

Aplicación de la inhabilidad sobreviniente, un análisis al numeral segundo del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 a partir de los lineamientos y fallos de las autoridades disciplinarias competentes

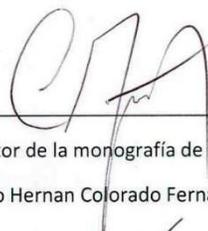
**Deysi Carolina Sánchez Caycedo
Id 394997**

Monografía presentada para obtener el título de Abogada

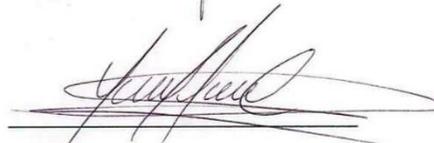
**Asesor
Mario Hernán Colorado Fernández**

**Universidad Cooperativa de Colombia
Facultad de Derecho
Santiago de Cali
2018**

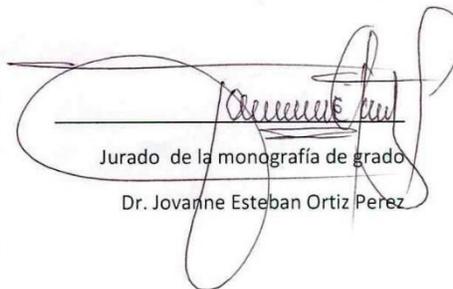
NOTA DE ACEPTACIÓN



Director de la monografía de grado
Dr. Mario Hernan Colorado Fernandez



Jurado de la monografía de grado
Dr. Jesús Mauricio Castañeda



Jurado de la monografía de grado
Dr. Jovanne Esteban Ortiz Perez

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

Introducción	7
1. Planteamiento del problema.....	8
2. Objetivos	11
2.1 Objetivo general	11
2.2 Objetivos específicos.....	11
3. Justificación	12
4. Marco Referencial.....	14
4.1 Estado del arte	14
4.2 Marco teórico	16
4.2.1 Inhabilidad sobreviniente.....	16
4.2.2 Derecho disciplinario.....	17
5. Metodología	18
6. Desarrollo.....	20
6.1 La inhabilidad de la función pública y los alcances de la inhabilidad sobreviniente desde la jurisprudencia.....	20
6.2 Acercamiento a las faltas disciplinarias; análisis de los principios y finalidades que le rigen	27
6.3 Diferentes posturas en torno a la inhabilidad sobreviniente en el derecho disciplinario colombiano.....	36
7. Conclusiones	50
8. Bibliografía	53

LISTA DE CUADROS

	Pág.
Cuadro 1. Derechos Políticos	22
Cuadro 2. Principios y finalidades esbozados por el legislador	29
Cuadro 3. Función pública y falta disciplinaria	34

Introducción

La inhabilidad en el derecho disciplinario colombiano, ha sido entendida por la Corte Suprema de Justicia como una circunstancia de carácter negativo del individuo que le ocasiona un impedimento para ejercer la función pública, por lo que se torna sobreviniente cuando en el desempeño del cargo se llegan a presentar situaciones consagradas en la legislación que se consideran supuestos de hecho para una inhabilidad, por lo que esta situación debe ocurrir de forma posterior a la elección o el nombramiento causando así que no se genere la nulidad del acto de elección o designación pero sí causa efectos jurídicos en el ejercicio del cargo.

La aplicación de la inhabilidad sobreviniente en el derecho el disciplinario, ha tenido diferentes concepciones. En este orden de ideas, algunas entidades del Estado la ejecutan, al configurarse ésta por la incurrancia de servidores públicos en faltas graves dolosas únicamente, lo anterior, argumentado en que el numeral segundo del artículo 38 de Código Disciplinario Único, no expresa que estas faltas deban configurarse como faltas graves culposas. Este aparente vacío normativo, ha conllevado a que entidades como la Policía Nacional, no ejecuten la inhabilidad sobreviniente sólo por las faltas graves dolosas, contrario sensu, le han dado aplicación al presentarse faltas graves tanto dolosas como culposas.

1. Planteamiento del problema

El derecho disciplinario, ha sido catalogado como el resultado final de la unión del derecho penal y el derecho administrativo, esto, debido a que sanciona disciplinariamente a los servidores públicos, los cuales, como es sabido, pertenecen a instituciones de la administración. De esta manera, se tiene, que diferentes autores y estudiosos del derecho han afirmado que el derecho disciplinario pertenece al derecho administrativo, esto a tal punto, que lo han hecho llamar derecho administrativo disciplinario, argumentando a su vez que el derecho disciplinario nada tiene que ver con la sanción penal, la cual como es sabido tiene en su naturaleza la centralización de buscar mantener el orden social (Daza, 2013).

Siendo así, la Corte Constitucional ha definido el derecho disciplinario como las normas de carácter tanto sustancial como procesal por medio de las cuales el Estado busca garantizar la moralidad y el comportamiento ético de quienes se desempeñen dentro de funciones públicas (Sentencia C-341, 1996).

A su vez, la alta Corte se ha mencionado sobre el derecho disciplinario, estableciendo que este es una rama esencial al funcionamiento del Estado enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas (Sentencia C-417, 1993). De igual forma, es menester traer a colación que el derecho disciplinario se encuentra conformado (Sentencia C-417, 1993).

Las anteriores definiciones y aportes que ha hecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional con respecto al derecho disciplinario permiten que se logre establecer la importancia que tiene esta rama del derecho para el buen funcionamiento de la administración pública y sus servidores, lo cual es fundamental a la hora de adentrarse en la problemática planteada. Por consiguiente, al

buscar el derecho disciplinario la implementación de principios como la moralidad y la eficiencia dentro de la administración, surge en cabeza de las autoridades competentes la potestad de sancionar las conductas que atenten contra el buen funcionamiento del Estado, por lo que dentro de las sanciones existentes se encuentra la inhabilidad sobreviniente, la cual se erige como la figura jurídica de análisis del presente trabajo.

Antes que todo, es menester definir de igual forma a la inhabilidad sobreviniente, para esto, se trae a colación que la inhabilidad sobreviniente se presenta cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial, o cuando se presente el hecho que las generan, el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública, diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias (Código Disciplinario único, 2002).

La presente investigación se ocupa del análisis jurídico del artículo 38 de la ley 734 de 2002, la cual ha sido expedida como el Código Disciplinario Único. En el articulado se aborda el tópico relacionado con las inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, entre las cuales se encuentra el haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco años por faltas graves o leves dolosas, o por ambas.

Esto último es la razón por la cual se ha planteado el problema de la presente propuesta, puesto que el legislador, ha obviado el mencionar que dentro de las faltas graves se desprenden las graves con culpa leve, con culpa gravísima y con dolo. Este aparente vacío normativo, ha conllevado a que las diversas entidades del Estado no hayan adoptado un criterio único a la hora de adentrarse en la inhabilidad sobreviniente. Con respecto a esto, se tiene que la Policía Nacional ha venido implementando la inhabilidad sobreviniente cuando se presenta cualquier tipo de falta grave; es decir por faltas graves dolosas y faltas graves culposas, al igual que por leves

dolosas o ambas presentadas en concurso, apelando a un razonamiento jurídico válido, centrado en la máxima que estipula que lo principal abarca lo accesorio. No obstante, entidades como la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ha manifestado que para la culpabilidad de la inhabilidad mencionada se debe tener en cuenta las faltas graves exclusivamente dolosas, excluyendo así las faltas graves en modalidad culposa (Moreno & Rincón , 2012).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que el legislador, ha esbozado el artículo 38 de la ley 734 del 2002, con miras a garantizar la obediencia, la disciplina y fundamentalmente el comportamiento ético y moral de los servidores públicos, afirmación que contribuye para que se plantee el interrogante acerca de si el numeral segundo del mencionado artículo, debe entenderse en un sentido amplio en relación a las faltas graves, es decir, si la entidades disciplinarían han hecho bien al concebirlas para la aplicación de la inhabilidad sobreviniente como faltas graves culposas y faltas graves dolosas, surgiendo como pregunta problema el identificar cuál de las posturas con que se cuentan en torno a la inhabilidad sobreviniente, se encuentran más acorde con los principios constitucionales y de la administración pública.

2. Objetivos

2.1 Objetivo general

Analizar el numeral segundo del artículo 38 de la ley 734 del 2002, Código Disciplinario Único, en relación con la aplicación que las autoridades disciplinarias competentes le han dado a la inhabilidad sobreviniente.

2.2 Objetivos específicos

- Identificar las posturas que han argumentado diferentes entidades del Estado, en relación con la aplicación de la inhabilidad sobreviniente.
- Establecer si hay un vacío normativo en lo esbozado por el legislador en el numeral segundo del artículo 38 de la ley 734 de 2002.
- Indagar, de acuerdo con los principios y fundamentos del derecho disciplinario, sobre cuál de las dos posturas es la apropiada para la aplicación de la inhabilidad sobreviniente.

3. Justificación

La presente propuesta, se centrará en analizar el numeral segundo del artículo 38 de la ley 734 del 2002, especialmente, en lo correlacionado a la inhabilidad sobreviniente y su correcta o debida aplicación. Esto, radica en que el legislador no ha sido claro a la hora de establecer los casos en que debe aplicarse la inhabilidad sobreviniente, especialmente en lo relacionado a lo que se configure en esta, debe darse una falta grave culposa o una falta grave dolosa; por tanto, esta investigación permitirá establecer las posturas que manejan las diferentes entidades del Estado a la hora de aplicar la inhabilidad sobreviniente.

Siendo así, el presente trabajo se trazó el propósito de identificar las diversas posturas que han manejado las instituciones del Estado, en lo relacionado a la inhabilidad sobreviniente, toda vez que se considera que no se han sentado las bases para que en el país se tenga un criterio único para proferir fallos de esta naturaleza.

De esta manera, los motivos que llevaron a que se investigara y analizara el numeral segundo del artículo 38 de la ley 734 de 2002 en lo relacionado a la inhabilidad sobreviniente, se centran en que hoy día se siguen presentando contradicciones en los fallos disciplinarios y en las decisiones adoptadas por los organismos competentes como la Procuraduría General de la Nación, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y los despachos internos que tienen como función el aplicar la normatividad disciplinaria a los funcionarios públicos. Se pretende, por tanto, contribuir a que desde la investigación y el ejercicio académico se genere los lineamientos necesarios para que se tenga conocimiento sobre la aplicación correcta que se deba hacer, con respecto a la aplicación de la inhabilidad sobreviniente.

Se piensa entonces, que, mediante la comprensión de la legislación, así como de la jurisprudencia que se haya pronunciado sobre el tema, se permitirá tener claridad sobre los fundamentos jurídicos que han tenido las diferentes entidades del Estado en contraposición a las

decisiones proferidas por la Policía Nacional, lo anterior, con la finalidad de establecer cuáles de los argumentos esbozados son los más acertados y fundamentados en derecho.

Por otra parte, el estudio a realizar sobre el establecer si hay un vacío normativo por parte del legislador en el numeral segundo del artículo 38 de la ley 734 del 2000, en lo relacionado fundamentalmente en el obviar la tipificación de que las faltas graves deban ser culposas y dolosas, permitirán que se tenga mayor claridad acerca de si las cortes altas deben exhortar al Congreso para que este se pronuncie de manera más precisa con respecto al tema.

Finalmente, el indagar en la información obtenida acerca de la inhabilidad sobreviniente y la duda jurídica sobre las faltas graves culposas y las faltas graves dolosas, permitirán que se tenga un criterio amplio con una gama de argumentos suficientes para la realización del presente proyecto, por tanto, se considera que las justificaciones esbozadas comprenden las bases necesarias para revestir de pertinencia la investigación científica y académica, así como el desarrollo de la monografía a realizar para obtener el título de abogada.

4. Marco Referencial

4.1 Estado del arte

Con respecto al tema planteado, son pocas las investigaciones que se han ocupado de abordar la mencionada problemática, aunque, no obstante, es de resaltar la delimitación exacta que han tenido los investigadores a la hora de realizar trabajos académicos y científicos afines. En este orden de ideas, se destaca lo trabajado por el autor Daza (2013), el cual se ha preocupado por investigar la naturaleza jurídica que tiene el derecho disciplinario, planteando el interrogante si este es autónomo o independiente, claro está, alimentando el debate eterno sobre si el derecho disciplinario pertenece al derecho penal o al derecho administrativo, o si este es un derecho autónomo e independiente de los anteriores. Para esto, el autor ha traído a colación lo esbozado por diferentes autores nacionales, estableciendo que estos han desconocido que el derecho disciplinario tenga vínculo alguno con la naturaleza propia del derecho penal, contrario sensu lo han vinculado mayoritariamente al derecho administrativo.

De igual forma, el autor robustece su tesis acerca de la vinculación que tiene el derecho disciplinario en correlación con el derecho administrativo, aseverando así que estos se encuentran ligados debido a que tienen el principio de la eficiencia en común. Este aspecto, permite que pueda concebir que el derecho disciplinario tiene una naturaleza correctiva y no punitiva, es decir que para el autor, esta rama del derecho no tiene dentro de sus entrañas ambición alguna por tener un carácter represivo. No obstante, ha aclarado que el derecho disciplinario hace parte del campo sancionatorio y por tanto hay una relación con el *Ius Puniendi*, eso, fundamentado en los principios de tipicidad, irretroactividad y culpabilidad.

Cabe mencionar que lo anterior no tiene una vinculación directa con la temática a desarrollar, pero se consideró pertinente el traerla a colación para ampliar el espectro jurídico y conceptual sobre el derecho disciplinario, el cual es el eje central de la presente propuesta. En este orden de

ideas, los autores Suárez, Fuentes y Rincón (2011), en el marco de su investigación realizada acerca de la contratación estatal, han manejado el tópico de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. Esto, es traído a colación en lo que respecta a la cesión de contratos públicos, estableciendo así que dichas inhabilidades e incompatibilidades se configuren con posterioridad a la adjudicación del contrato, cumpliendo así con la naturaleza sobreviniente. En su investigación, los autores amplían la concepción de la inhabilidad sobreviniente, aseverando que esta puede presentarse por una sanción impuesta con posterioridad a la ejecución de un contrato estatal, pero salvaguardando que esta sea originada en una infracción cometida durante la ejecución de otro contrato.

Por otra parte, el autor Forero (2010), ha destacado en su investigación la aplicación que se le ha dado a la inhabilidad sobreviniente, lo anterior debido a la implementación del numeral segundo del artículo 38 del Código Disciplinario Único. Para ello, hace énfasis en el hecho de que con tres sanciones en los últimos cinco años, se pueda retirar del servicio activo a los policiales que cometan faltas graves sin importar su naturaleza culposa o dolosa, puesto que esto constituye a su juicio el valor de contribuir con el buen manejo de la disciplina policial.

Finalmente, quien más ha tenido un acercamiento con el planteamiento del trabajo aquí trabajado, son los autores Moreno & Rincón (2012), los cuales han centrado su investigación en la aplicación que se le ha hecho en las diferentes entidades del Estado al numeral segundo del artículo 38 del Código Disciplinario Único, aseverando que se han presentado una disparidad en los conceptos acerca de la relación a la forma de culpabilidad en la comisión de faltas que constituyan una inhabilidad sobreviniente. Para lo anterior, los autores cuestionan si para determinar la inhabilidad especial consagrada en dicho normativo, se debe tener en cuenta todas las faltas calificadas como graves, sin importar cualquiera que sea la forma de culpabilidad

imputadas, es decir, si se deben tener en cuenta las faltas graves culposas, así como las faltas graves dolosas.

4.2 Marco teórico

En el presente apartado se hará un breve y concreto análisis sobre los tópicos que se consideran pertinentes de conocer, para así desarrollar de manera eficiente el presente trabajo, lo anterior, con miras a que haya una dinámica a la hora de comprender e implementar las estrategias metodológicas a utilizar para dar cumplimiento a los objetivos trazados.

4.2.1 Inhabilidad sobreviniente.

Con respecto a la inhabilidad sobreviniente, se tiene que esta se presenta cuando durante el desempeño de un cargo se presentan situaciones previstas en la ley como supuestos de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de ocurrencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2009).

Con respecto a esto, el Departamento Administrativo de la Función Pública, trae en mención el artículo 37 del Código Disciplinario Único (2002), el cual esboza que las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.

De igual forma, el Departamento Administrativo de la Función Pública (2009), ha hecho la diferenciación en caso de que la inhabilidad provenga del acto de nombramiento o posesión,

estableciendo así que en caso de presentarse una situación de esta naturaleza, la norma prevé un mecanismo de solución diferente a la declaratoria de nulidad, al señalar si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.

4.2.2 Derecho disciplinario.

El derecho disciplinario ha sido concebido por la Corte Constitucional (2012), como la forma jurídica de regular el servicio público, partiendo de este como la organización política, de servicio y de comportamiento disciplinario que deben tener los servidores públicos, estableciendo ante ellos deberes, obligaciones, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, así como derechos. Siendo así, se ha definido al derecho disciplinario como el conjunto de normas sustanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo (Sentencia C-030, 2012).

Por otra parte, la misma corporación ha definido el derecho disciplinario como un conjunto de principios y de normas jurídicas conforme a las cuales se ejerce la potestad sancionadora del Estado con respecto a los servidores públicos no sólo por infracción de la Constitución, de la ley o el reglamento, sino también, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones en orden a hacer efectivos los mandatos que regulan el ejercicio de la función pública (Sentencia C-315, 2012).

5. Metodología

Partiendo del enfoque que se presenta en la presente investigación, es menester y conducente el desarrollarla por medio de la utilización del método deductivo, puesto que la directriz que se tiene en el trabajo es teórico y documental, toda vez que el punto inicial del mismo es lo general, que en el presente trabajo sería el derecho disciplinario como rama del derecho, hasta llegar a lo particular que es la aplicación de la inhabilidad sobreviniente teniendo como punto de partida el numeral segunda del artículo 38 de la ley 734 del 2002, el cual no ha sido claro al mencionar que podrá constituirse dicha inhabilidad tanto con la concurrencia de faltas graves culposas así como de faltas graves dolosas.

A su vez, este trabajo cuenta con un tipo de estudio descriptivo, debido a que su implementación debida, aportará a deducir si la aplicación que está dando la Policía Nacional a la inhabilidad sobreviniente es el adecuado en contraposición a la que han venido esbozando otras entidades del Estado como la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, con la implementación y utilización del tipo de estudio descriptivo, se hace un análisis de los conceptos y las diferentes posiciones jurisprudenciales, las cuales se interpretan en un informe con los resultados sistematizados.

Por tanto, se considera conducente la implementación de la metodología cualitativa, puesto que por medio de esta se puede hacer una descripción de las características y cualidades del objeto de análisis, lo anterior por medio de una investigación que dará pie a que se tenga una concepción clara acerca de si la naturaleza propia del derecho disciplinario, puede contribuir o no a identificar si las faltas graves deben ser concebida como culposas y dolosas a la hora de entablar la inhabilidad sobreviniente

Estas herramientas metodológicas, consentirán que se desarrolle las características propias de la metodología cualitativa, ya que así se busca que el trabajo tenga un carácter deductivo e

incorpore en sí mismo información con la cual no se contaba desde un inicio. Esto, podrá cumplirse por medio de una amplia documentación e investigación para desarrollar la estrategia que buscará dar a conocer los argumentos que las entidades han utilizado para proferir sus fallos sobre la inhabilidad sobreviniente.

La presente investigación, tiene una connotación horizontal o longitudinal, debido a la relación del objeto de estudio con respecto al tiempo, se ha centralizado en las decisiones que se han proferido desde la entrada en vigor del Código Disciplinario Único. Esto se lleva a cabo con la finalidad de establecer si el legislador ha sido efectivo a la hora de buscar salvaguardar la moral, la ética y la eficiencia de los servidores públicos en el ejercicio de sus profesiones.

El trabajo se desarrolla bajo el modelo de la investigación jurisprudencial, toda vez que se busca evidenciar los diferentes alcances dogmáticos que se tienen frente a las normas que se aplican en materia disciplinaria por parte de las autoridades competentes. Igualmente, el método es hermenéutico toda vez que el objeto presupuesto corresponde con la comprensión de un fenómeno jurídico, el cual surge den analiza e interpretar el numeral segundo del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, en relación con la aplicación que las autoridades disciplinarias competentes le han dado a la inhabilidad sobrevinientes, entrañando para ello no sólo el acto de conocer o reconocer el sentido, sino también la apropiación de este.

6. Desarrollo

6.1 La inhabilidad de la función pública y los alcances de la inhabilidad sobreviniente desde la jurisprudencia

En una primera instancia, se debe hacer un análisis con respecto a la inhabilidad y su concepción en un aspecto general, para lo cual, se puede afirmar que la inhabilidad no es más que la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público, y lo que en algunos casos impide el ejercicio de empleo a las personas que ya se encuentran de una u otra forma vinculadas al servicio (Quiñones, Talero, Pineda, & Manrique, 2011). De igual forma, se trae a colación que las inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (Sentencia C-903, 2008).

En este mismo sentido, debe establecerse que la finalidad de la figura de las inhabilidades en Colombia, han sido establecidas por la Constitución y la ley con la finalidad de garantizar los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad sobre los cuales se funda el ejercicio y la función de la administración, y de igual forma, las inhabilidades se han creado en función del interés general, puesto que como es sabido, la Constitución Política dicta que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana, la solidaridad, el trabajo, y la primacía del interés general sobre el particular (Constitución Política, 1991).

Sobre el último aspecto el cual hace alusión al interés general como fundamento de la creación de las inhabilidades, la Corte Constitucional (2008) ha esbozado que la Constitución establece en forma expresa y excepcional causales de inhabilidades e incompatibilidad en relación con los servidores públicos, y especialmente respecto de alguno de ellos como los miembros de la rama legislativa, es decir; senadores, representantes a la cámara, diputados y concejales, aunque es de

aclarar que las inhabilidades e incompatibilidades cobijan también a funcionarios de las ramas judicial, ejecutiva y a quienes pertenecen a organismos de control como lo son la Procuraduría y la Contraloría. De igual forma, no se puede olvidar que también están sujetos a este régimen los miembros y funcionarios de entidades independientes como el Banco de la República, el cual desde la Constitución de 1991 y en pro de ser la Banca Central, adquirió a autonomía con respecto del poder ejecutivo y presidencial como una de sus principales características.

Las anteriores afirmaciones hechas sobre la inhabilidad conllevan a que se forme o constituya un cuestionamiento con respecto al derecho fundamental de acceso al ejercicio de las funciones públicas, sobre el cual se puede afirmar que este a diferencia del resto de derechos fundamentales no es absoluto. Así las cosas, y a manera de respaldo jurisprudencial de la afirmación anteriormente hecha, la Corte Constitucional estima que es pertinente el señalar que los derechos políticos y el de participar en las funciones públicas, a pesar de ser un derecho fundamental, puede ser limitado por parte del legislador, lo que se realiza para así salvaguardar y orientar el cumplimiento de la función pública (Sentencia C-028, 2006).

De lo anterior, se dilucida que el derecho de acceso al ejercicio de funciones públicas es limitado, puesto que se deben cumplir con unos requerimientos tanto previos al ejercicio del cargo, como con otros posteriores en el trasegar del mismo, aspectos que van ligados a los principios de la administración, los cuales fueron traídos a colación anteriormente en el presente apartado.

Esta discusión ha sido llevada por diferentes autores, al terreno del derecho internacional y el derecho constitucional, toda vez que en diversas demandas se ha apelado a estos lineamientos para intentar o buscar dejar sin efecto las inhabilidades anteriormente dichas, por lo que se ha afirmado que los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente

entre sí, con el propósito esto de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los desafíos de la comunidad internacional, para lo cual se deben seguir las reglas de la hermenéutica específicas existente en la materia, toda vez que estas conducen a adquirir una mayor comprensión coherente del actual derecho internacional público (Sentencia C-028, 2006).

En este sentido, desde la argumentación jurídica se ha apelado exactamente al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, en el cual se han estipulados los derechos políticos sobre los que los ciudadanos en general pueden gozar, los cuales se traen a consideración en la siguiente tabla:

Cuadro 1. Derechos Políticos

Artículo 23	Derecho Político
A	Se cuenta con el derecho de poder participar en la dirección de los asuntos de carácter público, sea de manera directa o a través de representantes.
B	El derecho fundamental de elegir y ser elegidos en elecciones, las cuales se realizar por medio del sufragio universal.
C	El derecho de tener acceso, en condiciones igualitarias, a las diferentes funciones públicas de su país.

Fuente: Elaboración propia a partir de Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Con respecto a lo anterior, la Corte Constitucional ha afirmado que el articulado anteriormente traído a colación, no se opone a realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicas, lo cual se ha hecho con miras a combatir la corrupción. No obstante, este alto tribunal ha manifestado que, en igual sentido, la Constitución Política de 1991 tampoco se opone a la existencia de dichas sanciones disciplinarias, incluso de carácter permanente, por lo que citar el artículo 40 de la Carta Política, el cual establece que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, dándole a este derecho un rango fundamental sustentándolo en el principio de participación previsto en la misma constitución (Sentencia C-028, 2006).

Desde los lineamientos anteriormente expresado, se afirma que las causales constitucionales de inhabilidad e incompatibilidad son de carácter taxativo, toda vez que en los demás casos pueden ser establecidas o ampliadas por el legislador, por disposición expresa del constituyen o en virtud de la cláusula general de regulación de la función pública.

No obstante, en lo relacionado a la inhabilidad sobreviniente, esta debe entenderse más como una sanción disciplinaria, es decir que su naturaleza es a posteriori, toda vez que se en un estado neutral el servidor público no tendría cabida en inhabilidad alguna, pero por su accionar, pierde el estado de presunción de inocencia y de moralidad y pasa a ser un sancionado. En este sentido, la Sentencia C -028 (2006) ha proferido que luego de que el servidor público hubiese cometido la conducta o acción que se ha catalogado como reprochable, el Estado impone la sanción correspondiente y adicionar una más, la inhabilidad, la cual le impide al individuo sancionado ejercer una determinada actividad. Por lo anterior, se tiene en cuenta que la inhabilidad se convierte en sobreviniente cuando la causal es presentada durante el desempeño del cargo(Gómez, 2014).

Siendo así, se tiene que Quiñonez, Talero, Pineda y Manrique (2011), han tenido presente el hecho de que la Corte ha considerado que es importante efectuar una distinción con respecto a si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente se origina por causas imputables al dolo o la culpa del nombrado o al funcionario, o si por el contrario la inhabilidad sobreviniente no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o funcionario, y siempre que estos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflicto de interés, puede que se considere como algo razonable que se disponga de un término para poner fin a la situación. De esta forma, los autores en mención afirman que se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad y al derecho al acceso al servicio público.

No obstante, se puede identificar el carácter a posteriori de los alcances de la inhabilidad sobreviniente, la cual como se dijo anteriormente, se configura con posterioridad al nombramiento, por tanto, es luego de la existencia del acto administrativo que nombra, que se configura dicha figura jurídica que es objeto de análisis del presente texto.

Siendo así, Moreno y Rincón (2012), han tenido en cuenta las inhabilidades establecidas por el legislador, entre las cuales están las esbozadas en el numeral 2 del artículo 38 de la ley 734 por medio de la cual el Congreso de la República expide el Código Único Disciplinario, donde se crea la inhabilidad a los servidores públicos por el hecho de sumar durante los últimos cinco años, tres o más sanciones disciplinarias por faltas graves o leves dolosos, o por ambas. Cabe resaltar que esta inhabilidad tiene una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

En este sentido, surge el cuestionamiento, acerca de tener en cuenta la forma de culpabilidad derivada de las sanciones por faltas graves, teniendo en cuenta que hay dos interpretaciones de estas: Una en lo relacionada a que la inhabilidad sea exclusivamente constituida o formada por el incurrir en faltas graves dolosas, y una segunda que trata de resolver lo relacionado acerca que también se constituya dicha inhabilidad por incurrir en la configuración de faltas graves culposas. De este modo, el presente apartado tiene en cuenta lo que la jurisprudencia ha dicho con respecto a la interpretación de la inhabilidad sobreviniente de que trata el artículo 38 de la ley 734 de 2002 en su numeral segundo, puesto que se ha configurado una polémica particular con respecto a su aplicación, toda vez que se discute acerca de las faltas graves, puesto que la norma citada no es expresamente clara con respecto a la diferencia de las faltas leves, ya que establece lo atinente al haber sido sancionado disciplinariamente tres o mas veces en los últimos cinco años por faltas graves o leves dolosos o por ambas.

La anterior normatividad expuesta, crea para Moreno (2012) el cuestionamiento que constituye el problema a resolver de la presente investigación, lo cual versa acerca de que esta ley no es clara en afirmar la gradualidad en el caso de las faltas graves, ya que existen tanto faltas graves dolosas como graves culposas para configurar la inhabilidad sobreviniente del servidor.

De este modo, la inhabilidad sobreviniente para los servidores públicos debe entenderse como la que viene luego de haberse hecho el nombramiento o de haber adquirido el estado de funcionario o servidor, por lo que así, debe hacer énfasis acerca de las prohibiciones que se han estipulado.

Primariamente, se tiene la prohibición que tienen los servidores públicos para nombrar familiares, así como los impedimentos para que estos sean designados en el mismo nivel territorial, respecto de lo cual, se ha dicho que fue por medio de la Constituyente de 1991, que se establecieron regímenes rigurosos de inhabilidades, incompatibilidades y limitaciones que tenían como eje central el control y la vigilancia del ejercicio de los cargos públicos, lo anterior con la finalidad de garantizar que el ejercicio de las funciones de los servidores y funcionarios, fueran acordes con los fines esenciales del Estado, entre los cuales se destaca la supremacía del bienestar general (Quiñones, Talero, Pineda, & Manrique, 2011).

La anterior prohibición, ha tenido como fundamento esencial, el hecho de que se evite que haya un ingreso al servicio público originado por razones diferentes a los méritos profesionales y las calidades personales de los aspirantes, para lo cual, Quiñonez, Talero, Pineda y Manrique (2011), han tenido presente que algunos lineamientos constitucionales y legales, han prohibido de forma expresa que los funcionarios y servidores públicos puedan designar de forma general o para el ámbito territorial de su jurisdicción, personales con las cuales mantenga u ostentes algún tipo de vínculo familiar.

Por consiguiente, se debe tener en cuenta del mismo modo, lo esbozado en el artículo 292 de la Carta Constitucional, el cual, en aras de la organización territorial, ha esgrimido que no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados o concejales, así como tampoco podrán ser nombrados sus parientes hasta en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil. Lo cual, ha sido precedido en lo que respecta a que los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de los departamentos y los municipios según sea el caso.

De este modo, se ha planteado que los anteriores lineamientos constitucionales traídos a colación, no se excluyen entre sí, sino que contrario sensu presentan la similitud de compartir la misma finalidad, haciéndose de esta forma, compatibles en su aplicación. Para esto se debe hacer la aclaración de que para que dicha inhabilidad funciones, debe cumplirse con dos requisitos dentro de su adecuación típica: la primera de estas es que el funcionario público sea el nominador, y su familiar sea el nominado, puesto que, de otra manera, no sería posible que esto procediera (Quiñones, Talero, Pineda, & Manrique, 2011). En el mismo sentido, se tienen las prohibiciones en lo atinente a cónyuges, compañeros permanentes y parientes, los cuales al igual que los familiares de los servidores públicos, no podrán ser nombrados cuando estos sean los nominados, y cónyuge o compañero sea el nominador.

En este sentido, surge un cuestionamiento acerca de si las personas que tengan unión marital de hecho con personas del mismo sexo, deben ser sujetos de estas mismas inhabilidades, para lo cual, Castro (2015), ha aseverado que la Corte Constitucional reguló la unión marital de hecho tanto en parejas heterosexuales como homosexuales, reconociéndoles así diferentes derechos fundamentales que se encontraban esbozados en los diferentes tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano, por tanto, en relación al régimen de

inhabilidades, se ha encontrado que desde la Corte Constitucional, se ha manifestado que los miembros de comunidades lesbianas, homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales, tendrán el goce de los mismos derechos, obligaciones y responsabilidades que los demás ciudadanos colombianos.

Otra de las prohibiciones que tienen los funcionarios públicos, hace alusión a la limitación del poder, la cual ha establecido que los servidores públicos tienen como prohibido, el incumplimiento de sus deberes y el abusar de los derechos o extralimitar sus funciones, las cuales como es sabido, se encuentran consagradas en la constitución, los tratados internacionales, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales o municipales, los estatutos internos de las entidades, los reglamentos, los manuales de función, las decisiones judiciales y disciplinarias, y por último en las convenciones colectivas y los contratos de trabajo (2002).

Analizando el anterior cuadro, se encuentra que el espectro de prohibiciones para los servidores y funcionarios públicos es amplio, lo cual tiene una importancia relevante en el sentido de que por el incurrir en ellas, el servidor puede ser merecedor de la inhabilidad sobreviniente de la que trata el artículo 38 de la ley 734 de 2002 en su numeral segundo. De este modo, el problema jurídico que se plantea para la imposición de dicha sanción se va a centrar en el eje central del análisis del presente apartado, es decir, la clasificación de las faltas como graves o leves dolosas, o por ambas cuando haya sido probado un concurso de conductas disciplinarias.

6.2 Acercamiento a las faltas disciplinarias; análisis de los principios y finalidades que le rigen

Inicialmente, debe hacerse una conceptualización acerca del concepto que se ha presentado sobre la falta disciplinaria. En este sentido, Palomino y Rodríguez (2013) han contribuido afirmando que la falta disciplinaria es una descripción objetiva en la cual se plantean los

comportamientos que resultan lesivos a los principios de la función pública y ajenos al deber funcional, que se asume como la carga laboral que se debe sopesar con rigor y responsabilidad el recurso humanos del Estado, para lo cual debe tenerse la claridad de que todas las funciones que se desempeñan, deben contribuir de forma directa o indirecta al cumplimiento de los fines del Estado y el interés general. De este modo, la honorable Corte Constitucional, ha planteado sobre las faltas disciplinarias que el servidor público infractor sólo podrá ser castigado o sancionado si ha actuado bajo la modalidad dolosa y culposa (Sentencia C-155, 2002).

De la anterior sustracción jurisprudencial, se puede identificar que las faltas disciplinarias deben estar sujetas a una serie de principios que corresponden en forma general al debido proceso, es aquí como para la Corte Constitucional, la falta disciplinaria debe guardar con recelo principios como el de legalidad y culpabilidad, este último en lo relacionado a que un servidor sólo podrá ser sancionado cuando cometa faltas con dolo o culpa.

De este modo, se puede establecer con respecto a la falta disciplinaria, que estas se encuentran direccionadas al pretender la buena marcha de la administración pública, asegurando que los servidores del Estado cumplan de forma fiel sus deberes oficiales, para lo cual se han establecido conductas que se constituyen como faltas disciplinarias con un amplio espectro de sanción, es por lo anterior, que la sentencia C-155 (2002) ha aseverado que la clasificación de la falta queda en la apreciación del fallador, y el legislados en el ejercicio de su facultad de configuración, también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado *numerus apertus*, en virtud de lo cual no se señalan de forma expresa cuales son los comportamientos o conductas que deben ser tipificados o concebidos como culpa, lo cual permite que se tenga una diferencia con la legislación penal, puesto que en esta, si se puede identificar claramente, que el legislados a construidos las conductas que se constituyen como culposas, lo anterior por medio de

una adecuación típica y por medio de la vinculación e implementación de verbos rectores principales y suplementarios.

Por lo anterior, que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo a que sea imposible admitir que el hecho se cometió de forma culposa como cuando en el tipo sancionatorio se emplean expresiones como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con intención de”, por lo que el sistema de *numerus apertus* supone del mismo modo, que el juez disciplinario sea quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien jurídico tutelado que se defiende y la significación de la prohibición.

Por consiguiente, se tiene claridad de que la falta disciplinaria se plantea de forma general en tipos habidos de ingredientes descriptivos sobre los que se encuentra lo relativo al tiempo, el modo y el lugar, y de igual forma, también en lo normativo, por lo que se conjugan precisiones que por su contenido jurídico o técnico deben ser consultadas en otros cuerpos legales e ingredientes subjetivos que se han encontrado relacionados con ánimos o interés que están presentes en la conducta (Palomino & Rodríguez Narda, 2013).

En este sentido, se ha identificado que, al haber una correlación entre las faltas disciplinarias y el ejercicio de la función pública, debe hacerse énfasis en lo atinente a los principios que rigen dicha actividad, para lo cual, se tiene presente los principios y finalidades esbozados por el legislador, entre los cuales se tienen los esgrimidos por la ley 489 de 1998 y por la ley 1437 de 2011:

Cuadro 2. Principios y finalidades esbozados por el legislador

Igualdad	Es aquel que obliga a la administración a actuar conforme la regla de la no discriminación y a promover dentro del ámbito de sus competencias que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas en favor de los grupos discriminados
Moralidad	Las medidas adoptadas por la ley para asegurar la moralidad de la gestión administrativa del Estado y para librar la función pública de la corrupción, no son incompatibles con el ejercicio de la autonomía de las entidades territoriales"
Eficacia	Se entiende como la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, los fines de

	servicio a la sociedad, partiendo de los artículos 2 y 209 de la Constitución Política de 1991.
Eficiencia	En el caso de los concursos de méritos en la carrera administrativa, se encuentra que se ve influido por los principios y valores constitucionales que apuntan, no sólo a asegurar el eficaz y eficiente funcionamiento y la buena imagen de la administración, sino a desarrollar la concepción democrática, pluralista y participativa del Estado Social de Derecho.
Economía	Busca que el cumplimiento de los fines del Estado se lleve a cabo con el menor costo posible.
Celeridad	Hace referencia a la agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos.
Imparcialidad	Este principio garantiza a los ciudadanos que el juez tendrá un juicio libre, no sometido a presiones de ninguna índole, con lo cual se asegura la primacía del orden social justo.
Publicidad	Por medio de la publicidad, se impide que existan en el proceso actuaciones ocultas para las partes o para quienes intervienen en él por ministerio de la ley como sujetos procesales.
Participación	Se define como participación la intervención de los ciudadanos capaces en asuntos en los que se tiene la necesidad de elegir o tomar decisiones
Transparencia	En torno al principio de transparencia, se ha encontrado que se consagró la Ley 80 de 1993, la cual tiene la finalidad de garantizar la imparcialidad en la escogencia del contratista siempre se efectuará a través de la licitación o concurso público.

Fuente: Elaboración propia a partir de (Ardila , Oviedo, & Pineda, 2010)

Cabe mencionar, que dichos principios se encuentran consagrados en la ley 489 (1998), la cual aparte de mencionarlos de forma expresa, ha establecido que dichos principios anteriormente enunciados, se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen. Del mismo modo, se ha hecho un énfasis en dicha ley que, en todo momento, debe hacer una primacía del interés colectivo sobre el particular.

Por otra parte, se han establecido como finalidades de la función pública, la búsqueda de la satisfacción de las necesidades generales en todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos que se encuentran consagrados en la Constitución política y la ley, para lo cual, debe también tenerse en cuenta que toda actuación debe ejercerse, consultando previamente el interés general (Ley 489, 1998).

Con respecto al principio de moralidad sobre el cual recae la función pública, se tiene que inicialmente, este principio fue definido por la corte constitucional por medio de la sentencia T-238 (1993), afirmando por medio de magistrado ponente, que esta no es más que la garantía de transparencia y publicidad en la toma de decisiones que afectan los derechos e intereses

generales, por lo que toma relevancia lo atinente al recurso humano de la administración y la función pública, el cual para Quintero y Merolla (2012), es la actitud transparente y ética del servidor público, de los contratistas del Estado, y de igual manera de los particulares que ejercen funciones públicas.

De esta manera, Quintero y Morella (2012), han planteado una serie de eventos en los cuales a juicio de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, se quebranta el principio de moralidad: el primero de estos es el irrespeto a la autoridad jerárquica; seguida de la falta contra la honra de las personas o su intimidad; el trato discriminatorio o vejatorio contra alguien; la traición al interés nacional en beneficio del exterior; las afrentas a la dignidad inherente a la persona humana; la expedición de actos administrativos o celebración de contratos con desconocimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y por último, la falta de requisitos o calidades para el desempeño de la función pública.

Con respecto al principio de eficacia, debe tenerse en cuenta lo planteado en los artículos 209 y 268 de la Constitución Nacional, respecto del cual, el primero de estos hace énfasis en que las autoridades deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, mientras que el segundo de estos le da a la Procuraduría General de la Nacional, el poder para que vele por el cumplimiento de lo dispuesto en torno a las funciones de los servidores.

Por lo anterior, Quintero y Merolla (2012), han tenido en cuenta que el principio de eficacia es por medio del cual se orienta el correcto funcionamiento de la función administrativa como la interacción de esta con sus administrados, por lo que en conclusión, traen a colación una afirmación que dicta que el principio de eficacia, impone un deber de actuación administrativa, a in de que el correcto desarrollo de la misma permita obtener decisiones que, además de no vulnerar el ordenamiento jurídico, sean eficaces.

En lo atinente al principio de economía, Quintero y Merolla (2012), afirman que este hace alusión a la máxima de mayor beneficio social a menor costo, por lo cual en lo concerniente a lo procedimental, este principio se encuentra encaminado a que se presente un análisis de las decisiones administrativas que se adopten en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ella. Así mismo, en lo que respecta a la celeridad, los autores en mención han tenido en cuenta que este hace alusión a la agilidad de la gestión administrativa en la satisfacción de las necesidades colectivas, por lo que se debe direccionar pro medio de este principio, al obviar trámites innecesarios en el incumplimiento de las tareas y las funciones a cargo del Estado, evitando de esta forma retrasos injustificados en la prestación de un servicio público.

En lo que respecta al principio de imparcialidad, se ha encontrado que es la objetividad en la adopción de cualquier decisión que tome la administración, por lo que las decisiones que se adopten no pueden ser caprichosas, discrecionales y muchos menos basadas en criterios subjetivos que en nada garantizan la afectividad de los intereses colectivos y generales del Estado Social de Derecho (Quintero & Merolla, 2012).

Finalmente, se encuentra el principio de publicidad, el cual busca la efectividad del control que tienen los funcionarios y servidores públicos frente a los procesos contractuales y las decisiones que se tomen dentro de las actuaciones administrativas que se han emanado del Estado. En este sentido, Quintero y Merolla (2012), la han definido como el conocimiento de los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan la toma de una decisión que afecta los intereses de las personas o que pone en riesgo sus derechos y su efectividad.

De este modo, debe hacerse énfasis en el principio de culpabilidad del derecho disciplinario, el cual ha sido calificado por muchos autores como un concepto en construcción. En torno a esto, autores como Fernández y Olaya (2012), han planteado que este principio se encuentra en

construcción, toda vez que el derecho disciplinario es una rama del derecho administrativo sancionador que por su novedad, se encuentra en construcción en diferentes aspectos, lo que genera diversas concepciones en cuanto a su independencia con el derecho penal y el principio de culpabilidad entre otros.

En este orden de ideas, Fernández y Olaya (2012), han planteado que en el ordenamiento jurídico colombiano, no hay suficiente claridad en torno a la naturaleza de la culpabilidad, referente a su aplicación en interpretación en materia de derecho disciplinario toda vez que como se ha trabajado en esta investigación, hay una ambigüedad en la ley 734 de 202, por lo que los operadores de la justicia disciplinaria, han entrado en la discusión jurídica acerca de si la culpabilidad, debe tratarse de la forma en como se hace en la ramificación penal o por si lo contrario, se hace en arar al derecho administrativo.

En este orden de ideas, tanto la acción penal como la disciplinaria, tienen ciertas similitudes a la hora de entablar sus finalidades, toda vez que las de ambas es el castigar y sancionar una conducta que se considera por el ordenamiento jurídico como ilegal, por lo que, en este sentido, no existe diferencia entre uno y otro. En este sentido, aunque los bienes jurídicos sean diferentes, la finalidad de la sanción disciplinaria como la sanción penal, se encuentra abordaba en pro de la protección de los bienes jurídicos tutelados.

Es por lo anterior, que autores como Ardila, Oviedo y Pineda (2010) no han vacilado al afirmar que el derecho disciplinario debe ser uno de los pilares del buen desempeño de los funcionarios y servidores de la administración, toda vez que la tener para estos, al tener claridad y el conocimiento oportuno sobre jurisdicción que reglamenta y fija los parámetros y lineamientos que controlan el ejercicio de la función pública dentro del Estado, se puede llegar a dar cumplimiento a los principios de celeridad, transparencia, moralidad, eficacia y demás.

No obstante, la ley 734 de 2002, por medio de la cual se expide el código disciplinario único, ha sido vista por otros diversos autores como el corolario de la constitución política de 1991 en lo que respecta a la función pública, toda vez que como es sabido, el sustento de toda legislación es la Constitución Nacional, por lo que en base de ella se construyen las leyes, decretos, ordenanzas y acuerdos, así como de igual forma, debe ser el sustento y eje central de los tratados internacionales que el Estado colombiano ratifique ante la comunidad internacional.

Siendo así, Ardila, Oviedo y Pinedo (2010) ha tenido en cuenta que fundamentado en los principios anteriormente expuestos, se ha expedido el código único disciplinario, por lo que este contempla los derroteros por los que debe moverse la aplicación de la ley disciplinarias, quienes están facultados para ejercerla y el procedimiento a seguir. Es por lo anterior, que dicha ley a esbozado que el Estado es el titular de la potestad disciplinaria y que al mismo tiempo la Procuraduría General de la Nación, las Personerías municipales, las oficinas de control interno disciplinario y los funcionarios con potestad disciplinaria de los órganos del Estado, pueden conocer de asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias. De este modo, debe tenerse en cuenta lo esgrimido por la ley en mención en lo que respecta a la garantía de la función pública y la falta disciplinaria:

Cuadro 3. Función pública y falta disciplinaria

Garantía de la Función pública	El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.
Falta disciplinaria	Se entienden por faltas disciplinarias, y al mismo tiempo, conllevan a que se presenten sanciones, la incursión en las conductas que se encuentran prohibidas dentro del Código Disciplinario Único

Fuente: Elaboración propia a partir de (Ley 734, 2002)

No obstante, a lo anterior, y la gran responsabilidad que se denota dentro del ejercicio de la función pública y al mismo tiempo en lo relacionado a los principios que rigen la administración y que los cuales son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios o servidores públicos, se trae a colación lo relacionado al debido proceso en lo que respecta al derecho disciplinario.

En este sentido, la Corte Constitucional por medio de sentencia C 692 (2008) ha esbozado que el derecho disciplinario constituye una manera diferente en la cual el Estado ejerce su potestad sancionadora, por lo cual, este ejercicio de dicha potestad debe estar centrado en el ejercicio de principios y valores constitucionales que brinden garantías a las personas, por lo cual la Corte establece que en todo momento debe garantizarse la vigencia de los elementos propios de la garantía del debido proceso. Siendo así, los procesos disciplinarios deben garantizar los principios que constituyen el debido proceso, los cuales se encuentran principalmente estipulados en el artículo 29 de la constitución política, y hacen alusión al principio de legalidad, principio de publicidad, derecho de defensa, principio de doble instancia, principio de presunción de inocencia, principio de imparcialidad, principio de cosa juzgada, principio de non bis in ídem, y el principio de la prohibición de la reformatio in pejus.

En este sentido, el principio de legalidad y el principio de favorabilidad, son los que se encuentran más correlacionados con la problemática planteada en el presente trabajo, respecto de los cuales, se ha encontrado que el principio de legalidad y su carácter imperativo en el derecho disciplinario, proviene de la aplicación de varias disposiciones constitucionales, por lo que las autoridades administrativas y disciplinarias, sólo pueden imponer sanciones que se encuentren esgrimidas de forma expresa en normas preexistentes al momento de la ejecución del acto o la acción reprochable, por lo que dichas normatividades deben ser claras al esbozar las faltas a las que se aluden y la sanción que estas tienen (Sentencia C 692, 2008).

Por otra parte, en lo que respecta al principio de favorabilidad, la sentencia C-692 (2008), ha afirmado que es obligatorio el respeto hacia el principio de favorabilidad, lo cual viene en conformidad con la aplicación de la ley más permisiva o favorable, aun cuando esta no sea preexistente pero sea de carácter posterior, lo que conlleva a que se tenga una preferencia que rezague a la ley o norma más restrictiva o desfavorable para el infractor. Con respecto a este principio, la corte ha guardado la salvedad de que a pesar de que el artículo 29 de la Constitución Política afirme que la favorabilidad es en materia penal, dicho lineamiento no es un impedimento para que el juez deba interpretar de forma restrictiva esta garantía para el ámbito penal, sino que, de igual manera, en aras al Estado Social de Derecho, el juez puede aplicar dicho principio en otros estamentos jurídicos como lo es el derecho disciplinario.

6.3 Diferentes posturas en torno a la inhabilidad sobreviniente en el derecho disciplinario colombiano

En el presente apartado, se considera necesario que en una primera instancia se tome en cuenta el espíritu que trae la ley 734 de 2002, para lo cual Procuraduría General de la Nación (2011) ha hecho un análisis de la transición de la ley 200 de 1995 a la actualmente vigente. En este orden de ideas, se presentó un cambio de vital importancia de la mano del legislados, toda vez que por medio de los debates de las cámaras se constituyó la intención de reformar el ordenamiento jurídico en materia disciplinaria, lo cual llevó a que se consolidara en un documento todo lo relativo a las faltas, procedimientos y sanciones, encontrando especial énfasis en que el actuar del servidor público debe estar direccionado al cumplimiento de los fines del Estado.

Siendo la ley 200 de 1995 la precursora de dicha reforma disciplinaria se le encontraron diferentes vacíos y deficiencias, fundamentalmente en la carencia de expresar de forma taxativa las faltas gravísimas, así como el hecho de que se presentaran sanciones desproporcionadas que

no estaban acordes a la gravedad de las circunstancias que las causaban. De este modo, surge la ley 734 de 2002, la cual en el seno del Congreso llevó a que se hiciera una renovación de esta rama del derecho, para que así adquiriera de una vez por todas una autonomía en lo referente al derecho penal y el derecho administrativo (Procuraduría General de la Nación, 2011).

La inhabilidad sobreviniente, ha tenido diferentes concepciones para su aplicación, lo cual, ha derivado de un fenómeno jurídico que ya ha sido identificado por autores como Fernández y Olaya (2012), el cual hace alusión a la falta de conocimiento de los operadores de la justicia disciplinaria en lo que respecta a los diferentes criterios jurisprudenciales y conceptuales que se han identificado en lo atinando a la culpabilidad como norma rectora en materia disciplinaria, lo cual ha generado una creciente preocupación para las entidades públicas que en su delicada tarea de investigar la conducta de los servidores públicos, deben determinar si el accionar sancionatorio constituye una falta grave o leve dolosa.

En este sentido, Fernández y Olaya (2012) han identificado que las investigaciones que se han direccionado a estudiar y analizar la culpabilidad, se han direccionado a discutir si su naturaleza guarda relación alguna con el derecho penal, o si por lo contrario, se presentan una autonomía, dejando así de lado los diferentes pronunciamientos esbozados por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Procuraduría General de la Nación, toda vez que cada una de estas instituciones ha analizado la culpabilidad desde diferentes puntos de vista.

Por consiguiente, se ha constatado que la mayoría de los estudios que se han encontrado sobre el derecho disciplinario, se han visto limitado al realizar un análisis o un estudio de carácter histórico sobre el principio de culpabilidad, sin llegar a ahondar y establecer los criterios serios y actuales que desde la Corte Constitucional, el Consejo de Estado o la Procuraduría General de la Nación se haya esgrimido.

De esta manera, antes de analizar los criterios esbozados por los diferentes estamentos judiciales pertinentes en lo que respecta a la inhabilidad sobreviniente y su configuración en torno a las faltas graves y a las faltas leves dolosas, se hace énfasis en que en el derecho disciplinario, la culpabilidad es un principio rector que se debe tener en cuenta, de forma obligatoria, por establecer el tipo de responsabilidad que se le pretende atribuir a un servidor público, puesto que como se mencionó en el anterior apartado, el derecho disciplinario por mandando legal, constitucional y hasta jurisprudencial, debe estar sometido al debido proceso en general, por lo que debe respetarse las garantías y los derechos procesales con lo que cuentan las personas en un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el colombiano.

Es de esta manera como Fernández y Olaya (2012), han determinado que para que una conducta realizada por el sujeto calificado de la ley disciplinaria sea sancionable y reprochable, debe tenerse en cuenta el principio de culpabilidad, lo cual se ha visto inmerso en diferentes controversias, toda vez que al momento de adelantarse la correspondiente investigación e imponer la sanción disciplinaria, el operador de la justicia, previo análisis de los expuesto en los pronunciamientos de las cortes de cierre y de la Procuraduría General de la Nación, se encuentra con una carencia en la unificación de criterios, lo cual crea la necesidad inmediata de que se realice una unificación por parte de la jurisprudencia, donde se recopile y actualice cada uno de los criterios de las diferentes instituciones mencionadas con sus argumentos, para que de esta forma el operador de la justicia disciplinaria tenga una postura o una teoría de lo sucedido que se encuentre debidamente fundamentada y respetando sobre todas las cosas, principios de legalidad y favorabilidad.

En este sentido, el contar con criterios unificados, puede ayudar de forma directa que la calificación de la conducta se haga con mayor seguridad jurídica, y con una utilidad sumamente importante de las modalidades de la conducta como lo son el dolo y la culpa, posibilitando de

esta forma una celeridad mayor en los procesos y un adecuado análisis de las teorías que se encuentren argumentadas en lo relacionado a la inhabilidad sobreviniente y su concepción.

Por lo anterior, se tiene en cuenta lo que se ha encontrado con respecto interpretación de la inhabilidad sobreviniente esbozada en el artículo 38 numeral 2 de la ley 734 de 2002, para lo cual se tiene presente que las inhabilidades han sido creadas por la constitución y la ley que limita el derecho al acceso o a la permanencia del ejercicio de las funciones públicas, función que tiene como objetivos los principios anteriormente enunciados entre los cuales se encuentra la moralidad, probidad, imparcialidad, eficacia ente otros (Moreno & Rincón , 2012).

En este orden de ideas, se ha encontrado varias formas de interpretar la inhabilidad sobreviniente según lo esbozado por el artículo 38 de la ley 734 de 2002, para lo que se tiene como punto de partida el tema de la culpabilidad. Dicha polémica, se ha generado para Moreno y Rincón (2012) en lo que respecta a las faltas graves, toda vez que la norma precitada no es clara sobre su gradualidad a diferencia de las faltas leves. De esta forma, se tiene que sólo se ha expresado que sólo las personas que han sido sancionadas disciplinariamente por tres o más ocasiones en los últimos años por faltas graves o leves dolosos o por ambas, serían sobre quienes recaería la inhabilidad sobreviniente de la función pública.

Siendo Así, se logra identificar la presunta falencia o vacío normativo en lo que respecta a las faltas graves, toda vez que la normatividad no específica si hace alusión a una falta grave dolosa o a una falta grave culposa. En este orden de ideas, se hace el análisis de los esbozado por los diferentes entes rectores para establecer un planteamiento jurídico sobre las concepciones y el trato de aplicación que se le ha estado dando a la inhabilidad sobreviniente del numeral 2 del artículo 38 de la ley 734 de 2002.

En una primera instancia, se tiene la interpretación que ha dado la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a dicho lineamiento, toda vez que por medio

de esta se revocó la decisión del juez de primera instancia y, por tanto, se concedió el tutelar los derechos fundamentales del accionante en contra de la Procuraduría General de la Nación como organismo accionado. En este sentido, se planteó en dicha providencia el problema jurídico de analizar lo relacionado con el requerimiento del legislador en lo que respecta a la calificación de la falta a efectos de así poder llegar a una conclusión en derecho, que permita determinar si se puede tener en cuenta cualquiera que sea la modalidad de la conducta dentro de las faltas graves, es decir, si hay diferenciación alguna entre las faltas graves dolosas y as faltas graves culposas, lo cual se reviste de importancia en lo que se atañe a la imposición de la inhabilidad sobreviniente.

Ante dicho planteamiento jurídico, se ha encontrado que Moreno y Rincón (2012) trajeron a colación que desde la sala jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura se esbozó que en aras a la falta de claridad de la norma en cuestión, la corporación vio como deber el interpretarla de tal manera en que se cumpla la finalidad para la cual ha sido consagradas, partiendo para esto de la garantía de los criterios restrictivos de interpretación de las normas jurídicas en las cuales se consagran las causales de inhabilidad para el desempeño de cargos y funciones públicas. Por lo anterior, se encontró que la sala se acogió al principio de interpretación excepcional o restrictivo el principio pro homine, por medio del cual se acogió la interpretación que implica en un menor grado la restricción del derecho fundamental invocado, el cual no es otro que el poder participar en el ejercicio del poder, la cual es una característica propia de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho.

De acuerdo a dicho lineamiento acogido por la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se puede establecer que hubo una inclinación garantista y supremamente constitucionalista, toda vez que se veló por el que desde la hermenéutica se tuviera como prohibido causales de inhabilidad por medio de una interpretación extensiva, toda vez que por medio de esta se vulneran derechos fundamentales como el debido proceso, el principio de

igualdad y el acceso a cargos y funciones públicas, por lo que desde estos lineamientos se le dio prioridad al principio de favorabilidad, respecto del cual, la Corte Constitucional ha considerado como obligatorio el respeto al principio de favorabilidad, de acuerdo con los lineamientos de la ley más permisiva o favorable, realizando una extensión del principio consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, toda vez que no lo limita sólo al ámbito penal sino que lo lleva al derecho disciplinario de igual manera (Sentencia C-692, 2008).

Cabe resaltar que este lineamiento se encuentra construido, de acuerdo con lo que se ha venido manejando desde la jurisprudencia con respecto al debido proceso en el derecho disciplinario, por lo cual se tiene que este constituye una forma de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, y que, por tanto, debe fundamentarse en los principios y valores constitucionales, así como también el asegurar en todo momento la vigencia de los elementos propios de la garantía del debido proceso.

En este sentido, como elementos constitutivos del debido proceso, la Corte Constitucional ha señalado la pertinencia de aplicar el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria; el principio de publicidad; el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de las pruebas; el principio de la doble instancia; el principio de la presunción de inocencia; el principio de imparcialidad; el principio non bis in ídem; el principio de cosa juzgada y por último la prohibición de la reformatio in pejus (Sentencia C-692, 2008).

En este sentido, Moreno y Rincón (2012) sostienen que por los argumentos anteriormente enunciados, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha interpretado que las disposiciones legislativas en dicha materia, se ciñen en mayor medida al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que así se pueda acudir a conceptos interpretativos como la analogía o la interpretación extensiva para que se pueda ampliar el alcance de las causales que se fijaron de forma imperativa en los lineamientos jurídicos de la ley analizada y esgrimida por el

Congreso de la República. De esta manera, Moreno y Rincón (2012) afirman que la inhabilidad sobreviniente sólo podrá implementarse cuando se trate de faltas graves dolosas o leves dolosas, ya que consideran que aplicar la norma en cualquiera de las clasificaciones de las faltas graves, implicaría al mismo tiempo realizar una interpretación extensiva que vulnere los derechos fundamentales.

Teniendo claridad en lo anterior, se trae a colación el lineamiento que se ha esgrimido desde la Corte Constitucional, en lo que respecta a una acción de tutela impetrada contra la Procuraduría General de la Nación, en lo que respecta a la inhabilidad para desempeñar cargos públicos que se encuentra esgrimida en el numeral 2 del artículo 38 de la ley 734 de 2002. En este sentido, se realizó un análisis en lo que respecta al principio de inmediatez en caso de que se haga una imposición de la inhabilidad por parte de la Procuraduría General de la Nación. En este sentido, la Corte estimó que al no ser obligatoria constitucional o legalmente la notificación personal de la inhabilidad, y al haber sido efectivamente comunicada, las razones que soportan una supuesta interpretación oportuna del recurso de amparo se desvanecen para el caso en cuestión (Sentencia T 504, 2009) Igualmente, se tiene que en lo que es respectivo a la inhabilidad sobreviniente prevista en el numeral 2 del artículo 38 de la ley 734 de 2002, la Corte Constitucional ha tenido en cuenta la diferencia de criterios que ha defendido tanto el Consejo Superior de la Judicatura como la Procuraduría, puesto que para la primera de estas la expresión “graves” sólo hace alusión a las faltas dolosas, mientras que para el órgano de control la inhabilidad sobreviniente se configura por la aparición de tres sanciones graves, sin importar si son dolosas o culposas (Sentencia T 504, 2009).

Partiendo de lo anterior, se ha esgrimido que como se ha establecido en otras sentencias de la misma Corte, el eje axiomático de la inhabilidad gira en torno al cumplimiento de los intereses de

la administración pública, y que, por tanto, a través de ella se impida que ingresen o continúen en el servicio público personas sin las cualidad y condiciones de idoneidad, probidad y moralidad que sean acordes con la función pública (Sentencia C 544, 2005).

Así mismo, Moreno y Rincón (2012), sostienen que la Corte Constitucional realizó un análisis teleológico sobre lo plausible o no de la inhabilidad por tres años a un funcionario que ha sido sancionado durante los últimos cinco años por faltas graves, sin hacer distinción de que estas sean culposas o dolosas. Así, los autores mencionan han argumentado que para la Corte Constitucional se está justificando sin tener fundamento jurídico ni gramatical las razones por las cuales cualquier falta grave, incluso culposa o dolosa, debe ser una causal que considerar para poder aplicar en un momento dado la inhabilidad sobreviniente sobre la cual se cuestiona en el presente escrito.

Así mismo, Moreno y Rincón (2012) han afirmado que es necesario el tener en cuenta los lineamientos pactados en el artículo 5 del pacto internacional de derechos civiles y políticos y así mismo el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, por lo que es necesario aplicar la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos, por lo que no estuvieron de acuerdo con lo que se encontraba alineado dentro de la sentencia de la Corte Constitucional, toda vez que han considerado que había por lo menos dos formas de interpretar la norma, por lo que al avalar la decisión de la Procuraduría General de la Nación, se tomó una postura más restrictiva del derecho fundamental del servidor público al que se le aplicó la inhabilidad sobreviniente (Moreno & Rincón , 2012).

Cabe resaltar que el traer a colación la jurisprudencia de la Corte Constitucional, obedece a que el derecho disciplinario para Fernández y Olaya (2012) ha sido objeto de análisis por parte de dicha corporación en lo que respecta a varios puntos, entre los cuales se encuentra el establecer

similitudes y diferencias con el derecho penal, así como el esgrimir argumentos que establezcan la finalidad de las acciones, los destinatarios de la sanción y la naturaleza de los principios

No obstante a lo anteriormente esgrimido, se tiene en consideración los lineamientos que desde la Procuraduría General de la Nación se han planteado en lo que respecta al numeral 2 del artículo 38 de la ley 734 de 2002, para lo cual, se ha planteado que en materia de inhabilidades la interpretación es restrictiva y por tanto no puede ampliarse a hechos o circunstancias distintas de las establecidas por el legislador y por tanto al constatar de que la norma transcrita determina que la inhabilidad sobreviniente se genera por sanciones impuestas a faltas graves o leves dolosas o por ambas, no puede hacerse una extensión de esta a aquellas que correspondan a categorías de faltas que sea diferentes a las anteriormente señaladas (Procuraduría General de la Nación, 2007).

Siendo así, desde la Procuraduría General de la Nación, se ha establecido que la inhabilidad en examen se genera por la existencia de tres o más sanciones por las faltas graves o por cualquiera que sea el grado que se haya establecido de culpabilidad en ellas, es decir que abarca de este modo tanto la culpabilidad dolosa como la culpabilidad culposa, por consiguiente, Moreno y Rincón (2012) sostienen que la inhabilidad desde los lineamientos de la Procuraduría puede aplicarse por sanciones impuestas antes de expedirse la ley 734 de 2002, toda vez que lo que verdaderamente resulta relevante es que estas se hayan configurado en los último cinco años que preceden el momento de acceder a un cargo público.

En este orden de ideas, los autores en cuestión sostiene que como lo ha sido enunciado desde la Corte Constitucional, la esencia de las inhabilidades de las funciones públicas no es el castigar al sujeto infractor, sino que por lo contrario, la finalidad de estas es asegurar la prevalencia del interés general por encima del particular, fortaleciendo y asegurando la excelencia e idoneidad

del servicio público, lo cual se puede asegurar por medio de antecedentes impecables de quien preste o pretenda prestar su servicio.

Es por lo anterior que se debe tener en cuenta los lineamientos esbozados por Moreno y Rincón (2012), puesto que estos autores para tener en cuenta la inclinación correcta en torno a la interpretación del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 en lo que respecta a la inhabilidad sobreviniente, tuvieron presente los diferentes debates que se llevaron a cabo en las planearías del Congreso, respecto de los cuales se expuso lo relacionado a la exclusión de las faltas gravísimas culposas para la aplicación de la inhabilidad sobreviniente, debido a que esto se hizo conociendo y analizando las diferencias que se plantean en torno al dolo y la culpa, y por tanto excluyendo así de forma tajante y definitiva el tener en cuenta las faltas en modalidad culposas aun cuando estas sean gravísimas.

En este sentido, Fernández y Olaya (2012) aseguran que la Procuraduría General de la Nación en sus diferentes fallos y conceptos en materia de responsabilidad disciplinaria, ha desarrollado el tema de la naturaleza del principio de culpabilidad para poder llegar a realizar una determinación del grado de culpa o dolo con que se cometa una conducta, por lo que en los diferentes pronunciamientos se ha establecido que la Procuraduría General de la Nación no toma en cuenta sólo los criterios subjetivos del operador jurídico al determinar si la modalidad de una conducta es culposa o dolosa, sino que también considera importante el tener certeza sobre los aspectos relevantes que conllevan a establecer el grado de responsabilidad disciplinaria en dolo o culpa, lo cual resulta sumamente importante para asuntos en cuestión como el de la inhabilidad sobreviniente aquí analizada.

De esta forma, Moreno y Rincón (2012) han sostenido que los lineamientos de la Procuraduría General de la Nación en torno a la inhabilidad sobreviniente, se encuentran influenciados por un análisis restrictivo, y secundariamente, en lo respectivo a su hermenéutica se ha evidenciado que es

netamente teleológico y sin ningún sustento de carácter exegético o gramatical, centralizando sus lineamientos en el ejercicio de la autoridad y el poder disciplinario que este órgano de control ostenta.

En el mismo sentido, Moreno y Rincón (2012), han encontrado como consideraciones del órgano de control disciplinario, que con respecto a los numerales 2 y 4 del artículo 38 del Código único disciplinario, se tiene un sustento normativo en sanciones de carácter fiscal proferidas en actuaciones diferentes a las que originarían la apertura de un proceso disciplinario.

Igualmente, se ha encontrado que la norma analizada para las consideraciones que tiene en cuenta la Procuraduría General de la Nación, establece una sanción accesoria para el que cometa las infracciones tipificadas tres o más veces, por lo que se tiene presente que la Corte Constitucional ha tenido pronunciamiento de forma consecutiva en diferentes providencias, donde se ha manifestado con una postura contraria al hecho de que por medio del legislador se pretenda utilizar la reincidencia de conductas como un hecho generador de responsabilidad disciplinaria, sancionable con la imposición de las inhabilidades sobrevinientes para el caso que ocupa el presente escrito.

Igualmente, para obtener mayor claridad sobre lo que se pretende expresar por medio del artículo analizado, se acude de forma directa a la experta en gramática Maribel Grijalba, quien posee una especialización en gestión de la investigación y por tanto tiene las calidades para contribuir a esclarecer la problemática planteada. Siendo así, la experta sostiene que por faltas graves o leves dolosas no se hace referencia de forma exclusiva a las faltas leves, por lo que de la misma manera se refiere también a las faltas graves. La experta solicitada argumenta lo anterior debido a la utilidad que en la gramática tiene la conjunción “o” para la construcción del artículo analizado, lo cual la lleva a esclarecer que dentro del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 no hay un

problema de redacción ni tampoco una falencia gramatical por parte del Congreso de la República al expedir el Código Disciplinario Único.

Habiendo discrepancias en la interpretación de la inhabilidad sobreviniente y su implementación, surge el afirmar la importancia que tiene las normas de interpretación legislativa, entre las cuales se encuentran algunas que pueden llegar a ser herramientas eficaces para dilucidar el asunto. Siendo así, los criterios de interpretación de normas jurídicas no son otra cosa más que pautas, principios, objetivos y guías que deben tenerse presentes al momento de interpretar una norma o providencia, para lo cual López (2015) sostiene que deben tenerse en cuenta tres directrices: la primera de estas es lo respectivo al lenguaje empleado por el legislador; seguido del contexto normativo en que se encuentra esgrimido el articulado y por último, discernir la voluntad que tiene el legislador para los fines y valores de la norma: cabe resaltar que estas directrices obedecen a un criterio gramatical, un criterio sistemático y un criterio funcional en su orden respectivamente.

Siendo así, dentro de las clases de interpretación que pueden servir de herramienta para esclarecer lo atinente a la inhabilidad sobreviniente, se destaca la gramatical y la lógica o teleológica. Por medio de la gramatical se logra atender la literalidad del texto de una ley, recurriendo de esta forma a los elementos gramáticos y de escritura que lo componen, para de esta forma poder esclarecer su sentido cuando su redacción parezca confusa y desorientada. Por otra parte, se encuentra la lógica o teleológica, por medio de la cual no se busca otra cosa más que poder identificar el sentido que tienen la ley, es decir su contenido real y espíritu, para lo cual se utilizan elementos como el histórico, el derecho comparado y el elemento sistemático (López, 2015).

No obstante, ateniendo los argumentos anteriormente esbozados en lo que respecta a la interpretación de la norma y al tenor de lo esgrimido por la Corte Constitucional en una de sus

providencias, donde se esgrime que en su sentido más amplio el interpretar los textos legales es explicar, declarar, orientar algo y comprender las circunstancias de la vida social y el significado lingüístico (Sentencia C-820, 2006), es necesario tener claridad en lo correspondiente a la diferenciación entre faltas leves, faltas graves y faltas graves, para de esta forma poder tener un espectro jurídico claro a la hora de buscar una interpretación correcta de la normativa cuestionada.

Para ello, es necesario acudir a la clasificación de las faltas que se encuentra esbozada en el Código Único Disciplinario, donde se clasifican las faltas tanto en gravísimas, graves y leves. Para ello, el legislador ha optado por tener en cuenta unos criterios para la determinación de la gravedad o la levedad de la falta, por lo que se ha establecido que las faltas gravísimas son todas aquellas que se encuentran señaladas de forma expresa y taxativa en dicho código. Por lo anterior, el considerar una falta como gravísima no representa un problema toda vez que sólo se debe justificar una conducta a la normatividad violentada, pero en lo respectivo a faltas graves y leves, se encuentran los siguientes criterios: grado de culpabilidad, naturaleza del servicio, grado de perturbación, jerarquía y mando del servicio, trascendencia social de la falta o perjuicio causado, modalidades y circunstancias de la comisión de la conducta, motivos determinantes del comportamiento y concurso de personas (Código Disciplinario único, 2002)

No obstante, se debe tener claridad también sobre la diferenciación que se encuentra tanto en las conductas dolosas como en las culposas, donde se presenta un factor fundamental que las diferencia y que permite dar una herramienta para esclarecer lo relacionado a la inhabilidad sobreviniente: la intención criminal.

De esta manera, encontramos la diferencia sustancial que aparta los dos conceptos axiológicos del derecho penal general en que el dolo logra ser definido por la doctrina como aquel acto consiente y concreto que va en contra del ordenamiento jurídico; implicando la voluntad y la

razón para atentar contra lo que prevé y establece la ley. Por su parte la culpa, es tratada como aquella falta de previsión para evitar un acto que muy posiblemente altere el ordenamiento jurídico lo que nos lleva una vez más a coincidir en que para plantear tal paralelo el fenómeno de la voluntad juega un papel fundamental y determinante siendo este el causante de incurrir en un acto o el otro; es decir la característica principal de un hecho doloso incluye por naturaleza el saber de la comisión de un delito y aun así proceder, lo que excluye la culpa por ser esta la comisión de una acción que no imprime la voluntad de transgredir la ley; esto es mucho mejor expuesto si tenemos en cuenta que cada uno de estos conceptos se dividen en diversas “formas” según la situación fáctica a estudiar en la comisión de los hechos (Velasquezas, 2011).

7. Conclusiones

Principalmente, el presente trabajo ha permitido concluir que las decisiones que se adopten en torno a la inhabilidad sobreviniente que trata el numeral segundo del artículo 38 de la ley 734 de 2002, debe siempre tener como punto de partida el garantizar los derechos fundamentales, especialmente los relacionados al debido proceso, el principio pro homine y los derechos políticos de las personas.

Es por esto, que se considera que la postura más apropiada es la que ha tenido el Consejo Superior de la Judicatura desde su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, puesto que con respecto a la aplicación del artículo 38 numeral 2 de la Ley 734 de 2002, ante la aparente falta de claridad del legislador, sostienen en dicho colegiado que esta debe ser aplicada sólo para faltas leves y graves siempre y cuando la modalidad sea dolosa, excluyéndose las faltas de carácter culposo, toda vez que para esta instancia, sólo de esta forma se podrá realizar una aplicación de la norma más amplia que respete la favorabilidad del disciplinado. La razón de concordar con la postura enunciada por el Consejo Superior de la Judicatura radica en que se encuentra en plena armonía con los principios de la función administrativa y con los principios y garantías procesales, así como de los derechos fundamentales de los procesados.

Con respecto a la injerencia que ha tenido la sentencia T 504 de 2009 en lo relativo a la inhabilidad sobreviniente, se descarta su aplicación debido a que para la Corporación constitucional, juega un papel importante la gravedad del daño que la falta produzca a la administración pública, dejando a un lado la forma de culpabilidad por medio de la cual se haya podido cometer, es por ello, que estrictamente la Corte ha dicho que en algunos casos una falta grave culposa puede resultar incluso más lesiva para el interés público que una falta leve dolosa, por lo que a juicio de esta instancia, la inhabilidad sobreviniente de que habla el

numeral segundo del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, se aplique por faltas graves tanto dolosas como culposas.

En este sentido, se trae a colación que en el espíritu de la norma que regula el derecho disciplinario, no se precisa el grado de vulneración de un bien jurídico tutelado para la imposición de la sanción, sino que, por lo contrario, se tiene en cuenta la modalidad de la conducta cometida, es decir si se hizo por dolo o culpa y sus respectivas clasificaciones, por lo que así se puede afirmar que la antijuricidad material no tiene vigencia ni rigor en el derecho disciplinario, sino que la ilicitud de las conductas cometidas consisten en el incumplimiento de los deberes funcionales que rigen a los servidores públicos, lo cual no es otra cosa más que las situaciones en las que la persona sujeta al derecho disciplinario se aparta del cumplimiento de las obligaciones que este debe cumplir en su cargo.

Es por ello que la postura de la Corte Constitucional esbozada en dicha sentencia contradice de forma tajante las concepciones y diferencias que se han planteado en torno a las conductas dolosas y culposas, teniendo estas últimas situaciones de condición más beneficiosa para el sujeto disciplinado, puesto que como plantea el artículo 29 de la constitución, tanto el debido proceso como los derechos y principios constitucionales y fundamentales, deben aplicarse a todo tipo de actuación judicial, disciplinaria o administrativa.

El fundamento anterior se fortalece si se consideran los debates que se llevaron en el Congreso en torno a la exclusión de las faltas gravísimas culposas para la aplicación de la inhabilidad sobreviniente que habla el numeral segundo del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, toda vez que se hicieron conociendo y analizado las diferencias que se plantean en torno al dolo y la culpa, excluyendo definitivamente las faltas culposas, aunque estas sean gravísimas.

Finalmente, luego de haber acudido a un experto en gramática se puede constatar que la expresión “por faltas graves o leves dolosas”, y especialmente la palabra “dolosas” no hace

referencia exclusivamente a las faltas leves, sino que de igual forma se refiere a las faltas graves, lo anterior se constata por la pertinencia que tiene la conjunción “o” para el enunciado analizado dentro del numeral segundo del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, permitiendo concluir que no hay un problema de redacción o gramatical por parte del legislador a la hora de expedir dicha legislación.

8. Bibliografía

- Ardila , L., Oviedo, J., & Pineda, O. (2010). *Naturaleza jurídica del derecho disciplinario de los servidores públicos en Colombia*. Obtenido de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/5704/ArdilaQuirozLuisEduardo2010.pdf;sequence=1>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-903-08.htm>
- Castro, H. (2015). *Inhabilidades de servidores públicos con unión marital de hecho en parejas del mismo género*. Obtenido de http://repository.unimilitar.edu.co:8080/bitstream/10654/13858/2/Helena%20Castro_2015%20%20%20Aprobado.pdf
- Congreso de la República. (1998). *Ley 489*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=186>
- Congreso de la República. (2002). *Código Disciplinario único*. Bogotá D.C. Obtenido de https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/Codigo_Disciplinario_Unico_2011.pdf
- Congreso de la República. (2002). *Ley 734*. Obtenido de <https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/L-734-02.htm>
- Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-417*. Bogotá D.C. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-417-93.htm>
- Corte Constitucional. (1993). *Sentencia T-2308*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-238-93.htm>
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-341*. Bogotá. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-341-96.htm>
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-155*. Obtenido de <https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/02-C-155.htm>
- Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C 544*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-544-05.htm>
- Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-028*. Obtenido de <https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/06-C-028.htm>
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C 692*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39241>

- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-692*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-692-08.htm>
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-903*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-903-08.htm>
- Corte Constitucional. (2009). *Sentencia T 504*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-504-09.htm>
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-030*. Bogotá D.C. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-030-12.htm>
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-315*. Bogotá D.C. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-315-12.htm>
- Daza, M. (2013). *La naturaleza jurídica del derecho disciplinario ¿autónoma e independiente?* Bogotá: Universidad del Norte. Obtenido de <http://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/4488389/La+naturaleza+jur%C3%ADdica+del+derecho+disciplinario+%C2%BFaut%C3%B3noma+e+independiente%27/37c6ee7d-e92c-46ed-b1be-849d4a2a3023?version=1.0>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2009). *Cartillas de la administración pública*. Bogotá D.C. Obtenido de http://www.registraduria.gov.co/descargar/cartilla_adminpublica.pdf
- Fernández, J., & Olaya, D. (2012). *El principio de culpabilidad en el derecho disciplinario, un concepto en construcción*. Obtenido de <http://repository.unimilitar.edu.co:8080/bitstream/10654/3295/2/FernandezSarmientoJavierAndres2012.pdf>
- Forero, F. (2010). *Verificar el impacto positivo de la ley 1015 de 2006 “Régimen disciplinario para la policía nacional”*. Bogotá D.C. Obtenido de <http://unimilitar-dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/3543/2/ForeroRamirezFelipeAntonio2010.pdf>
- Gómez, C. (2014). *¿Qué es una inhabilidad sobreviniente?* Obtenido de http://www.sirvoamipais.gov.co/informese/-/asset_publisher/tiQku3CMd1ML/content/¿que-es-una-inhabilidad-sobreviniente-;jsessionid=8EFFF03CB55005C95184EF676CF9ACB4
- Moreno, F., & Rincón, L. (2012). *Alcance de la inhabilidad sobreviniente del numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002*. Obtenido de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/27/alcance-de-la-inhabilidad-sobreviniente-del-numeral-2-del-articulo-38-de-la-ley-734-de-2002.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. (1966). Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Palomino, S., & Rodríguez Narda. (2013). *Criterios de graduación de las faltas disciplinarias en el régimen especial para las FFMM y su comparación con el régimen disciplinario ordinario*. Obtenido de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/10453/1/PalominoGuerreroSilviaViviana2013.pdf>
- Procuraduría General de la Nación. (2007). *Concepto No. 66*.
- Quiñones, H., Talero, P., Pineda, D., & Manrique, R. (2011). *Inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos*. Obtenido de <http://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/1020.pdf/e43b09f4-ef4d-46c8-8df1-a34494379a7c>
- Quintero, D., & Merolla, A. (2012). *Interacción de los principios funcionales de la administración pública en la contratación estatal*. Obtenido de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7839/1/QuinteroPreciadoDianaHerlinda2012.pdf>
- Suarez, B., Fuentes, E., & Rincón, A. (2011). *Anuario justicia y razón*. Bogotá D.C. Obtenido de http://avalon.utadeo.edu.co/servicios/ebooks/anuario_%202011/files/assets/common/downloads/Anuario%20Justicia%20y%20Raz.pdf#page=117