**Ilicitud sustancial e infracción del deber funcional**

De acuerdo con el artículo 5º de la ley 734 de 2002, la falta disciplinaria será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Esto quiere decir que no toda infracción a un deber funcional, por parte de un servidor público, constituye falta disciplinaria. Por el contrario, es indispensable que esta haya afectado materialmente el deber funcional protegido por la norma. Observemos lo que al respecto señala la doctrina y la jurisprudencia.

La doctrina extranjera señala que:

El derecho disciplinario considerará como faltas las conductas que atacan el buen funcionamiento del aparato administrativo, teniendo siempre en cuenta que este no es un fin en sí mismo sino un medio para conseguir el interés público, el buen servicio a los ciudadanos. De ahí que no todo incumplimiento de los deberes constituya una falta disciplinaria”.[[1]](#footnote-1)

Por su lado, la Procuraduría General de la Nación ha dicho que:

El límite de la potestad sancionadora, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se encuentra en la afectación o amenaza de afectación del servicio, de tal manera que si esta situación no se produce, no hay lugar a responsabilidad disciplinaria. Por ello, para determinar dicha responsabilidad no es suficiente verificar la infracción del reglamento, sino que se hace necesario valorar la afectación del servicio o la función pública asignada”[[2]](#footnote-2)

Esta postura ha sido uniforme en los fallos de la Procuraduría General de la Nación, a modo ilustrativo, traemos a colación el siguiente aparte:

La ley 734 de 2002 afianzó la naturaleza autónoma del derecho disciplinario, en una de sus disposiciones, tal vez la de más trascendencia para esa caracterización, el artículo 5, señala: “Ilicitud sustancial. La falta (sic- debió decir la conducta) será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.[[3]](#footnote-3)

Esa norma entroniza, para el derecho disciplinario, un principio básico que se materializa en una categoría, la de la ilicitud sustancial, que es precisamente la que permite distinguir al derecho disciplinario del derecho penal. En este último, el injusto viene conformado, tanto por el desvalor de acto como por el desvalor de resultado, y la antijuridicidad asume las modalidades de formal y material. En cambio, en derecho disciplinario el término preciso para caracterizar lo que sería el injusto penal lo es el ilícito disciplinario que se contrae a aquella conducta de un servidor público referida al 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 alguna de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

Lo ilícito disciplinario está referido a una conducta positiva o negativa que afecta de manera sustancial los deberes funcionales. El tinte, lo relevante, en el derecho disciplinario está en el desvalor de la conducta, en la infracción del deber, empero no en la infracción del deber por el deber mismo, esto es, no en lo ilícito formal, sino en el quebrantamiento sustancial del deber que se trasluce en oposición al cumplimiento de los fines del Estado.[[4]](#footnote-4)

La postura anteriormente expuesta, es la acogida actualmente por la doctrina y la jurisprudencia nacional, quedando superado el criterio sostenido por la Corte Constitucional en sentencia C-181 de 2002, donde se proponía una represión casi automática por el incumplimiento del deber, sin consultar la afectación real que haya sufrido el mismo en cada caso concreto. Posteriormente ha dado cuenta la Corte Constitucional que en “materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones”.[[5]](#footnote-5)

1. TRAYTER, Juan Manuel. Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos. Madrid. Marcial Pons. 1992. Pág. 24 [↑](#footnote-ref-1)
2. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Concepto No. 4098 del 2006. [↑](#footnote-ref-2)
3. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Decisión del 14 de septiembre de 2004. Rad. 001-107563. [↑](#footnote-ref-3)
4. A.A.V.V. GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos. *Lecciones de Derecho Disciplinario.* Volumen I. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Pp. 25 y 26. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 373 y C – 391 de 2002. Cfr. A.A.V.V. GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos. *Lecciones de Derecho Disciplinario.* Volumen I. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Públicos. Pp. 25 y 26. [↑](#footnote-ref-5)