

La teoría del delito y la teoría de la falta disciplinaria en el derecho positivo colombiano (análisis comparativo)

Theory of crime and theory of disciplinary default in the Colombian Law (a comparative analysis)

Fabián Alberto Gutiérrez Quintero*
César Norberto Escobar Mendivelso*

Resumen

Nos causa inquietud el hecho de que doctrinantes del derecho disciplinario defiendan la diferenciación tajante entre el derecho penal y el disciplinario, so pretexto de la reivindicación del segundo, particularmente en cuestiones de estructuras dogmáticas, de organización conceptual de los conocimientos en cada área, mientras que en el ejercicio cotidiano de la profesión, en el tema disciplinario, los funcionarios y abogados litigantes hacen uso, muchas veces indiscriminado, de figuras aparentemente “propias” del derecho penal. De manera que nuestro trabajo de grado tiene el propósito de tomar una postura respecto de tal debate.

* Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Monografía de grado. Correo electrónico: fabianalbertogutierrez@gmail.com, escobar_abogado@hotmail.com

Palabras clave

Derecho disciplinario, derecho penal, teoría del delito, teoría de la falta disciplinaria.

Abstract

We are concern about the fact that indoctrinators of Disciplinary Law, defend the absolute differentiation between Criminal and Disciplinary Law, as a vindication of the second one, particularly in matters of dogmatic structures, conceptual organization of the knowledge in each area, whereas in the daily exercise of the profession, in the disciplinary issue, officials and litigant lawyers indistinctly use figures seemingly “characteristics” of the criminal law.

Key words

Disciplinary Law, Criminal Law, theory of the crime, theory of the disciplinary default.

Introducción

En este artículo expondremos las conclusiones concretas a las que hemos llegado en nuestro trabajo de grado intitulado de forma idéntica a este texto. Aquí exploramos lo que es en la actualidad la teoría del delito en nuestro ordenamiento, sus instituciones dogmáticas, y evaluamos la posibilidad y conveniencia de su implementación al momento de hacer referencia a la falta disciplinaria.

Luego de un análisis comparativo de las normatividades y desarrollos doctrinales y jurisprudenciales a los que tuvimos acceso para la elaboración de nuestro trabajo de grado, hemos concluido que en términos generales son útiles las categorías dogmáticas que enmarcan la definición de la conducta punible, para concretar la conducta disciplinaria, lo anterior teniendo en cuenta que en ambos casos lo que se busca es la individualización de una conducta específica que se encuadre dentro de una definición legal, con consecuencias jurídicas derivables del ejercicio del *ius puniendi* (derecho de castigar) estatal.

Empero, es necesario aclarar que estas categorías dogmáticas, a pesar de compartir su esencia, tienen un alcance diferente dentro del derecho disciplinario que el que se atribuye en el derecho penal, en cuanto a sus objetos y finalidades.

De manera general podríamos afirmar que tanto la conducta punible, delito, como la disciplinable, falta disciplinaria, han de responder al esquema genérico de conductas típicas, antijurídicas y culpables. Debe tratarse de hechos con calidades específicas que nos permitan calificarlos como conductas, es decir, hechos que puedan atribuirse a la voluntad y ejecución de un ser humano. Estas conductas serán típicas en la medida en que respondan a descripciones meridianamente ciertas dadas por el ordenamiento jurídico de los delitos y las faltas disciplinarias, respectivamente, con las exigencias que cada especialidad exige para cada una de ellas; asimismo, han de ser antijurídicas, si atentan contra el ordenamiento jurídico y no se encuentren justificadas; y serán culpables si dan lugar a reprochar al autor.

Sin embargo, insistimos, resulta distinta la dimensión que alcanza cada categoría en el derecho penal de la que se le asigna en el derecho disciplinario, cuestión que ha de concretarse en cada uno de los estadios dogmáticos.

Tipicidad

La tipicidad es entendida aquí desde una perspectiva dogmática¹ de la teoría del delito, la cual se refiere a la subsunción de una conducta a la descripción legal del punible, al tipo

¹ Para distinguirla de su sentido genérico, como mera manifestación del principio de legalidad, que exige la definición legal de las conductas merecedoras de pena.

penal, y con la misma proyección respecto del tipo disciplinario.

Conforme con la anterior acepción de la tipicidad, desde la óptica dogmática, en este aparte estudiaremos lo siguiente: primero, la composición misma del *tipo penal*, y segundo, los criterios valorativos que determinan la adecuación típica de las conductas.

Sobre los tipos

Si bien es cierto que tanto en derecho disciplinario como en penal, las conductas sancionables son determinadas mediante los tipos, la primera gran diferencia entre los delitos y las faltas disciplinarias se refiere a los tipos mismos, en cuanto a sus exigencias particulares y grado de concreción. Tenemos entonces que el tipo penal dentro del rango normativo ha de identificarse con la ley en sentido formal, es decir que el delito, la descripción jurídica del mismo, únicamente puede emanar de una norma con características formales de ley, mientras que si bien es cierto las faltas disciplinarias responden al principio de legalidad, dada su definición abstracta, terminan concretándose en normas distintas de la ley y muchas veces de menor jerarquía desde el punto de vista técnico jurídico.

Se supone entonces que el tipo penal debe ser una ley en sentido formal, norma en la que se concreta siquiera la parte más significativa y distintiva de la conducta merecedora de pena;

mientras que en tratándose de las faltas disciplinarias, su determinación no necesariamente se desprende de un texto con rango de ley formal, ya que, en muchas ocasiones, para la individualización de la conducta disciplinable se hace necesaria la remisión a normatividades determinadas en las que se definan en concreto las funciones (deberes, prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses) propias de cada sujeto disciplinable, como a manuales específicos de funciones, reglamentos y estatutos particulares.

Elementos del tipo

A pesar de su diferencia, tanto tipos penales como disciplinarios comparten una estructura descriptiva, en la que se pueden diferenciar elementos objetivos, subjetivos y normativos. Son objetivos los que corresponden a elementos con existencia material, perceptibles por los sentidos; subjetivos, el conjunto de procesos y fenómenos que, relacionados con la conducta, se originan en la conciencia del sujeto que la realiza; y normativos, aquellos conceptos que para su comprensión requieren de remisión a disciplinas particulares del conocimiento, definitivamente ajenos a la misma norma,

Los elementos objetivos del tipo, como mencionamos, son los que se refieren a entes con existencia material, perceptibles por los sentidos, que necesariamente han de encontrarse en una conducta para subsumirse en la

descripción legal y por tanto para la efectiva realización de la conducta punible o disciplinable. Estos elementos aluden a los *sujetos*, la *conducta* y los *objetos materiales*, presentes en cualquier descripción de conducta, en cualquier tipo; además de estos, existen elementos objetivos especiales que son propios de solo algunos tipos: *el resultado material y demás circunstancias específicas de realización de la conducta* (tiempo, medios, modo y lugar de realización).

Dentro de estos elementos objetivos podemos encontrar una diferencia sustancial entre el delito y la falta disciplinaria, en lo tocante a los sujetos. En materia disciplinaria, los sujetos activos en todos los casos son calificados, la norma disciplinaria a diferencia de la penal, no tiene como destinatarios a la generalidad personas (nacionales y extranjeros en el territorio colombiano), sino que regula las conductas de un grupo específico de individuos atados a lo que los doctrinantes denominan relaciones especiales de sujeción respecto del Estado. Los sujetos de derecho disciplinario se encuentran en una situación jurídica especial respecto del Estado, situación que les amplía, por disposición constitucional, su responsabilidad jurídica, más allá de la derivada de la mera infracción a la ley, y son, adicionalmente, responsables por la omisión o extralimitación en las funciones que les encomienda el mismo ordenamiento jurídico, por tratarse de sujetos cuyos comportamientos

resultan de importancia para la integridad y correcta marcha de toda una sociedad. En términos generales, los sujetos de derecho disciplinario ostentan la calidad de servidor público, ejercen de alguna forma función pública, o realizan actividades sujetas a vigilancia estatal.

El sujeto pasivo es uno solo, el Estado colombiano, titular único de la función pública y custodio de los derechos y bienes de los colombianos, fundamento del control y vigilancia de algunas actividades específicas que incorporan peligros especiales.

Los demás elementos objetivos pueden presentarse en la misma forma, tanto en tipos disciplinarios como en delitos. La conducta se definirá con verbos rectores; los objetos, que pueden ser personales, reales o fenomenológicos, son elementos materiales que soportan la conducta descrita en el tipo; y en los casos que sea pertinente la descripción del resultado, o las condiciones de tiempo modo, medios y lugar, se califican como elementos objetivos en el tipo.

Los elementos subjetivos del tipo, tanto en derecho penal como en disciplinario, están relacionados con la psiquis del actor, y son los siguientes: los que vinculan al sujeto activo con los elementos de la descripción objetiva de la conducta (dolo, culpa y preterintención, en materia penal); y en forma ocasional los que implican factores subjetivos específicos que caracterizan una determinada conducta

(tendencias, móviles y finalidades específicas), distintos del mero dolo pero anexos a este.

En materia penal tenemos que las conductas punibles pueden darse en tres modalidades: dolosa, culposa y preterintencional. El dolo implica el conocimiento, entendimiento y querer de los elementos objetivos de la conducta punible; la culpa comporta la realización de la conducta con ocasión de la infracción de una norma objetiva de cuidado; y la preterintención implica la realización de una conducta punible que excede la intencionalidad original del actor, encaminada a una conducta igualmente punible, pero menos lesiva de la que efectivamente se concreta.

Estas tres modalidades se integran como elementos subjetivos en los tipos penales que caracterizan la conducta punible, pues este factor debe encontrarse dentro de la descripción legal del punible, en forma expresa cuando se trata de tipos culpables y preterintencionales, y tácitamente en los tipos dolosos.

En algunos tipos dolosos, además del dolo existen otros elementos de naturaleza subjetiva que caracterizan la conducta punible, sin referirse concretamente al tipo objetivo, son elementos subjetivos adicionales al dolo y se refieren a tendencias, finalidades o móviles particulares que han de concurrir en el autor para la configuración plena del punible.

Por su parte, en materia disciplinaria, las conductas pueden realizarse dolosa

o culposamente, empero el dolo y la culpa no determinan clasificación de tipos, ya que todo tipo disciplinario puede ejecutarse tanto dolosa como culposamente, razón por la cual estos componentes subjetivos se encuentran implícitos en forma tácita dentro de los mencionados tipos disciplinarios.

Al igual que en materia penal, existen tipos disciplinarios con componentes subjetivos especiales (tendencias, móviles, etc.) que caracterizan algunas conductas dolosas, y que se constituyen en el elemento subjetivo de determinados tipos disciplinarios.

En cuanto a los que se denominan elementos normativos del tipo, se presentan tanto en descripciones penales como en las disciplinarias. Son aquellos que contienen un juicio de valor o dan los elementos para formar ese juicio; se trata de términos que requieren para su comprensión de otras normas, ya sea de carácter jurídico, cultural, técnico o científico.

Consideramos como elemento normativo esencial del tipo, tanto penal como disciplinario, el denominado objeto jurídico, entendido como la entidad jurídica sobre la cual recae la conducta descrita, norma sancionadora con potencialidad de causar una lesión o puesta en peligro apreciable por el derecho penal o disciplinario, según corresponda. Este objeto jurídico guarda identidad con el denominado bien jurídico, el objeto de protección jurídica, de necesaria existencia en un sistema como el nuestro que soporta el

ejercicio del *ius puniendi* en la protección de bienes jurídicos.

Este objeto jurídico es un derecho o un valor de relevancia política para la organización del Estado, que se considera merecedor de tutela jurídica, que se pretende concretar en el ejercicio del poder castigador del Estado, *ius puniendi*. Cuando se trata del derecho disciplinario, el bien jurídico objeto de protección es uno solo, la función pública, en caso del Código Único Disciplinario y estatutos disciplinarios específicos de los servidores públicos, o distintos intereses de relevancia pública que soportan el control y vigilancia estatal sobre determinadas actividades y grupos específicos de personas.

Sobre el juicio de adecuación típica

La tipicidad dentro del concepto jurídico, tanto de delito como de faltas disciplinarias se concreta en este juicio, el de adecuación típica de la conducta, toda vez que esa subsunción de la conducta en la descripción legal es la que le da la calidad de típica.

Este juicio se concreta en forma complementaria por dos valoraciones, ya que no es suficiente que exista una relación causal entre la acción u omisión del sujeto y el resultado lesivo o peligroso para el bien jurídico; sino que además, es necesario que este resultado pueda ser objetivamente atribuido al actor de la acción u omisión, para que exista una realización efectiva del tipo punible o disciplinable, según el caso.

Así las cosas, para que se predique la tipicidad de una determinada conducta tendrá que corroborarse que la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado se puede vincular causalmente con la conducta desplegada por un actor o actores determinados o determinables; y, junto con lo anterior, habrá de realizarse una imputación de índole netamente jurídica, en la que se relacionará el resultado lesivo con el sujeto activo de la conducta.

En cuanto al juicio causal, dogmáticamente se recurre para su definición a las teorías de causalidad nominadas como de la equivalencia de condiciones, aunada con criterios, particularmente, de la causalidad adecuada y de la teoría de la relevancia.

La causalidad ha de determinarse, por una parte, en atención a la teoría de las condiciones, según la cual la causa ha de ser *conditio sine qua non* del resultado, juicio que ha de hacerse soportados en las reglas de la experiencia; y por la otra, con el propósito de limitar la extensión de la primera, habrá de prestarse atención a la relevancia jurídica que ha de concretarse con la determinación, por una parte de la identificación de causas adecuadas para la producción del resultado y la intención jurídica de la norma o ámbito de prohibición de la norma, qué conductas pretenden evitarse con la punición de determinado resultado.

Pero, como lo mencionamos líneas atrás, esta determinación causal no es

suficiente para que se considere realizado el tipo; debe, además, verificarse que el autor resulte ligado jurídicamente con la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado, que dicho resultado lesivo o peligroso pueda considerarse como obra del autor, coautores y demás intervinientes, del sujeto activo de la conducta.

En otras palabras, en la imputación jurídica del resultado se hace una valoración sobre el papel del sujeto activo de la conducta con relación al resultado dañoso, mediante un juicio ya no causal sino jurídico, sobre la conducta, que permita determinar hasta qué punto el resultado lesivo puede considerarse obra del sujeto activo. Respecto al estado actual de la teoría de la imputación objetiva, se destacan los desarrollos de las corrientes funcionalistas del Derecho Penal, abanderadas por ROXIN y JAKOBS.

En ROXIN, lo decisivo en el juicio de imputación objetiva del resultado, es la creación de un riesgo desaprobado jurídicamente, siendo imputables solo los resultados que puedan considerarse la concreción de este riesgo; mientras que JAKOBS antepone a lo relacionado con el riesgo, la determinación de la competencia en cabeza del actor para evitar el resultado lesivo, posición de garante,

que será el primer indicio jurídico para concretar la imputación jurídica, que se verá redondeada con la observación de la creación del riesgo, quién y cómo produjo la situación riesgosa, y finalmente con la realización efectiva del riesgo creado.

Sobre la autoría y participación

La forma de intervención de los sujetos en la ejecución de la conducta, es otra diferencia entre los delitos y las faltas disciplinarias. Los tipos disciplinarios solamente son realizables en calidad de autor², en la medida en que la conducta será determinada por el incumplimiento de un deber funcional en cabeza del sujeto disciplinable. Derivado de lo anterior, el tipo disciplinario en materia de sujetos activos, resulta ser más rígido que el penal, ya que en asunto de deberes, se cumplen o no se cumplen, por tanto quien incumpla con un deber funcional objeto de reacción disciplinaria, será autor de una conducta disciplinable.

Así, en el caso de concurrir un número plural de personas en la realización de una conducta disciplinable, cada uno responderá como autor de la conducta que pueda derivarse de su actuar u omisión particular, en consideración individual de los deberes funcionales que le correspondan, teniendo en cuenta la calidad que el sujeto activo

² Ley 734 de 2002. Art. 26 Autores. Es autor quien cometa la falta disciplinaria o determine a otro a cometerla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función.

ostente y que lo haga sujeto de derecho disciplinario.

En materia penal, por su parte, se dispone que en la ejecución de conductas punibles concurren tanto los autores como los partícipes. Derivado de lo anterior, las conductas punibles son imputables en calidad de autor, de coautor, de determinador y de cómplice, esto por obra del concurso de personas como amplificador del tipo penal, que permite la intervención del derecho penal mediante la extensión de la comprensión del tipo sobre conductas, que si bien no encajan perfectamente en la descripción típica, contribuyen en la realización del tipo penal o representan igualmente lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por la norma penal.

La intervención de sujetos en la realización de conductas punibles se puede dar, en términos generales, como autor o como partícipe. La calidad de autor, se predica de quien o quienes ejecutan la conducta punible, ya sea por sí mismos o utilizando a otra persona³; se habla de autor, cuando las características anteriores concurren

en forma exclusiva en una persona natural, mientras que hablamos de coautores, cuando se puede predicar, en una misma conducta punible, esta calidad de varias personas naturales, siempre y cuando: medie entre ellos un acuerdo común que comporte división del trabajo criminal.

En lo relativo a la participación, se entiende por partícipe de la conducta punible quien interviene en la ejecución de esta, sin que pueda predicarse de él la autoría. Doctrinariamente, la distinción entre el partícipe y el autor suele centrarse en la ausencia de dominio del hecho: el partícipe no posee dominio funcional sobre el hecho⁴; y en la accesoriedad de la situación jurídica del partícipe, con relación al autor; para que haya partícipes se necesita previamente que existan autores, esta es la naturaleza subsidiaria o accesoriedad de los partícipes.

Los partícipes, a su vez, pueden ser determinadores o cómplices. Es determinador quien crea en el ánimo de otro, la voluntad de cometer el delito, mediante órdenes, dádivas,

³ Ley 599 de 2000. Art. 29. Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado. El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

⁴ "Todo interviniente cuya aportación en la parte ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se vine abajo lo emprendido". ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 1998.

coacciones o consejos y demás mecanismos idóneos⁵. Desde esta perspectiva será determinante la persona que impulsa la comisión del punible, sin intervención alguna en la ejecución de este, sin realizar ningún aporte concreto en la ejecución misma; y cómplice, la persona que auxilia y coopera dolosamente en la ejecución de una conducta punible, ya sea con actos anteriores, simultáneos o posteriores a la ejecución del delito. Es característica de la contribución del cómplice, la ausencia plena de dominio del hecho, la contribución que presta el cómplice no decide la realización efectiva de la conducta, ni en su esencia ni en su forma, la contribución únicamente sirve para facilitar o disimular su ejecución.

Sobre el tipo tentado

Como mencionamos en el aparte anterior, la falta disciplinaria se concreta en el incumplimiento de deberes funcionales asignados al sujeto disciplinable, por tanto, esta implica la violación efectiva del deber, independientemente de que se exijan o no resultados. De manera que es irrelevante la conducta que no violenta los deberes, prohibiciones, regímenes de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, según el caso. La tentativa no se contempla en el derecho disciplinario.

En contraposición, en materia penal, se prevén consecuencias penales para conductas no consumadas, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un *delito doloso de resultado*, ya que son los únicos en los que se concibe su desarrollo como un proceso divisible, un *iter criminis*, los únicos en los que existe plan de realización por parte del actor.
- b) Principio de la *ejecución* de la conducta punible, que se hayan iniciado actos que puedan calificarse como de ejecución. Respecto al calificativo de actos de ejecución, depende del criterio que se acoja en la conceptualización del *iter criminis*.
- c) Que esa ejecución de la conducta punible se haga por *actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la realización del tipo*. Idóneos significa que los métodos implementados, junto con los medios o instrumentos de ejecución de la conducta sean, conforme a las reglas de la ciencia y la experiencia, aptos para la realización del tipo (métodos y medios adecuados o aptos); mientras que la univocidad de la conducta se refiere a que esta deberá estar dirigida exclusivamente a la realización de una conducta punible, previamente determinada, que el autor busque la realización efectiva del tipo de resultado (dolo en el autor).

⁵ "Determinador es la persona que mediante instigación, inducción, consejo, coacción superable, orden, convenio, o cualquier otro medio idóneo, logra que otra realice, material o directamente, conducta de acción u omisión descrita en un tipo penal" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1º de diciembre de 1983, M.P. Alfonso Reyes Echandía.

d) *Falta de consumación* por circunstancias ajenas a la voluntad del agente o sujeto activo, esto es, que no se concrete el resultado perseguido por el autor por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

La tentativa únicamente es concebible en delitos dolosos de resultado, ya que es la no consecución del resultado lo que determina que nos encontremos ante un delito tentado y no ante uno consumado. Para entender la figura de la tentativa, se suele partir del análisis de la ejecución de la conducta criminosa o *iter criminis*.

Los anteriores requisitos se derivan de la definición legal de la tentativa, consignada en el artículo 27 de nuestra ley penal, que reza:

Ley 599 de 2000. Artículo 27. Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la

señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo. (Negrilla fuera de texto).

Se colige de la anterior definición legal, que la tentativa, dentro de nuestro ordenamiento, es punible en tres modalidades que coinciden con lo que doctrinariamente se denomina tentativas acabadas, inacabadas y desistidas, las cuales están consignadas en este artículo, así:

En el primer inciso se consagran las tentativas inacabada y acabada, ya que exige como requisitos de la tentativa: el inicio de la ejecución, la idoneidad y univocidad de la conducta, y la no consumación del resultado; no se especifica un grado determinado de ejecución de la conducta, por lo cual en principio se podría dar un tratamiento igual a los dos tipos de tentativa, puesto que lo determinante en esta definición legal, es que la no realización del resultado corresponde a hecho ajenos al autor.

El segundo inciso contempla una tentativa desistida, en la que se disminuye la punibilidad del delito tentado y el resultado no se produce por causa ajena a la voluntad del autor, con la exigencia al autor de haber “voluntariamente realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo”. Extraña figura, pues por su redacción se prestaría para admitir que en caso de que los esfuerzos del potencial autor para impedir el resultado fueran

fructíferos, la conducta quedaría en la total impunidad.

Vale anotar que en nuestro sistema jurídico no se considera punible la tentativa inidónea.

Concurso de tipos y concurso de conductas

En el tema de la unidad y pluralidad de delitos, se exponen criterios que nos permiten determinar cuándo nos encontramos ante un delito y cuándo ante varios. Doctrinariamente, en principio, se distingue entre concurso de tipos -concurso ideal-, consistente en la posibilidad de adecuación típica múltiple de una sola conducta, una concurrencia de normas penales aplicables a un solo supuesto fáctico, y concurso de conductas -concurso real-, en el que existe una pluralidad de conductas cada una circunscrita a un determinado tipo penal.

Existe concurso de tipos penales o concurso ideal, cuando una sola conducta encaja en varios tipos penales o en un mismo tipo penal varias veces, siempre que efectivamente la conducta realice en forma simultánea varios tipos penales, sin que los tipos se excluyan recíprocamente.

Desde esta perspectiva, son elementos del concurso ideal:

- a) La unidad de conducta y, por tanto, de sujeto activo, y
- b) La pluralidad de infracciones a la ley penal, pluralidad de adecuaciones típicas efectivas; pues de lo contrario

no existirá concurso, sino solo en formalidad, lo que se denomina concurso aparente.

El concurso real o de conductas supone una pluralidad de delitos y una unidad de sujeto activo. El concurso de conductas punibles, como su nombre lo indica, es concurso, ya no de meros tipos, sino de delitos, de conductas punibles. Existe concurso de conductas, cuando un solo sujeto realiza varias conductas que constituye cada una un delito independiente.

De lo anterior se desprende que son elementos característicos del concurso real o de conductas punibles:

- a) La pluralidad de conductas (acciones u omisiones).
- b) Unidad de sujeto activo.
- c) La pluralidad de adecuaciones típicas, que cada conducta configure en forma independiente un punible, que se adecúe cada una a un tipo, ya sean diferentes tipos o el mismo.
- d) Que estos delitos sean o puedan ser juzgados dentro de un mismo proceso, dada su conexidad.

Este concurso de delitos es la regla general, en caso de existir una pluralidad de conductas. Por regla general, cada delito deberá corresponder a una conducta y, por tanto, ante varias conductas, han de existir varias adecuaciones típicas.

En materia disciplinaria, el numeral 2 del artículo 47 del Código Único Disciplinario contempla tanto el

concurso real o de conductas, como el concurso ideal o de tipos, y ya que no se encuentra disposición que desarrolle en forma diversa el tema, y teniendo en cuenta el principio de integración normativa que remite, en cuanto a llenar los vacíos, a la norma penal y la naturaleza misma de las conductas disciplinables, se da cabida al tratamiento dogmático idéntico en el concurso de conductas y de tipos.

Antijuricidad

La antijuricidad es un concepto que tuvo origen dentro de la teoría general del derecho. Cuando se habla de antijuricidad o antijuridicidad se entiende, en primera instancia, la contrariedad con el ordenamiento jurídico, con el Derecho. Existe, por tanto, antijuricidad en todas las ramas del derecho. Posteriormente, este concepto fue implementado en el derecho penal. En esta materia, se atribuye a FRANZ VON LISZT la inclusión de la antijuricidad como característica del delito, así como la diferenciación entre antijuricidad formal y antijuricidad material, mostrando como complementario de la contrariedad con el derecho, la lesión al bien jurídicamente protegido por la ley penal.

En materia penal, la antijuricidad, se concreta materialmente en la lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídicamente tutelado por la ley penal y la ausencia de causales de justificación. Así, no resulta suficiente que la conducta realice la descripción

típica del punible, esto es que sea formalmente antijurídica, sino que además debe ser materialmente antijurídica, lesionando o poniendo en peligro efectivo el bien jurídico, el objeto jurídico que inspira la protección estatal mediante el ejercicio del *ius puniendi*. En materia penal la antijuricidad se puede concretar como un desvalor respecto del resultado lesivo de la conducta

En materia disciplinaria funciona de igual manera, la antijuricidad material se concreta en la lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídico protegido por la norma disciplinaria, así vemos como en el Código Único Disciplinario, en el que el objeto genérico de protección es la función pública, se dispone:

*Artículo 5°. Ilicitud sustancial.
La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.*

O en el régimen disciplinario del abogado, donde se protege el interés público de la administración de justicia, se corrobora la antijuricidad con la afectación de los deberes propios del correcto ejercicio de la profesión.

Artículo 4°. Antijuridicidad. Un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte, sin justificación, alguno de los deberes consagrados en el presente código.

Causales de justificación

Como ya lo anotamos, consideramos la antijuricidad como un desvalor referente al resultado, entendido como la lesión o puesta en efectivo peligro del bien jurídico penalmente tutelado. Consecuentemente, en nuestro planteamiento las causas de justificación han de hacer referencia a aquellos factores que tienen la potencialidad de excluir la antijuricidad de la conducta típica y que indiquen la inexistencia o irrelevancia de la lesión o puesta en peligro, o que puedan dar un valor jurídico a la lesión o puesta en peligro efectiva que ha sufrido un bien digno de protección jurídica mediante el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Las características para identificar las causales de justificación son:

- Su naturaleza enteramente jurídica, esto es que su soporte debe venir del derecho mismo, de todo el ordenamiento jurídico.
- El efecto jurídico de justificación, consistente en dar valor jurídico a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado, o el de tornar en irrelevante el resultado lesivo de la lesión.

Culpabilidad

En materia penal, la culpabilidad es el reproche al autor por la proyección y alcance jurídico de su conducta, reproche que será la base de la declaración de responsabilidad, soporte de la responsabilidad y por

tanto de la imposición de una sanción, de ser del caso.

Dentro del desarrollo de la culpabilidad como categoría dogmática del delito, ha de hacerse referencia a su tránsito desde una concepción psicológica de la culpabilidad hasta las concepciones normativas, hoy imperantes.

Para la denominada *teoría psicológica de la culpabilidad*, culpabilidad es la conexión del hecho con la subjetividad del autor. Hay culpabilidad cuando el sujeto conoce y quiere la producción del resultado (dolo) o cuando éste le es previsible (imprudencia). Esta concepción era propia de la sistemática causalista clásica, según la cual la culpabilidad constituía la faz subjetiva del delito, en contraposición al injusto objetivo.

Podemos decir que la culpabilidad es la ejecución del hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de una operación mental en la que intervinieron consciente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad, conociendo o estando en la posibilidad y deber de conocer de la antijuricidad de su conducta, y teniendo la probabilidad y obligación de haber actuado en forma distinta, conforme a derecho.

En nuestro régimen, la culpabilidad, como categoría dogmática del concepto jurídico del delito, es un juicio de reproche del injusto.

Reproche que se concreta en el hecho de haber incurrido en un injusto, teniendo capacidad de determinación, conocimiento de la antijuricidad de su conducta y el deber jurídico de haber actuado en forma distinta. En otras palabras, es el juicio de reproche que se le hace a una persona que libre y conscientemente realizó el injusto penal.

Derivado de lo anterior, se entiende la imputabilidad como la capacidad de ser culpable, capacidad de comprensión de la ilicitud de la conducta y de determinación. Concebimos la imputabilidad como requisito previo a la culpabilidad, pues sin ella no tiene objeto la realización del reproche. La culpabilidad se integrará entonces por dos elementos: la conciencia de antijuricidad de la conducta y la exigibilidad de otra conducta, determinada por la posibilidad real y el deber jurídico de haber actuado en forma distinta, respetando el derecho.

En materia disciplinaria, el Código Único Disciplinario muestra una inclinación por una culpabilidad derivada de una tendencia psicológica, entendida como el ligamen psicológico del autor con la conducta:

Artículo 13. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa

En el Código Disciplinario del Abogado, la mención resulta más

abstracta:

Artículo 5°. Culpabilidad. En materia disciplinaria sólo se podrá imponer sanción por faltas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, teniendo en cuenta las causales de ausencia de responsabilidad disciplinaria, que son, entre otras, el error de prohibición, la coacción ajena o el miedo insuperable y la misma imputabilidad -causales que hacen referencia tácita a los elementos que han de excluirse para determinar la ausencia de responsabilidad, tales como la conciencia de antijuricidad, exigibilidad de la conducta y la imputabilidad-, puede colegirse la necesidad de una concepción culpabilista de índole normativa, como la actualmente imperante en materia penal.

Por lo tanto, podemos afirmar que en materia disciplinaria la culpabilidad no es psicológica, como se colegiría de la lectura improvisada del artículo 13 del Código Único Disciplinario, que nos remitiría al tema del dolo y la culpa, sino que al igual que en materia penal, la culpabilidad será sustancialmente el reproche al actor por su conducta ilícita, a pesar de su capacidad de determinación y la posibilidad y deber jurídico de actuar conforme a derecho.

Imputabilidad

Se dice que es imputable el sujeto que tiene capacidad de ser culpable,

estando determinada esta cualidad por unas condiciones mínimas que le permiten motivar sus actuaciones, conforme a las exigencias del derecho.

Concebimos la imputabilidad como un requisito previo para abordar el juicio de culpabilidad, aceptando que la imputabilidad es la capacidad de un sujeto para ser culpable, ya que sin ella no nos es dable entrar a reprochar ningún injusto.

En materia disciplinaria se comparte la esencia de este concepto, a pesar de consignar la inimputabilidad como una causal de ausencia de responsabilidad.

La imputabilidad se excluye por la falta de comprensión de la ilicitud o de posible determinación, en el caso concreto, situación que puede ser ocasionada, genéricamente, por inmadurez psicológica, trastornos mentales, diversidad cultural y situaciones similares. En materia disciplinaria no se concibe la inmadurez psicológica, por cuanto el individuo disciplinable, dadas sus calidades especiales de sujeción, de relación con el Estado, se supone que tiene una madurez de tal tipo que le permite “obligarse” con el Estado, haciéndose sujeto de deberes funcionales y, por consiguiente, de derecho disciplinario.

Conciencia de antijuricidad

La conciencia de antijuricidad es un elemento del reproche jurídico, esencia

de la culpabilidad, desprendido del principio de culpabilidad, que parte del presupuesto de que quien no comprende la prohibición de la conducta, no puede motivarse según la norma; cuestión que elimina la culpabilidad y de paso, el delito.

Este elemento, conciencia de antijuricidad, se excluye por la concurrencia de una situación en la que el sujeto, pese a poseer la capacidad de comprender, tiene una percepción discrepante la realidad, que soporta una creencia de juridicidad de su conducta. Esto es lo que doctrinariamente se conoce como error de prohibición, que para efectos de excluir la culpabilidad ha de ser invencible.

Exigibilidad de la conducta

Mientras el conocimiento de antijuricidad es el fundamento del reproche, la exigibilidad es el reproche mismo; “poder reprochar es poder exigir un comportamiento acorde con el mandato normativo”.

Derivado de lo anterior, la inculpabilidad se puede fundamentar en la falta de normalidad y de libertad en el comportamiento del sujeto activo, que impidan la exigencia, configurándose así en situaciones en las que el sujeto se ve forzado a la realización de un injusto, bien sea por la imposibilidad material de actuar en otra forma, o bien por la concurrencia de una situación de hecho en la que la determinación del sujeto pasa a un

segundo plano, desplazada por fuerza de necesidad.

Así las cosas, la exigibilidad comprende la imposibilidad del autor para realizar una conducta diferente por no poder hacer prevalecer su determinación en el caso concreto, a pesar de la conciencia de antijuricidad.

Eximentes de culpabilidad

Al ser la culpabilidad el reproche a quien teniendo la capacidad de comprensión de la ilicitud de sus conductas, y que en el caso concreto tiene el conocimiento de esta antijuricidad o cuando menos la oportunidad razonable de actualizarlo, por el hecho de no haberse determinado conforme a esta comprensión teniendo la facultad de dominar sus comportamiento, sin que concurren situaciones particulares de fuerza, con la potencialidad de coartar la determinación del sujeto que en condiciones normales no hubiera optado por la realización del injusto.

Podemos deducir que las causales de exigibilidad deben en esencia tener los siguientes requisitos:

1. Situación fáctica. La naturaleza del eximente ha de ser de hecho, es decir, no jurídica; debe tratarse de un factor no proveniente del derecho, sino de una situación fáctica, que desencadene en la anulación de comprensión o de la determinación del sujeto activo del injusto.

2. La potencialidad de excluir contundente y razonablemente la capacidad de comprensión de la ilicitud o la facultad de determinación del sujeto activo de la conducta, conforme con dicha comprensión.

En otros términos, no es culpable el individuo que en el caso concreto no es motivable por la norma jurídica. Tal situación se presenta cuando el sujeto no posee alternativas de acción o cuando su determinación no puede primar, por factores que alteran la regularidad de su esfera de decisión, forzándolo a proyectar una conducta contraria a su normal comprensión o determinación.

Lista de Referencias

- CORTINA, Adela. El paradigma ético del estado contemporáneo, en la corrupción al descubierto. Ministerio de Gobierno, 1994.
- ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. s.l., s.n., s.f.
- ALIMENA, Bernardino. Note filosofiche di un criminalista. Modena, 1911.
- BERNER, Albert Friedrich. En su manual de derecho penal. s.l., s.n., 1857.
- CANEVALE, Manuel. Diritto Criminale. Roma, s.n., 1932.
- CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal. Bogotá: Temis, 1978.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de mayo de 1988, M. P. Hernán Guillermo Aldana Duque.
- _____. Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de julio de 1987, M. R. Gaspar Caballero Sierra.
- _____. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de Julio de 1987. M. P.: Gaspar Caballero Sierra.
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA .Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia del 3 de noviembre de 1994, M. P. Miryam Donato de Montoya.
- _____. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia del 16 de noviembre de 1992, M. R. Edgardo José Maya Villazón.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1112 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- _____. Sentencia C-1161 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- _____. Sentencia C-124 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- _____. Sentencia C-155 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- _____. Sentencia C-404 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____. Sentencia C-427 de 29 de septiembre de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.
- _____. Sentencia C-818 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- _____. Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____. Sentencia Constitucional No. T-438/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. Sentencia del 22 de Mayo de 1997, M.P. Rómulo González Trujillo.
- _____. Sentencia del 24 de 1997. M.P. Edgardo José Maya Villazón.
- _____. Sentencia T-438 de 1992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. Sentencia T-242 de 1999. M.P. Martha Sáchica de Moncaleano.
- _____. Sentencia T-492 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- _____. Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002, M. R. Clara Inés V. Hernández.
- _____. Sentencia C-1161 del 6 de septiembre de 2000, M. R. Alejandro Martínez Caballero.
- _____. Sentencia C-386 del 22 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- _____. Sentencia C-417, del 4 de octubre de 1993, M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

- _____. Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993, M.R. José Gregorio Hernández Galindo.
- _____. Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____. Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001.
- _____. Sentencia T-1341 del 11 de diciembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____. Sentencia T-438 de 1 de julio de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 3 de mayo de 1954. M.P. Aníbal Cardoso Gaitán.
- _____. Sentencia del 7 de marzo de 1985. M.P. Manuel Gaona Cruz.
- _____. Sala de Casación Penal. Sentencia de 4 de octubre de 1993. M.P. Jorge Enrique Valencia.
- _____. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de marzo de 1991. M.P. Juan Manuel Torres Fresneda.
- _____. Sentencia de octubre 16 de 1992. M.P. Juan Manuel Torres Fresneda.
- DE PALMA DE TESO, Ángeles. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 1996.
- DIEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. 4 ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1985.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho penal fundamental. 2 ed. Vol II. Bogotá: Temis, 1989.
- _____. Derecho penal fundamental. Tomo I. Bogotá: Leyer.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2000.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JAKOBS, Günther. Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____. La imputación objetiva en derecho penal. (Manuel Cancio-Melia. Trad.). Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- _____. Sociedad, norma, persona, en una teoría de un derecho penal funcional. (Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijóo Sánchez. Trans.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- LEY 599 de 2000, Código Penal.
- LEY 734 de 2002, Nuevo Código Disciplinario Único.
- LEY 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.
- MEJÍA, Ossman. Código Disciplinario Único.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. s.l., s.n., s.f.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Bogotá: Temis, Bogotá, 1984.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Apartes de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Nuevo Código Disciplinario.

- _____. Circular N° 6 del 6 de agosto de 1997, Jaime Bernal Cuéllar.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario.
- REINHART, Maurach. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona. Ariel. 1962
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal*. Ediciones Librería Profesional. 7ª ed. Bogotá. 1980.
- ROBLES, G. El derecho como texto. Cuatro estudios de la teoría comunicacional del derecho. Madrid: Civitas 1998.
- RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. *Derecho administrativo disciplinario*. 2 ed. Bogotá: Librería del Profesional, 1989.
- ROJAS SERRA, Andrés. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 1974.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. (Francisco Muñoz Conde. Trad.). Madrid: Reus, 1981.
- _____. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito. Culpabilidad y responsabilidad*. 2 ed. (Luzon Peña, Diego-Manuel *et al.* Trad.). Madrid: Civitas, 1997.
- _____. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- SCHÜNEMANN, B. *Introducción al razonamiento sistemático en el derecho penal*. En: *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991.
- SERRANO ISAZA. *Derecho disciplinario*. s.l., s.n., s.f.
- SHEIFFERT, Helmut. *Introducción a la teoría de la ciencia*. Barcelona: Herder, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: s.n., 1992.
- SILVESTRONI, Mariano. *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *el funcionalismo en derecho penal*. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. *Manual de Derecho*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 1996.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 2 ed. Bogotá: Temis, 1995.
- VICEPROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Auto de única instancia* (5, dic., 2001), Carlos Arturo Gómez Pavajeau.
- _____. *Fallo de única instancia*. (23, ene., 2002). Carlos Arturo Gómez Pavajeau.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. (Jiménez de Asúa. Trad.). Madrid: s.n., 1914-1929.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 4 ed. s.l.: Santiago de Chile, 1993.
- YOUNES MORENO, Diego. *Derecho administrativo laboral*. 5 ed. Bogotá: Temis, 1994.