cual sucede por ejemplo con las últimas tendencias en la

⁶⁰⁵ “[...] un hecho punible que no se pueda demostrar no da lugar a punibilidad, y resulta invalidable frente al orden jurídico el condenar por una conducta que por insuficiente, equívoca o ambigua no se puede demostrar. O sea que, en rigor partiendo de la institucionalización del juez competente, apto y natural, la determinación de una conducta típica, antijurídica y culpable se halla fusionada dentro del principio que, no obstante, la penuria del lenguaje, podría denominarse de ‘demostrabilidad’, el cual presupone no solo la claridad normativa de la descripción de una conducta sino la comprobación de esta”.

⁶⁰⁶ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Introducción al derecho penal Constitucional*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2018.

conceptualización del dolo, la culpa y la consciencia de la antijuridicidad; el “puede ser” ha sido reemplazado por el “debe ser”, y por esa vía encubridora de la demostración, vía especulación casi que metafísica no lo que resulta probado sino lo que debe ser entendido conforme con una renormativización radical de las instituciones penales, tal cual lo que sucede con afirmaciones como la de Lesch cuando, siguiendo a Hegel, señala desde el ámbito de la culpabilidad, utilizando un argumento filosófico con alguna apariencia antropocéntrica en tanto se liga con el concepto de dignidad del ser humano, muy parecido en malabarismo argumentativo al expuesto para liquidar al concepto de antijuridicidad material; al sujeto se le responsabiliza de un acto como culpable, en tanto debió conocer muy a pesar de no haber conocido, en nombre de la dignidad de la persona; de lo contrario equivaldría a tratarlo como se trata a un perro con un garrote, como contrargumento en favor de la dignidad, por lo que, en consecuencia, se honra a la persona en su dignidad responsabilizándola muy a pesar de que no conoció o pudo conocer lo antijurídico o ilícito de aquello por lo cual se le incrimina, esto es, no conoció o incluso no pudo conocer, sino porque simplemente que como “sujeto debió conocer”, lo que se encumbra como requisito mínimo y básico para inferir responsabilidad⁶⁰⁷⁻⁶⁰⁸.

La llamada interpretación pro homine no solo refrenda el carácter antropocéntrico de nuestro Estado, imponiendo además la vigencia del llamado principio de demostrabilidad, también cumple un papel decisivo cuando el derecho fundamental al debido proceso pueda verse en oposición a otro valor constitucional, especialmente como sucede con el referido al interés general, tensión siempre visible cuando a aquél se anteponen justicia como sentimiento de percepción ciudadana y eficacia. No hay duda de que allí debe imponerse siempre, y en todo caso, la noción de debido proceso:

Esta Corporación no duda en señalar que en caso de que no pueda establecerse una armonización concreta de los principios constitucionales en conflicto, debe darse preferencia al derecho fundamental al debido proceso; la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse a riesgo de sacrificar los derechos fundamentales de las personas. La justicia está al servicio de esos derechos, por lo cual en estos casos no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (CP art. 1º) sobre el particular, pues en tales eventos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona

⁶⁰⁷Heiko Harmut Lesch. El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional, Juan Carlos Gemignani [Trad.], Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 167 a 172, 224, 302 y 304.

⁶⁰⁸Alfredo Alpaca Pérez. Teoría de las normas e injusto penal, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 58 y ss.

(CP art. 5º). Por ello, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general prima siempre sobre el particular. En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo pues "condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías -y a esas minorías radicales que son las

personas- de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado" (resaltado fuera de texto) Sentencia T-669 de 1996⁶⁰⁹.

Tampoco puede olvidarse el intérprete de acuerdo con el artículo 229 de la Carta Política, por ningún motivo, que "el acceso a la administración de justicia no debe entenderse en un sentido puramente formal, en cuya virtud pueda una persona acudir a los tribunales, sino que radica sobre todo en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de que quien espera resolución -ya por la vía activa, ora por la pasiva- la obtenga oportunamente"⁶¹⁰.

Allí, sin duda alguna, subyace el principio según el cual el derecho sustancial prevalece sobre cualquier otro, en tanto "principio rector de la administración de justicia" contenido en el artículo 228 de la Carta Política ⁶¹¹.

Por tanto, cobra singular importancia lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, sobre los principios moduladores de la actividad judicial, que permite y facilita la práctica de un positivismo valorativo o ius naturalismo crítico, al disponer una sabia regla que, de alguna manera, en nuestro sentir, resume todo lo que aquí se ha dicho y

⁶⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-784 de 2000.

⁶¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-190 de 1995.

⁶¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-382 de 2001.

materializa el pensamiento de Nódier Agudelo Betancur:

Moduladores de la actividad procesal. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

Por supuesto, tan magnífica y preciada facultad, ejemplo de equilibrio en el juez moderno y propio del Estado Constitucional de Derecho, debe tener como norte irredimible el principio orientador de toda actividad estatal, como es la de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

Capítulo 2.

Derecho constitucional y derecho disciplinario

Parte la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en vigencia de la Constitución Nacional de 1886 de una potente idea fundada en la analogía de valores o axiológica, muy modernamente concebida; en cierta forma parifica la situación del derecho disciplinario con el derecho penal, concibiéndolos como especies del mismo género, a través del cual se transmite a aquellos los principios y garantías constitucionales reconocidos expresamente para lo penal, en un juego de similitudes que va de la especie penal al género derecho sancionador y de este a la especie disciplinaria, en un fulgurante jurisprudencia de la primera mitad de los años ochenta del siglo pasado, hoy complementada y pulida por la Corte Constitucional, en lo cual, por supuesto, como novedad se ha extendido a un concepto de derecho disciplinario privado, fundado en los efectos horizontales de los derechos constitucionales fundamentales impulsados por el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos, ahora reconocidos por el artículo 86 de la Carta Política, pero que ya se vislumbraba en el pensamiento de Agudelo Betancur en sus escritos y de

Gaona Cruz en su doctrina judicial de la de Constitución Nacional de 1886; no obstante, muy seguramente iluminados ambos a partir de la vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos integrados a nuestra legislación interna por las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, donde los efectos horizontales de los derechos humanos aparecen como indiscutibles y exigidos para las obvias relaciones entre los particulares, como se desprende de los artículos 5 y 29, respectivamente, de una y otra convención.

Esa analogía axiológica aparece reconocida en el artículo 92 de la Carta Política de 1991 y la jurisprudencia constitucional ha seguido profundizando en las relaciones especie-genero-especie entre derecho penal y derecho sancionador para develar los principios del derecho disciplinario.

Ya en nuestro trabajo sobre fundamentos del derecho disciplinario colombiano, que recopila conferencias internacionales sobre la materia, muy especialmente la titulada *Aspectos*

decisivos que determinaron, determinan y determinarán la evolución del derecho disciplinario en Colombia, hemos expuesto⁶¹²:

Los deberes de los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, consagrados en el artículo 6.º de la Carta Política – sobre principios fundamentales del Estado –, complementados por los artículos 116 inciso 4.º y 123 inciso 3.º, se encuentran intensificados frente al de los simples particulares, de los cuales correlativamente surgen derechos de todo ciudadano y personas jurídicas para “solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas” (artículo 92 *ibidem*). Esos deberes intensificados de los cuales se ocupa el derecho disciplinario dan origen a la llamada “relación especial de sujeción a cargo de quienes realicen funciones públicas”, con la advertencia de que se hace a continuación respecto de

los particulares que ejercen funciones públicas, frente a la “relación general de sujeción a cargo de los simples particulares”.

Pero, además de ello, existen ciertas funciones públicas que demandan una intensificación mayor de los deberes que en el campo del servidor público estándar, dada su naturaleza trascendental y necesidad de exigencias mayores fundadas en una “finalidad primordial” como sucede con las Fuerzas Militares (artículos 216 y 217 inciso final de la Carta) o en un “fin primordial”, caso de la Policía Nacional (artículos 216 y 218 inciso final, *ibidem*), que impelen al legislador a construir legalmente “régimenes disciplinarios especiales”, de lo cual se colige que la de los servidores públicos en general es una “relación especial de sujeción estandarizada” y la de los régimenes especiales una “relación especial de sujeción intensificada bien por integración o bien por complementación”⁶¹³⁻⁶¹⁴;

⁶¹² Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Fundamentos del Derecho Disciplinario Colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 255 y ss.

⁶¹³ Los casos paradigmáticos de relaciones especiales de sujeción intensificadas por integración son los régimenes disciplinarios de la fuerza pública y los intensificados por complementación: los de los servidores de la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y otros [artículos 152 literal b), 253 y 279 de la Carta Política].

⁶¹⁴ Para el efecto, hemos desarrollado un Derecho Disciplinario Judicial:

a. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Derecho Disciplinario Judicial*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.

b. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Dogmática Disciplinaria Judicial*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015;

c. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Derecho Procesal Disciplinario Judicial*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015;

d. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Pruebas y Policía Judicial Disciplinaria*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015, y

e. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *La oralidad en los procesos jurisdiccionales disciplinarios*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.

por ende, la de particulares que ejercen funciones públicas y las de los profesores universitarios de las universidades públicas, dada su autonomía, ofrecen la visión de “relaciones especiales de sujeción atenuadas” (artículos 69 inciso 2.º, 123 inciso 3.º y 210 inciso 1.º segunda parte, *ibidem*)⁶¹⁵.

El concepto de debido proceso, al aplicarse a –y a toda clase de– actividades “judiciales” y “administrativas”, en cuanto tal mandato perentorio preside la regulación –inciso 1.º, del debido proceso⁶¹⁶–, expresado en otras instituciones que le siguen en los incisos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del artículo 29 de la Carta⁶¹⁷, extiende de manera expresa y tácita las garantías encarnadas en los principios de legalidad, autoridad judicial o administrativa competente determinada *ex ante facto*, formas propias del juicio –debido proceso formal–, favorabilidad, presunción de inocencia - no culpabilidad, derecho de defensa material y técnica, proceso público sin dilaciones injustificadas, principio de contradicción y derecho a la prueba, impugnación

de la sentencia condenatoria, prohibición de *non bis in idem* y derecho a la prueba lícita a la materia disciplinaria; los que se complementan con garantías de no injerencia en la vida personal y familiar, prohibición de violentar el domicilio, prohibición de modificar peyorativamente en segunda instancia, prohibición de exigir declarar en contra de sí mismo o familiares y prohibición de sanciones irredimibles, salvo cuando se afecten bienes del Estado (artículos 28 inciso 2.º, 31, 33, 34 y 122 *ibidem*).

Surge de allí que instituciones de alto rai-gambre garantista del derecho penal se aplican también al derecho disciplinario, como los principios de legalidad, de lo contrario a derecho y de culpabilidad, así como los principios sancionatorios. El de legalidad ya venía impuesto por los artículos 2.º, 4.º inciso 2.º, 6.º, 95 incisos 1.º y 2.º, 121, 122 inciso 1.º, 123 incisos 2.º y 3.º, 124 y 150 numerales 1.º y 23; el de contrariedad con el derecho por los artículos 2, 90 –daños anti-jurídicos... causados por la acción o la omi-

⁶¹⁵ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Sobre los orígenes de la relación especial de sujeción y sus repercusiones actuales, en *La relación especial de sujeción. Estudios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 13 y ss.

⁶¹⁶ De manera diáfana y sin hesitación alguna, es muy importante y significativo tener conciencia actualizada de lo que establece el numeral 1.º del artículo 8 –sobre garantías judiciales– de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al extenderlas a todo tipo de proceso, judicial o administrativo, al afirmar de manera rotunda que se aplican a procesos fiscales y “de cualquier otro carácter”, alto nivel de garantías que debe ser respetado en el orden interno por virtud de lo dispuesto en sus reglas de interpretación expresa y explícitamente formuladas –artículo 29– y en el artículo 93 de la Carta Política.

⁶¹⁷ Se dice que dada “la superioridad de rango atribuida por la Constitución a los derechos fundamentales” y la máxima según la cual “los derechos fundamentales [son] derecho directamente aplicable”, los administradores de justicia “deben situarse al lado de las decisiones fundamentales de la Constitución y promover su ejecución frente a eventuales posiciones del mismo constituyente contrarias a aquéllas”; Otto Bachof. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra, 2010, p. 51.

sión de las autoridades– y 91 –infracción manifiesta de un precepto constitucional y eximentes de responsabilidad– y el de culpabilidad por el principio de la dignidad del ser humano (artículo 1).

El objeto de la relación general de sujeción, demandable de todos sin distinción, es la “conducta en interferencia intersubjetiva” (artículo 16 de la Carta Política), el de los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas sometidos a una relación especial de sujeción es la “conductas de las autoridades públicas”, “conducta oficial” o simplemente conductas sin hacer alusión a interferencia de derechos como fundamento del ilícito (artículos 92, 118 y 277 numeral 6.º *ibidem* y artículo 19 –modifica el artículo 257– del Acto Legislativo 2 de 2015).

Incluso, el párrafo transitorio del artículo 8.º del Acto Legislativo de 2015 es más explícito en su literal a) en señalar que el objeto del derecho disciplinario es la “conducta” y el estudio de las conductas que originen “ausencia de responsabilidad” –también se habla de “eximentes de responsabilidad” por el artículo 211 inciso 2.º de la Carta, de lo cual surgen las instituciones contraccaras de la “infracción a la ley disciplinaria” y de “faltas disciplinarias de indignidad por mala conducta” (artículo 8.º inciso 3.º –nuevo artículo 178A–), como eximentes de tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y sancionabilidad (para esta última se representa en el concepto de sanción del artículo 29 y en el de “retiro” del servicio “por violación del régimen disciplinario” de que da cuenta el inciso 4.º del artículo 125 de la Carta).

La función pública debe coordinar “sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado” (artículo 209 de la Carta) y sus entidades “solo pueden ser creadas [...] con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa” (artículo 210 inciso 1.º *ibidem*). El “ejercicio de funciones públicas” debe ser objeto de desarrollo legal (artículo 150 numeral 23, *ibidem*).

Esa conducta oficial no es otra que la “infracción de deberes funcionales” de que da cuenta el artículo 122 inciso 2.º de la Carta; antes de ejercer el cargo y en el momento de la posesión la persona debe jurar “cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”, los cuales están necesaria e inexorablemente asociados con las “funciones” del “empleo público” (artículos 122 inciso 1.º, 209 inciso 1.º y 211 inciso 1.º *ibidem*). De allí surge que la ilicitud disciplinaria está dada por la realización de una conducta de un servidor público o un particular que ejerce funciones públicas que ha desconocido sustancialmente sus deberes oficiales, esto es, sus compromisos de estar “al servicio del Estado y de la comunidad” (artículo 123 inciso 2.º *ibidem*) y de los “intereses generales” (artículos 1.º y 209); no en vano; al servidor público se le cataloga como “funcionario” que entre otras puede ser retirado del servicio por “violación al régimen disciplinario” (artículo 125 numerales 2.º y 4.º *ibidem*), siendo las “funciones” el eje de toda la actividad estatal (artículo 211 *ibidem*).

La actividad estatal debe caracterizarse por el cumplimiento de los principios de igual-

dad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad en las “funciones” públicas (artículo 209 inciso 1.º), concepto recurrente a lo largo y ancho de la Carta (artículos 113⁶¹⁸, y 116), de lo cual surge el concepto de “ética de lo público” que nutre al Derecho Disciplinario como ética juridizada⁶¹⁹. Precisamente, en razón de ello, el artículo 88 de la Carta eleva a la categoría de bien público y colectivo a la “moral administrativa”, asociada con otros valores, con la “acción u omisión de las autoridades públicas” (artículo 89 *ibidem*), lo que significa que la ilicitud disciplinaria se funda en la conducta oficial que por acción u omisión (ya lo establecía el artículo 6.º, con carácter de principio) infringe sustancialmente deberes funcionales, quienes ejercen cargos públicos o funciones públicas.

La compenetración de la ética de lo público y el derecho disciplinario no solo surge del lenguaje utilizado por la jurisprudencia y la doctrina, impulsado más que cualquier otra cosa por la fuerza de la tradición; sin embar-

go, hoy parece remozarse con fundamentos de la más elevada estirpe, puesto que la reforma constitucional de 2015 acuñó la expresión y habla sin ambages de “disciplina judicial”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido la de mayor importancia, diríamos que la rectora del entendimiento del Derecho Disciplinario en Colombia, hasta el punto de que, si se mira la evolución de la Dogmática como Ciencia del Derecho, donde es la doctrina la que lleva las banderas, impulsa y jalona a la jurisprudencia, en nuestro país tal tarea ha sido realizada por la jurisprudencia constitucional, con profunda incidencia en las otras jurisprudencias⁶²⁰.

Tiene que ser así por cuanto la labor de la jurisprudencia constitucional hace efectiva la idea del constitucionalismo actual, según la cual “antes los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes solo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”⁶²¹.

⁶¹⁸ La relación entre las distintas ramas del poder puede ser mucho más fluida y estas concurren o se entrelazan para trabajar conjuntamente en la realización de los fines del Estado”, cambiando la separación radical y ortodoxa, dogmáticamente concebida, de la época del nacimiento del principio: Cepeda Espinosa, ¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente?, *ob.cit.*, p. 193.

⁶¹⁹ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 221 a 240. También Jairo Enrique Bulla Romero. *Manual de Derecho Disciplinario*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2014, pp. 47 a 56.

⁶²⁰ Consultar Gómez Pavajeau. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, *cit.*; Gómez Pavajeau. *Jurisprudencia y Dogmática Disciplinarias*. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2013, pp. 102 y ss., y Gómez Pavajeau. *Tendencias evolutivas y novedades jurisprudenciales en Derecho Disciplinario*, en *La lucha por los derechos en Derecho Disciplinario*. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

⁶²¹ Otto Bachof. *Jueces y Constitución*. Madrid, Civitas, 1985, p. 41.

La especificación del derecho disciplinario como parte del género derecho sancionador:

Este aporte es definitivo y clarificador para la historia del desarrollo del derecho disciplinario colombiano; lo distingue del derecho penal y del derecho administrativo⁶²², en tanto y cuanto permite una evolución autónoma e independiente del segundo y lo sustrae de la especie derecho sancionador administrativo, que engloba a una infinitud de regímenes sancionatorios estatales que no permiten su distinción e individualidad.

Es así como se determina que el género derecho sancionador o ius puniendi tiene cinco especies⁶²³, que a su vez arrojan, cada una, varias subespecies:

1. Derecho penal
2. Derecho sancionador administrativo o contravencional administrativo

3. Derecho correccional o de orden procesal interno

4. Impeachment

5. Derecho disciplinario⁶²⁴.

Por supuesto que entre el género y las especies existen conexiones y elementos comunes y entre las especies entre sí igualmente; no obstante, el poder estudiar y desarrollar al derecho disciplinario como una especie diferente a las otras permite cumplir con las aspiraciones de la visión constitucional de la exposición de motivos de la Ley 200 de 1995, según lo hemos reseñado⁶²⁵.

El reconocimiento de la supercategoría dogmática de la relación especial de sujeción⁶²⁶:

Estos desarrollos permiten construir un elemento o denominador común en el De-

⁶²² Para la evolución del Derecho Disciplinario en su forma de “naturaleza administrativa”, consultar Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, ob. cit., pp. 56 a 95.

⁶²³ Gómez Pavajeau, *Tendencias evolutivas...*, ob. cit., pp. 92 a 95.

⁶²⁴ Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 51 de abril 14 de 1983 y 17 de marzo 7 de 1985.

⁶²⁵ Los trabajos del autor sobre temas procesales se han publicado en Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Asuntos disciplinarios. Praxis y Jurisprudencia*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2009 y Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Problemas centrales del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2009.

⁶²⁶ Gómez Pavajeau, *La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario*, cit. Corte Constitucional, sentencias C-417 de 1993, C-244 de 1996, C-286 de 1996, C-341 de 1996, C-280 de 1996, C-769 de 1998, C-708 de 1999, C-181 de 2002, C-252 de 2003, C-014 de 2004, C-431 de 2004, T-1093 de 2004, C-819 de 2006 y C-614 de 2009, entre muchas otras, que se constituyen en jurisprudencias pacíficas, sólidas y reiteradas.

recho Disciplinario para la construcción de una disciplina única, con varias subespecies, pero todas orientadas por similares principios, del tal forma que, sirve como punto de arranque dogmático para la construcción de la teoría, por lo cual hoy puede decirse que “la relación especial de sujeción es al Derecho Disciplinario lo que la teoría del bien jurídico es para el derecho penal”.⁶²⁷

Inicialmente, cuando se reconocen como insubsistentes los criterios de conveniencia y oportunidad que regían el Derecho Disciplinario y permitían por la vía de la discrecionalidad el ejercicio arbitrario de la potestad disciplinaria, la jurisprudencia admitió que se le aplicaban las categorías y subcategorías dogmáticas del derecho penal, razón por la cual los penalistas tomaron la voz cantante del disciplinario, hasta convertirlo en una masa amorfa que ha sido calificada por algunos doctrinantes como “un derecho disciplinario como apéndice del derecho penal”⁶²⁸ o, cuando mejor era tratado, como “un derecho disciplinario que se muestra como un derecho penal en miniatura”.

Sin duda alguna, como dice el refranero popular, sobre todo si se aspira a tener el rango de ciencia, “es mejor ser cabeza de ratón que cola de león”. No obstante, ello implica un

sometimiento de las normas disciplinarias infraconstitucionales a lo dispuesto por los principios, valores y derechos constitucionales fundamentales⁶²⁹.

Esa tarea la emprende la jurisprudencia constitucional cuando admite que, si bien al Derecho Disciplinario se le aplican las categorías dogmáticas del derecho penal, especialmente lo relacionado con la conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, las mismas en su interior se aplican mutatis mutandis, solo en la medida en que no resulte desnaturalizado.

Posteriormente, se reconoce que las categorías y subcategorías dogmáticas provenientes del derecho penal adquieren contenido y significado propio, con lo que el Derecho Disciplinario emprende la construcción de su propia y especial teoría, en búsqueda de la autonomía e independencia.

Reconocimiento de que el juicio disciplinario tiene un contenido ético⁶³⁰:

Permite, en sentido profundo, la distinción del derecho penal. Constantemente los pronunciamientos de la jurisprudencia

⁶²⁷ Gómez Pavajeau, Tendencias evolutivas..., ob. cit., pp. 96 y ss.

⁶²⁸ Esto es especialmente crítico en materia de antijuridicidad penal en derecho penal e ilicitud sustancial en Derecho Disciplinario. Para el concepto de antijuridicidad material y la jurisprudencia constitucional, ver Carlos Arturo Gómez Pavajeau. El principio de la antijuridicidad material. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2016, pp. 36, 54, 58, 166, 195, 196, 204, 205, 251, 252, 293, 294, 295, 307, 315, 316, 319, 320, 326, 327, 328, 329, 330 y 331 y ss.

⁶²⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-038 de 1995, C-013 de 1997 y C-763 de 2009.

⁶³⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-161 de 2009, C-762 de 2009 y C-242 de 2010.

constitucional enfatizan en el carácter ético-jurídico del juicio disciplinario. Ya en una vieja jurisprudencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia se había dicho que el Derecho Disciplinario “persigue hacer más exigente, ética y jurídicamente, el proceder de aquéllos –servidores públicos– en los distintos actos de su desempeño funcional”⁶³¹; esto es, “el derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético”⁶³². La Corte Constitucional sentencia que “en el proceso disciplinario se interpreta y aplica una norma administrativa de carácter ético”⁶³³; “al Estado de Derecho le repugna que la función pública se ejerza con quebranto de la moralidad administrativa”⁶³⁴.

De la misma manera, respecto del derecho disciplinario de la abogacía, se ha dicho que las normas que lo rigen son de “carácter ético”⁶³⁵.

Reconocimiento de principios semejantes y diferenciales que presenta el derecho disciplinario frente al derecho penal⁶³⁶ :

Se ha establecido por una coherente, sólida y pacífica jurisprudencia que dice:

1. No todos los principios del derecho penal pueden ser trasladados al Derecho Disciplinario⁶³⁷.
2. El derecho penal es un control externo y el Derecho Disciplinario busca encauzar el comportamiento de los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas de conformidad con los fines y funciones del Estado moderno⁶³⁸; por eso, sus ti-

⁶³¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia 51 de abril 14 de 1983. También Corte Constitucional, sentencias T-413 de 1992, C-540 de 1993, C-060 de 1994, C-247 de 1995, T-620 de 1995, C-244 de 1996, C-341 de 1996 y C-597 de 1996.

⁶³² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 1996.

⁶³³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-720 de 2006.

⁶³⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-893 de 2003.

⁶³⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-413 de 1992.

⁶³⁶ Sobre el concepto de “doctrina especializada” o de “una dogmática del derecho disciplinario”, consultar Corte Constitucional, sentencias C-417 de 1993, C-341 de 1996, C-818 de 2005, C-028 de 2006, C-467 de 2009, C-401 de 2010 y C-595 de 2010. Sobre la autonomía del Derecho Disciplinario, ha enfatizado en la Sentencia T-282A de 2012.

⁶³⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-146 de 1993, C-244 de 1996, C-386 de 1996, C-679 de 1996, C-769 de 1998, C-181 de 2002, C-948 de 2002 y T-1093 de 2004. Particularmente importante la T-1285 de 2005.

⁶³⁸ En sentencias de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y en salvamentos de voto se ha afirmado, lo que vale también para las siguientes citas: “La función pública normada por la Constitución implica garantizarle al gobernado que la tarea pública ha de ser desempeñada en beneficio de la comunidad y ante todo como un deber, en forma objetiva, idónea, proba, eficiente, e imparcial”; Gaona Cruz, Control y reforma de la Constitución en Colombia, t. 2., ob.cit, p. 231.

pos son de sujeto activo calificado⁶³⁹.

3. “El régimen disciplinario es normado por la Constitución, de tal forma que las inhabilidades, incompatibilidades, limitaciones, exigencias, condiciones, impedimentos, restricciones, deberes, faltas y sanciones, y por lo tanto la responsabilidad, debe ser previa y fijado por aquélla y la ley”⁶⁴⁰.

4. La regulación disciplinaria, al igual que la penal, está cubierta por la reserva legal impuesta por la Constitución⁶⁴¹.

5. El “principio de demostrabilidad”, reconocido por la comunidad ecuménica de todos los pueblos, “proscribe e invalida todo tipo punible, cualquiera que sea su especie, de responsabilidad escueta y ex post facto y de punibilidad

analógica”; resulta imposible demostrarlo por ambiguo, equívoco e insuficiente⁶⁴².

6. La Ley Disciplinaria debe ser expresa, cierta, clara, nítida, inequívoca, exhaustiva y delimitativa⁶⁴³.

7. No resulta admisible, en materias disciplinarias, ni la aplicación analógica de normas ni la extensiva implícita de normas; ello es tanto como conferir poderes legislativos a los jueces⁶⁴⁴; no procede la analogía en materia disciplinaria, a menos que su utilización “sea para favorecer y no para desfavorecer al sindicado o condenado”⁶⁴⁵.

8. La tipicidad en derecho disciplinario no es tan rigurosa como resulta para el derecho penal⁶⁴⁶, trabaja con tipos en blanco⁶⁴⁷.

Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de agosto 12 de 1982 y Corte Constitucional, sentencias C-214 de 1994, C-597 de 1996, C-728 de 2000, C-181 de 2002, C-125 de 2003, C-763 de 2009 y C-899 de 2011.

⁶³⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 1996.

⁶⁴⁰ Cfr. Gaona Cruz, ob. cit., t. 2, p. 231.

⁶⁴¹ Ibid., p. 220.

⁶⁴² Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de constitucionalidad n.º 5 de febrero 10 de 1983, proceso 989, M. P. Gaona Cruz; Gaona Cruz, ob. cit., t. 2, pp. 234 y ss.

⁶⁴³ Cfr. Gaona Cruz, ob. cit., t. 2, p. 220.

⁶⁴⁴ Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 129 de noviembre 15 de 1984, proceso 1229; Gaona Cruz, ob. cit., t. 2, pp. 236 y 237.

⁶⁴⁵ Cfr. Gaona Cruz, ob. cit., t. 2, p. 220.

⁶⁴⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencias de junio 6 de 1958 y junio 5 de 1975 y Corte Constitucional, sentencias T-438 de 1992, C-195 de 1993, C-417 de 1993, C-427 de 1994, C-280 de 1996, C-386 de 1996, C-597 de 1996, C-448 de 1998, C-739 de 2000, C-1116 de 2000, C-404 de 2001, C-653 de 2001, C-710 de 2001, C-827 de 2001, C-921 de 2001, C-992 de 2001, C-530 de 2002, C-1076 de 2002, C-099 de 2003, C-406 de 2004, C-432 de 2004, C-475 de 2004, C-1169 de 2004, C-818 de 2005, T-954 de 2005, C-507 de 2006 y T-1034 de 2006.

⁶⁴⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-599 de 1992, T-145 de 1993, C-427 de 1994, C-597 de 1996, C-599 de 1999, C-564 de 2000, C-1161 de 2000, C-404 de 2001, C-653 de 2001, C-155 de 2002, C-373 de 2002, C-948 de 2002, C-099 de 2003, C-124 de 2003, C-530 de 2003, C-107

9. En el derecho disciplinario se trabaja generalmente con normas de conducta⁶⁴⁸, mientras que en lo penal con normas que demandan resultados⁶⁴⁹; de allí que la antijuridicidad penal se construye a partir de la idea de infracción a la norma objetiva de valoración⁶⁵⁰ y la ilicitud disciplinaria con la de infracción a la norma subjetiva de determinación⁶⁵¹, en tanto y cuanto “el régimen disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio, destinado a proteger la moralidad de la administración, y por ello se centra en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios”⁶⁵².

10. El Derecho Disciplinario trabaja generalmente con tipos abiertos y el derecho penal con tipos cerrados⁶⁵³.

11. El incumplimiento de deberes funcionales es el fundamento de la responsabilidad disciplinaria⁶⁵⁴; la afectación de bienes jurídicos tutelados penalmente, el fundamento del derecho penal⁶⁵⁵.

12. Una cosa es la antijuridicidad material, que rige para el derecho penal, otra la ilicitud sustancial, que rige para el Derecho Disciplinario⁶⁵⁶.

de 2004, C-406 de 2004, C-431 de 2004, C-796 de 2004, C-815 de 2005, C-818 de 2005, C-853 de 2005, C-343 de 2006, C-507 de 2006, C-720 de 2006 y C-860 de 2006, entre muchas otras.

⁶⁴⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-417 de 1993, C-060 de 1994, C-451 de 1994 y T-620 de 1995. Se afirma por excelso constitucionalista que “el estudio del Derecho no puede prescindir de la función de las normas”: Mauro Cappelletti. La jurisdicción constitucional: de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco. Lima, Palestra y UNAM, 2010, p. 209.

⁶⁴⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-176 de 1993, C-301 de 1993, C-542 de 1993, C-221 de 1994, C-549 de 1994, C-070 de 1996, C-364 de 1996, C-430 de 1996, C-285 de 1997, C-309 de 1997, C-327 de 1997, C-616 de 1997, C-846 de 1999, T-090 de 1996, T-248 de 1996, SU-047 de 1999.

⁶⁵⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-739 de 2000.

⁶⁵¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-427 de 1994, C-708 de 1999, C-507 de 2006, C-350 de 2009 y C-762 de 2009.

⁶⁵² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-743 de 2003.

⁶⁵³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-899 de 2011.

⁶⁵⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-088 de 2002, C-1189 de 2005 y C-899 de 2011. Particularmente para el dolo, ver la Sentencia de la Corte Constitucional T-319A de 2012.

⁶⁵⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-224 de 1996, C-554 de 2001, C-124 de 2003, C-014 de 2004, T-1093 de 2004, C-1189 de 2005, C-720 de 2006 y C-860 de 2006.

⁶⁵⁶ El derecho penal protege un bien jurídico de carácter social, no así el derecho disciplinario, que de lo que se ocupa es de “precaver la buena marcha de la función pública y el buen nombre de la administración del Estado”, esto es, apuntan a la misma conducta “pero en relación con órbitas autónomas y propias”; GAONA CRUZ, ob. cit., t. 2, pp. 226 y ss.

13. En Derecho Disciplinario rige el principio de culpabilidad⁶⁵⁷. En materia de imputación de la imprudencia en derecho penal rige un sistema de *numerus clausus* y en Derecho Disciplinario un sistema de *numerus apertus*⁶⁵⁸. El dolo tiene sentido diferencial para el Derecho Disciplinario⁶⁵⁹, al igual que la culpa⁶⁶⁰.

14. El derecho disciplinario no es un instrumento que opera como razón última para el control de la desviación, cuestión que sí es reclamada por el derecho penal que se comprende como *ultima ratio* en dicho cometido⁶⁶¹; y

15. En general los intereses protegidos por el derecho disciplinario son diferentes a los protegidos por el derecho penal; en aquel tienen que ver con el aseguramiento de las funciones y finalidades estatales conforme con la Carta Política y en el pe-

nal con el aseguramiento de la convivencia y de un orden justo⁶⁶².

La actividad disciplinaria realizada por los entes de control con carácter formal de jurisdicciones disciplinarias o administrativas es desde el punto de vista material-funcional: “administración de justicia en sentido material”:

Ya así aparece, de manera clara, en las sentencias C-014 de 2004 y SU-901 de 2005. Esto se fortalece, aún más, si se tiene en cuenta que por la Sentencia T-350 de 2011 de la Corte Constitucional se afirmó que los principios de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia son aplicables al Derecho Disciplinario Administrativo, al fin y al cabo, es uno mismo, como se viene sosteniendo desde la Sentencia C-417 de 1993 hasta la T-276 de 2014.

Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-088 de 2002, C-155 de 2002, C-181 de 2002, C-373 de 2002, C-391 de 2002, C-948 de 2002, C-094 de 2003, C-252 de 2003, C-014 de 2004, C-431 de 2004, T-1093 de 2004, C-148 de 2005, T-453 de 2005, SU-901 de 2005, T-1285 de 2005, C-507 de 2006, T-161 de 2009, C-763 de 2009, C-242 de 2010 y C-899 de 2011. Insular dentro de dicha evolución, la C-818 de 2005.

⁶⁵⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencias 5 de febrero 10 de 1983 y 17 de marzo 7 de 1985 y Corte Constitucional, sentencias C-337 de 1993, C-417 de 1993, C-244 de 1996, C-319 de 1996, C-597 de 1996, C-690 de 1996, C-310 de 1997, C-708 de 1999, C-728 de 2000, C-233 de 2002, C-391 de 2002, C-616 de 2002, C-827 de 2002, C-948 de 2002, C-010 de 2003, SU-901 de 2005, C-720 de 2006 y T-330 de 2007.

⁶⁵⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-155 de 2002, C-181 de 2002, C-233 de 2002, C-037 de 2003 y C-124 de 2003.

⁶⁶⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-763 de 1998 y T-053 de 2005.

⁶⁶¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-176 de 1994, C-118 de 1996, C-647 de 2001, C-233 de 2002, C-370 de 2002, C-897 de 2005 y C-014 de 2014.

⁶⁶² Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-438 de 1992, C-195 de 1993, C-214 de 1994, C-244 de 1996, C-280 de 1996, C-307 de 1996, C-341 de 1996, C-597 de 1996, C-827 de 2001, C-181 de 2002, C-095 de 2003, T-161 de 2009, C-762 de 2009 y C-242 de 2010.

La más reciente jurisprudencia se ocupa de llenar de contenido y sentido las categorías dogmáticas:

Esto viene impuesto por la afirmación de que el Derecho Disciplinario es una disciplina autónoma e independiente; por tanto, fenómenos de tipicidad, acción, omisión, antijuridicidad, causales que eximen de responsabilidad, la inimputabilidad como categoría dogmática ajena a la estructura de su responsabilidad, la concepción del dolo, la concepción de la culpa, entre otros, tienen su propio contenido y sentido. Muy importante para el efecto la Sentencia T-276 de 2014; entre otros temas dogmáticos, se refiere a que la sanción no puede tener un efecto exclusiva o excluyentemente ejemplarizante.

Capítulo 3.

Ideas comunes al derecho penal y al derecho disciplinario

A la misionalidad constitucional consignada en el artículo 282 de la Carta Política ha establecido que “el Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones: ... 4. Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley”.

Tradicional e institucionalmente, tal función solo se realizaba en el campo penal y otros como administrativo y laboral, pero no en disciplinario, lo cual fue objeto de ampliación a instancia del defensor del Pueblo Carlos Camargo Assís, al disponerse en el artículo 70 de la Ley 2094 de 2021:

Defensoría Pública disciplinaria. La Defensoría del Pueblo por medio del Sistema Nacional de Defensoría Pública prestará el servicio de defensoría gratuita con un abogado que asistirá y representará al disciplinable en la actuación disciplinaria, cuando sus condiciones económicas o sociales así lo requieran, en los términos señalados en las leyes 24 de 1992 y la Ley 941

de 2005, o las que las reformen. Esta figura también podrá ser empleada cuando se adelante un proceso disciplinario contra persona ausente y sin apoderado.

Ahora, los defensores públicos en materia penal y disciplinaria, como los académicos en general, tienen deberes comunes con todos los restantes ciudadanos, como son los de defender los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica y colaborar para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia (artículo 95 numerales 4º y 7º constitucional), mismos que se ven incrementados por virtud de la función social que cumple la profesión, como es el de defender en justicia los derechos y contribuir al perfeccionamiento del orden jurídico (artículos 26 de la Carta Política, 1 y 2 del Decreto 196 de 1971).

Creo firmemente que dichos caminos garantísticos, por supuesto contrarios a los antes expuestos, ya han sido en gran medida recorridos por Nódier Agudelo Betancur y por supuesto otro

gran jurista como lo fue Manuel Gaona Cruz, quienes donde si bien algunos aspectos aquí resaltados no fueron expresamente mencionados, si lo ha sugirieron como mínimo. Ahora, como un clásico no deja nunca de decir lo que tiene y debe decir, sus enseñanzas deben ser aprovechadas por todos aquellos que de su sabiduría hemos bebido, haciendo camino al andar como lo refirió el poeta.

Tenemos que suscribir, con gran entusiasmo, las palabras de Fajardo Rivera, cuando afirma que la imagen constitucional de la justicia actual presupone que el juez, “además de quitarse las vendas -recuérdese la imagen tradicional de la diosa Temis-, nunca ande solo, pretendiendo encontrar respuestas en los casos más complicados únicamente en los códigos”⁶⁶³.

⁶⁶³ Así Fajardo Rivera, ¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos?, ob.cit, p. 655.

REFERENCIAS

- Alpaca Pérez Alfredo. Teoría de las normas e injusto penal, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- Bachof Otto. Jueces y constitución, Madrid, Civitas, 1985.
- Bachof Otto. ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Lima, palestra, 2010.
- Bulla Romero Jairo Enrique. Manual de derecho disciplinario, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2014.
- Cappelletti Mauro. La jurisdicción constitucional: de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco. Lima, palestra y UNAM, 2010.
- Cepeda Espinosa Manuel José. ¿Cómo se hizo la asamblea constituyente? En 30 años del proceso constituyente y la constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico y Juliana Oliveros Suárez (coordinadores), Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas y Universidad del Rosario, 2022.
- Entelman Remo F. Los conceptos generales del derecho y su función clasificatoria en estudios en honor del profesor Luis Recasens Sichés tomo II, México, UNAM, 1987, p. 239. En <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10017>, consultado octubre 26 de 2022.
- Esguerra Portocarrero Juan Carlos. La dignidad humana en la constitución en anuario de derecho constitucional latinoamericano 2019, año XXV, Magdalena Schaffler, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- Fajardo Rivera Diana. ¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos? Reflexiones sobre el activismo judicial y su impacto en el sistema constitucional colombiano en anuario de derecho constitucional latinoamericano 2019, año XXV, Magdalena Schaffler, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- Gaona Cruz Manuel. Clases mecanografiadas de teoría del estado de la cátedra respectiva en la facultad de derecho de la Universidad Externado de Colombia, año 1984.
- Gaona Cruz Manuel. Estudios constitucionales tomo I, Bogotá, Ministerio de Justicia – Superintendencia de Notariado y Registro, 1988.
- Gaona Cruz Manuel. Estudios constitucionales tomo II, Bogotá, Ministerio de Justicia – Superintendencia de Notariado y Registro, 1988.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de derecho penal en revista derecho penal y criminología N.º 93, Bogotá, Universidad Externado De Colombia, julio-diciembre 2011.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Neuroderecho penal y disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Introducción al derecho penal constitucional, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2018.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Fundamentos del derecho disciplinario colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Derecho disciplinario judicial, Bogotá, Consejo Superior de La Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Dogmática disciplinaria judicial, Bogotá, Consejo Superior de La Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Derecho procesal disciplinario judicial, Bogotá, Consejo Superior de La Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.
- Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Pruebas y policía judicial disciplinaria

ria, Bogotá, Consejo Superior de La Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. La oralidad en los procesos jurisdiccionales disciplinarios, Bogotá, Consejo Superior de La Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Sobre los orígenes de la relación especial de sujeción y sus repercusiones actuales en la relación especial de sujeción. Estudios, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá, Universidad Externado De Colombia, 2011.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Asuntos disciplinarios. Praxis y jurisprudencia, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2009.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Problemas centrales del derecho disciplinario, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2009.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2016.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. El libertador Simón Bolívar: derecho disciplinario preventivo, comportamientos estimulantes y sanciones positivas su engranaje con la figura actual y en franca construcción del compliance público y privado en debates fundamentales sobre derecho disciplinario Tomo V, Car-

los Arturo Gómez Pavajeau, David Alonso Roa Salguero y John Harvey Pinzón Navarrete (directores), Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Problemas de actualidad crítica en derecho disciplinario y defensa de la procuraduría general de la nación, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo y Gutiérrez de Piñeres Botero Carolina. Neurociencias y Derecho. Reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo y Gutiérrez de Piñeres Botero Carolina. Epistemología y teoría del delito. Aprendiendo de la física y la neurociencia. De las ciencias humanas a las ciencias humanizadas, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2022.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo y María Marta Gómez Barranco. Estudios de dogmática en el código penal del año 2000, Bogotá, Universidad Externado De Colombia, 2021.

Hernández Galindo José Gregorio. ¿Cómo se hizo la asamblea constituyente? En 30 años del proceso constituyente y la constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico & Juliana Oliveros Suárez (coordinadores), Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas y Universidad del Rosario, 2022.

Hoyos Valdés Diana. Ética de la virtud: alcances y límites. *discus.filos* vol.8 n.o 11 Manizales jul/dec. 2007.

Lesch Heiko Harmut. El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional, Juan Carlos Gemignani (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2016.

Plazas Vega Mauricio y Plazas Molina Claudia. Las ideas políticas en la constitución colombiana de 1991 en 30 años del proceso constituyente y la constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico & Juliana Oliveros Suárez (coordinadores), Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas y Universidad del Rosario, 2022.

Tafur Galvis Álvaro. El control de constitucionalidad en Colombia: de la corte suprema de justicia a la corte constitucional. La transición en 30 años del proceso constituyente y la constitución de 1991. Pasado, presente y futuro, Francisco Luis Boada Rodríguez, Luisa Fernanda García López, Ricardo Hernán Medina Rico y Juliana Oliveros Suárez (coordinadores), Bogotá, Editorial Ibáñez, Colegio de Abogados Rosaristas y Universidad del Rosario, 2022.

Volk Klaus. Los principios del proceso penal y la sociedad posmoderna: contradicciones y perspectivas en constitución y sistema acusatorio, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.





**Defensoría
del Pueblo**
COLOMBIA

#NosUnenTusDerechos

Defensoría del Pueblo de Colombia

Calle 55 N° 10-32

Apartado Aéreo: 24299 - Bogotá, D. C.

Código Postal: 110231

Tels.: 314 73 00 - 314 40 00

www.defensoria.gov.co