

Análisis de la ilicitud sustancial en la jurisprudencia constitucional*

Analysis of the substantial unlawfulness in constitutional jurisprudence

Análise da ilegalidade substancial na jurisprudência constitucional

[Artículos]

Milton José Pereira Blanco**

Fernando Luna Salas***

Recibido: 20 de septiembre del 2021

Aceptado: 15 de diciembre del 2021

Citar como:

Pereira Blanco, M. J. y Luna Salas, F. (2022). Análisis de la ilicitud sustancial en la jurisprudencia constitucional. *Revista IUSTA*, (56), 32-60.

<https://doi.org/10.15332/25005286.7758>



* El presente artículo surge de la investigación denominada "La ilicitud sustancial en la jurisprudencia constitucional". Los autores actuaron en calidad de investigadores principales y fue financiado por recursos propios del grupo de investigación denominado Derecho Privado, Procesal y Probatorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, con el apoyo del grupo de investigación Phronesis de la Universidad Libre sede Cartagena (Colombia).

** Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena. Abogado y Licenciado en Filosofía. Magíster en Derecho de la Universidad del Norte (Colombia). Posgrado en Diplomacia en Cambio Climático: Negociaciones climáticas internacionales del Colegio de Biólogos del Perú. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo y en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Conjuez de la Comisión de Disciplina Judicial seccional Bolívar. Correo electrónico: mpereirab@unicartagena.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9080-4947>

*** Profesor del Departamento de Derecho Procesal y Probatorio de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena, magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena y especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Doctorando en Derecho, Ciencias Políticas y Criminológicas de la Universidad de Valencia-España. Investigador Junior reconocido por Colciencias. Editor de la Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo, director del semillero de investigación Ciencia y Proceso y codirector del grupo de investigación Derecho Privado, Procesal y Probatorio. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Capítulo Bolívar. Director del Centro Internacional de Estudios Jurídicos y Políticos (CIEJP). Correo electrónico: funas@unicartagena.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335>

Resumen

Este artículo, de carácter jurídico y reflexivo, aborda, desde un enfoque cualitativo con revisión bibliográfica y jurisprudencial, como objetivo primordial revisar y analizar la ilicitud sustancial como categoría dogmática propia del derecho disciplinario y de la responsabilidad disciplinaria, la cual se circumscribe desde lo pragmático a evaluar la conducta para determinar si con ella existió o no afectación sustancial al deber. En ese sentido, la conducta será antijurídica en materia disciplinaria cuando, luego de evaluado el comportamiento, se evidencia que se afectó sustancialmente el deber funcional. Incluso existiendo afectación sin que esta sea sustancial se debe decir que la conducta carece de ilicitud sustancial. A su vez, la ilicitud sustancial, al ser una categoría dogmática propia del derecho disciplinario como disciplina autónoma, no necesita acudir a la teoría de los bienes jurídicos; sin embargo, no es impropio señalar que en materia disciplinaria se debe en sede de ilicitud sustancial analizar si con la conducta se lesionó sustancialmente el deber. Y es que la afectación al deber no puede surgir de la tipicidad misma de la conducta o en palabras de un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica. En conclusión, el derecho disciplinario no puede ser entendido como protector de bienes jurídicos en el sentido liberal de la expresión, toda vez que se instauraría una errática política criminal, habida cuenta que no existiendo diferencias sustanciales entre derecho penal y derecho disciplinario, por virtud de ello, llegaría el día en que el legislador, sin más ni más, podría convertir sin ningún problema todos los ilícitos disciplinarios en injustos penales. El incumplimiento de dicho deber funcional es, entonces, necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria.

Palabras clave: ilicitud sustancial, categorías dogmáticas, responsabilidad disciplinaria, incumplimiento de deberes, deber funcional, antijuridicidad material.

Abstract

This article, of a legal and reflective nature, addresses, from a qualitative approach with bibliographical and jurisprudential review, as its main objective to review and analyze the substantial unlawfulness as a dogmatic category of disciplinary law and disciplinary liability, which is limited from the pragmatic point of view to evaluate the conduct to determine whether or not there was a substantial impact to the duty. In this sense, the conduct will be unlawful in disciplinary matters when, after evaluating the conduct, it is evident that the functional duty was substantially affected. Even if there is an impact without it being substantial, it must be said that the conduct lacks substantial unlawfulness. In turn, substantial unlawfulness, being a dogmatic category of disciplinary law

as an autonomous discipline, does not need to resort to the theory of legal interests; however, it is not improper to point out that in disciplinary matters it is must be analyzed in reference to substantial unlawfulness whether the conduct substantially affected the duty. And the fact is that the impact to the duty cannot arise from the typicity of the conduct itself or from a mere formal breach of the legal rule. In conclusion, disciplinary law cannot be understood as a protector of legal interests in the liberal sense of the expression, since it would establish an erratic criminal policy, given that since there are no substantial differences between criminal law and disciplinary law, in view of this, the day would come when the legislator, without further ado, could convert without any problem all disciplinary offenses into criminal wrongdoings. The breach of this functional duty is, therefore, necessarily the one that guides the determination of the illegality of the conducts that are reproached by the disciplinary law.

Keywords: substantial unlawfulness, dogmatic categories, disciplinary liability, breach of duties, functional duty, material unlawfulness.

Resumo

Neste artigo, de caráter jurídico e reflexivo, aborda-se, sob uma abordagem qualitativa com revisão bibliográfica e jurisprudencial, como objetivo principal revisar e analisar a ilegalidade substancial como categoria dogmática própria do direito disciplinar e da responsabilidade disciplinar, a qual está circunscrita, a partir do pragmático, a avaliar a conduta para determinar se, com ela, existiu ou não afetação substancial do dever. Nesse sentido, a conduta será antijurídica em matéria disciplinar quando, assim que o comportamento avaliado, é evidenciado que foi afetado substancialmente o dever funcional. Inclusive existindo afetação sem que esta seja substancial se deve dizer que a conduta carece de ilegalidade substancial. Por sua vez, a ilegalidade substancial, ao ser uma categoria dogmática própria do direito disciplinar como disciplina autônoma, não precisa recorrer à teoria dos bens jurídicos; contudo, não é impróprio indicar que, em matéria disciplinar, se deve em sede de ilegalidade substancial analisar se, com a conduta, o dever foi lesado substancialmente. E é que a afetação do dever não pode surgir da tipicidade em si da conduta ou em palavras de uma simples violação formal da norma jurídica. Em conclusão, o direito disciplinar não pode ser entendido como protetor de bens jurídicos no sentido liberal da expressão, toda vez que se instauraria uma errática política criminosa, tendo em vista que, não existindo diferenças substanciais entre direito penal e direito disciplinar, por virtude disso, chegaria o dia em que o legislador, sem mais nem menos, poderia converter sem nenhum problema todos os ilícitos disciplinares em injustos penais. O descumprimento desse dever funcional é, portanto, necessariamente o que orienta a determinação da antijuridicidade das condutas que são reprovadas pela lei disciplinar.

Palavras-chave: ilegalidade substancial, categorias dogmáticas, responsabilidade disciplinar, descumprimento de deveres, dever funcional, antijuridicidade material.

Introducción

La ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro (Zuleta, 2019; Navarro, Quintero, Fernández y Díaz, 2016). Cabe recordar, en ese sentido, que constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad de este de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de estos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública. De esta manera, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública (Sentencia C-948/2002).

La expresión *cumplimiento de deberes* y el *principio de responsabilidad* nos encierra en el concepto de deber funcional, el cual es un elemento estructural de la ilicitud sustancial, tema objeto de estudio en el presente trabajo. Lo anterior encuentra sustento constitucional en el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el cual señala lo siguiente:

Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Es importante precisar que el deber funcional está integrado por (1) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (2) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (3) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones. El incumplimiento al deber funcional es lo que configura la ilicitud sustancial que circunscribe la libertad configurativa del legislador al momento de definir las faltas disciplinarias. El derecho disciplinario está fundamentado en los artículos 6º y 123 de la Constitución Política, los cuales consagran la cláusula de responsabilidad

aplicable a los servidores públicos, miembros de corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas. Dicha cláusula se aplica no solo por transgredir las funciones previstas en la Constitución, la ley y el reglamento, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de estas, en razón a la relación y su servicio del Estado y de la comunidad.

A su vez, Bahamón y Gómez (2017), citando a Berdugo (2013), manifiestan:

La doctrina y la jurisprudencia coinciden, en primer lugar, en que el fundamento del derecho disciplinario es la infracción del deber funcional, cuyo vínculo de obligatoriedad tiene su explicación en una categoría especial denominada relación especial de sujeción. En segundo lugar, el derecho disciplinario se caracteriza por ser un régimen de responsabilidad subjetiva distinto a los regímenes sancionadores de responsabilidad objetiva. Y en tercer lugar, en materia de tipicidad, la mayoría de faltas están contenidas en tipos abiertos; en cuanto a la antijuridicidad, el derecho disciplinario tiene una categoría propia que es el eje más importante y que corresponde al fundamento de lo injusto o ilícito: la ilicitud sustancial; en materia de culpabilidad y a pesar de que se mantienen los mismos títulos de imputación subjetiva que en el derecho penal el dolo y la culpa descansan sobre los conceptos de previsión efectiva y diligencia exigible, premisas sobre las cuales se puede concluir que el servidor público tiene un mayor grado de exigibilidad que el de cualquier persona. (p. 146)

Con esas acotaciones, debemos señalar que este trabajo abordará el estudio del concepto de ilicitud sustancial y cuál ha sido su tratamiento en la jurisprudencia constitucional. Frente a ese estudio se sostiene que las sentencias C-1076 del 2002, C-094/2003, C-819 del 2006, la C-454/2016 en lo que respecta a la fundamentación de las razones de la decisión implícitamente acogen la doctrina constitucional expuesta en la Sentencia C-948/2002. En lo que respecta a las sentencias en sede de revisión de tutela, citadas en el presente trabajo, evidenciamos de igual forma que en los casos concretos estudiados por la Corte Constitucional, se aplicó de manera clara y coherente los planteamientos expuestos en la Sentencia C-948/2002. A nuestro juicio el problema de la ilicitud sustancial no es su conceptualización, tal como se analizará más adelante, sino la falta de criterios objetivos para determinar cuándo se afecta sustancialmente al deber funcional. Se puede afirmar que en la mayoría de los casos, al momento de fallar, no existe un análisis objetivo frente a lo que implica afectación sustancial al deber funcional sin justificación alguna, sino una simple aplicación aparente de la ilicitud sustancial en las decisiones disciplinarias, en el fallo efectuado que se

expresa sin mayor desarrollo que la antijuridicidad disciplinaria no puede reducirse únicamente a un juicio de adecuación de una determinada conducta, frente a su tipicidad, en el que el derecho disciplinario no debe, no puede tutelar el cumplimiento de los deberes por los deberes mismos.

En este orden de ideas, este documento trabaja una investigación eminentemente jurídica, de tipo analítico, documental, de carácter cualitativo, que se desarrolla a nivel teórico. Este trabajo se dividirá por razones metodológicas en tres partes, así: una primera en la que se realizará un análisis conceptual sobre la ilicitud sustancial en la doctrina. Una segunda parte en la que se hará un recorrido sobre las sentencias de control abstracto y concreto emitidas por la Corte Constitucional colombiana, en la que se abordó de manera directa o indirecta el concepto de ilicitud sustancial. Cabe aclarar que si bien existen otros fallos en los que la Corte Constitucional de manera superficial hizo referencia al concepto por cuestiones metodológicas no serán estudiados de modo específico en el presente trabajo. Una tercera y última parte, en la que se harán unos breves comentarios críticos sobre la jurisprudencia constitucional, tanto en control abstracto como concreto sobre el concepto de ilicitud sustancial.

Concepto de ilicitud sustancial

En esta parte, se analizará el concepto de *ilicitud sustancial* desde las diferentes perspectivas de la doctrina nacional. Es importante precisar inicialmente que, desde el punto de vista legal, el artículo 9 de la Ley 1952 del 2019 modificada por la Ley 2094 del 2021 señala que la conducta del disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna. La redacción del nuevo precepto ajustó el error que trajo en su momento la Ley 734 del 2002, en el que se refería a la ilicitud de la falta y no de la conducta, pues el artículo 5 de la anterior legislación señalaba que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Queda claro entonces que lo que afecta sustancialmente el deber es la conducta y no la falta, ajustando tal como se dijo antes, la imprecisión de la anterior normatividad. Es importante recordar que esta imprecisión fue ajustada por la Ley 1015 del 2006, por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, la cual en su artículo 4 señala que “la conducta de la persona destinataria de esta ley será contraria a derecho cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”. En similar sentido se pronuncia la Ley 1862 del 2017 por la cual se establecen las normas de conducta del militar colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar, que en el artículo 57 señala expresamente que la conducta es antijurídica cuando afecte sin

justificación alguna los siguientes intereses: el servicio, la probidad, la disciplina, los fines o las funciones del Estado (Ramírez Díaz, 2014, p. 33). Sobre este particular, Mejía Ossman explica que en el primer Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995, Colom.), no existía una norma redactada en los términos que posteriormente lo hizo la Ley 734 del 2002 y que en la actualidad lo contiene el Código General Disciplinario, el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional (Ley 1015 del 2006, Colom.) y el Código Disciplinario Militar (Ley 1862 del 2017, Colom.). En ese entonces para dar aplicación al concepto de antijuridicidad, o lo que es lo mismo el de ilicitud sustancial, la Ley 200 se integraba con el artículo 4 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal de esa época), por dispensarlo el artículo 18 de esa derogada codificación; lo que resulta válido complementarlo hoy por mandato del artículo 22 del Código General Disciplinario (21 del C. D. U), con el artículo 11 de la Ley 599 del 2000 (Nuevo Código Penal), por su afinidad en la descripción de varios de sus ingredientes normativos.

Tal como se dijo en la parte introductoria del presente trabajo, el deber sustancial se integra por

- El cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo.
- La obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley.
- Garantía de una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales.

Lo anterior se debe interpretar en concordancia con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 734 del 2002 y con el artículo 23 de la Ley 1952 del 2019.

El deber funcional, según Isaza Serrano (1997), se entiende como un conjunto de atribuciones propias de un cargo o función pública, cuya nota característica viene dada en el campo dinámico por su ejecución, enmarcada en el cumplimiento de normas legales regulatorias de deberes legales, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses establecidos en la Constitución Política y en las leyes, para salvaguardar principios como los de la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, eficacia y eficiencia, su afectación sustancial debe determinarse en el contexto de la organización y el funcionamiento del Estado a partir de lo que es una combinación integral y activa de elementos laborales y jurídicos en los que los fines y funciones de aquel se encuentran integrados en una relación de medio a fin, porque las funciones del Estado se realizan mediante las de sus servidores, los cuales son los que terminan materializando los fines del Estado (Torregrosa y Villalba, 2020).

Algunos doctrinantes entienden como sustancialmente quebrantando el deber funcional cuando la conducta enjuiciada no solo ha

Se puede entender como sustancialmente quebrantado el deber funcional cuando la conducta enjuiciada no solo ha desconocido el ropaje jurídico del deber, sino la razón de ser que el mismo tiene en un Estado Social y democrático de derecho, por tanto todo deber, cuyo quebramiento comporte el ilícito disciplinario, impone la constatación que con la conducta indebida se han cuestionado las funciones del Estado Social y Democrático del derecho. Esto es, la persona no ha obrado conforme a la función social que le compete como servidor público, por consiguiente, cuando se constate que formalmente se quebrantó un deber pero que en lo sustancial no se ha cuestionado la funcionalidad del mismo, la conducta resulta aparentemente ilícita.

Podemos encontrarnos frente a la inexistencia de antijuridicidad sustancial, aunque sí formal, y, siendo la primera la razón de ser de la infracción disciplinaria, el hecho punible queda desestructurado (C. S. J., sentencia del 28 de julio de 1994)¹.

Según Torregrosa y Villalba, tesis que se comparte íntegramente, el deber funcional se afecta sobre los siguientes presupuestos:

- Una actividad en ejercicio de funciones, con ocasión de estas o abusando de la investidura o cargo, es decir, mediante una actuación oficial.
- Cuando consistiendo el deber funcional en el acometimiento de una tarea pública, esta no se realiza o se realiza defectuosamente; o cuando habiéndose ejecutado correctamente, no se contaba con habilitación jurídica para tal fin, por la presencia de una inhabilidad o un impedimento para el ejercicio del cargo o la resolución del caso; o cuando se ejecuta una tarea diferente de la que laboralmente corresponde en contravía del deber legal, de una prohibición de un conflicto de intereses.
- El compromiso de los objetivos y fines de la actividad de la entidad a la que se pertenece, en términos de no concretar en las dimensiones requeridas el supuesto fáctico aprehendido en el correspondiente deber funcional. Por tanto, la afectación sustancial del deber funcional se establece cuando no se desarrolla la tarea que lo explica como tal, o se desarrolla mal, porque la primera condición para verificar dicha circunstancia es esta y no otra, pues no hay deberes funcionales vacíos de contenido o en abstractos, sino concebidos

¹ Este texto jurisprudencial también es citado por Gómez Pavajeau.

en lo que a aquél se refiere, bajo la forma de un supuesto fáctico que se concreta en una acción o en una omisión.

El profesor Mejía Ossman sostiene sobre la ilicitud sustancial que dicho concepto es aplicable en el derecho disciplinario desde la perspectiva de la “antijuridicidad material incorpórea” y que, por lo tanto, la valoración de la conducta disciplinada debe ser observada desde la “afectación de los principios, fines y funciones del Estado o de la función Pública”, lo cual se explica como la “efectividad de afectación” para que el comportamiento además de típico sea antijurídico. El no aceptar esta consideración es permitir que se sancionen comportamientos simple y llanamente por la violación “a la afectación del deber funcional sin justificación alguna”, cuando muchas veces la falta no guarda relación con el “deber funcional o la función”; cuando no se determina si la falta afectó al bien o el interés preciado del Estado encarnado en los fines, principios y funciones del Estado o simplemente apuntaría el concepto de ilicitud sustancial al incumplimiento del deber funcional aplicable a las extralimitaciones del servidor público con ocasión a comportamientos que benefician el ente estatal. La eficiencia, la celeridad, etc., con que actúe el servidor público serán aspectos que ayudan a comprender mejor el tema y que perfectamente deben analizarse en el concepto de “ilicitud sustancial” y no simplemente dentro del criterio de la afectación sustancial del deber funcional sin justificación alguna para enmarcar la conducta objeto de acción disciplinaria. Es decir, el cumplimiento de los principios, fines y funciones del Estado o de la función pública será la medida que se enfrente a la descripción del comportamiento para valorarlo en sede de ilicitud o antijuridicidad y de esa manera decidir si la conducta además de ser típica es ilícita o antijurídica o no lo es (Mejía Ossman, 2019, pp. 115-116).

Siguiendo con la definición de ilicitud sustancial, es necesario y casi que obligatorio traer la posición de Gómez Pavajeau (2007), que plantea que en la jurisprudencia aparece la distinción nítida entre injusto penal e ilicitud disciplinaria. Precisamente, a partir de dicha distinción es que la jurisprudencia constitucional habla de una especificidad del derecho disciplinario respecto del derecho penal, destacando sus “particularidades”. El ilícito disciplinario se constituye a partir del “incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria” (p. 145)². Por tanto, “la infracción

² Con esta afirmación, el autor la desarrolla aún más la razón por la que se viene diciendo que, en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales

disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado” (Gómez Pavajeau, 2007, p. 145).

Para ahondar aún más en el concepto de ilicitud sustancial, es oportuno traer a colación lo expuesto por Ordoñez Maldonado (2009) sobre el particular, aduciendo que, a pesar de que es correcto afirmar que la responsabilidad disciplinaria está sustentado en la afectación de deberes funcionales, la antijuridicidad en materia disciplinaria no puede reducirse a un simple juicio de adecuación de la conducta con la sola categoría de la tipicidad; es decir, que solo baste la correspondencia del comportamiento con la falta que se va a endilgar, dando por sentado la antijuricidad, tal y como si se tratara de una especial presunción indesvirtuable.

Esta aproximación es la que se deriva de la misma jurisprudencia y doctrina especializada, al decir que el derecho disciplinario no debe ni puede tutelar el cumplimiento de los deberes por los deberes mismos. En otros términos, aun cuando la conducta se encuadre en la descripción típica, pero tal comportamiento corresponde a un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica, ello no puede ser objeto de la imposición de una sanción disciplinaria porque se constituirá una responsabilidad objetiva al aplicarse medidas sancionatorias y sin que exista una verdadera y justa razón de ser.

Tratándose de una categoría propia del derecho penal, la antijuridicidad material no alcanza a cobijar aquellas conductas que, siendo desplegadas por el sujeto pasivo de la acción disciplinaria, no implican la producción de un resultado, aunque sí comportan la violación de un deber funcional, y, por ende, la vulneración de los principios constitucionales y legales que rigen la función pública, los cuales son exigibles de aquella persona que tiene con el Estado un vínculo especial.

En esencia, es posible afirmar que la falta disciplinaria no exige para su configuración la producción de un resultado consistente en la lesión o interferencia de bienes jurídicos, ya que basta obrar en contravía de los deberes funcionales exigibles al disciplinado; de tal manera que la producción de un

que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional (Gómez Pavajeau, 2007).

resultado se constituya en factor objetivo para dosificar la sanción disciplinaria y no de la estructuración de la falta.

La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, al contrariarse, los principios que rigen la función pública.

En otras palabras, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, y se determine que este para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan, deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial.

El legislador empleó la expresión antijuridicidad, pero no precisó si esta es formal (simple quebrantamiento de la norma) o material (afectación efectiva de algún bien jurídico), debiendo entenderse, en todo caso, que el comportamiento por el que se llama a rendir explicaciones al procesado es aquel que contraviene el ordenamiento jurídico y respecto del cual no se tiene aclaración que diluya el juicio de reproche, cuyo análisis corresponde a la culpabilidad como ingrediente subjetivo de la conducta.

Como consecuencia, se puede afirmar que el derecho disciplinario pretende encauzar la conducta del servidor público, reprochando comportamientos que vulneran la garantía de la función pública en aras de que se cumplan los fines del Estado social de derecho.

En este orden de ideas, y desde un referente de justicia, la sustancialidad de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido de los deberes exigibles del disciplinado y cuando dicho incumplimiento obre en contravía de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la antijuridicidad sustancial de comportamiento (Ordoñez Maldonado, 2009).

La posición de Ordoñez Maldonado es interesante porque resalta el reproche hacia al quebrantamiento de la garantía de la función pública de que trata el artículo 22 de la Ley 734 del 2002 y del artículo 23 de la Ley 1952 del 2019, en aras de que se cumplan los fines del Estado. Lo anterior a nuestro criterio se debe entender en concordancia con lo señalado en el artículo 51 de la Ley 734 del 2002 y el artículo 68 de la Ley 1952 del 2019.

Desde otra perspectiva, Sánchez Herrera señaló que su propuesta apunta a concebir una posición intermedia y con una fundamentación diferente acerca del concepto de ilicitud sustancial. Nos afiliamos a la fundamentación de la categoría dogmática de la ilicitud sustancial a partir de una teoría monista de las normas,

anclando el concepto en las normas subjetivas de determinación, empero haciendo hincapié en unos contenidos materiales que le sirven de sustento a tal clase de normas.

Nos apartamos de la identificación de la ilicitud sustancial a la categoría de la antijuridicidad material o al principio de lesividad penal. También nos apartamos de concebir e identificar la ilicitud sustancial con el mero quebrantamiento formal del deber. Lo ilícito disciplinario no es la mera inobservancia del deber. La norma de determinación se trasunta en un mandato de cumplimiento de los deberes que le competen al servidor público y al particular que cumple una función pública, que les permite encauzar su conducta a la realización de los fines del Estado social y democrático de derecho.

De ahí que lo ilícito sustancial comporte la trasgresión de los fines y funciones que le incumben a tal modelo de Estado. Para que se estructure la categoría dogmática de la ilicitud sustancial es preciso que el agente no obre conforme a la función social que constitucional y legalmente le corresponde como servidor público. El concepto de lo sustancial es un concepto propio del derecho disciplinario e implica que la infracción del deber haya supuesto el quebrantamiento de la norma subjetiva de determinación. La norma subjetiva de determinación es el conjunto de directrices y modelos de conducta que encauzan el actuar del servidor público al respecto de sus deberes funcionales. Lo ilícito disciplinario es el incumplimiento de esos deberes, empero contextualizados con los contenidos materiales ya analizados (Sánchez Herrera, 2005).

Para mayor claridad de lo anteriormente expuesto por Sánchez Herrera, se debe traer a colación lo señalado por Gómez Pavajeu, que sostiene con claridad que el derecho disciplinario al no ocuparse de intereses jurídicos bajo la denominación dogmática de “bien jurídico”, el fundamento de su ilícito es el quebrantamiento sustancial de deberes funcionales (Ley 734 del 2002, art. 5.º, Colom.), como se desprende de los artículos 6.º, 118, 256 numeral 3 y 277 numeral 6 de la Carta Política, lo cual indica que el elemento fundante del ilícito disciplinario es el desvalor sustancial de acción, sintomático de que el ilícito disciplinario se configura a partir del quebrantamiento de la norma subjetiva de determinación, como de manera contundente lo ha reconocido en tiempos recientes la Corte Constitucional. Por supuesto, tal juicio implica un entendimiento de la ilicitud sustancial como un doble juicio: “deontológico y axiológico”. Lo anterior a diferencia del injusto penal que se funda en el quebrantamiento de una norma objetiva de valoración, como criterio nuclear de la afectación del bien jurídico —antijuridicidad material—, y elemento fundante del injusto penal en Colombia es

el desvalor de resultado, según se desprende del artículo 16 superior (Gómez Pavajeau, 2012).

Es relevante señalar que, mientras la imputación penal parte de la vulneración de bienes jurídicos relacionados con derechos de terceros, la imputación disciplinaria desvaloriza la vulneración de los deberes funcionales a cargo del servidor público, significa, por tanto, que por medio de la aceptación de que el fundamento constitucional de la imputación disciplinaria descansa en el concepto de ilicitud sustancial, se ha producido la constitucionalización del derecho disciplinario. En reciente jurisprudencia se ha dicho, rompiendo la ya larga tradición antes reseñada, que el juez disciplinario le corresponde en el momento de evaluar la falta disciplinaria determinar si “se ajusta” al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido por el legislador, doctrina que podría echar por la borda la paciente elaboración que sobre la ilicitud disciplinaria ha sido llevada a cabo de manera independiente y autónoma del derecho penal (Bayona y Bautista, 2011).

El profesor Isaza Serrano señala que hay ilicitud sustancial cuando el servidor público se aparta de aquellas obligaciones que devienen de la función que se cumple. Esa categoría se presenta cuando se quebranta el sustento de racionalidad en que se sustenta el deber desde el punto de vista constitucional, y de la forma Estado social y democrático de derecho en ella contenido.

La ilicitud sustancial no es la infracción del deber por el deber mismo, esto es, no es simplemente ilicitud formal. De conformidad con lo contemplado en el artículo 5.^º de la Ley 734 del 2002, lo que constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, es necesario que la conducta entre en interferencia con la función, afectando los principios y las bases en la que se asienta. De ahí que es necesario que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función.

En relación con este mismo tópico se pronuncia Ramírez Díaz (2014) sobre la ilicitud sustancial, enmarcando que existen dos posturas claramente diferenciadas, pero señalando que lo que respecta a la ilicitud sustancial es aplicable desde el punto de vista de la antijuridicidad material, por cuanto la valoración de la conducta debe ser observada como tal en la efectividad de la lesión o puesta en peligro de la administración pública para que el comportamiento sea típicamente antijurídico. Luego, de no ser así, no habría determinación en las faltas disciplinarias, pues estas muchas veces no guardan relación con el deber funcional.

Al respecto, la Sala jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura manifestó que los tipos disciplinarios son tipos de “infracción de deberes” que se caracterizan por ser de sujetos activos calificados, no admitir la tentativa, y por ser tipos de mera conducta, es decir que no es necesario un resultado dañoso, basta con la simple infracción a los deberes para que se configure dicha conducta.

Ahora bien, no basta con el solo incumplimiento de un deber, sino que se quebrante el deber funcional, al respecto, Gómez Pavajeau (2007) manifestó: “para entender sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no solo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un estado social y democrático de derecho”, cuyo fundamento se encuentra, por supuesto, en la Carta Política y demás estatutos enunciados, bajo esta concepción existiría un margen de error en los operadores disciplinarios al tratar de encuadrar las conductas de los funcionarios públicos en una falta disciplinaria, en atención a esta afectación al deber funcional.

De esta manera, una y otra tesis, válidas para cada uno de sus defensores, muestran que frente a la ilicitud sustancial, cuando se trae a colación la antijuridicidad material para realizar el reproche disciplinario existe apego al derecho penal, lo que no permite establecer una autonomía del derecho disciplinario y, por otra parte, la continua lucha de la jurisprudencia y la doctrina para darle al derecho disciplinario una dogmática propia permite la aplicación del principio de ilicitud sustancial atendiendo a conceptos y alcances que aún no están totalmente claros, lo que a la larga no permite una seguridad jurídica en el ejercicio del derecho disciplinario. Pese a ello, se cree que la segunda postura es la más acertada.

Entonces, esta categoría se presenta cuando se quebranta el sustento de racionalidad en que se sustenta el deber desde el punto de vista constitucional y de la forma de Estado social y democrático de derecho en este contenido. Antes de entrar en materia, se advierte que sobre la fuente de la ilicitud sustancial disciplinaria, su fundamentación radica en el exceso, en el ejercicio de los derechos, el incumplimiento de los deberes, el irrespeto de las prohibiciones y el no sometimiento al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, por lo cual todas aquellas normas que tengan que ver con el tema de garantía de la función pública se complementan con el fin de cumplir con el principio de legalidad, incluso en el ámbito de los tipos en blanco que es el tema del artículo 23 (falta disciplinaria, entre otros) (Villegas Garzón, 2003,

p. 37). Así, el principio de legalidad referido al proceso penal no se limita hoy en día a la preexistencia formal de ritos y funcionarios competentes, sino que se extiende a nociones de naturaleza eminentemente procesal, pero de contenido sustancial, y, además, a cuestiones estrictamente sustanciales que se han visto alternadas, complementadas y, en algunos casos, subordinadas por factores de carácter procesal.

En este sentido, se puede concluir que el deber funcional cuenta con elementos misionales y jurídicos que procuran el cumplimiento de los fines del Estado en el marco de las relaciones especiales de sujeción.

Con base en lo antes mencionado, es importante tener en cuenta los siguientes pasos para determinar la ilicitud sustancial de una falta para proceder a su calificación y a la eventual dosificación de la sanción, sin pretender que estos pasos sean obligatorios o se consideren una fórmula o posición mágica sin la cual no se llega a la correcta valoración de la ilicitud en la evaluación de la acción. Los propuestos por Bayomar y Bautista (2011) son los siguientes:

1. Identificación de la actividad, operación o servicio de la cual es competente el funcionario público, además de la reglamentación que rige su relación con el Estado. Es decir, delimitar la función pública en sentido amplio y sentido estricto en cada caso concreto.
2. Verificación de la acción u omisión ejercida por el funcionario público identificando plenamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Además, se debe determinar que la conducta se haya presentado dentro del ámbito de su relación especial de sujeción con el Estado.
3. Determinar si la acción u omisión del funcionario público vulnera deberes, prohibiciones o se constituye en una extralimitación de sus funciones de acuerdo con los deberes funcionales consagrados en el ordenamiento jurídico, es decir, la función pública en sentido estricto.
4. Identificar si la conducta del funcionario, al ir en contravía de sus deberes funcionales, afectó la función pública en sentido amplio, es decir, a la actividad, operación o servicio del cual es competente. En este punto hacemos referencia únicamente a afectar la función pública y no la puesta en peligro, pues la sola puesta en peligro a nuestro juicio no constituye ilicitud sustancial y en tal sentido, el caso concreto se podría resolver mediante el artículo 51 de la Ley 734 del 2002 o el artículo 68 de la Ley 1952 del 2019.
5. Con el test sugerido, lo que se pretende es tener unos criterios de determinación de la existencia de la ilicitud sustancial para de esa forma: (1) determinar la configuración de ese elemento como fundamento de la

responsabilidad disciplinaria, (2) establecer la calificación de las faltas en graves o leves, y (3) dosificar la sanción en caso de existencia de la responsabilidad disciplinaria.

6. Para la aplicación del test expuesto, es necesario traer a colación el concepto de función pública en sentido amplio, entendido como el conjunto de funciones ejercidas por parte de los servidores públicos o particulares de manera transitoria, las cuales están encaminadas al cumplimiento de los fines del Estado, pues dichas actividades son las que componen el bien jurídico de la función pública.

A nuestro juicio, la ilicitud sustancial como categoría dogmática propia del derecho disciplinario y de la responsabilidad disciplinaria, se circunscribe desde lo pragmático a evaluar la conducta para determinar si con esta existió o no afectación sustancial al deber sustancial. En tal sentido, la conducta será antijurídica en materia disciplinaria, cuando luego de evaluado el comportamiento se muestra que se afectó sustancialmente el deber funcional. Incluso existiendo afectación sin que esta sea sustancial debemos decir que la conducta carece de ilicitud sustancial.

La ilicitud sustancial al ser una categoría dogmática propia del derecho disciplinario como disciplina autónoma (siguiendo al profesor Gómez Pavajeau) no necesita acudir a la teoría de los bienes jurídicos, sin embargo, a nuestro criterio, no es impropio señalar que en materia disciplinaria se debe en sede de ilicitud sustancial analizar si con la conducta lesionó sustancialmente el deber. En otras palabras, si bien no se hace referencia a la teoría de los bienes jurídicos en materia disciplinaria, es posible solo bajo los presupuestos señalados indicar que la ilicitud sustancial analiza la lesión de la conducta frente al deber sustancial. La afectación al deber no puede surgir de la tipicidad misma de la conducta o de un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica.

Por esta razón, compartimos la idea de que, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que este para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan, deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial; de imponerse una sanción disciplinaria, esta será producto del cumplimiento de los deberes de los deberes mismos. También cuando afirma que el derecho disciplinario pretende encauzar la conducta del servidor público, reprochando comportamientos que vulneran la garantía de la función pública en aras de que se cumplan los fines del Estado social de derecho. La sustancialidad de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido de los deberes exigibles del disciplinado y

cuando dicho incumplimiento obre en contravía de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la antijuridicidad sustancial de comportamiento (Ordoñez, 2009).

Para algunos autores, nuestra posición podría parecerse a aquella que define a la ilicitud sustancial de una conducta disciplinaria como aquella que se presenta en esos casos en los que la función pública, en sentido amplio, se encuentre lesionada, cuando la acción u omisión del servidor público afecte al bien jurídico *función pública*, entendiéndolo bajo el criterio del desempeño de la actividad pública. Esta propuesta permite definir, partiendo de la función pública que compete al servidor, donde debe insertarse la conducta positiva o negativa para que esta efectivamente tenga la posibilidad de causar una lesión o puesta en peligro de la función pública. Para ello será necesario identificar los elementos organizativos y funcionales de la actividad pública en cada caso concreto y, si se vulnera alguno de estos elementos, habría antijuridicidad material, es decir, ilicitud sustancial (Ossa, 2016). Sin embargo, nos apartamos de esta, por cuanto este autor incluye en el concepto estudiado a

1. La teoría de bien jurídico propia del derecho penal, cuyo bien es la función pública.
2. El concepto de puesta en peligro de la función pública (salvo algunas excepciones, en cuanto a la redacción de algunos tipos de disciplinarios, como tipos de peligro), los cuales tal como se explicó no son propios del derecho disciplinario.

A nuestro parecer, el gran problema de la ilicitud sustancial no es su conceptualización, a pesar de las múltiples concepciones doctrinales, sino la falta de criterios objetivos para determinar cuándo se afecta sustancialmente al deber funcional, lo cual llevó a que dicha categoría dogmática no haya sido aplicada de manera correcta al momento de adoptar las decisiones por parte de los operadores disciplinarios. En la mayoría de los casos, al momento de fallar no se evidencia un análisis objetivo frente a lo que implica la afectación sustancial al deber funcional sin justificación alguna, sino una simple aplicación aparente de la ilicitud sustancial en las decisiones disciplinarias, en las que se expresa sin mayor desarrollo que la antijuridicidad disciplinaria no puede reducirse únicamente a un juicio de adecuación de una determinada conducta, frente a su tipicidad, en el que el derecho disciplinario no debe, no puede tutelar el cumplimiento de los deberes por los deberes mismos.

En ese contexto, consideramos que el concepto de ilicitud sustancial en la responsabilidad disciplinaria ha sido de aplicación más aparente que real. En este marco, se ha evidenciado con la revocatoria de algunas decisiones de las Procuradurías Delegadas por parte de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

Con el anterior análisis y recorrido doctrinal, se pasará ahora a abordar el concepto de ilicitud sustancial en la jurisprudencia constitucional y cuál ha sido su tratamiento.

La ilicitud sustancial en la jurisprudencia colombiana

En esta parte se hace un recorrido por los distintos fallos expedidos por la Corte Constitucional colombiana con ocasión al concepto de *ilicitud sustancial*. Es importante aclarar que, para los efectos metodológicos de este trabajo, se analiza en primer lugar los fallos en control abstracto de constitucionalidad, precisando que la Sentencia C-948/02 es la más importante sobre el particular, por cuanto, en dicha sentencia se pronunció expresamente la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 734 del 2002. En segundo lugar, se analizarán los fallos en control concreto en los que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el concepto de ilicitud sustancial.

Ilicitud sustancial. Sentencias de control abstracto

Se procederá a analizar la Sentencia C-948 del 2002, la Sentencia C-1076/02, la Sentencia C-094/2003, la Sentencia C-819/2006 y la Sentencia C-452/16, todas de la Corte Constitucional en las que esta alta corporación ha estudiado el concepto de ilicitud sustancial, sea directa o indirectamente. Para ello, aplicaremos una sencilla matriz comparativa entre toda la línea jurisprudencial antes referenciada.

Tabla 1. Matriz comparativa de la línea jurisprudencial de las sentencias de control abstracto

Sentencia	Desarrollo del concepto de ilicitud sustancial	Aporte a la discusión
Sentencia C-948 del 2002	No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que se requiere, para no convertir la ley disciplinaria en instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión el deber funcional cuestionado. Ello es lo que se busca con la redacción inicial, empero, esta resulta equívoca en la medida en que trata de buscar	El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada,

Sentencia	Desarrollo del concepto de ilicitud sustancial	Aporte a la discusión
	<p>una autonomía e independencia del derecho penal mediante la utilización de las categorías dogmáticas de este. En efecto, la exposición de motivos presentada por la Procuraduría General de la Nación deslinda derecho penal y derecho disciplinario, señalando a este como un “sistema autónomo e independiente, con objetivos y características propios”, precisando la necesidad de diferenciar la antijuridicidad penal de la disciplinaria, pues en aquél se habla del principio de lesividad o de antijuridicidad material. Pues bien, si ello es así, como lo es por resultar correcto, no se puede utilizar en derecho disciplinario la expresión lesividad, habida cuenta esta denota un sistema de injusto montado sobre la base de la lesión a bienes jurídicos tutelados, cuya puesta en peligro o lesión origina la antijuridicidad material como categoría dogmática.</p>	<p>es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta. Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público, haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria. Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.</p>
Sentencia C-1076 del 2002	<p>Una actuación de esta índole solo puede promoverse si el servidor ha incurrido en un ilícito disciplinario y el fundamento de este viene dado, según el artículo 5 de la Ley 734, por la afección del deber funcional sin justificación alguna. Luego, si el hecho en el que incurre y reitera el funcionario se caracteriza precisamente por no estar dotado de ilicitud sustancial, ¿cómo puede promoverse una formal actuación si se sabe que no está satisfecha la exigencia de ilicitud sustancial de la conducta?</p>	<p>La regla de derecho que se analiza pierde de vista que la suma de actos irrelevantes, desde el punto de vista de la ilicitud sustancial disciplinaria, es también irrelevante y que por ello con la sola reiteración de actos de esa índole no puede promoverse investigación disciplinaria alguna. Hacerlo implicaría generar un espacio para que al servidor se le reproche una falta disciplinaria a sabiendas de que en su obrar no concurre el presupuesto material de todo ilícito de esa naturaleza.</p>
Sentencia C-094 del 2003	<p>Si la ilicitud sustancial de una falta disciplinaria está determinada por la afección del deber funcional del servidor público, es claro que en el supuesto recogido en la norma demandada ese presupuesto se satisface, pues la suscripción irregular de un contrato de prestación de servicios, que genera ese cúmulo de consecuencias, plantea el incumplimiento de los deberes funcionales de los servidores estatales y el desplazamiento de la atención del interés general en el ejercicio de la función pública.</p>	<p>Por lo tanto, elevar ese comportamiento a la calidad de falta disciplinaria es legítimo en cuanto a este le es inherente la afección del deber funcional del servidor público.</p>
Sentencia C-819 del 2006	<p>La exigencia de la ilicitud material de la conducta considerada como injusto disciplinario, impone al legislador el deber de erigir como tal, únicamente aquellos comportamientos con idoneidad para afectar los fines de la actividad policial y por esa vía el interés de la función</p>	<p>En este orden de ideas, es factible que dada la especialísima función que la Constitución y la ley adscriben a la Policía Nacional, en cuanto garante de las condiciones necesarias para la efectiva goce de los derechos y las libertades</p>

Sentencia	Desarrollo del concepto de ilicitud sustancial	Aporte a la discusión
	<p>pública, y a la autoridad administrativa disciplinaria el imperativo de establecer, como elemento de la imputación del nexo entre la conducta investigada y la infracción al deber funcional que se proyecta en menoscabo a la función pública.</p>	<p>ciudadanas, y para el aseguramiento de una convivencia pacífica, determinadas conductas delictivas o contravencionales de sus miembros, aún bajo las situaciones administrativas descritas, puedan afectar los fines de la actividad policial, y por esa vía la función pública que el régimen disciplinario protege.</p>
Sentencia C-452 del 2016	<p>El ejercicio de la función pública debe estar enfocado al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, destacándose los previstos en el artículo 2.º C. P. para cumplir con este (sic) objetivo, la actividad de los servidores públicos debe guiarse tanto por los deberes específicos que le imponen a cada empleo el orden jurídico aplicable como, de una forma más amplia, los principios generales del ejercicio de la función pública, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C. P., 1991, art. 209, Colom.)</p> <p>Es el incumplimiento de estas reglas y principios los que activan la actividad sancionatoria propia del derecho disciplinario. Como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, el presupuesto para la existencia de una falta disciplinaria es la acreditación sobre el incumplimiento de un deber funcional del servidor público o, en otras palabras, la presencia de una conducta u omisión que interfiere en el ejercicio adecuado de la función estatal ejercida por dicho servidor del Estado.</p>	<p>El contenido de injusticia de la falta se agota en la infracción de los deberes funcionales que le asisten al sujeto disciplinable, es decir, en el desenvolvimiento de actos funcionales sin estricto apego al principio de legalidad que regula sus actos. Entonces, como la imputación disciplinaria no precisa de la vulneración de un bien jurídico, entendida tal vulneración como causación de un daño concreto o como la producción de un resultado materialmente antijurídico, no es posible afirmar la concurrencia de una persona afectada con la comisión de la falta. [...] dicha concurrencia no significa una ampliación del ámbito sancionador del derecho disciplinario a daños diferentes a la infracción del deber funcional, sino exclusivamente la necesidad de proteger el derecho de las víctimas a conocer la verdad y a recibir justicia en dicha clase particular de faltas disciplinarias.</p> <p>Así, el concepto de ilicitud sustancial de la falta disciplinaria concuerda con el criterio de afectación del deber funcional, antes explicado. Esto quiere decir que, desde la perspectiva constitucional, solamente podrán ser clasificadas como faltas disciplinarias aquellas conductas u omisiones que interfieran en el adecuado ejercicio de la función asignada por el ordenamiento jurídico al servidor público respectivo. En términos de la sentencia en comento y a partir de la reiteración de decisiones sobre el mismo tópico “[l]as conductas que pertenecen al ámbito del derecho disciplinario, en general, son aquellas que comportan quebrantamiento del deber funcional por parte del servidor público. En cuanto al contenido del deber funcional, la jurisprudencia ha señalado que se encuentra integrado por (1) el</p>

Sentencia	Desarrollo del concepto de ilicitud sustancial	Aporte a la discusión
		<p>cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (2) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley, (3) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones. El incumplimiento al deber funcional es lo que configura la ilicitud sustancial que circunscribe la libertad configurativa del legislador, al momento de definir las faltas disciplinarias”.</p>

Fuente: elaboración propia.

Terminado este breve recorrido por las sentencias más relevantes de la Corte Constitucional en control abstracto en materia disciplinaria que abordaran el concepto de ilicitud sustancial se pasará al siguiente punto.

Ilicitud sustancial. Sentencias de control concreto

Se procederá a analizar algunas sentencias en sede de revisión de tutela emitidas por la Corte Constitucional, en las que se ha estudiado o hecho referencia a la categoría dogmática de la ilicitud sustancial, sea directa o indirectamente.

Empecemos abordando la sentencia. Para ello, aplicaremos el mismo método de matriz utilizado en el aparte anterior.

Tabla 2. Matriz comparativa de la línea jurisprudencial de las sentencias de control concreto

Sentencia	Desarrollo del concepto de ilicitud sustancial	Aporte a la discusión
Sentencia T-735 del 2004	<p>En un caso donde la Corte encuentra que existió vulneración del derecho fundamental al debido proceso por parte de la Dirección de Servicios Generales del Comando de la Armada Nacional, por cuanto le realizó un llamado de atención por escrito respecto de una conducta de menor entidad que no afectaba sustancialmente sus deberes funcionales. Esta posibilidad no está permitida por el ordenamiento legal vigente, pues ha sido suprimida de este al ser declarada inconstitucional,</p>	<p>La Corte advierte que, al tenor de la certificación de funciones expedida por la Dirección de Servicios Generales del Comando de la Armada Nacional (folio 48), el llamado de atención que le fue formulado al accionante no afectó sustancialmente sus deberes funcionales, como ha sido ya señalado. Si bien la labor podría ser eventualmente asignada por su jefe directo y merecer el reproche de este al ser desobedecida la orden de su cumplimiento, la conducta del actor de no cumplir con esa tarea tenía una menor entidad que, si bien pudo</p>

Sentencia	Desarrollo del concepto de ilicitud sustancial	Aporte a la discusión
	<p>mediante Sentencia C-1076/02 (M. P. C. I. Vargas Hernández)</p> <p>Luego entonces no es cierto que, por el hecho de no realizar la anotación del llamado de atención por escrito en la hoja de vida del accionante, se esté dando cabal cumplimiento al fallo de constitucionalidad en comento, pues estos desconocieron que este declaró también improcedentes los llamados de atención por escrito.</p>	<p>contrariar mínimamente el orden interno, no tenía la potencialidad de generar un llamado de atención que deba hacerse por escrito y anotarse en su hoja de vida.</p>
Sentencia T-364 del 2009	<p>En cuanto a la inexistencia de ilicitud sustancial alegada por el accionante estimó la accionada que la ilicitud sustancial no refiere a una ausencia de daño, sino a la irrelevancia de la conducta frente a los postulados que orientan la buena marcha de la administración de justicia.</p>	<p>Esta circunstancia debe ser evaluada y analizada en cada caso concreto, y en el evento en estudio se tiene que el actuar de los procesados afecta los principios de celeridad, eficiencia, igualdad e imparcialidad propios de la administración de justicia, con lo cual se vulneró ostensiblemente el buen funcionamiento de esta en cuanto a su independencia e imparcialidad, principios involucrados en la institución procesal de los impedimentos y recusaciones, transgredida en este caso.</p>
Sentencia T-747 del 2009	<p>Se dice en la mencionada sentencia que hubo ilicitud sustancial en la conducta desplegada por la funcionaria, por cuanto hubo falta de acusiosidad y diligencia de su parte en asuntos que, por mandato constitucional, tienen preferencia sobre los demás que estén a cargo de los funcionarios judiciales, y señaló que no es de recibo para la Sala la argumentación conforme a la cual se trata de un caso poco usual y necesitaba de un juicioso estudio, pues aceptar tal justificación es permitir en adelante que los casos poco comunes necesitan de un tiempo mayor al previsto en la Constitución, cuando la norma superior no hizo exclusiones de ninguna naturaleza, para ello le otorgó al operador judicial la potestad de sustanciar el asunto de tutela con prelación a los demás casos, obviamente exceptuando el <i>habeas corpus</i>, luego resulta inconsecuente</p>	<p>La providencia estudia los argumentos defensivos consistentes en que durante la mora, la producción laboral de la acusada fue excelente, lo cual se encuentra probado, pero no sirve como excusación en el trámite de las acciones de tutela, ante el imperativo constitucional que no da ningún margen de flexibilidad en los términos, ya que dichos plazos son perentorios e improrrogables, como lo señala el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991, razón por la cual, se manifiesta en la sentencia que a la acusada solo le quedaba acatar los términos, siendo fiel al deber de diligencia, controlando en lo posible la gestión secretarial y haciendo un mayor esfuerzo para emitir el fallo una vez el expediente pasó al Despacho para tal fin.</p> <p>La providencia rechaza el argumento de la accionante según el cual su comportamiento no causó daño a la deportista accionante, ni a la</p>

Sentencia	Desarrollo del concepto de ilicitud sustancial	Aporte a la discusión
	<p>por demás pretender que un caso supuestamente complicado sea una permisión para quitarle el rigor al término concebido y convertirlo en laxo para ser conculado cada vez que se presente un asunto poco usual.</p>	<p>administración de justicia, manifestando que cuando se trata de evaluar disciplinariamente el deber funcional, queda excluido cualquier resultado como condicionante de la existencia o no de la antijuridicidad (ilicitud sustancial).</p>
Sentencia T-282A del 2012	<p>No se puede clasificar una falta disciplinaria como permanente por la infracción del deber contenido en la ley. En efecto toda falta disciplinaria implica la vulneración de un deber o un principio, como es la lealtad con la administración de justicia. Sin embargo, de la sola ocurrencia de un incumplimiento no puede concluirse nada con relación con la forma en que la conducta se consuma en el tiempo, es decir establecer si es instantánea o permanente. Esto ocurre porque actuar en contra de la obligación que comprende la norma hace parte de la antijuridicidad o ilicitud sustancial. En cambio, clasificar si una conducta es permanente o instantánea es un ejercicio de adecuación típica que describe la manera en que el actor camina por la falta para configurar el hecho punible.</p> <p>Cabe acotar que la antijuridicidad o mejor llamada ilicitud sustancial, no protege bienes jurídicos específicos como en el derecho penal, por el contrario, se agota en la infracción del deber en términos funcionales. De modo que en el derecho disciplinario no se puede hablar de antijuridicidad material, porque “en el preciso instante en que se quiebra la obligación de cumplir tareas asignadas y que se concretan con un actuar antijurídico que puede ser activo u omisivo frente a la norma que el servidor público acepta cumplir al momento de posesionarse en el cargo”.</p>	<p>Al respecto, la Corte Constitucional precisó, sobre la ilicitud sustancial, que: “la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado y, que, dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la administración pública, es necesario garantizar, de manera efectiva, la observancia juiciosa de los deberes del servicio, asignados a los funcionarios del Estado, mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento, por lo que la negligencia, imprudencia, la falta de cuidado y la impericia, pueden ser sancionados en este campo, en cuanto implique la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas...”</p>

Fuente: elaboración propia.

Comentarios críticos sobre la jurisprudencia referida

En este punto se hará referencia brevemente a los puntos estructurales identificados por la Corte Constitucional en las sentencias referidas. Es importante precisar que la Sentencia C-948/2002 estudia de manera central el problema jurídico relativo a la conceptualización de la ilicitud sustancial, por eso es una sentencia estructural. Por ello, la mayoría de los fundamentos dados por la Corte Constitucional en esa sentencia relacionada con el concepto de ilicitud sustancial se consideran como *ratio decidendi* o razones generales de la decisión. El profesor Pinzón Navarrete (2018) considera que la única providencia con fuerza vinculante para el correcto entendimiento de la ilicitud sustancial es la Sentencia C-948 del 2002 porque en el problema jurídico allí tratado sí se planteó como debía entenderse la ilicitud sustancial para el derecho disciplinario. Sobre esta afirmación consideramos que es parcialmente cierta, pues, aunque se discuten los elementos estructurales de la ilicitud sustancial por obvias razones, eso no es óbice para señalar que es el único fallo con fuerza vinculante, ya que, en otras sentencias de constitucionalidad, aunque no se desarrolle el tema de manera tan directa como lo pretende el autor en cita, se debe determinar si los fundamentos dados por la Corte Constitucional son *ratio decidendi* y *obiter dictum*. En todo caso, sí coincidimos con el autor en que la Sentencia C-948/2002 es trascendental para comprender el concepto de ilicitud sustancial.

De la Sentencia C-948/02 es importante resaltar los aspectos más importantes del concepto de la ilicitud sustancial, para lo cual nos apoyaremos en lo expuesto por el profesor Pinzón Navarrete (2018), veamos:

1. La ilicitud en materia disciplinaria significa la afectación del deber funcional en términos sustanciales.
2. La ilicitud en materia disciplinaria, bien entendida, corresponde a un concepto completamente diferente al de la antijuridicidad en materia penal.
3. La ilicitud sustancial presupone la realización de una conducta típica y antijurídica o, concretamente, una conducta típicamente antijurídica. Incluso, otro término correctamente utilizado es el de ilicitudes tipificadas.
4. En la ilicitud disciplinaria son extraños los conceptos de daño, lesividad y antijuridicidad material, estos últimos propios del derecho penal.
5. El fundamento del ilícito disciplinario es el desvalor de acción o de la conducta, por cuanto el derecho disciplinario se fundamenta en una ética juridizada. (p. 201)

Conclusiones

Del presente estudio se puede concluir lo siguiente:

- La ilicitud sustancial como categoría dogmática propia del derecho disciplinario y de la responsabilidad disciplinaria, se circumscribe desde lo pragmático a evaluar la conducta para determinar si con ella existió o no afectación sustancial al deber sustancial.
- La conducta será antijurídica en materia disciplinaria cuando luego de evaluado el comportamiento se evidencia que se afectó sustancialmente el deber funcional. Incluso existiendo afectación sin que esta sea sustancial debemos decir que la conducta carece de ilicitud sustancial.
- La ilicitud sustancial, al ser una categoría dogmática propia del derecho disciplinaria como disciplina autónoma (siguiendo al Profesor Gómez Pavajeau), no necesita acudir a la teoría de los bienes jurídicos, sin embargo, a nuestro criterio, no es apropiado señalar que en materia disciplinaria se debe en sede de ilicitud sustancial analizar si con la conducta lesionó sustancialmente el deber.
- La afectación al deber no puede surgir de la tipicidad misma de la conducta o en palabras de un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica.
- La sustancialidad de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido de los deberes exigibles del disciplinado y cuando dicho incumplimiento obre en contravía de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la antijuridicidad sustancial de comportamiento.
- El gran problema de la ilicitud sustancial no es su conceptualización, a pesar de las múltiples concepciones doctrinales, sino la falta de criterios objetivos para determinar cuándo se afecta sustancialmente al deber funcional, lo cual llevó a que dicha categoría dogmática no haya sido aplicada de manera correcta al momento de adoptar las decisiones por parte de los operadores disciplinarios, pues, en la mayoría de los casos, al momento de fallar, no se evidencia un análisis objetivo frente a lo que implica afectación sustancial al deber funcional sin justificación alguna, sino una simple aplicación aparente de la ilicitud sustancial en las decisiones disciplinarias, en el que se expresa sin mayor desarrollo que la antijuridicidad disciplinaria no puede reducirse únicamente a un juicio de adecuación de una determinada conducta, frente a su tipicidad, en el que el derecho disciplinario no debe, no puede tutelar el cumplimiento de los deberes por los deberes mismos.

- La jurisprudencia constitucional sobre la ilicitud sustancial ha identificado los siguientes elementos:
 - El derecho disciplinario protege en términos generales el correcto desempeño de la función pública, lo cual hace por medio de una consideración global de la materia; empero, las especificaciones de tal protección vienen dadas por la imposición de deberes funcionales acordes con la función que cumple el servidor público en un Estado social y democrático de derecho (C. P., 1991, arts. 2.º, 6.º y 122 inciso 2.º, Colom.). Decoro, eficiencia y eficacia no son los únicos valores constitucionales encarnados en los deberes funcionales, habida cuenta que juegan otros como la moral pública, la imparcialidad, transparencia y objetividad que emanan de la Carta Política y el orden jurídico desarrollado.
 - No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que se requiere, para no convertir la ley disciplinaria en instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión el deber funcional cuestionado.
 - No se puede utilizar en derecho disciplinario la expresión *lesividad*, habida cuenta que esta denota un sistema injusto, montado sobre la base de la lesión a bienes jurídicos tutelados, cuya puesta en peligro o lesión origina la antijuridicidad material como categoría dogmática.
 - El derecho disciplinario no puede ser entendido como protector de bienes jurídicos en el sentido liberal de la expresión, toda vez que se instauraría una errática política criminal, toda vez que no existiendo diferencias sustanciales entre derecho penal y derecho disciplinario por virtud de ello, llegaría el día en que el legislador, sin más ni más, podría convertir sin ningún problema todos los ilícitos disciplinarios en injustos penales.
 - El incumplimiento de dicho deber funcional es necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria.
- Las sentencias C-1076 del 2002, C-094/2003, C-819 del 2006, C-454 del 2016, en lo que respecta a la fundamentación de las razones de la decisión implícitamente, acogen la doctrina constitucional expuesta en la Sentencia C-948/2002. En lo que respecta a las sentencias en sede de revisión de tutela citadas en el presente trabajo, evidenciamos de igual forma que en los

casos concretos estudiados por la Corte Constitucional, se aplicó de manera clara y coherente los planteamientos expuestos en la Sentencia C-948/2002.

Referencias

- Barbosa Castillo, G. (2005, agosto). Principio de legalidad y proceso penal. *Derecho Penal y Criminología*, 26(78), 109-124.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1016>
- Bayonar, J. y Bautista, K. (2011). *La ilicitud sustancial y la tipicidad en el proceso disciplinario*. UMNG. Facultad de Derecho.
- Bahamón Pedroza, X., y Zoraida Gómez, Y. (2017). El activismo judicial en el proceso disciplinario. *Revista IUSTA*, 2(47), 143-163. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2017.0047.01>
- Berdugo Angarita, A. E., Cadrazco Blanquicet, M. J., Corredor Baldeón, E., Duarte Acosta, J. A., Mena Martínez, D. J., Pinzón Navarrete, J. H. y Vergara Pérez, C. (2013, diciembre). La imputación objetiva en el derecho disciplinario. *Derecho Penal y Criminología*, 34(97), 113-157. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3871>
- Brito, F. (2002). *La función pública y el derecho disciplinario: aspectos constitucionales*. Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Brito, F. (2003). *Régimen disciplinario: aspectos constitucionales y legales*. Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Castillo, F. (1992). *Función pública y poder disciplinario del Estado*. Editorial Civitas.
- Castro, A. (2017). Principio de igualdad de armas en la ley 906 de 2004: percepción de los defensores públicos de Cundinamarca. *Novum Jus*, 11(2), 97-134.
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.2.5>
- Clavijo, S. (2006). El deber como referente para determinar el agotamiento de la falta disciplinaria. Línea jurisprudencial. En *Lecciones de derecho disciplinario* (vol. I). Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Consejo de Estado [C. E.], Sección Segunda, mayo 12, 2014, C. P.: G. E. Gómez Aranguren, Radicación Número: 11001-03-25-000-2011-00268-00(0947-11), [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], febrero 11, 2002, M. P.: J. Córdoba Triviño, Sentencia-094/02, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], diciembre 5, 2002, M. P.: C. I. Vargas Hernández, Sentencia C-1076/02, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], noviembre 6, 2002, M. P.: Á. Tafur Galvis, Sentencia C-948/02, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], agosto 5, 2004, M. P.: C. I. Vargas Hernández, Sentencia T-735/04, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], octubre 4, 2006, M. P.: J. Córdoba Triviño, Sentencia C-819/06, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], octubre 19, 2009, M. P.: G. E. Mendoza Martelo, Sentencia T-747/09, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C. C.], mayo 22, 2009, M. P.: M. González Cuervo, Sentencia T-364/09, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C. C.], febrero 1, 2012, M. P.: L. E. Vargas Silva, Sentencia C-030/12, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C. C.], abril 12, 2012, M. P.: L. E. Vargas Silva, Sentencia T-282A/12, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C. C.], agosto 24, 2016, M. P.: L. E. Vargas Silva, Sentencia C-452/16, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C. C.], abril 25, 2017, M. P.: L. G. Guerrero Pérez, Sentencia T-242/17, [Colom.].

Gómez Pavajeau, C. A. (2007). *Dogmática del derecho disciplinario* (6.^a ed.). Universidad Externado de Colombia.

Gómez Pavajeau, C. A. (2012, diciembre). El derecho disciplinario como disciplina jurídica autónoma. *Derecho Penal y Criminología*, 33(95), 51-68.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3420>

Gómez Pavajeau, C. A. (2012). *Fundamentos del derecho disciplinario colombiano*. Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Confederación Internacional de Derecho Disciplinario y Ediciones Nueva Jurídica.

Isaza, C. (1997). *Derecho disciplinario*. Parte General. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Mejía Ossman, J. (2019). *Derecho disciplinario sustancial, especial y formal*. Doctrina y Ley.

Navarro-Monterroza, A., Quintero-Lyons, J., Fernández-Mercado, N., y Díaz-Pombo, F. (2016). Análisis de la reparación administrativa a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso El Carmen de Bolívar. *Revista Vis Iuris*, 3(5), 81-94.

Ordoñez Maldonado, A. (2009). *Justicia disciplinaria, de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Ossa, C. (2016). *Delimitación de la ilicitud sustancial como elemento de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos* [tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia]. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12272/Delimitaci%20n%20de%20la%20ilicitud%20sustancial%20como%20elemento%20de%20la%20responsabilidad%20disciplinaria%20de%20los%20funcionarios%20p%C3%BCblicos%20-%20Camilo%20Andr%C3%A9s%20Ossa%20Aya.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Pinzón Navarrete, J. (2018). *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario. Concepto, evolución y criterios teórico prácticos para su correcto entendimiento*. Editorial Ibáñez.

Ramírez, Y. (2014). *Breve estudio de ilicitud sustancial en el derecho disciplinario colombiano* [tesis de maestría, Universidad del Rosario]. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8800/35535761-2014%20.pdf?sequence=1>

Sánchez, E. (2005). *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Torregrosa Jiménez, R. y Villalba García, N. A. (2020). Adecuación de la acción de lesividad a los medios de control contemplados en la Ley 1437 del 2011. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 15(2), 297-319. <https://doi.org/10.15332/19090528/6252>

Vargas Florián, S. M. (2018). La fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado.
Revista IUSTA, 1(48), 119-144. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0048.05>

Villegas Garzón, O. (2003). *El proceso disciplinario: Ley 734 de 2002*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Zuleta Castilla, D. E. (2019, julio-diciembre). Principios procedimentales para la Justicia Especial para la Paz en Colombia. *Revista Vis Iuris*, 6(12), 105-135.