



La sustentación de la ilicitud sustancial en procesos disciplinarios que versen sobre la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

Sara Gómez Hoyos

Trabajo de grado de maestría presentado para optar al título de Magíster en Derecho

Director

José Ignacio Londoño Muñoz

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Maestría en Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2025

Declaración de originalidad

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad. Declaro, así mismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



SARA GÓMEZ HOYOS

Tabla de contenido

Resumen	4
Abstract	5
Introducción.....	6
El derecho disciplinario y su implicación en la responsabilidad de los servidores públicos.....	7
La ilicitud sustancial como elemento de la responsabilidad y su relación con el objeto del derecho disciplinario.....	10
El régimen de inhabilidades e incompatibilidades como falta en derecho disciplinario y la limitación a las libertades individuales de los servidores públicos.....	14
La verificación de la ilicitud sustancial en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para determinar la existencia de falta disciplinaria y su relación con la moralidad pública.....	17
Conclusiones.....	21
Referencias.....	23

Resumen

En Colombia está claramente determinada la estructura para imponer una sanción disciplinaria, ya que es indispensable que al evaluar el material probatorio no haya la mínima duda razonable de que fue el sujeto disciplinado quien incurrió en la conducta o la omisión, que efectivamente dicha conducta u omisión se encuentra tipificada, que con dicha conducta se violó un deber funcional inherente al servidor público y que no hubo una causal de exclusión de responsabilidad, siendo estos criterios: conducta, típica, antijurídica (ilicitud sustancial) y culpable respectivamente. Sin embargo, a pesar de que el artículo 126 de la Constitución Política establece el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, la ilicitud sustancial que debe verificarse para imponer una sanción, entendida como la puesta en riesgo de la prestación del servicio sin que necesariamente deba materializarse una efectiva afectación al mismo, puede no ser tan clara. Dado lo anterior, esta investigación se ocupa de analizar lo dispuesto en la norma y en los principios rectores de la función pública, con el fin de determinar si se trata de la afectación únicamente a la moralidad pública o si ello representa efectivamente una puesta en riesgo a la prestación del servicio. Para ello, esta investigación utilizará la técnica cualitativa de análisis documental y partirá del paradigma positivista, para un estudio de tipo dogmático. Esta investigación busca presentar un análisis respecto a la materialización de la ilicitud sustancial en los casos referentes al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

Palabras clave: Derecho disciplinario, ilicitud sustancial, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, moralidad pública.

Abstract

In Colombia, the structure for imposing disciplinary sanctions is clearly defined, as it is essential that, when evaluating the evidence, there be no reasonable doubt that it was the disciplined individual who committed the act or omission, that said act or omission is indeed classified as such, that said act violated a functional duty inherent to public service, and that there were no grounds for exclusion of liability. These criteria are: conduct, criminal, unlawful (substantial illegality), and culpable, respectively. However, despite the fact that Article 126 of the Constitution establishes the regime of disqualifications and incompatibilities for public servants, the substantial illegality that must be verified in order to impose a sanction, understood as the jeopardizing of the provision of the service without necessarily causing an actual impact on it, may not be so clear. Given the above, this investigation analyzes the provisions of the law and the guiding principles of public service in order to determine whether it is only a matter of affecting public morality or whether it actually represents a risk to the provision of the service. To this end, this research will use the qualitative technique of documentary analysis and will be based on the positivist paradigm for a dogmatic study. This research seeks to present an analysis of the materialization of substantial illegality in cases relating to the regime of disqualifications and incompatibilities of public servants.

Keywords: Disciplinary law, substantial illegality, disqualification and incompatibility regime, public morality.

Introducción

El derecho disciplinario en Colombia es una rama del derecho con la cual se busca regular la conducta de los servidores públicos en virtud de su relación especial de sujeción a los fines estatales e imponer sanciones en los casos en que se determina que la conducta del servidor fue constitutiva de falta disciplinaria, debiendo probarse la conducta u omisión, la tipicidad, la ilicitud sustancial o antijuridicidad y la culpabilidad. No obstante, hay ciertas faltas en las que la presencia de estos cuatro componentes no es tan clara, como es el caso de las faltas por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades por parte de los servidores públicos. Allí, la ilicitud sustancial, debe ser verificada partiendo de una de dos teorías: la primera, que establece que el derecho disciplinario protege un único bien jurídico, siendo este la función pública, y con ella la sustancialidad de la ilicitud dependerá del grado de puesta en riesgo de la prestación del servicio público; o la segunda que dispone que el derecho disciplinario es de mera conducta y no protege ningún bien jurídico, por lo que la sustancialidad de la ilicitud dependerá del grado de desconocimiento del deber funcional por parte del servidor.

Ahora, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es una limitación a las libertades de los servidores públicos de acceder a cargos públicos. A raíz de ello se ha presentado una discusión tanto en la jurisprudencia como en la doctrina respecto a la justificación y el fundamento de dicha limitación, encontrando que ello puede estar justificado en un principio rector en esta materia, siendo este la moralidad pública. A pesar de lo anterior, no hay una posición armónica al respecto, siendo una discusión que persiste en la actualidad.

I. El derecho disciplinario y su implicación en la responsabilidad de los servidores públicos

El Derecho Disciplinario en Colombia se desarrolló, tal como lo establecen Ramírez y Álvarez:

(...) buscando regular las relaciones del Estado con sus funcionarios y con los particulares que le colaboran en la consecución de sus fines. Así, se desarrolla dentro del marco de las relaciones de sujeción especial, en las cuales los individuos tienen unas cargas superiores a las del común de las personas (2015, p. 346).

La Constitución Política determina en su artículo 6 que “(...) los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Constitución Política de Colombia, 1991), y en su artículo 124 establece que: “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 6). Allí se evidencia el origen de la célebre afirmación que establece que los particulares pueden realizar todo lo que no esté expresamente prohibido, mientras que los servidores públicos pueden únicamente realizar lo que les esté permitido. Lo anterior implicó que, como lo señalaron Hernández, Guachetá & Paredes (2019) “la promulgación de una normatividad que regule y describa los procesos en donde se demostrase la responsabilidad de los servidores públicos, significara una obligación constitucional” (p. 4).

De allí se desprende que los servidores públicos tengan mayores responsabilidades que los particulares y que exista un régimen especial que regule el desempeño de sus funciones. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó que:

(...) dado que las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos, fines y funciones estatales, el objeto de protección

del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública (Sentencia C-948 de 2002).

El derecho disciplinario es una rama del derecho que pertenece al derecho sancionatorio y regula la conducta de los funcionarios públicos mediante principios y normas que suministran al Estado la facultad de sancionarlos cuando estos no ajustan su actuar a los mandatos constitucionales y legales, ello derivado del incumplimiento en el ejercicio de sus funciones, o de la omisión o extralimitación de estas (Rico, 2023). Los servidores públicos deben limitar su actuar a lo contenido en su manual de funciones, toda vez que la extralimitación en las mismas puede dar lugar a la aplicación de sanciones por parte de la autoridad competente.

Esta rama del derecho en Colombia ha sido objeto de múltiples modificaciones con el fin de adecuarse a los parámetros dados por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y demás corporaciones y organismos internacionales, para así proteger los derechos de los sujetos disciplinables y los principios que rigen la función pública (Paredes, Orozco & Jiménez, 2021). La regulación obedece al principio de legalidad, pues las conductas reprochables deben estar claramente establecidas antes de interponer una sanción con ocasión a la incursión en ellas.

La actual Ley 1952 de 2019, también llamada Código General Disciplinario, es una recopilación integral de la normatividad colombiana en materia disciplinaria, ya que se apoya en la Ley 734 de 2022, siendo esta su predecesora, y además incluye leyes, decretos, resoluciones, circulares, doctrina y jurisprudencia, lo que hace más confiable la información para la toma de decisiones por parte de los profesionales en el área (Chavarro, 2022). El Código General Disciplinario es sin duda el que establece la regulación y proporciona una guía tanto para los servidores públicos, en la medida en que determina las conductas reprochables constitutivas de falta y la exclusión de responsabilidad de las mismas, como para las autoridades disciplinarias quienes deben tomar sus decisiones respecto al análisis e imposición de sanciones basadas en él.

Señaló la Corte Constitucional que la aplicación de las normas disciplinarias tiene como base el correcto funcionamiento de la gestión pública, por lo que el Estado impone a los servidores públicos los deberes de diligencia, cuidado y el correcto desempeño de sus funciones y que su incumplimiento es sancionable. Ello responde a que se busque que quienes ejerzan funciones

públicas efectivamente cumplan con los requisitos de idoneidad y moralidad requeridos para desempeñar el cargo (Sentencia C-028/06, 2006).

Así mismo, El Consejo de Estado aseguró que el Derecho Disciplinario se entiende como un conjunto de normas de carácter sustancial y procesal, mediante las cuales el Estado garantiza la obediencia, disciplina y comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de sus servidores, con el objetivo de asegurar el correcto funcionamiento de los diferentes servicios que se encuentran a su cargo (Sentencia 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU), 2016). Lo anterior en virtud de que los servidores públicos representan al Estado en su actuar y son la materialización del mismo, toda vez que el Estado no puede actuar por sí mismo, sino que su actuar se da a través de los sujetos que se encuentran vinculados a él, siendo estos servidores públicos.

Es imperativo resaltar que el ejercicio de la función pública se rige por múltiples principios constitucionales, entre ellos la moralidad y la imparcialidad (Consejo de Estado, Sentencia 440012340000202100136-01, 2022), principios que deben estar implícitos en el desempeño de cada una de las funciones que desempeña el servidor público.

Finalmente, la función pública se debe enfocar en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, por lo que el actuar del servidor público debe guiarse por los deberes específicos que le impone su cargo en concreto y, de manera más amplia, por los principios generales del ejercicio de la función pública siendo estos la igualdad, la moralidad, la eficiencia, la celeridad, la imparcialidad, la publicidad y la economía (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia 2017-00-06063-00, 2023). En todos los casos, el servidor público debe actuar de acuerdo con lo establecido por la Constitución Política y la ley, además de lo dispuesto en otras normas que puedan tener relación con sus funciones.

II. La ilicitud sustancial como elemento de la responsabilidad y su relación con el objeto del derecho disciplinario

En materia disciplinaria en Colombia, los presupuestos para imponer una sanción están claramente establecidos y se requiere que su verificación por parte de la autoridad disciplinaria vaya más allá de toda duda razonable. Estos criterios son:

- Conducta: debe estar probado el efectivo despliegue de una conducta reprochable por parte del sujeto disciplinado, ya sea que se trate de una acción o una omisión.
- Tipicidad: debe estar claramente determinada la norma en la que se enmarca la conducta del disciplinado y la manera en que esta encaja dentro del supuesto normativo.
- Antijuridicidad: este concepto hace referencia a que la conducta desplegada u omitida por el sujeto disciplinable sea sustancialmente ilícita.
- Culpabilidad: la responsabilidad objetiva en el derecho disciplinario está proscrita, por lo que se debe tener certeza de la existencia de cierto grado de culpabilidad en la conducta desplegada por el disciplinado. En el caso de la culpa, esta debe ser grave o gravísima pues las faltas cometidas con culpa leve no son sancionables en materia disciplinaria.

La Ley 1952 de 2019 define la ilicitud sustancial en su artículo 9, señalando que “La conducta del disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna” (Congreso de la República, 2019). Tal como está planteado de acuerdo con el artículo anterior, se trata de un concepto que ostenta gran amplitud y una falta de claridad inminente, pues en dicha norma no se hace referencia a este concepto en ningún otro artículo, ni se da una explicación respecto a cómo es posible determinar que se afectó de manera sustancial el deber funcional.

Lo anterior genera que la verificación de la ilicitud sustancial quede a interpretación de la autoridad disciplinaria, lo que puede conllevar a una transgresión del principio de igualdad, siendo este un fundamento constitucional del Estado colombiano pues, al no haber criterios claros y establecidos, es posible que su verificación para cada autoridad disciplinaria sea diferente y que,

como consecuencia de ello, los resultados de las averiguaciones disciplinarias sean distintos a pesar de que se trate de hechos con gran similitud.

Debido a ello, se ha generado un amplio desarrollo doctrinal frente a este tema; sin embargo, no se ha llegado a consolidar una definición unánime de este concepto debido a la pluralidad de enfoques y perspectivas de los diferentes autores. La discusión se origina, incluso, desde la determinación del objeto del derecho disciplinario pues, para un sector de la doctrina (autores como Santofimio Gamboa y Vidal Perdomo), el derecho disciplinario protege un único bien jurídico, tratándose este de la correcta prestación del servicio público; mientras que otra corriente (autores como Yepes Arcila, Gómez Pavajeau y Ordóñez Maldonado) sostiene que no hay un bien jurídico que se proteja con el derecho disciplinario, pues el análisis debe centrarse estrictamente en la conducta desplegada por el disciplinado en cada caso particular.

Esta diferencia incide directamente en la verificación de la ilicitud sustancial pues, para quienes adoptan la primera postura, la sustancialidad de la afectación al deber funcional se radica en la verificación de que la conducta efectivamente generó un riesgo para la prestación del servicio público, de ser así, se configura entonces una afectación sustancial al deber funcional, de lo contrario, la afectación de este carece de sustancialidad.

Mondragón Duarte es uno de los doctrinantes que están a favor de la postura previamente expuesta, pues señala que el concepto de ilicitud sustancial “hace alusión no a cualquier comportamiento contrario a la ley, como ocurre en materia penal; sino que dicha conducta debe repercutir de forma relevante en el cumplimiento de los fines estatales” (2020).

Por el contrario, para quienes adoptan la segunda postura, la sustancialidad de la afectación al deber funcional se determina esencialmente por el grado de incumplimiento del mismo por parte del servidor público en el despliegue de la conducta reprochable. Bajo esta premisa, la verificación de que la conducta sea sustancialmente ilícita no depende entonces de la puesta en riesgo del servicio público, sino que se fundamenta netamente en la transgresión al deber funcional y el grado de la misma con la conducta desplegada. Como consecuencia de ello, la ilicitud sustancial se entiende configurada en la medida en que el servidor público con su actuar desconoce de manera sustancial los mandatos funcionales que está llamado a cumplir en virtud del cargo que desempeña,

siendo esta transgresión la que da soporte a la sanción disciplinaria, y el grado de desconocimiento de los mismos.

La controversia respecto a la definición y determinación de la ilicitud sustancial de la conducta no se ha limitado únicamente a la doctrina, sino que también se ha extendido a la jurisprudencia, en tanto las altas cortes han desarrollado este concepto a lo largo de los años, emitiendo distintos pronunciamientos al respecto. No obstante, dicho desarrollo jurisprudencial tampoco ha sido pacífico pues, incluso la definición de este concepto ha tenido múltiples variaciones de una corte a otra o, incluso, dentro de las mismas cortes, evidenciando así la ausencia de una línea consolidada y uniforme.

El Consejo Superior de la Judicatura refirió que el objeto del derecho disciplinario es la protección del deber funcional que tiene el servidor público al desempeñar una función estatal, y que es precisamente el incumplimiento del mismo el que determina la antijuridicidad de la conducta, siempre que su infracción sea sustancial, pues en caso de no serlo, esta no puede ser objeto de reproche (2019). Allí se evidencia que esta corporación adopta la primera postura al determinar si una conducta ostenta la calidad de ser sustancialmente ilícita.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado determinó que:

(...) el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. El incumplimiento sustancial de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Es decir, que la infracción trascienda y atente contra el correcto desarrollo de la función pública (Sentencia 41001-23-33-000-2013-00512-02(0754-15), 2019, p. 31).

También ha señalado que la actuación del servidor público que viola sus deberes debe tener como consecuencia una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del servicio público y el buen funcionamiento del Estado, de lo contrario la conducta no podrá ser sancionada (Sentencia 05001-23-33-000-2014-00158-01(0540-17), 2019).

De lo anterior se puede determinar que la posición del Consejo de Estado es difusa, pues toma parte de las dos posturas anteriores al establecer el criterio para verificar la sustancialidad de

la ilicitud, pues parte de que el objeto del derecho disciplinario es el deber funcional a cargo del servidor público en el desempeño de sus funciones, y que es el incumplimiento de dicho deber el que da lugar a la antijuridicidad, pero al mismo tiempo refiere que dicho incumplimiento se verifica de acuerdo con la trascendencia de la infracción y la representación de un riesgo en el desarrollo de la función pública, e incluso que de dicha infracción debe derivarse una real y efectiva afectación al servicio público so pena de que la conducta no pueda ser sancionada, introduciendo allí que no basta ni siquiera la puesta en riesgo a la prestación del servicio sino que debe haber un daño o afectación real a la misma para que sea reprochable.

Esta misma corporación señaló en pronunciamientos posteriores que se debe entender este concepto “como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública” (Consejo de Estado, Sentencia 05001-23-33-000-2014-00271-02 (4807-2019), 2022, p. 19). De allí es posible extraer que la sustancialidad dependerá entonces del grado de desconocimiento por parte del servidor de los principios rectores y que orientan la función pública, introduciendo allí una nueva premisa, pues no se debe analizar únicamente entonces el grado de afectación al deber funcional, sino también cómo con dicha afectación se desconoce los principios que rigen la función pública.

Por su parte, la Corte Constitucional estableció que la presencia de la ilicitud sustancial es necesaria para la consumación de la falta y requiere la verificación de que la conducta incidió en el correcto ejercicio del cargo, función o servicio encomendado (Sentencia C-536/19, 2019).

La Procuraduría General de la Nación no ha realizado pronunciamientos explícitos respecto a la postura que acoge, pero de la descripción que hace de la finalidad del derecho disciplinario puede intuirse que su postura va mas orientada a que el derecho disciplinario es de mera conducta, toda vez que describe su función constitucional señalando que se trata de la “vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas” (Procuraduría General de la Nación, 2024, p.10), sin mencionar la protección de la prestación del servicio público.

Del análisis de los pronunciamientos emitidos por las altas cortes y autoridades en materia disciplinaria, se advierte que la noción del concepto de ilicitud sustancial varía de una a otra y que incluso al interior de las mismas se pueden identificar diferentes criterios, lo que implica que no se tiene una definición consolidada sobre la materia, y ello genera consecuencias prácticas en la

La sustentación de la ilicitud sustancial en procesos disciplinarios que versen sobre la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

medida en que hay un alto grado de indeterminación respecto a la valoración de la ilicitud sustancial en la conducta desplegada por un sujeto disciplinable.

III. El régimen de inhabilidades e incompatibilidades como falta en derecho disciplinario y la limitación a las libertades individuales de los servidores públicos

El artículo 126 de la Constitución Política de Colombia consagra el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para servidores públicos, así:

ARTÍCULO 126. Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera. (...) (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 126).

De acuerdo con el artículo anterior, los servidores no se encuentran facultados para nombrar o contratar con personas con quienes tengan parentesco en los grados referidos por el artículo precedente ni tampoco con personas que hayan incidido en su nombramiento, a menos que dichos nombramientos se den como resultado de un concurso de méritos.

Dicho régimen de inhabilidades e incompatibilidades contiene prohibiciones e impedimentos para los sujetos objeto de dichas normas, limitando su capacidad legal para ser contratados en determinadas entidades estatales, con ello se busca proteger valores como la igualdad y la moralidad administrativa (Consejo de Estado, Sentencia 63001-23-31-000-1997-04685-01(16306), 2011). Se trata de una limitación a las facultades de nombramiento y contratación que favorece principios constitucionales sobre la voluntad del nominador de determinada entidad pública.

La Corte Constitucional en Sentencia C-1016 expuso que el objeto de dicho régimen no es castigar a las personas objeto del mismo, sino garantizar que prevalezca el interés colectivo y la idoneidad del servidor público que desempeña un cargo público (2012).

En esta misma línea, la Procuraduría General de la Nación señaló que este régimen encuentra sustento en el principio constitucional que refiere que el interés público prevalece sobre el particular y que el interés general siempre deberá ser el propósito en el ejercicio de la función pública, ello en desarrollo de los principios de imparcialidad y moralidad (Fallo IUC D-2010-584-252513, 2010).

No se trata entonces de una norma que contenga una medida en contra del nominador de manera arbitraria, sino que tiene como finalidad proteger la prestación del servicio público, asegurando que se privilegie el interés general y que el servidor que sea nombrado en un cargo sea idóneo para el desempeño del mismo, además de la prevalencia del interés general sobre el particular y la aplicación de diferentes principios constitucionales que rigen la función pública.

El Consejo de Estado, por su parte, estableció que:

Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (...) y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio (Sentencia 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI), 2011).

Esta misma corporación también manifestó en Sentencia 54001-23-33-000-2018-00220-02, que la interpretación del alcance del régimen de inhabilidades e incompatibilidades debe ser restrictiva toda vez que implica una afectación al derecho fundamental a la participación política y la capacidad para ser elegido y desempeñar funciones y cargos públicos (2019, p. 26).

De acuerdo con lo anterior, es claro que no se trata de un régimen de carácter opcional o que el nominador de una entidad pública pueda desconocer cuando así lo determine, tampoco es entonces objeto de acuerdo en contrario, sino que se trata de disposiciones de carácter obligatorio que deben ser acatadas por este en todo momento, a pesar de que con ellas se limite su capacidad de contratación y nombramiento y se limite el derecho de las personas que cumplan con alguna de las características descritas en el régimen a participar en la vida política y a desempeñar cargos públicos en entidades en las que el nominador sea un pariente o en cuyo proceso de nombramiento haya intervenido.

Si bien dichas disposiciones tienen una finalidad orientada a prevenir la corrupción y el nepotismo, su aplicación podría tener un componente discriminatorio hacia quienes ostentan alguna de las calidades en ellas establecidas, toda vez que la sola concurrencia de alguna de dichas características no implica la falta de idoneidad de la persona para desempeñar un cargo público pues, por el contrario, podría demostrar altos niveles de competencia, compromiso y buen desempeño en la ejecución de sus funciones, por lo que negarle el acceso al desempeño de un cargo público con fundamento exclusivamente en las restricciones consagradas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades sin siquiera tener en cuenta sus capacidades, puede entrar en tensión con el principio de igualdad consagrado en la constitución política.

Por último, es menester destacar que las inhabilidades e incompatibilidades son constitucionalmente legítimas en virtud del compromiso que tienen los servidores públicos de cumplir y defender la Constitución, actuando de acuerdo con lo que les ordena la ley, pues están al servicio del Estado y no de sus necesidades particulares, desarrollando así el principio de moralidad (Corte Constitucional, Sentencia C-093/20, 2020). De allí se infiere que se trata de un choque de principios constitucionales, siendo estos la moralidad y la igualdad, cuya ponderación en estos casos privilegia la moralidad sobre la igualdad, y privilegia el interés general sobre la libertad de las personas a participar en la vida política y a elegir libremente su empleo y el lugar donde van a desempeñarlo.

IV. La verificación de la ilicitud sustancial en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para determinar la existencia de falta disciplinaria y su relación con la moralidad pública

De acuerdo con el primer capítulo, la verificación de la ilicitud sustancial en materia disciplinaria dependerá de la teoría que se acoja, siendo una de ellas la que dispone que el derecho disciplinario protege un único bien jurídico que es la función pública, por lo que la sustancialidad de la ilicitud dependerá del grado de afectación a la prestación del servicio público, y la segunda que establece que el derecho disciplinario no protege ningún bien jurídico, por lo que la sustancialidad de la ilicitud dependerá entonces del grado de infracción del deber funcional por parte del servidor público en cada caso concreto.

Ahora, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades está descrita como falta disciplinaria en el artículo 26 de la Ley 1952 de 2019, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 26. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley (Congreso de la República, 2019).

El artículo anterior establece claramente que la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades constituye falta disciplinaria y da lugar a la imposición de la sanción que corresponda. No obstante, la verificación de la ilicitud sustancial en dichos casos es bastante problemática, pues los elementos de conducta y tipicidad están claramente determinados teniendo en cuenta que la violación a dicho régimen es claramente una conducta desplegada por el servidor público al momento de contratar o nombrar a una persona que ostenta alguna de las calidades en él descritas, y la verificación de la tipicidad se da al enmarcar esa conducta en el precitado artículo 26, pero el panorama se nubla al momento de verificar la ilicitud sustancial en dicha conducta.

Partiendo de la teoría de que el derecho disciplinario protege un bien jurídico que es la función pública, el grado de perturbación a la prestación del servicio no siempre es fácil de comprobar, ya que puede tratarse de una persona que ostente una de las calidades descritas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pero que tenga el perfil requerido para desempeñar el cargo y en la ejecución de sus funciones tenga muy buenos resultados, por lo que no se evidencia una puesta en riesgo a la prestación del servicio público y, por el contrario, esta se da en buenos términos, llegando incluso a representar un gran beneficio para la entidad pública.

De acogerse la segunda teoría, que implica que no hay un bien jurídico protegido, sino que depende del grado de infracción al deber funcional del servidor nominador, allí el panorama puede tornarse un poco más claro en la medida en que con la contratación o nombramiento de una persona con calidades descritas en el régimen, efectivamente el servidor público está infringiendo su deber funcional de acatar lo dispuesto en las leyes, acuerdos, entre otras. Sin embargo, si dicha contratación o nombramiento genera un beneficio para la entidad, surge la duda respecto a cuál es el objeto de dicha prohibición establecida en la ley y si es suficiente para dar lugar a las libertades de determinadas personas a elegir su empleo y el lugar para desempeñarlo, y la respuesta a dicho cuestionamiento puede ir ligada al principio de moralidad pública que rige la prestación del servicio público.

La Corte Constitucional afirmó que la moralidad pública puede ser una fuente de restricción a la libertad y debe distinguirse de idearios morales, individuales o colectivos existentes en una sociedad, siendo esta racionalmente necesaria de mantener (Sentencia C-404/98, 1998). Así mismo, en Sentencia C-234/19, refirió respecto a este concepto que: “tanto en el nivel meta-ético como en el ético normativo las preguntas objeto de estudio giran desde distintas posiciones a conceptos como “bueno”, “justo” o “correcto”” (Corte Constitucional, 2019). Esta misma corporación también dispuso que la moralidad pública articula un modo de ser y de actuar que impide que se soslaye a la persona portadora de derechos y deberes, siendo esta al mismo tiempo tanto sujeto individual como miembro de la comunidad (Corte Constitucional, Sentencia C-382/19, 2019).

Allí vemos entonces que la Corte Constitucional afirma que la protección de la moralidad pública es más que suficiente para dar lugar a la restricción y limitación de libertades de las

personas. Conectando esta afirmación con la problemática antes descrita, se evidencia que prima la moralidad pública sobre la libertad de la persona para escoger su lugar de trabajo y la libertad del nominador de elegir con quién contratar o a quien nombrar en determinado cargo.

Así mismo, el Consejo de Estado dispuso que este principio se refiere al “ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares” y que “ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concebidas al funcionario que lo ejecuta” (Sentencia 15001-23-31-000-2005-00227-01(2225-15), 2018). De allí entonces se extrae que todo nombramiento o contratación que se haga en relación con una persona que cumpla con las características establecidas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades transgrede la moralidad pública en la medida en que privilegia el interés particular sobre el interés general, sin que se verifique si la persona contratada cumple o no con el perfil requerido para el desempeño de determinado cargo y si su desempeño es o no satisfactorio.

La contratación de personas que cumplan con las características dispuestas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades puede entenderse como nepotismo y este se encuentra prohibido con el fin de garantizar la moralidad, a pesar de que la reprochabilidad de la conducta en los casos de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades tenga origen netamente en un principio (Corte Constitucional, Sentencia C-818/05, 2005).

La Corte Constitucional también ha señalado que no es desproporcionada o irrazonable la limitación del derecho político que tiene un sujeto de acceder a un cargo público, toda vez que se fundamenta en la búsqueda de fines constitucionalmente válidos, especialmente la salvaguarda de la moralidad pública (Sentencia T-433/19, 2019). Por lo tanto, la moralidad pública prima sobre el principio de igualdad y el derecho que tiene una persona a acceder a un cargo público, y es más que suficiente para limitarlo.

Tal como se evidenció, ambas posturas se encuentran bien soportadas y siguen siendo objeto de discusión, pues no se ha llegado a una posición armónica por parte de la doctrina, la

jurisprudencia y/o las autoridades disciplinarias, tal como la Procuraduría General de la Nación, respecto a cuál es la correcta, por lo que sigue siendo un tema que genera tensión. No obstante, se debe tener en cuenta que no toda violación administrativa es una falta disciplinaria, por lo que el sustento de que surja responsabilidad disciplinaria en los casos en que un servidor público viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es netamente un principio subjetivo, es decir, que no requiere la constatación de una afectación a un bien jurídico, sino que versa más sobre la transgresión de un principio valorativo, siendo este la moralidad pública, sin importar la postura que se adopte en relación con la sustancialidad de la ilicitud. Teniendo en cuenta lo anterior, adquiere más sentido que se acoja la primera teoría, en la medida en que se debe probar una afectación o puesta en riesgo a la prestación del servicio público pues, se debe recordar que la responsabilidad objetiva está proscrita en materia disciplinaria, es decir, que debe verificarse una carga subjetiva al momento de imponer una sanción y la mera violación a un principio no debería implicar por sí sola la existencia de responsabilidad disciplinaria.

V. Conclusiones

El derecho disciplinario implica que los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas tienen un mayor grado de responsabilidad, en la medida en que tienen una relación especial de sujeción al Estado, teniendo así un mayor número de deberes que propenden por el buen desempeño de los mismos, para garantizar el efectivo cumplimiento de los fines estatales.

La verificación de la ilicitud sustancial para determinar la existencia o no de una falta disciplinaria dependerá de la premisa que se acoja en relación con el objeto del derecho disciplinario, siendo una de ellas que el derecho disciplinario protege un único bien jurídico, tratándose este de la prestación del servicio público, por lo que la sustancialidad de la ilicitud dependerá del grado de afectación o de puesta en riesgo del mismo; mientras que la otra establece que el derecho disciplinario es de mera conducta y no protege ningún bien jurídico, por lo que la determinación de la sustancialidad de la ilicitud dependerá del grado de violación al deber funcional por parte del servidor público.

La discusión respecto a cuál de las premisas antes mencionadas es la correcta no ha sido resulta por la jurisprudencia, por la doctrina, o por las autoridades disciplinarias como la Procuraduría General de la Nación, por lo que sigue siendo un tema que genera tensión y no hay una posición armónica, encontrándose aún posiciones divididas de una entidad a otra.

Sin perjuicio de la posición que se adopte, la verificación de la ilicitud sustancial en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades responde netamente a una infracción administrativa, cuyo sustento se da netamente de la infracción a un principio subjetivo, siendo este la moralidad pública. Por ello, a pesar de que la responsabilidad objetiva esté proscrita en el derecho disciplinario, es posible imponer una sanción a pesar de que no se compruebe una afectación real a la prestación del servicio público.

Referencias

- Chavarro Cadena, J. E. (2022). Código General Disciplinario: Ley 1952 de 28 de enero de 2019 (2a ed.). Grupo Editorial Nueva Legislación S.A.S. <https://elibro-net.consultaremota.upb.edu.co/es/lc/bibliotecaupb/titulos/120941>
- Congreso de la República de Colombia. (28 de enero de 2019). Ley 1952. *Código General Disciplinario*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90324>
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (9 de agosto de 2016). Sentencia 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU). [CP. <William Hernández Gómez>] [http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/spca/2016/william%20hernandez/11001-03-25-000-2011-00316-00\(su\).htm#_ftn109](http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/spca/2016/william%20hernandez/11001-03-25-000-2011-00316-00(su).htm#_ftn109)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (9 de diciembre de 2019). Sentencia 41001-23-33-000-2013-00512-02(0754-15). [CP. <Gabriel Valbuena Hernández>] [http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/sca/sec2/2019/gabriel%20valbuena%20hernandez/41001-23-33-000-2013-00512-02\(0754-15\).pdf](http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/sca/sec2/2019/gabriel%20valbuena%20hernandez/41001-23-33-000-2013-00512-02(0754-15).pdf)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (10 de febrero de 2011). Sentencia 63001-23-31-000-1997-04685-01(16306). [CP. <Hernán Andrade Rincón>] [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/63001-23-31-000-1997-04685-01\(16306\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/63001-23-31-000-1997-04685-01(16306).pdf)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (11 de julio de 2019). Sentencia 54001-23-33-000-2018-00220-02. [CP. <Rocío Araújo Oñate>] <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/221/54001-23-33-000-2018-00220-02.pdf>
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (21 de junio de 2018). Sentencia 15001-23-31-000-2005-00227-01(2225-15). [CP. William Hernández Gómez] [http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/sca/sec2/2018/william%20hernandez/15001-23-31-000-2005-00227-01\(2225-15\).htm#_ftn109](http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/sca/sec2/2018/william%20hernandez/15001-23-31-000-2005-00227-01(2225-15).htm#_ftn109)

[20estado/sca/sec2/2018/william%20hernandez%20gomez/15001-23-31-000-2005-00227-01\(2225-15\).htm](http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/sca/sec2/2018/william%20hernandez%20gomez/15001-23-31-000-2005-00227-01(2225-15).htm)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (03 de octubre de 2019). Sentencia 05001-23-33-000-2014-00158-01(0540-17). [CP. <Elkin Rodrigo Álvarez Gómez>] [http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/sca/sec2/2019/william%20hernandez%20gomez/05001-23-33-000-2014-00158-01\(0540-17\).htm](http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/sca/sec2/2019/william%20hernandez%20gomez/05001-23-33-000-2014-00158-01(0540-17).htm)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (6 de octubre de 2022). Sentencia 05001-23-33-000-2014-00271-02 (4807-2019). [CP. <Gabriel Valbuena Hernández>] http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/sca/sec2/2022/gabriel%20valbuena%20hernandez/9_050012333000201400271021.pdf

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (8 de febrero de 2011). Sentencia 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI). [CP. <Ruth Stella Correa Palacio>] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=42865>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (25 de marzo de 2022). Sentencia 440012340000202100136-01. [CP. <Hernando Sánchez Sánchez>] http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20de%20estado/sca/sec1/2022/hernando%20sanchez%20sanchez/14_440012340000202100136011.pdf

Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. (8 de agosto de 2019). Sentencia 050011102000 201201779 02. [MP. <Pedro Alonso Sanabria Buitrago>] [http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20superior%20de%20la%20judicatura/sentencias/2019/05001110200020120177902%20\(1\).htm](http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/consejo%20superior%20de%20la%20judicatura/sentencias/2019/05001110200020120177902%20(1).htm)

Constitución Política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia.

Corte Constitucional. (10 de agosto de 1998). Sentencia C-404/98. [MP. <Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz>] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-404-98.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (21 de agosto de 2019). Sentencia C-382/19. [MP. <Alejandro Linares Cantillo>]

http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20constitucional/constitucionalidad/c0382de2019.htm#_ftnref23

Corte Constitucional. Sala Plena. (9 de agosto de 2005). Sentencia C-818/05. [MP. <Rodrigo Escobar Gil>] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=18275>

Corte Constitucional. Sala Plena. (26 de enero de 2006). Sentencia C-028/06. [MP. <Humberto Antonio Sierra Porto>] <http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20constitucional/constitucionalidad/c0028de2006.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (3 de marzo de 2020). Sentencia C-093/20. [MP. <Alberto Rojas Ríos>] <http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20constitucional/constitucionalidad/c0093de2020.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (29 de mayo de 2019). Sentencia C-234/19. [MP. <Diana Fajardo Rivera>] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-234-19.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (13 de noviembre de 2019). Sentencia C-536/19. [MS. <Alberto Rojas Ríos>] <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=108894>

Corte Constitucional. Sala Plena. (6 de noviembre de 2002). Sentencia C-948/02. [MP. <Álvaro Tafur Galvis>] <https://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2002/C-948-02.rtf>

Corte Constitucional. Sala Plena. (28 de noviembre de 2012). Sentencia C-1016. [MP. <Jorge Iván Palacio Palacio>] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-1016-12.htm>

Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. (24 de septiembre de 2019). Sentencia T-433/19. [MP. <Antonio José Lizarazo Ocampo>] <http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/2019/t0433de2019.htm>

Hernández Villamizar, I., Guachetá Torres, J., Paredes Mosquera, H. y Reyéz Gómez, E. (2020). Derecho Disciplinario en Colombia, desde la imposición de sanciones ¿la pérdida de su vocación preventiva?. *El Ágora U.S.B.*, 20(1), 66-81. <https://www.redalyc.org/journal/4077/407764644004/>

- Mondragón Duarte, S. L. (2020). El derecho disciplinario y su control judicial a la luz de la función pública. *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS UNAULA*, 50, 100-122. <http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/revistauniversitaria/ubolivariana/ub-132-50/el%20derecho%20.htm>
- Paredes Mosquera, H. H., Orozco Ordoñez, M. A., & Jiménez Rodríguez, L. M. (2021). Historia del derecho disciplinario en Colombia y el ejercicio de la abogacía, un análisis de su unificación normativa. *Justicia*, 26(40), 188-205. <https://doi.org/10.17081/just.26.40.4199>
- Procuraduría General de la Nación. Provincial de Zipaquirá. (30 de noviembre de 2010). Fallo IUC D-2010-584-252513. [PP. <Yolanda Arenas Meyer>] https://www.procuraduria.gov.co/sim/relatoria/.webdocumento?accion=verDocumentoWeb&elementId=PRODUCCION/RELATO_DATA_TYPE/2016/07/10/201607100745362.DOC&docId=18320&mode=1#page=inline.,toolbar=no,location=no,status=yes,menubar=no,resizable=yes,scrollbars=yes
- Procuraduría General de la Nación & Instituto de Estudios del Ministerio Público. (2024). GUÍA DEL PROCESO DISCIPLINARIO CON ENFOQUE EN LOS DERECHOS DE LAS MUJERES (ed. 2024). Instituto de Estudios del Ministerio Público – IEMP. https://www.procuraduria.gov.co/Documents/2024/Marzo%202024/Guia%20Disciplinaria%2005-05-24%20digital.pdf?utm_source=chatgpt.com
- Ramírez Torrado, M. L., & Álvarez, P. (2015). El principio non bis in idem en el derecho disciplinario del abogado, en Colombia. *Ius et Praxis*, 21(1), 345-376. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19742266010>
- Rico Suárez, V. (2023). *Análisis de las garantías procesales que tiene el investigado en un proceso disciplinario dentro del marco de la nueva normatividad*. [Trabajo de grado de pregrado, Institución de Educación Superior UCEVA]. Repositorio Institucional Institución de Educación Superior UCEVA. <https://repositorio.uceva.edu.co/handle/20.500.12993/3822>
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda. (16 de febrero de 2023). Sentencia 2017-00-06063-00. [MP. <Carmen Alicia Rengifo Sanguino>] <http://www.lexbasecolombia.net.consultaremota.upb.edu.co/lexbase/jurisprudencia/tribunales/tribun>

La sustentación de la ilicitud sustancial en procesos disciplinarios que versen sobre la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades

[al%20administrativo%20de%20cundinamarca/sec2/2023/carmen%20alicia%20rengifo%20sanguino/20170606300.pdf](#)