

Derecho disciplinario y el sistema de numerus apertus

¹Geraldine Alzate Bocanegra

²Leidy Marcela Fuentes Parada

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Especialización en Contratación Estatal

05 de diciembre de 2022

¹ Estudiante de la Universidad La Gran Colombia - correo: galzateb@ulagrancolombia.edu.co

² Estudiante de la Universidad La Gran Colombia - correo: leidymarcela.fuentes@ulagrancolombia.edu.co

Tabla de contenido

Tabla de contenido

TABLA DE CONTENIDO	2
RESUMEN	4
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	8
OBJETIVO GENERAL	11
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	11
ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y DIGNIDAD HUMANA	13
SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:.....	16
SOBRE EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD:	16
EN EL CASO CONCRETO:.....	17
TIPOS DE CARÁCTER ABIERTO:.....	21
NUMERUS APERTUS:	22
NORMATIVIDAD:	22
PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES:	24
¿CÓMO NACE LA RAMA DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA?.....	28
¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO?	30
¿CÓMO SE CLASIFICAN LOS DAÑOS DISCIPLINARIOS?.....	34
SISTEMA DE IMPUTACIÓN EN EL OBJETO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS	36
NUMERUS APERTUS Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.	43
POLÉMICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO A LA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD, LEGALIDAD Y DEBIDO PROCESO.	43

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Resumen

En materia sancionatoria, específicamente en el derecho disciplinario colombiano, se maneja un doble sistema para configurar la imputación de conductas o comportamientos calificados como faltas en los estatutos disciplinarios, así como a la calificación de los mismos, el primero de ellos se basa en los tipos de carácter abierto que se encuentran contenidos en la norma disciplinaria y que permiten al juzgador ajustar la conducta cometida al momento de formular los cargos conforme a cada caso en particular, puesto que resulta imposible incorporar o enlistar en el estatuto disciplinario todos y cada uno de los deberes y funciones de cada servidor público cuyo incumplimiento, inobservancia u omisión podría encauzar falta disciplinaria, por ello se denominan abiertos.

El otro sistema por su parte, consiste en la utilización del modelo de los numerus apertus como respuesta a la omisión legislativa en dichos cuerpos normativos frente a la modalidad o el título en que se puede cometer la conducta constitutiva de falta disciplinaria, sistema que permite al juez disciplinario modificar el título de imputación del comportamiento constitutivo de falta disciplinaria con posterioridad a la comisión de los hechos, incluso con posterioridad a la formulación y notificación de los cargos de los que se acusa al funcionario, esto es, al momento de efectuar la incriminación del sujeto disciplinado, lo cual, contraría el principio de legalidad y con ello los postulados constitucionales del debido proceso, ya que afecta directamente la prerrogativa del derecho de contradicción vulnerando así, el principio rector de respeto por la dignidad humana.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Así las cosas, mientras el operador jurídico- disciplinario se encuentre facultado para implementar el modelo de incriminación de cláusulas o listas abiertas en el desarrollo de un proceso de carácter disciplinario, se justifica que también pueda decretar entonces la nulidad del acto administrativo mediante el cual se formulan e imputan los cargos y proceder nuevamente con su expedición pero esta vez modificando la descripción del comportamiento en cuanto a la calificación de la culpabilidad, de dolo pasando a la culpa como un parámetro de oportunidad en aras de respetar el debido proceso administrativo que se le reconoce al disciplinado y que este pueda ejercer plenamente su derecho a la contratación y no le sea menoscabado.

Palabras claves: Derecho disciplinario, numerus apertus, principio de legalidad, debido proceso, dignidad humana.

Abstract

In disciplinary matters, specifically in Colombian disciplinary law, a double system is used to configure the imputation of conducts or behaviors qualified as misconduct in the disciplinary statutes, as well as the qualification of the same, The first one is based on the open types that are contained in the disciplinary law and that allow the judge to adjust the conduct committed at the time of formulating the charges according to each particular case, since it is impossible to incorporate or list in the disciplinary statute each and every one of the duties and functions of each public servant whose breach, non-observance or omission could lead to a disciplinary offense, therefore they are called open.

The other system consists in the use of the numerus apertus theory as a response to the legislative omission in said normative bodies regarding the modality or the title in which the conduct constituting a disciplinary offense may be committed, a system that allows the disciplinary judge to modify the title of imputation of the behavior constituting a disciplinary offense after the facts have been committed, This is contrary to the principle of legality and with it the constitutional postulates of due process, since it directly affects the prerogative of the right of contradiction, thus violating the guiding principle of respect for human dignity.

Thus, while the legal-disciplinary operator is empowered to implement the model of incrimination of clauses or open lists in the development of a disciplinary process, it is justified that he may also declare the nullity of the administrative act by which the charges are formulated and imputed and proceed again with its issuance but this time modifying the description of the

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

behavior in terms of the qualification of guilt, from malice to guilt as a parameter of opportunity in order to respect the due administrative process that is recognized to the disciplined and that he can fully exercise his right to the contraction and not be undermined.

Key words: Disciplinary law, numerus apertus, principle of legality, due process, human dignity.

Introducción

El sistema político de un Estado Social de Derecho determina la implementación de un modelo estatal de naturaleza intervencionista que busca garantizar más allá del simple reconocimiento de los derechos elevados a rango fundamental y constitucional, el goce real y efectivo de estos por parte de sus habitantes, dicha connotación implica que el Estado tenga injerencia y compromiso en las distintas esferas sociales del ser humano como sujeto de derechos fundamentales, pues esta connotación funge como principio rector para todas aquellas instituciones jurídicas y administrativas que operen en el marco del desarrollo político-social de una nación cuyo modelo de Estado se rija bajo esta concepción.

Así las cosas, el constituyente de 1991 con la implementación del modelo estatal de Estado Social de Derecho en la República de Colombia, instaura en cabeza del Estado el deber de proteger, promover y garantizar en su más amplia expresión el goce efectivo de las garantías fundamentales a todos las personas que habitan en del territorio nacional y a todos los nacionales fuera de él, lo cual, a grandes rasgos podemos decir que se logra primeramente con el acatamiento y respeto de los principios rectores consignados en el Estatuto Superior por cuenta de autoridades y particulares en su quehacer cotidiano.

Desde ese momento, Colombia al ostentar la característica de ser un Estado Social y Democrático de Derecho, cuyas normas en espíritu y forma deben ser expedidas en observancia a este principio rector, debe procurar el otorgamiento y disfrute efectivo de los derechos esenciales de la persona, llámese servidor público o llámese particular, derechos esenciales tales como la dignidad de la persona y el debido proceso judicial y administrativo.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Indiscutiblemente, uno de los principios más elementales y de los más importantes que ha sido reconocido en nuestros sistemas políticos históricamente ha sido el principio de la dignidad humana que abarca y comprende en sí mismo otros principios y derechos de suma relevancia como lo veremos a continuación, tales como al buen nombre, al debido proceso, al trabajo, a la igualdad, a la honra y a la integridad, entre otros.

Sin embargo, el reconocimiento de estos derechos fundamentales parece quedar al arbitrio del operador disciplinario sin mayor pauta que su propio juicio y con vulneración al debido proceso bajo el método de *numerus apertus* en el procedimiento disciplinario para contrarrestar por su parte, el sistema o modelo de *numerus clausus* en el derecho penal colombiano, esto con el aval y auspicio de nuestro tribunal constitucional.

Por lo cual, resulta relevante abordar desde una perspectiva crítica la puesta en práctica y el uso del modelo de *numerus apertus* en el derecho disciplinario en Colombia, cuya utilización en pocas palabras, habilita al operador jurídico-disciplinario para modificar el título o modalidad de la conducta que constituye falta disciplinaria de gravísima dolosa en gravísima culposa con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, en caso de que no sea posible enmarcarla como dolosa, incluso con posterioridad a la notificación del pliego o acta de cargos, sin que el tipo - *a pesar de que sea de carácter abierto, en blanco o remisivo* - contemple expresamente la modalidad culposa en su contenido literal, vulnerando así el principio de legalidad y tipicidad, así como los derechos constitucionales fundamentales del servidor público a la honra, debido proceso, el buen nombre, entre otros, contraviniendo así el mandato constitucional del respeto por su dignidad.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Para ello, se mostrarán las inconsistencias entre la aplicación del sistema de numerus apertus con los derechos fundamentales, los principios constitucionales y con la propia legislación nacional en los diferentes escenarios en que opera el derecho disciplinario en Colombia.

Se abordará la postura de la H. Corte Constitucional frente al empleo del sistema de numerus apertus así como las posiciones en contra de este sistema que tienen algunos doctrinantes para concluir que, de conformidad con el postulado constitucional que consigna el principio de legalidad, en la fórmula de la teoría de la falta disciplinaria hace parte el principio de tipicidad el cual a su vez garantiza el derecho fundamental constitucional al debido proceso, en consecuencia, al emitir juzgamiento por parte del fallador sin que el título de la conducta este descrito en la norma previo a la comisión de los hechos constituye una violación al principio de dignidad humana y al debido proceso administrativo del servidor público.

Con todo, se rescata que el fallador puede o no hacer uso del sistema de numerus apertus puesto que no es una imposición, así las cosas, si determina que la conducta pudo haber sido cometida con culpa pese a que el tipo disciplinario es abierto, en blanco o remisivo no lo contemple expresamente, lo correcto será declarar la nulidad del pliego de cargos a título de dolo y proferir nuevo pliego de cargos a título de culpa en aras de no vulnerar el debido proceso administrativo y el derecho de contradicción del servidor, tal como lo aplicó en su momento el jurista Dr. Jaime Mejía Ossman como procurador delegado en asuntos disciplinarios.

Objetivo general

El objetivo general de este escrito consiste en consignar una posición crítica frente a la implementación del modelo de numerus apertus o cláusulas abiertas en el proceso sancionatorio disciplinario colombiano toda vez que, a criterio de las suscriptoras, en la práctica, la implementación de esta teoría constituye un quebrantamiento a los preceptos constitucionales del derecho a la contradicción, principio de legalidad y con ello el principio de debido proceso, por cuanto se consideran insuficientes los fundamentos con que la Corte Constitucional, principal guardián de la Constitución, ha otorgado aval en su intento de suplir el vacío que al respecto a dejado el legislador.

Objetivos específicos

Objetivo No. 1: Determinar la naturaleza jurídica del modelo estatal colombiano como parámetro para establecer el fundamento de la transgresión constitucional en la aplicación del modelo de lista abierta o numerus apertus.

Objetivo 2: Conforme a lo anterior, establecer un recorrido de la normatividad legal vigente en materia disciplinaria en aras de establecer la incongruencia que taxativamente guarda esta con la adopción del sistema de numerus apertus así como la postura que el tribunal constitucional ha acogido al respecto, teniendo en cuenta especialmente la condición vinculante del precedente jurisprudencial.

Objetivo 3: Establecer un paralelo frente al desarrollo jurisprudencial en la materia con las posiciones doctrinales y el escenario práctico dentro del desarrollo del proceso disciplinario en que se

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

configura el quebrantamiento del principio de legalidad y debido proceso para finalmente validar las alternativas que se pueden implementar procesalmente hablando para contrarrestar el menoscabo de los derechos de contenido constitucional fundamental del servidor público.

Estado Social de Derecho y Dignidad Humana

El artículo primero del Estatuto Superior de Colombia establece que el Estado entre otras cosas, es un Estado Social de Derecho, cuya estructura tiene como fin garantizar la efectividad en el reconocimiento de los derechos del ser humano, a través de acciones de carácter positivo u omisivo en aras de mantener su compromiso con la preservación, reconocimiento y restablecimiento de los derechos, por lo cual, “las actividades estatales, las actividades particulares e inclusive el ordenamiento jurídico; deben ser pensadas en función de dicho principio rector” (CC, C-425/05, 2005).

Así las cosas, es posible aducir que los derechos de la persona se compilan o sistematizan en un principio fundamental, en el cual, según nuestra Constitución Política se encuentra fundado el Estado Social de Derecho y esto es, en el respeto por la dignidad humana, de allí que las normas rectoras, en desarrollo de este principio fundamental que es considerado como un derecho pero también como una directriz básica de la sociedad y a su vez como un valor, tengan como propósito garantizar la aplicación de los principios de rango fundamental y con ello, el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales.

Conforme a ello, en la materia de nuestro interés, podemos evidenciar que el principio inalienable de la dignidad humana se encuentra desarrollado el artículo 1 del “Código General Disciplinario” (2019) expedido a través de la Ley 1952 de 2019 reformada a su vez por la Ley 2094 de 2021 al puntualizar que “Quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad humana”.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Como bien ha indicado la Corte Constitucional, respecto a la dignidad humana “como principio se vierte al interior de todos los derechos fundamentales que la reafirman (...) son los derechos fundamentales y el respeto a éstos, los que ponen en evidencia la trascendencia de la dignidad humana al interior de nuestra sociedad” (CC, C-425/05, 2005), uno de esos derechos fundamentales en los cuales se vierte el principio que exige actuar respetando la dignidad de los seres humanos es el derecho al debido proceso consignado en el artículo 29 Superior con fundamento en el principio de legalidad estipulado en la misma norma, según la cual, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al momento de la realización de la conducta”.

Dentro de las funciones del Estado se contempla la de vigilar el comportamiento de sus servidores así como de todo aquel que de acuerdo con la ley vigente se considere sujeto disciplinable en atención al principio general del interés público con el fin de continuar la materialización de sus fines, toda vez que, su actuar deberá desarrollarse en cumplimiento de las obligaciones deberes y de acuerdo con la conducta que se les exige por parte de la ley y del Estatuto Superior.

Esta vigilancia es ejercida a través del régimen jurídico disciplinario general y sus normas o regímenes especiales, mediante los cuales se despliega la actividad sancionadora estatal a través del operador jurídico de carácter preferente como lo es la PGN y la misma entidad estatal en atención a las funciones jurisdiccionales que le son asignadas, actividad mediante la cual el Estado busca ejercer control de su propio actuar en aras de brindar una prestación adecuada del servicio en merced de la comunidad.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

En principio, esta potestad o actividad de carácter sancionador debe impregnarse de los criterios orientadores consignados en la Norma Superior, puesto que el ejercicio de perseguir los fines estatales no puede menoscabar en su desarrollo las garantías mínimas individuales del sujeto disciplinable, así las cosas, en el desarrollo de los presupuestos legales de contenido sustancial y procedimental que contempla el derecho disciplinario colombiano como rama autónoma e independiente deben acatarse el mandato constitucional de dignidad, legalidad y debido proceso disciplinario.

Dentro de la potestad de sancionar que está en cabeza del Estado, se encuentra el derecho penal, disciplinario y de contravención, cada uno con una estructura autónoma, dogmática propia y principios compartidos, sin embargo, en materia disciplinaria según la jurisprudencia y la doctrina no es posible adoptar los principios del derecho penal de manera integral e incorporarlos en el derecho disciplinario por la naturaleza especial del sujeto disciplinable conforme a la teoría de origen alemán de las relaciones de especial sujeción que contemplan su labor.

En atención a ello podemos decir que, con fundamento en los pronunciamientos proferidos por la Corte Constitucional en la materia, en la rama del derecho que se aborda en este trabajo se matiza y minimiza la aplicación de los principios fundamentales en comparación con el ámbito penal, lo cual, en últimas conlleva al desconocimiento del Estatuto Superior.

Sobre el principio de legalidad:

La ley como instrumento de control popular sobre las actuaciones estatales permea todo el desarrollo normativo y el derecho disciplinario no se escapa de este principio conforme al cual el legislativo debe establecer cuando menos los parámetros básicos para la adecuación del comportamiento como falta para establecer la responsabilidad de índole disciplinario, a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha determinado que se deba aplicar en el procedimiento sancionador disciplinario de una manera menos rigurosa y por ende más flexible al momento de tomar decisiones por parte del juzgador aduciendo que su sanción no implica la privación de la libertad y que cuentan con los medios de control en instancia contenciosa para impugnar las decisiones.

Sobre el principio de tipicidad:

Internacionalmente se ha reconocido que así como el debido proceso se encuentra directamente enlazado con el principio de dignidad humana, la naturaleza de la garantía de legalidad se integra, complementa y perfecciona con el principio de tipicidad, el cual, busca que las conductas de carácter punible o disciplinables se encuentren descritas en la ley con la requerida precisión de manera previa antes de que se materialice su realización por el sujeto a quien le es aplicable la respectiva sanción. Su finalidad en últimas, es otorgar seguridad jurídica, puesto que tanto la conducta como la sanción deben contar con el elemento de taxatividad que

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

brinde el mayor grado posible de aproximación a la certeza y a la certidumbre para el individuo disciplinable.

Por lo tanto si una norma de carácter disciplinario no contempla en su contenido los ingredientes normativos que le permitan al fallador realizar la adecuación requerida para ajustar la conducta del servidor entonces no le será posible emitir legítimamente juicio en su contra, pues tal y como sostienen algunos doctrinantes, el principio de tipicidad junto a la antijuridicidad y la culpabilidad, hace parte de la fórmula de la falta disciplinaria.

Así las cosas, su desconocimiento da lugar a la falta de precisión y certeza de las conductas y sus eventuales dando paso a la arbitrariedad, lo cual ocurre en la normatividad colombiana que rige la materia debido a una omisión legislativa que ha intentado ser subsanada por el activismo judicial de nuestra H. Corte Constitucional.

En el caso concreto:

Por su parte, en materia disciplinaria el principio de legalidad entendido como un mandato superior se encuentra desarrollado en el artículo 4 del Código General Disciplinario (2019), el cual indica lo siguiente: “Los destinatarios de este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. La preexistencia también se predica de las normas complementarias”.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

El aspecto cuestionable entre la aplicación del modelo de lista abierta y el artículo citado anteriormente del régimen general disciplinario consiste en que, por un lado, si bien esta norma contempla el principio de legalidad como garantía para proteger el debido proceso del funcionario, la protección que otorga al servidor en el escenario de un proceso disciplinario resulta insuficiente ya que algunos de los comportamientos descritos como faltas en el Código General Disciplinario no contemplan o especifican el título de la conducta, lo cual deja al arbitrio del fallador imponer la sanción por una falta cometida con culpa cuando los cargos fueron presentados a título de dolo, esto al hacer la variación en la adecuación típica yendo en contravía del principio de legalidad así como de tipicidad teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 10 de la misma norma, sólo serán sancionables las conductas en modalidad de culpa o dolo y de esta adecuación depende así mismo la sanción que se le atribuye.

Así mismo, se hace una comparación entre el artículo 23 del anterior “Código Disciplinario Único” (2002) el cual indicaba que:

“Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en **cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código** que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento” (negritas propias).

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Conforme al cual, se evidencia que en la nueva norma disciplinaria Ley 1952 de 2019 que entró a regir hasta el 29 de marzo de 2022 siendo reformada mediante la Ley 2094 de 2021, se omite el aparte anteriormente señalado en negrillas el cual, consagraba como tal el principio de legalidad al establecer en dicho cuerpo normativo los comportamientos que constituyen faltas para el servidor público, por lo tanto, al eliminar esta disposición se deja una posibilidad más amplia de que el manual de funciones o el reglamento interno establezcan las conductas que constituyen falta cuando esto sólo es dable al legislador, según el artículo 124 Superior, “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”, en atención al principio de reserva legal.

De la misma manera lo ha establecido la Corte Constitucional (2012) en sentencia C-315/12 con ponencia de la Dra. M. V. Calle Correa al indicar que:

“De conformidad con el artículo 124 de la Constitución y en armonía con lo dispuesto en los artículos 125, 150-23 y 277 del mismo Estatuto Superior, corresponde al legislador fijar la responsabilidad disciplinaria que puede ser atribuida a los servidores públicos frente a los comportamientos realizados por sus servidores que atenten contra el ordenamiento jurídico y las finalidades que son propias de la función pública. Esta competencia la debe ejercer sin desconocer la vigencia de los principios que integran el derecho fundamental al debido proceso (art. 29, CP), de manera que, las normas administrativas de naturaleza disciplinaria no pueden hacer a un lado los principios de legalidad, autoridad administrativa competente, imparcialidad, publicidad, presunción de inocencia, defensa y contradicción”.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Con todo, en palabras de Mejía Ossman (s.f):

“No puede establecerse ninguna clase de responsabilidad disciplinaria, si la conducta objeto de investigación no ha sido previamente descrita, prevista o tipificada como falta por la Carta Política, los tratados públicos ratificados por el gobierno colombiano, la ley, las ordenanzas, los acuerdos municipales, los estatutos de la entidad, el reglamento, el manual de funciones, la orden administrativa, la directiva, o el acto administrativo respectivo”.

Aunado a lo anterior, además de que la norma no establece el título de la conducta que permita realizar una correcta adecuación y así garantizar el derecho de contradicción, se tiene que el Código General Disciplinario así como el régimen anterior regulado por el Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002 en su momento, cuentan con tipos de carácter abierto los cuales no contemplan específicamente el verbo rector del comportamiento que como tal, constituye falta disciplinaria, ejemplo de esto podemos citar los artículos 67 y 78 del “Código General Disciplinario” (2019) los cuales rezan lo siguiente:

“Artículo 67. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la incursión en prohibiciones, salvo que la conducta esté prevista como falta gravísima”.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 47 de este código.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Por su parte, el artículo 78 estipula: “Faltas de los notarios. Constituye falta disciplinaria grave y, por lo tanto, da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones”.

Tipos de carácter abierto:

Con lo anterior, podemos evidenciar lo que se conoce como tipos de carácter abierto o remisivos cuya redacción encuentra sentido en que no le es posible al legislador establecer expresamente cada uno de los deberes y funciones impuestos a cada funcionario o servidor público por la ley y el reglamento internos de las distintas entidades públicas, por ello, establece estas cláusulas de carácter abierto.

Lo cual, no comporta como tal un menoscabo a los principios de legalidad, tipicidad y debido proceso ya que la conducta con su verbo rector específico la encontraremos en el manual que establece las obligaciones y funciones, por lo cual, el servidor público tendrá certeza en cuanto al fundamento y formulación de los que se le imputan, por lo menos en ese sentido, lo cual, no ocurre con la omisión del Código General Disciplinario frente a la modalidad o título de cada conducta que comporta una falta disciplinaria pues para determinarla el fallador no tiene a donde remitirse sino que se deja a su propio arbitrio y en cualquier etapa del proceso.

Numerus apertus:

La noción de numerus apertus en el derecho se puede definir como un término que permite dejar abierta la posibilidad de adecuar más de una situación, valor o característica a un concepto o determinación específico de carácter legal, esto con la finalidad de ampliar sus efectos jurídicos, puesto que no concluye o se reduce específica, taxativa y formalmente en su contenido literal.

En el escenario del derecho disciplinario esta noción podrá ser definida como el sistema que faculta al fallador para establecer y modificar la calificación del título o modalidad en que fue cometida una conducta o comportamiento constitutivo de falta disciplinaria por parte del servidor público como sujeto disciplinable, esto es, determinar si el servidor público actuó dolosa o culposamente, el punto de análisis crítico frente a la aplicación de este sistema radica en el momento en que se toma tal determinación ya que se realiza con posterioridad a la comisión de la conducta, así como la legitimación del operador jurídico que la establece lo cual vulnera los postulados de legalidad, debido proceso, reserva legal, tipicidad y por ende los derechos del servidor público.

Normatividad:

Trayendo nuevamente a colación el artículo 4 del “Código General Disciplinario” (2019) Ley 1952 de 2019 reformado por la Ley 2094 de 2021, que a su tenor literal reza lo

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

siguiente: “Los destinatarios de este código **sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización**. La preexistencia también se predica de las normas complementarias” (negrilla fuera de texto).

Así como el artículo 67 antes mencionado podemos evidenciarlos replicados en otras disposiciones que desarrollan la potestad sancionatoria en cabeza del Estado dentro de la cual se ubica el derecho disciplinario, esto es, artículos 44 y 74 del Código Disciplinario Militar expedido mediante Ley 1862 de 2017, artículo 7° del Estatuto Disciplinario Policial expedido mediante Ley 2196 de 2022, artículos 5° y 10° del Código de Ética y Disciplinario del Congresista expedido mediante Ley 1828 de 2017 modificada por la Ley 2003 de 2019 y corregida por el Decreto 1303 de 2017, artículos 3° y 17 del Código Disciplinario del Abogado expedido mediante Ley 1123 de 2007, normas con las cuales el sistema de numerus apertus no guarda relación ni coherencia puesto que estas normas determinan que el servidor público puede incurrir en sanción disciplinaria por conductas que constituyan falta según la ley vigente en el momento de su comisión y el sistema de numerus apertus habilita al operador disciplinario para que falle con fundamento en una adecuación típica de la conducta que no se encuentra descrita en la ley bajo su propio juicio el cual estructura y determina *a posteriori*.

Lo anterior vulnera el principio de legalidad y de contradicción por parte del sujeto disciplinable a quien se le formularon cargos por conductas dolosas que constituyen falta disciplinaria y en caso de que el análisis probatorio no que actuó con dolo, será condenado por los mismos cargos pero a título de culpa cuando desde un principio estructuró y ejecutó su

defensa en aras de demostrar que no actuó con la voluntad a pesar del entendimiento de la ilicitud de su conducta.

Por su parte, en materia fiscal, el artículo 2 de la ley 610 del año 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, modificada mediante Ley 1474 de 2011 y el Decreto Ley 403 de 2020 establece que:

“En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo”.

Igualmente, el artículo 4 del Código General Disciplinario (2019) Ley 1952 de 2019 reformado por la Ley 2094 de 2021, establece que “ (...) la labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad”.

Pronunciamientos jurisprudenciales:

En nuestro país, a partir de la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) a través de la Ley 1437 de 2011, el precedente administrativo y judicial tiene carácter vinculante, en atención a ello, el artículo 102 de la norma en comento obliga a los jueces a emitir pronunciamientos con sujeción a lo dispuesto sobre la materia en la jurisprudencia emitida por las altas cortes, específicamente la jurisprudencia de

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

unificación emitida por la Corte Constitucional así como por el Consejo de Estado respectivamente.

Para el caso en concreto, mediante sentencia de unificación número 901 del año 1995 la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Jaime Córdoba Triviño estipula que:

“Para la Corte, no contraría ni los fundamentos, ni la dinámica del derecho disciplinario el que se formulen cargos por una falta cometida a título de dolo y que en el fallo se declare la responsabilidad por esa misma falta pero cometida a título de culpa”.

Indica así mismo el tribunal constitucional en esta sentencia, con soporte a su vez en la sentencia de control de constitucionalidad número 1076 del año 2002 Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, donde se declaró como exequible condicionado el inciso final del artículo 165 del anterior Código Disciplinario Único expedido mediante Ley 734 del 2002, el cual contempla la variación en la configuración del comportamiento formulado en el contenido del acta de acusación o pliego de cargos, que la adecuación o calificación típica de la conducta es variable puesto que ostenta un carácter provisional sujeto a lo demostrado en la valoración del acervo probatorio, pues “(...) la calificación de la falta realizada en el pliego de cargos no puede reputarse definitiva y de allí que, si se aducen elementos probatorios que conduzcan a su reconsideración, pueda haber lugar a ella”.

Retomando la discusión planteada en cuanto a la relación de las conductas o comportamientos constitutivos de falta disciplinaria contenida los estatutos disciplinarios

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

actuales como el Código General Disciplinario, el Código Disciplinario Militar, el Estatuto Disciplinario Militar, el Código de Ética y Disciplinario del Congresista, el Código Disciplinario del Abogado y la omisión legislativa que en sus disposiciones contempla frente a los parámetros de calificación típica que son insuficientes en lo que respecta a la modalidad de la conducta, el tribunal constitucional en sentencia de constitucionalidad número 155 de 2002 con la doctora Clara Inés Vargas Hernández como magistrada asignada para llevar la ponencia al resolver la demanda de que buscaba la inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley 200 de 1995 por medio de la cual se expide el anterior Código Disciplinario Único, fundamenta la aplicación del sistema de numerus apertus sosteniendo que:

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

Lo anterior no supe con suficiencia el vacío normativo que contemplan las disposiciones antes referenciadas pues si bien, conforme a la aplicación del modelo de numerus apertus queda

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

en cabeza del fallador determinar la modalidad en que procedió el disciplinado, esto es a título doloso o culposo, no se establecen directrices para el momento procesal en que se debe notificar la variación o modificación de su calificación.

Esto adjudica la libertad al operador jurídico- disciplinario para que ejecute la incriminación del disciplinado por comportamientos a título de culpa sorprendiendo así al servidor público quien ejerció su defensa en correspondencia con la formulación de cargos por conductas dolosas vulnerando con ello, el principio de tipicidad y a su vez, el de legalidad que contribuye a la garantía y tutela de la seguridad jurídica, de los derechos y de la supremacía misma de la norma de normas, pues,

“(…) las infracciones y las sanciones no sólo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley (…)” (Nieto García, 2005, p. 202).

Si bien el derecho sancionador y conforma a ello, el derecho disciplinario persiguen el cumplimiento de las finalidades del Estado Social de Derecho, se tiene que las prerrogativas de su estructura también cobijan al servidor, por ello, la estructura del tipo disciplinario debería contemplar los ingredientes normativos respectivos como la impericia, la negligencia, o la imprudencia, como originadoras de la responsabilidad a modo de culpa y que por lo tanto, sea la misma norma quien de cuenta del título conforme al cual la comisión de la conducta comporta falta de carácter disciplinario en atención al principio de tipicidad, ya que tal y como ha dicho la Corte Constitucional:

“Dentro de los principios que rigen el derecho disciplinario, está sin duda el de la tipicidad, que exige que la conducta del servidor público que la ley erige como falta sea previamente definida por el legislador, así como la sanción correspondiente (CC, C-404/01, 2001)”.

Por su parte, la rama disciplinaria dentro del Derecho es un mecanismo primordial de la función pública y del Estado que procura controlar su correcto funcionamiento en el derecho a la dignidad humana, señalando cada deber así como las obligaciones de estos, fijando las faltas, los mecanismos para establecer las sanciones y los procedimientos para atribuir las y ejecutarlas de acuerdo a los preámbulos constitucionales y legales que gobiernan o conducen a cada actividad.

¿Cómo nace la rama del derecho disciplinario en Colombia?

Esta rama surge en los orígenes de la legislación de la Corona Española, mediante la cual, conforme a sus leyes y reglamentos impartían justicia y así mismo valoraban y sancionaban el desempeño de sus servidores públicos en América.

Por el cual, se adoptó en Colombia el régimen jurídico reformando la actuación de cada entidad pública para un control regulado de la conducta de estos funcionarios; por lo cual la entidad de la Procuraduría General propuso al Parlamento regular y unir la norma que las rige, para establecer las funciones públicas y de las personas dando apertura al Código Disciplinario, Ley 200 de 1995, de tal manera que se reformó conforme a los entornos comunitarios dando

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

origen a la Ley 734 del 2002, la cual también fue modificada por lo anterior y dio apertura a la Ley 1952 de 2019 que dentro a regir en el año 2021 y por último se modifica nuevamente con la finalidad de regular el poder sancionatorio disciplinario, gobernado por la Corte de Derechos Humanos (CIDH) de la Ley 2094 de 2021.

Modificaciones la Ley 2094 de 2021:

Se clasifican en cuatro grupos:

Adequar la disciplina del modelo internacional del debido proceso y restricción de los derechos políticos.

El juicio ordinario.

Algunos mandatos de la Ley 1952 de 2019.

Los métodos que adelanta la jurisdicción disciplinaria.

En marzo 29, entra en apertura el Código Disciplinario (CGD), la normatividad compuesta por la Ley 1952 del 2019 con la nueva validación de la Ley 2094 del 2021. Las modificaciones de algunos artículos de la ley son importantes, por la cual solo nombraremos dos de las más importantes.

Art. 1 Se modifica el art. 2 de la ley 1952 en el art. 1 de la Ley 2094 atribuyéndole la potestad a la Procuraduría de la Nación la facultad de impartir responsabilidades jurisdiccionales para imponer sanciones de suspensión, inhabilidad, destitución y demás impartidas por la Ley; las decisiones sancionatorias serán impuestas por un órgano de control ante la jurisdicción administrativa y contenciosa dándoles a conocer sus funciones y también incluyendo a la Fiscalía

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

General de la Nación, así como también autoridades que la imparta temporal o permanentemente la cual entrará en vigencia el 29 de diciembre del 2023. Como lo menciona la Ley 1952 y 2094 del 2011.

Hoy en día la transformación del derecho disciplinario se desarrolla de acuerdo a los avances de las normas y las leyes que las imparten, dando alcance al Código Disciplinario donde el desarrollo de las actividades de los servidores públicos y como también el sistema disciplinario no solo es sometidos al Código Disciplinario sino también está incluido en el estatuto de los Abogados por lo que se sigue unificando o modificando ya que hay limitaciones para conductas especiales en servidores públicos en las diferentes entidades y órganos de control por las cuales es necesario regularlas para ciertas actividades o funciones en particular en particular.

¿Cuáles son los principios del derecho disciplinario?

Los principios más importantes del proceso disciplinario son varios, por lo tanto nombramos algunos, pero hay más que se derivan de estos:

- **PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAS**

El principio de la prevalencia es un derecho sustancial de disposición natural de las formas o procedimientos de las normas reguladas, las cuales permiten concretar o dar por hecho el derecho sustancial de los ciudadanos, aplicándose de forma amable, flexible y dúctil ante un juez u operador jurídico.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

- PRINCIPIO DE LA GRATUIDAD

El principio de la gratuidad es hacer valer los derechos a la igualdad y a la dignidad humana por lo cual la equidad apunta a un voluntariado de conciliación en circunstancias dadas en su momento para satisfacer a la comunidad.

Las entidades territoriales o de personas en su momento, están obligadas a brindar apoyo en los espacios dados en cuanto a los servicios ofrecidos.

- PRINCIPIO DE CELERIDAD

El principio de celeridad incentiva el uso de la tecnología para hacer más efectivo el trámite de las personas, garantizando el cumplimiento de los intereses generales y del estado; es el impulso optimizado o agilizado los procedimientos jurídicos o gestiones administrativas para la reglamentación asociada a ellos.

- PRINCIPIO DE LA EFICIENCIA

El principio de la eficiencia elimina los obstáculos y los retardos del derecho fundamental de los ciudadanos como lo es el debido proceso; haciendo efectiva la habilidad y la idoneidad al cumplimiento de las determinaciones en la gestión administrativa impartiendo que no hallan situaciones dilatorias de los retrasos.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

- PRINCIPIO DE LA LEALTAD

El principio de lealtad va de la mano con el valor moral y el principio de la buena fe frente a cualquier dificultad procesal debido a la traición, que permite que un juez maneje de forma correcta la sanción o corrija esta misma las conductas que se generen por violaciones de las garantías procesales y el derecho a defenderse por parte de las personas involucradas en el proceso judicial garantizando la igualdad de condiciones entre ambas partes.

- PRINCIPIO DE LA MOTIVACIÓN

El principio de la motivación consiste en la objetividad de garantizar decisiones y razonamientos de los procesos judiciales para evitar cualquier tipo violación o amenaza por parte de los servidores públicos, haciendo referencia a los hechos, las pruebas, el sustento probatorio, jurídico y a los derechos fundamentales que se determinan o se consideran para el razonamiento, que mantengan la oportunidad, justicia y legitimidad de esta.

- PRINCIPIO DOBLE INSTANCIA

Este principio hace referencia al debido derecho fundamental del ciudadano de defenderse y a su vez desarrollando un buen debido proceso para este; la doble instancia es una garantía constitucional para los procesos judiciales y los fallos equivocados, determinado por la Constitución Política de 1991 para modificar y rectificar la falla o las fallas ocurrida por un juez o tribunal.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

- **PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD**

El principio de la publicidad es un material probatorio que todas las autoridades tienen que dar a conocer aquellos actos, contratos y resoluciones sin necesidad de peticiones a través de instrumentos como tecnologías informativas y comunicativas; para las actividades del debido proceso que implica la necesidad de aspectos de hecho, derecho y deber en ponerlas en conocimiento a las partes involucradas en el interés jurídico para garantizar el debido proceso y los principios que la originan.

- **PRINCIPIO DE ORALIDAD**

El principio de oralidad es la necesidad de poder comunicarse verbalmente ante un juez y hacer efectivo el proceso judicial siendo de manera eficiente y subjetiva, como también en la publicidad, concentración e inmediación del receptor.

- **PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.**

El principio de contradicción es un criterio fundamental en el proceso judicial, la contradicción acontece cuando los elementos o argumentos son lo contrario a lo que se decide entre ambas partes para acceder a los procedimientos judiciales y hacer valer su petición en el juicio.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

- **DERECHO A LA HONRA Y EL BUEN NOMBRE.**

Estos son derechos importantes de las personas y servidores públicos, donde se pretende proteger a los ciudadanos de expresiones, informaciones erróneas, informaciones ofensivas o informaciones tendenciosas evitando algún daño moral y así mismo protegiendo su legitimidad en la intimidad personal y familiar y así dejando en alto el buen nombre, por lo tanto los órganos de control deben, hacerlos respetar y respetarlos.

También cabe resaltar los principios de legalidad, favorabilidad, tipicidad, debido proceso, reserva legal, los tipos abiertos y el de legalidad que también son muy importantes en materia del derecho disciplinario los cuales mencionaremos más adelante en este trabajo de investigación.

¿Cómo se clasifican los daños disciplinarios?

Los daños disciplinarios en el derecho disciplinario se pueden clasificar o tipificar en tres categorías como faltas leves, graves y gravísimas dependiendo de su naturalidad, sus características, hechos o motivos definidos y sus antecedentes.

La nueva reforma de la Ley 1952 del Código General Disciplinario relaciono una definición breve de faltas en las que podrían incurrir los servidores públicos.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

- **FALTAS LEVES O GRAVES**

Las faltas leves o graves se dirigen a la infracción de los deberes y limitaciones funcionales o imposiciones de las personas; dicha levedad o gravedad es establecida por la norma en el artículo 47 donde se definen los criterios como culpa de naturaleza del servicio, el nivel de violación del servicio, la categoría y régimen del funcionario público que tenga una respectiva organización, trascendencia social de la falta o el daño causado entre otros, estableciendo el comportamiento de los servidores públicos; esto también alude a que el jefe encargado pueda optar por medidas correctivas si la necesidad de citar al formalismo procesal.

La falta grave es realizada como una conducta prescrita por la norma como daño, a título de culpa, cuando es sometida o cometida con motivo, con ocasión o como consecuencia de las funciones o cargos.

- **FALTAS GRAVÍSIMAS**

Las faltas gravísimas se relacionan con los delitos relacionados a los derechos fundamentales de la dignidad humana y la función pública, la contratación, los servicios prestados y la libertad de las personas en general. Así mismo corresponde y se relacionan con otros órganos de control como los recursos naturales, el medio ambiente, la salud en general, trámites oficiales en materia disciplinaria, la moralidad, la política, las repeticiones, los conflictos, las incompatibilidades y las inhabilidades.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

También tiene que ver con la relación del régimen penitenciario y carcelario relacionado en lo prescrito en las dictaduras de norma artículo 52. En la sanción disciplinaria estas faltas las rige las normas jurídicas sustanciales y procesales que definen la imposición de actos sancionatorios a personas o entidades con procesos especializados. Como lo rige la Ley 1952 del 2019 en el art. 47 y 52.

Por lo anterior describimos algunas faltas gravísimas:

Realizar una definición típica descrita por la norma como delito violado abusando del mismo.

Obstaculizar investigaciones de órganos de control y no sean suministrados al Congreso para el ejercicio del control político.

Extraviar, perder o dañar bienes del estado, incrementar sin justificación el patrimonio a favor de terceros o propio permitiendo que otro lo haga.

Realizar actos que atenten con los grupos religiosos, políticos, sociales, racial, étnico entre otros.

Incurrir en violaciones al derecho humano.

Sistema de imputación en el objeto disciplinario y los numerus apertus

Las controversias generalizadas por el sistema de imputación en el objeto disciplinario en relación a los numerus apertus se enfocan a la quebrantamiento de los principios de legalidad, tipicidad y el debido proceso dando relevancia a la dignidad humana consagrada como un acto

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

importante en la Constitución Política donde se define en la norma nacional e internacional de Colombia de vital importancia en los derechos fundamentales.

En Colombia se ha generado una gran problemática en el sistema de imputación en el objeto disciplinario de la investigación sancionatoria por parte de la Corte Constitucional atribuyendo así en realidad la vulnerando los principios de tipicidad, legalidad y debido proceso en el país.

Los numerus apertus en los procedimientos de este, se posiciona en dos grandes actos de infracción o violación, en primera parte se relaciona con lo mencionado, cuando exista una alteración en la conducta de la persona y en segunda parte cuando la persona acusada pueda ejercer el derecho a defenderse y a la contradicción de los cargos imputados.

Por lo cual el objeto de estudio es indagar los paradigmas que existen en los numerus apertus relacionándolas e identificándose como procesos jurídicos y sociales de la misma donde finalmente las analizamos como punto investigativo del material documental y la forma en que se desarrolla jurídicamente.

Los principios que se vulneran en el derecho disciplinario y numerus apertus son:

- **PRINCIPIO DE TIPICIDAD**

Este principio es fundamental en la norma, observando la determinada actuación o conducta de las personas imputadas desde el punto de partida penitenciario de los derechos humanos y la dignidad humana en la sinopsis dogmática vigente, dando a conocer una descripción completa, clara e inequívoca del proceso.

Esta también es prescrita en el código Penal, la Jurisprudencia y la Corte Suprema dando a conocer la sanción y la consecuencia jurídica de la violación y en busca de que el legislador sea claro y conciso en el dictamen dado para ser subjetiva o arbitraria.

La tipicidad va de la mano con la garantía del debido proceso ya que el legislador tiene que ser claro e inequívoco del dictamen expuesto por él, en cuanto a las conductas y sanciones que imponen al sancionador para que de tal manera el sujeto conozca muy bien las razones que se le señalan por su conducta o violación.

En conclusión el principio de tipicidad exige una descripción detallada específicamente y precisa del comportamiento del sujeto para así mismo sancionar como lo impone la norma y que exista una ilicitud sustancial. (CC, C-713/12, 2012).

- PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio es muy importante en materia fundamental para el estado donde establece que toda actividad jurídica de servidores o funcionarios públicos debe acogerse a la ley vigente y a la jurisdicción.

De acuerdo con esto el principio debe regir el acontecimiento a lo dispuesto y no violarse nunca según la norma, de modo que todo acto en observancia con la plenitud deba ajustarse al orden legal que lo establece, por lo tanto ninguna persona debe ser juzgada si no es conforme a la ley y las leyes que lo constituyen en cuestión de la conducta ante un tribunal o un juez competente a cada juicio.

En conclusión este principio es un resguardo para los ciudadanos en tema de la dignidad humana ya que es un seguro en materia jurídica para los mismos, dándoles a conocer el juicio o la conducta que se les acusa y las sanciones que se les aplica; en consecuencia a esto no se puede adelantar un proceso penal sin haber definido muy bien que sanción y dictamen se le acusa a la persona, es decir que se permita establecer con un buen grado de certeza los cargos imputados, y así que la buen función de los órganos de control penal que lo imponen sea lo más correcto posible y sin que esté previamente descrito en la ley en los artículos 6, 29, 122,123 y 124. (CC, C-393/06, 2006).

En dado caso de que las conductas no estén prescritas en la norma, el legislador según el artículo 124 tiene la autoridad de crear, modificar y derogar la responsabilidad a los servidores o

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

funcionarios públicos y hacer valer los cargos; de ante mano aplicándolos con el debido proceso en el proceso judicial y administrativo.

- **PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO**

El principio es importante en el proceso jurídico del estado ya que hace respetar todos los derechos fundamentales de la dignidad humana, en el dictamen legal de los funcionarios según las normas y leyes prescritas.

El debido proceso es un deber fundamental en el ejercicio del proceso jurídico, en el cual se reconocen las garantías sustanciales y procesales del desarrollo ante una autoridad u órgano del control competente; que permita impartir elementos esenciales de garantía al debido proceso en materia disciplinaria según como lo dispone la norma.

Según los descripción que hace la sentencia (CE, Sala Contenciosa Administrativa, No 190012331000200300575 01 (1427),2009).

- **LOS TIPOS ABIERTOS**

En el objeto disciplinario los tipos abiertos señalan o tratan de aquellas violaciones e infracciones disciplinarias que no son posibles imponer por parte del legislador con unas leyes prescritas y detalladas de los propósitos en cuanto al comportamiento de las funciones públicas como deberes, mandatos y prohibiciones donde se resuman todas las conductas prohibidas ante

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

las autoridades y los actos jurídicos de los servidores públicos, que de ante mano se puedan remitir a una normatividad integrada en todas sus partes y que no puedan ser sancionadas, por lo tanto se estaría violando el principio de taxatividad.

Es por esto, que en materia de derecho disciplinario los tipos abiertos son muy diferentes de los derechos penales queriendo decir que desde un inicio no se cumple con el principio de tipicidad, ya que este nos habla de dar a conocer una definición completa, detallada, clara e inequívoca del proceso jurídico en cuanto a la conducta y la sanción que se va imponer.

Teniendo esto en cuenta los tipos abiertos se relacionan con la teoría del delito ya que el operador judicial acude a reglas que están por fuera del punto de partida penal y que pueden estar en el rango legal, haciendo que el operador jurídico cierre por criterio de posición de garante en relación con las funciones públicas.

También los tipos abiertos se relacionan en dos aspectos como la teoría del delito y el principio de legalidad dando relación al límite de lo admisible desde la parte constitucional y desde que el tipo legal no contenga el fundamento para la prohibición y por lo cual la actividad ya no sea cuantitativa si no cualitativa siendo ya un límite de omisión impropia llevándose a una discusión de carácter de indeterminación, intentando no vulnerar los principios y siendo razonable a los criterios técnicos y lógicos con la seguridad de que estos actos de violación tipificada sean regulados.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Queriendo concretar en objeto de derecho disciplinario una normatividad que se compone de otras disposiciones en el proceso legal, donde se determinan deberes, mandatos, prohibiciones y funciones tanto de funcionarios públicos como de particulares.

- SISTEMA DE NUMERUS APERTUS

Los numerus apertus tienen la facultad de transformar y modificar las conductas en dolo a culpa, limitado por la misma naturaleza de los actos ya sea por incompatibilidad, negligencia, imprudencia, violación, impericia entre otras, se emplea cuando se expresa un valor jurídico y no se limita a su expresión llevándose abierta y admitiendo acopio de nuevas uniones.

El legislador se adapta al sistema de numerus apertus ya que en materia disciplinaria no hay un código específico para infinidad de conductas que están dañando el buen funcionamiento en el área administrativa, por esto se requiere calificar el daño en dolo o culpa al servidor público que la está incurriendo o violando. El sistema de numerus apertus se describe como una actividad amplia y genérica de incriminación en fuerza de los comportamientos que no se señalan para poder ser tipificados y ser sometidos con culpa como lo hace el proceso la ley penal.

Donde también le corresponde al juez adecuar la conducta con el proceso jurídico y a su vez calificar o valorar la falta de dolo o culpa salvo cuando se encuentren las frases “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” ya que los actos si están violentando la conducta.

Numerus apertus y principio de culpabilidad.

Si el objeto de la disciplina es la falta de la infracción en los deberes de los funcionarios, para que se establezca la violación por su infracción, el funcionario público que fallo en la infracción puede ser sancionado si ha incurrido como dolo o culposo, ya que el principio de la culpabilidad rige no sólo para conductas de modo delictivo sino que también en las demás posturas del derecho sancionatorio, en ellas el proceso disciplinario de los funcionarios, ya que este es un modo del derecho sancionatorio, por el cual los principios de derecho penal se aplican en el campo ya que las garantías sustanciales y procesales van a favor del servidor o funcionario investigado y se define en aras del respeto de los derechos primordiales y la dignidad humana, y así para vigilar la potestad sancionadora del Estado y sus órganos de control en cuanto a sus funciones y deberes de este.

Polémica del derecho disciplinario a la violación de los principios de tipicidad, legalidad y debido proceso.

En objeto disciplinario el estudio de los numerus apertus ha generado controversias en el principio de legalidad, tipicidad y debido proceso por conductas irreprochables e inexequibles permitiendo definir hasta qué punto pueden ser sancionables los daños disciplinarios convirtiéndolas a daño de dolo y culpa según el art. 13 de la ley 734 del 2002. Como también lo define el art. 5 de la ley 1123 de 2007 donde indica que en el objeto disciplinario solo impone la sanción al daño ejercido con culpabilidad y así eliminar toda responsabilidad objetiva.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Por la cual el operador no puede vulnerar los derechos fundamentales como defenderse, a la contradicción y el debido proceso, por eso es importante que el estado autorregule las sanciones para aquellas personas que no están cumpliendo con sus funciones públicas debidamente bajo la ley, para así mismo garantizar el buen manejo en el derecho disciplinario y la correcta conducta de los principios como lo es la legalidad, tipicidad y el debido proceso.

En por lo anterior, es deber del legislador estipular y brindar elementos estructurales de carácter procesal dentro del procedimiento sancionatorio disciplinario que complementen la aplicación del sistema de los numerus apertus en aras de que el operador jurídico actúe y emita fallo con ajustes a los postulados constitucionales que buscan garantizar el derecho fundamental a la defensa y al debido proceso del disciplinado, de tal manera que la calificación típica de la conducta guarde relación con la incriminación y le permita ejercer su derecho a la contradicción, como lo asume la Corte Constitucional en sentencia SU-901/95.

En este orden de criterios se puede definir que la Corte Constitucional admite la adaptación del sistema de numerus apertus aclarando que los principios del derecho penal sólo son aplicables al derecho disciplinario de manera moderada en cuanto a la diferencia en la que es aplicada a los dos órganos del derecho sancionatorio en la cual se debe proteger la orden social, la administración y es orientada más a la organización la cual justifica en ocasiones las garantías y así resguardar su función a la importancia de los intereses públicos amenazados; ya que se trata de proteger los principios que se aplican a la función pública como lo son el principio de eficacia, publicidad, igualdad, economía, transparencia, moralidad, celeridad y imparcialidad como se refiere la norma Constitucional.

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

La tipicidad es el sistema que establece la función, prohibición o de orden del incumplimiento de la funciones, prohibiciones y órdenes que se describe en una infracción disciplinaria. La cual se describe por un método legislativo que es denominado como las normas en blanco la cual consiste en definiciones incompletas de los actos sancionados que pueden ser complementadas por otras normas generando responsabilidad disciplinaria en el funcionario que la incurre al igual que los actos de imprudencia, impericia o negligencia entre otras más conductas sometidas a comportamientos culposos.

Por otra parte el derecho disciplinario atribuye a la carreta acción de la administración pública, para garantizar de manera efectiva la observación de las funciones de los servidores o funcionarios públicos del estado mediante la sanción o cualquier otra en cuanto a la extralimitación al cumplimiento.

Teniendo en cuenta la cantidad de actos que hacen los funcionarios o servidores públicos y seres humanos es necesario considerar el sistema de números abiertos los cuales ayudan a la organización y ordenamiento de las normas y leyes jurídicas que han sido violentadas por los mismos. Las normas contienen deberes, mandatos y prohibiciones la cuales son necesarias al dirigirse a ellas para imponer sanciones, garantizando así mismo los principios de tipicidad, legalidad y debido proceso al encontrar normas claras y concretas en donde se pueda describir la conducta y se pueda dar respuesta al Estado.

El sistema de numerus apertus autoriza al ordenador disciplinario (juez) para que sea él quien determine la acción de la conducta así no esté prescrita o señalada en la norma legal lo que

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

implica que la persona sancionada está en la obligación de observar la conducta violada para verificar si es admisible la culpa o por lo contrario es inculpa con dolo, situación que debe ser clara en el evento por el mismo ordenador.

En consecuencia, es deber del legislador estipular y brindar elementos estructurales de carácter procesal dentro del procedimiento sancionatorio disciplinario que complementen la aplicación del modelo de los numerus apertus en aras de que el operador jurídico actúe y emita fallo con ajuste a los postulados constitucionales que buscan garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso del disciplinado, de tal manera que la calificación típica de la conducta guarde relación con la incriminación y le permita ejercer su derecho a la contradicción, de la misma manera en que lo determina la H. Corte Constitucional a través de sentencia de unificación número 901 del año 1995 donde se resaltó que “frente a la nueva calificación debía garantizarse el derecho de defensa, fundamentalmente brindando la posibilidad de solicitar y practicar pruebas en torno a esa nueva adecuación”.

Se tiene que, dentro del desarrollo del proceso, con posterioridad a la formulación de los cargos llega el periodo probatorio, cuya carga principalmente la encontramos en cabeza del Estado, por su parte el funcionario, servidor o particular que desempeña una función pública puede presentar en ese momento procesal las pruebas necesarias que le permitan hacer efectivo su derecho de contradicción frente a los cargos por los cuales fue investigado, sin embargo, el sujeto en cuestión, prepara una defensa correspondiente a la defensa frente a un comportamiento

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

que según el investigador y juzgador - que eran el mismo antes de la Ley 2094 del año 2021- fue cometido con plena voluntad y conocimiento de su ilicitud, es decir, con dolo.

Una vez logra probar que no actuó con dolo, de manera casi que automática y sin previa notificación, en el contenido del fallo bien sea en la misma diligencia o en instancias superiores, la modalidad de la conducta es modificada convirtiéndose en culposa, sorprendiendo así al disciplinado.

El principio de legalidad no debe estar contenido en las normas vigentes para reclamar su aplicabilidad por cuanto cuentan con la particularidad de tener una eficacia de carácter directo pues todos estamos obligados en nuestro actuar a acatar los postulados constitucionales.

Bibliografía

Corte Constitucional [CC], abril 26, 2005. M.P.: J. Araújo. Sentencia No. 425/05 (Colombia). Obtenido el 18 noviembre de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-425-05.htm>

Corte Constitucional [CC], abril 19, 2001. M.P.: M. Monroy. Sentencia No. 404/ 01 (Colombia). Obtenido el 18 noviembre de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-404-01.htm>

Corte Constitucional [CC], agosto 5, 1996. M.P.: A. Barrera. Sentencia No. 341/96 (Colombia). Obtenido el 28 noviembre de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-341-96.htm>

Corte Constitucional [CC], diciembre 5, 2002. M.P.: C. Vargas. Sentencia de unificación No. 901/ 95 (Colombia). Obtenido el 18 noviembre de 2022.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1076-02.htm>

Corte Constitucional [CC], marzo 5, 2002. M.P.: C. Vargas. Sentencia No. 155/ 02 (Colombia). Obtenido el 18 noviembre de 2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-155-02.htm>

Corte Constitucional [CC], mayo 24, 2006. M.P.: R. Escobar y M. Ortigón. Sentencia No. C-393/06. (Colombia). Obtenido el 26 noviembre de 2022.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-393-06.htm>

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Corte Constitucional [CC], octubre 4, 1993. M.P.: J. Hernandez y F. Morón. Sentencia No. C-417/93. (Colombia). Obtenido el 25 noviembre de 2022.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-417-93.htm>

Corte Constitucional [CC], septiembre 1, 2005. M.P.: J. Araújo. Sentencia de Unificación No. 901/ 2005 (Colombia). Obtenido el 18 noviembre de 2022.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/SU901-05.htm>

Corte Constitucional [CC], septiembre 12, 2012. M.P.: M. Gonzales y R. Jiménez. Sentencia No. C-713/12. (Colombia). Obtenido el 26 noviembre de 2022.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-713-12.htm>

Código Disciplinario del Abogado [C.D.A.], (2007). (Colombia) Obtenido el 28 noviembre de 2022.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1123_2007.html

Código de Ética y Disciplinario del Congresista [C.E.D.C.], (2017). (Colombia) Obtenido el 28 noviembre de 2022. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1828_2017.html

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, septiembre 19, 2013. M. P.: G. Arenas. No 190012331000200300575 01 (1427). (Colombia). Obtenido el 26 de noviembre de 2022. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=60373>

Código Disciplinario Único [C.D.U.], (2002). (Colombia) Obtenido el 18 noviembre de 2022.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Código Disciplinario Militar [C.D.M.], (2017). (Colombia) Obtenido el 28 noviembre de 2022.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1862_2017.html

Código General Disciplinario [C.G.D.], (2019). (Colombia) Obtenido el 18 noviembre de 2022.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1952_2019.html

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [C.P.A.C.A.], (2011).

(Colombia) Obtenido el 18 noviembre de 2022.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html.

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia. Obtenido el 18 noviembre de 2022.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Estatuto Disciplinario Policial [E.D.P.], (2022). (Colombia) Obtenido el 28 noviembre de 2022.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2196_2022.html

Ley 1952/19, enero 28, 2019. Diario Oficial [D.O]: 50850. (Colombia). Obtenido el 25 de noviembre de 2022.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90324>

Ley 2094/21, junio 29, 2021. Diario Oficial [D.O]: 51720. (Colombia). Obtenido el 25 de

noviembre de 2022. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2094_2021.html

DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS NUMERUS APERTUS

Nieto, A. (2005) . *Derecho administrativo sancionador*. Lex Nova