

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO: UN ACERCAMIENTO DESDE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Sebastián Correa Arrubla¹

RESUMEN

El presente artículo sobre la constitucionalización del derecho disciplinario tiene el propósito de constatar la ocurrencia de este fenómeno en la interpretación del deber de los servidores públicos consagrado en el numeral seis (6) del artículo treinta y cuatro (34) del Código Disciplinario Único, relativo a la exigencia de comportarse con respeto en las relaciones interpersonales por razón del servicio. En ese orden de ideas, se realiza una revisión doctrinaria y jurisprudencial con énfasis en la definición del aludido proceso constitucional y el alcance del derecho humano a la libertad de expresión. A partir de lo anterior, se concluye que la referida garantía constitucional condiciona el contenido de la disposición disciplinaria en razón a la teoría de los discursos especialmente protegidos.

Palabras clave: Constitucionalización, Derecho disciplinario, Derecho a la libertad de expresión, Discursos especialmente protegidos, Tipicidad

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO. II. TIPICIDAD EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. III. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y

¹ Abogado de la Universidad de Antioquia. Apoyo profesional en la Oficina de Veeduría Disciplinaria de la Sede Medellín de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: sebastian.correa4@udea.edu.co. Artículo presentado para optar por el título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

DISCURSOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS. CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Constitución de 1991 inscribe a Colombia en la órbita del constitucionalismo moderno. En términos políticos y sociales significó la mayor convergencia democrática pluralista del país en la medida que propició una redefinición de las instituciones públicas y el papel de la ciudadanía.

En el ámbito jurídico la transformación no es de menor envergadura. En primer lugar, emulando la gesta europea de mitad del siglo XX, acondicionó la existente jerarquía sustrayendo el protagonismo de la ley y encumbrando a la Constitución como cimiento del entramado normativo. En segundo lugar, la Carta Fundamental formuló un denso catálogo de derechos ciudadanos y erigió un cúmulo de entidades e instrumentos encargados de su salvaguarda, lo que consolidó una renovación teleológica del Estado.

La intromisión de la Constitución en el desarrollo de las ramas clásicas del Derecho es innegable, como se evidencia en la función social de la propiedad y los derechos del consumidor. Sin embargo, esta influencia no es ajena a escenarios menos afamados.

El derecho disciplinario tiene una importancia capital en la vida social en tanto garantía del adecuado funcionamiento estatal. Con tal propósito enfoca su atención en el servidor público a quien demanda un comportamiento orientado al interés general a través de la imposición de un vasto régimen de deberes y obligaciones, sin negar con ello sus derechos como ciudadano.

En virtud de dicha amalgama, el derecho disciplinario asume de manera íntima el paradigma del constitucionalismo. Este artículo ahonda en esta relación a partir del examen del numeral seis (6) del artículo treinta y cuatro (34) del Código Disciplinario Único, relativo al deber de los servidores públicos de comportarse con respeto en las relaciones interpersonales por razón del servicio. Aunado a ello, a manera de prismático, emplea el derecho a la libertad de expresión desde la óptica nacional e internacional.

En tal contexto, indaga por la correcta interpretación de la referida disposición en consonancia con la construcción jurisprudencial y doctrinaria de esta garantía con la intención de acotar el mandato y, paralelamente, salvaguardar la libertad individual de su destinatario.

En ese orden de ideas, este escrito tiene como punto de partida el concepto de constitucionalización del derecho disciplinario desde la dogmática, es decir, prefiere un análisis a partir de la perspectiva de la ciencia del derecho sobre otras acepciones propias de las ciencias políticas y la historia. En consecuencia, ausculta los elementos constitutivos del fenómeno según criterios normativos.

En segundo lugar, el manuscrito desentraña el régimen disciplinario de los servidores públicos consagrado en el Código Disciplinario Único con el fin de describir la configuración de la falta disciplinaria asociada a la transgresión del deber de actuar con respeto. Debido a ello, revisa las particularidades de la principalística y tipificación en esta área del derecho.

Por último, a través de las nociones de bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad, el texto aborda el contenido del derecho humano a la libertad de expresión en sentido estricto en los términos del Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, destacando las garantías propias de los discursos especialmente protegidos y su aplicación en la jurisprudencia nacional de la Corte Constitucional.

Con base en lo anterior, concluye que la constitucionalización del derecho disciplinario exige una interpretación determinada de la disposición contenida en el numeral seis (6) del artículo treinta y cuatro (34) de la Ley 734 de 2002, a efectos de acompasar el poder sancionatorio del Estado con las garantías dimanadas de la jurisprudencia colombiana y los tratados y convenciones en derechos humanos relacionados con la libertad de expresión.

I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

La dogmática constitucional ha sido enfática en alertar el carácter polisémico de la expresión “constitucionalización”. Un punto de partida fundamental para abordar el término, siguiendo a Riccardo Guastini (2009), es la diferenciación entre este proceso y “la introducción de una primera Constitución escrita en un ordenamiento que carecía de ella con anterioridad” (p. 49). Tal distinción se apareja con el concepto formal y material de Estado constitucional descrito por Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2010) de la siguiente forma:

La distinción estriba en entender que no es un Estado constitucional aquél que cuenta con un texto que se autodenomina Constitución (concepto formal), sino el que cuenta con una Constitución en sentido propio (concepto material), es decir, fruto de la legitimidad democrática y que cuenta con instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional (p. 15).

En este orden de ideas, la ocurrencia del fenómeno de la constitucionalización no es un asunto nominal, derivado de la existencia de un texto intitulado Constitución, sino la concurrencia de una serie de elementos estructurales. Al respecto, Guastini (2009) elabora la siguiente definición:

[...] por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (p. 49).

Aunado a lo anterior, el autor italiano enlista siete “condiciones de constitucionalización” para evaluar si un ordenamiento jurídico está o no constitucionalizado. No obstante, aclara que ello no es una cuestión maniquea: por el contrario, admite múltiples grados. Por tanto, según cuáles y cuántos requisitos sean satisfechos, un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado (Guastini, 2009, p. 50).

Los criterios aludidos pueden agruparse en dos conjuntos. El primero, reúne los aspectos indispensables, es decir, aquellos cuya ausencia impide concebir la constitucionalización; tales son: la rigidez constitucional y la garantía jurisdiccional de la Constitución (Guastini, 2009, p. 50-52). Por su parte, el segundo grupo reúne condiciones complementarias que develan un mayor calado del texto constitucional en el ordenamiento jurídico, a saber: la fuerza vinculante de la Constitución, la sobreinterpretación de la misma, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación de las leyes conforme a la Constitución y la influencia de esta en las relaciones políticas (Guastini, 2009, p. 52-58).

La rigidez de una Constitución deviene de dos atributos: Por un lado, el carácter escrito o positivo, en oposición al derecho natural y al de origen consuetudinario. Por el otro, la jerarquía superior respecto a la legislación ordinaria, en el sentido que esta última solo puede intervenirla a través de un procedimiento especial y más complejo que el habitualmente empleado para expedir las leyes (Guastini, 2009, 50-51).

La garantía jurisdiccional de la Constitución supone la existencia de un órgano de esta naturaleza encargado de asegurar la conformidad de las leyes con dicho texto. De acuerdo con Guastini (2009, 51-52), este control admite múltiples expresiones según el momento en que sea ejercido (*a priori* o *a posteriori*) y el alcance con que se efectúe (*in abstracto* o *in concreto*).

La Constitución Política de Colombia de 1991 satisface ambos postulados: Es rígida en cuanto se asentó en la Gaceta Constitucional No 114 del 07 de julio de 1991 por parte de la Asamblea Nacional Constituyente. Al mismo tiempo, debido al trámite especial contemplado para su reforma delineado en su Título XIII “De la reforma de la Constitución”. Está garantizada en razón al artículo 241 que confía a la Corte Constitucional la guarda de su integridad y supremacía.

Los cinco elementos restantes formulados por el precitado dogmático italiano develan que la constitucionalización no es una materia que se limita a la deóntica jurídica, por el contrario, contiene lo que Carbonell y Sánchez (2011) denominan una dimensión ideológica:

La exposición anterior corrobora que esta “penetración” del derecho constitucional en el ordinario y en el proceso político no sólo implica la simple supremacía constitucional sino también, como afirma Schuppert y Bumke, “se relaciona con el desarrollo de las funciones constitucionales y con la *concepción constitucional* de los actores participantes”. Y así la constitucionalización adquiere una dimensión ideológica y no solo metodológica: la plena eficacia normativa de la Ley Fundamental requiere que tienda a ella la actuación de los poderes públicos –en especial los jurisdiccionales- y aun también de la de los particulares en tanto la Constitución busca regir la totalidad de la vida social y no sólo la actividad estatal; según la atinada fórmula de Konrad Hesse, ella necesita de una “voluntad por la Constitución (Wille zur Verfassung)”, un impulso cultural de buscar el máximo grado de su cumplimiento y la satisfacción de sus objetivos, por su reconocimiento como “factor de legitimidad política e integración social” (p. 38).

Al respecto, la tercera condición de constitucionalización, descrita como la fuerza vinculante de la Constitución, consiste en la difusión en la cultura jurídica “de la idea de que toda norma constitucional –independiente de su estructura o de su contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos” (Guastini, 2009, p. 53). Lo anterior exige que los operadores jurídicos asuman los principios generales y las disposiciones programáticas con el mismo rigor con el que aplican las reglas. Con relación a ello, Carbonell y Sánchez (2011) arguyen lo siguiente:

La idea de que la Constitucionalización no sólo contiene un mero programa político sino que su naturaleza es plenamente normativa y por ello rige en toda situación, tiene que resultar de pensar que intenta establecer en la realidad un orden de cosas que se estima deseable, su logro por lo mismo tiene carácter normativo; es decir que su contenido está dirigido a *determinados valores que se deben realizar* (p. 40).

Sobre este punto el jurista español Eduardo García de Enterría acentúa el valor normativo de la constitución a partir de dos argumentos: Primero, por fungir como “la primera de las ‘normas de producción’, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes” (García de Enterría, 1985, p. 299) puesto que define el sistema de fuentes formales del Derecho, lo que condiciona la validez de cualquier norma a su seguimiento. Segundo, debido a su carácter fundacional, aspecto que evoca su origen en el poder constituyente bajo la premisa de la cimentación de un sistema global con pretensión de permanencia, a diferencia de la normatividad ordinaria cuya finalidad se dirige a un objetivo concreto.

Por otra parte, la sobreinterpretación de la Constitución apunta a la postura adoptada por sus intérpretes con relación a la gestión de las lagunas normativas. En consecuencia, un ordenamiento jurídico adquiere un mayor grado de constitucionalización si privilegia la interpretación extensiva de las cláusulas constitucionales sobre la exegética o literal. En virtud de tal circunstancia, a partir del texto constitucional es posible extraer innumerables normas implícitas para regular cualquier aspecto de la vida social y política (Guastini, 2009, p. 53-55).

El quinto criterio tiene un vínculo estrecho con los dos anteriores en la medida que no es plausible sin su presencia. En concreto, amerita el abandono de la concepción liberal clásica de la función de la Constitución como límite al poder estatal y la ley como instrumento necesario para su concreción. Por el contrario, la aplicación directa de las normas constitucionales plantea que tales disposiciones tienen un alcance superior, al punto que moldean las relaciones sociales, y pueden ser aplicadas por los jueces de manera inmediata en cualquier controversia (Guastini, 2009, p. 55-56).

La interpretación de las leyes conforme a la Constitución tiene como premisa la ausencia de univocidad de cualquier texto normativo; en consecuencia, admite que cualquier disposición dimana múltiples significados como resultado del proceso interpretativo. Ante dicho panorama,

un ordenamiento jurídico constitucionalizado debe recurrir a la interpretación acorde o ajustada al mandato constitucional y, correlativamente, descartar las que lo controviertan (Guastini, 2009, p. 56-57). De forma similar plantea García de Enterría:

La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación —por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos— en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que trate (1985, p. 327).

Por último, Guastini (2009, p. 57-58) evoca la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas de cara a las competencias del juez constitucional y el comportamiento de los actores políticos. En el primer ámbito, destaca que la constitucionalización confiere al órgano jurisdiccional facultades para resolver conflictos de competencias entre entes del Estado y juzgar la legitimidad constitucional de las leyes. En segundo lugar, indica que la práctica política tiende a incorporar las disposiciones constitucionales en su discurso con el fin de justificar sus acciones y decisiones (Guastini, 2009, p. 57-58).

Con base en la caracterización expuesta es posible detallar las repercusiones de la constitucionalización del derecho, ellas permiten aseverar que tal es un fenómeno ineludible para el análisis de cualquier asunto de trascendencia jurídica. Por tanto, el ejercicio que pretende el presente texto tiene como derrotero la Constitución Política de 1991.

En concreto, en lo atinente al deber de los servidores públicos de comportarse con respeto en las relaciones interpersonales por razón del servicio, esta orientación conlleva una doble referencia. Por un lado, los fines esenciales del Estado, reseñados en el artículo segundo de la Carta, en cuanto sus agentes son artífices de la materialización de los mismos. Por el otro, los derechos fundamentales, ya que a pesar de su investidura los funcionarios gozan de un amplio catálogo de garantías, entre los que se destaca: dignidad humana (art. 2 C.N.), igualdad (art. 13 C.N.), libertad de expresión (art. 20 C.N.) y debido proceso (art. 29 C.N.).

II. TIPICIDAD EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

El poder punitivo del Estado no se encuentra asentado en un organismo. Por el contrario, actualmente está disgregado en las ramas del poder público: legislativa, ejecutiva, judicial; los organismos de control y jurisdiccionales; las entidades autónomas e, inclusive, en los particulares que ejercen funciones públicas (Riascos Gómez y Riascos Benavides, 2019, p. 31).

El derecho disciplinario es una manifestación de esta potestad sancionadora, al igual que el derecho penal, el derecho contravencional, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o *impeachment* (Corte Constitucional de Colombia, C-530, 2003). De acuerdo con la Corte Constitucional el mismo puede definirse como:

[...] la forma jurídica de regular el servicio público, entendido éste como la organización política y de servicio, y el comportamiento disciplinario del servidor público, estableciendo los derechos, deberes, obligaciones, mandatos, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, así como las sanciones y procedimientos, respecto de quienes ocupan cargos públicos (2012, C-030).

Por otro lado, desde un punto de vista teleológico, el derecho disciplinario:

[...] comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo (Corte Constitucional de Colombia, 1996, C-341).

En términos constitucionales el régimen disciplinario colombiano se soporta en el artículo sexto de la Constitución Política a través del cual se establece que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, al igual que los particulares, junto con dos causas adicionales: la omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, el artículo 124 de la Carta contempla que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. En razón a lo anterior, el Congreso

de la República expidió, por medio de la Ley 734 de 2002, el Código Disciplinario Único – C.D.U.-.

Posteriormente, a través de la Ley 1952 de 2019, el mismo órgano colegiado dio origen al Código General Disciplinario –C.G.D- con el fin de modernizar la legislación en la materia. Al respecto, destacan Libardo Orlando Riascos Gómez y Gisela Riascos Benavides (2019) lo siguiente:

Si bien el nuevo Código General Disciplinario o Ley 1952 de 2019 –en adelante C.G.D.-conserva la estructura general del derogado CDU, se nota un trabajo jurídico especializado en varios aspectos sustantivos, como el régimen de clasificación de las faltas y las sanciones disciplinarias, más acorde con la técnica legislativa moderna y en materias procesales disciplinarias: (i) el régimen probatorio; (ii) los recursos ordinarios y extraordinarios; (iii) las notificaciones; (iv) los impedimentos y recusaciones; y (v) los relativos a la nueva estructura del procedimiento único ordinario disciplinario de naturaleza mixta verbal y escriturario; entre otros (p. 119).

No obstante, el artículo 140 del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” prorrogó su entrada en vigencia hasta el 01 de julio de 2021. En ese orden de ideas, en la actualidad es imperativo abordar cualquier asunto del derecho disciplinario desde ambos códigos a efectos de precisar su contenido.

Uno de los elementos nucleares del régimen disciplinario es el concepto de falta disciplinaria. Según el artículo 23 del C.D.U y 26 del C.G.D., constituye falta disciplinaria la incursión en cualquier conducta o comportamiento que conlleve (1) incumplimiento de deberes, (2) extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, (3) prohibiciones y (4) violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin el amparo de una causal de exclusión de responsabilidad.

Esta conceptualización acarrea escenarios que no se agotan en un texto normativo sino que entremezclan disposiciones de diferente jerarquía, por ende, la conformación de la falta disciplinaria es el producto de conjugar el referido código con los preceptos específicos que rigen la labor del sujeto disciplinable. En ese sentido, Riascos Gómez y Riascos Benavides

(2019), siguiendo la sentencia C-417 de 1993 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), plantean lo siguiente:

Por todo lo anterior, las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación –ab initio en la Constitución- y corresponden a descripciones abstractas o indeterminadas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas –como tipos abiertos ya que esos comportamientos y aspectos funcionales están regulados en diferentes como diversas normas jurídicas-, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas (p. 171).

Si bien es palmaria su flexibilidad, la atribución de faltas disciplinarias no es un ejercicio discrecional. La jurisprudencia constitucional, a partir del derecho fundamental al debido proceso, ha estatuido como límite el principio de legalidad.

El principio de legalidad se sitúa en el segundo inciso del artículo 29 de la Constitución Política y es replicado en el artículo 4o del C.D.U. y C.G.D. Dimana de la fórmula: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” y se expresa a través de tres exigencias: ley previa (*lex previa*), ley escrita (*lex scripta*) y ley cierta (*lex certa*) (Riascos Gómez y Riascos Benavides, 2019, p. 49).

La garantía de ley previa es una materialización del principio de seguridad jurídica que impide la aplicación de la potestad sancionadora si no existe una norma que con antelación a la comisión de la conducta la califique como constitutiva de falta disciplinaria. En síntesis, supone la predeterminación de la falta y su correspondiente sanción (Consejo de Estado, 2012, sentencia 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738)).

Por su parte, la garantía de ley escrita es de carácter formal en cuanto ausulta la naturaleza o rango jerárquico de las normas que contienen la falta disciplinaria. A diferencia del derecho penal donde se requiere la reserva absoluta de ley, en el ámbito disciplinario basta la cobertura

legal, por tanto, se admite la intervención del reglamento mientras que la labor del legislador se circunscribe a:

[...] delimitar el sujeto activo (el quien puede imponer el castigo), el sujeto pasivo (sobre quien recae) y el verbo rector (la conducta que se considera contraria a la legalidad administrativa), quedando a la norma administrativa los elementos denominados por los penalistas normativos y descriptivos (Consejo de Estado, 2012, sentencia 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738)).

Por último, la garantía de ley cierta se refiere al contenido de la falta disciplinaria la cual debe ser lo suficientemente clara y precisa para que su destinatario comprenda el alcance de la misma. Este grado de precisión según la jurisprudencia amerita lo siguiente:

De acuerdo con el criterio doctrinal y jurisprudencial de mayor aceptación, el concepto de precisión implica que son varios los criterios reguladores en la valoración normativa de la falta: (i) el grado de culpabilidad del agente (si actuó con dolo o culpa); (ii) la gravedad o levedad de su conducta (si por su naturaleza debe ser calificada como leve, grave o gravísima); y (iii) la graduación de la respectiva sanción (mínima, media o máxima según la intensidad del comportamiento). En la medida en que el precepto que contiene la conducta jurídicamente reprochable no permita definir tales aspectos, el mismo resulta contrario al principio de tipicidad y proporcionalidad y, por tanto, es a todas luces inconstitucional. (Corte Constitucional, 2004, C-796).

Este último componente del principio de legalidad tiene una íntima relación con el principio de tipicidad, el cual se orienta a reducir al máximo la discrecionalidad de la administración en el ejercicio del poder sancionatorio por medio de la determinación de las conductas sancionables. En ese orden de ideas, tal se satisface cuando:

la conducta aunque no plenamente determinada en la disposición que la describe, resulta determinable a partir de otras disposiciones que integran el ordenamiento jurídico; en ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha aceptado la existencia de tipos sancionatorios en blanco, siempre y cuando se garanticen el mínimo de determinación razonable en cada situación (Riascos Gómez y Riascos Benavides, 2019, p. 49).

Lo anterior da cuenta de una particularidad de la deontica del derecho disciplinario relativa al uso de tipos en blanco, los cuales, a su vez, son acompañados de tipos abiertos y conceptos jurídicos indeterminados. Estas técnicas regulatorias responden a “la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los

sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que producen frente a la comunidad” (Corte Constitucional, 2005, C-818).

Los conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo con la Corte Constitucional son “aquellos conceptos de valor o de la experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares y las autoridades públicas.” (Corte Constitucional, 2012, C-030). Estos, conforme con la doctrina constitucional, precisan para su concreción el apoyo de otras normas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos o de otra índole (Corte Constitucional, 2003, C-530).

Por otro lado, los tipos abiertos y tipos en blanco han sido tratados de manera indistinta por la doctrina constitucional. Verbigracia, la Corte Constitucional los describe como:

una regulación genérica con una textura normativa abierta, que por tanto requiere de un complemento normativo para su interpretación y aplicación, y en consecuencia remite, para su determinación en concreto, a aquellas normas que consagren en concreto los deberes, obligaciones, mandatos o prohibiciones para los diferentes servidores públicos (2012, C-030).

No obstante, el Consejo de Estado ha realizado una distinción en el siguiente sentido:

No obstante, la doctrina distingue los tipos en blanco de los abiertos, para señalar que los primeros requieren de un suplemento normativo para completar su alcance, mientras que los segundos se pueden delimitar así «El tipo abierto, como lo ha definido su creador, es aquel en el cual el legislador no ha determinado de manera completa la materia de la prohibición, correspondiéndole cerrarlo al juez: “la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”, afirma Hans Welzel». Es así como los tipos en blanco se han incluido en la clasificación de tipos según su estructura formal, mientras que los abiertos ingresan en la división según su contenido (Consejo de Estado, 2018, sentencia 110010325000201300296 00 (0644-2013)).

El numeral seis (6) del artículo treinta y cuatro (34) del Código Disciplinario Único, al igual que su equivalente el numeral siete (7) del artículo treinta y ocho (38) del Código General Disciplinario, ilustran esta práctica legislativa de la siguiente manera:

Deberes. Son deberes de todo servidor público:

Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio.

Esta enunciación no puntualiza el contenido de las expresiones “respeto”, “imparcialidad” y “rectitud”, en consecuencia, descarga en el operador jurídico su afianzamiento. Desde el punto de vista del disciplinado, tal encargo dificulta la construcción de una estrategia de defensa debido a que no hay una delimitación explícita del comportamiento demandado. En ese sentido, la disposición en comento fue objeto de acción pública de inconstitucionalidad por parte del ciudadano Silvio San Martín Quiñones Ramos quien afirmó que la misma carecía de parámetros objetivos para su medición.

En respuesta a lo anterior, la Corte Constitucional evaluó la constitucionalidad de las expresiones demandadas en la sentencia C-030 de 2012 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva). Allí explicó lo siguiente:

En efecto, las expresiones acusadas en esta oportunidad, contenidas en los numerales 2 y 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, prevén obligaciones y prohibiciones generales que al momento de ser aplicadas deben ser valoradas e interpretadas por el operador disciplinario de manera sistemática con otras normas que prevean los deberes, obligaciones y funciones de los servidores públicos, en la Constitución, en la ley o en el reglamento. En este sentido, es claro para la Sala que las disposiciones demandadas se deben valorar, interpretar y complementar, sistemática y armónicamente tanto con los postulados constitucionales contenidos en los artículos 1º, 2º, 6º, 122, 123, 124, 125, 150-2 y 209 Superiores, con el resto de disposiciones disciplinarias contenidas en la Ley 734 de 2002, y con otras disposiciones legales y reglamentarias que en concreto regulen los deberes y funciones de los servidores públicos (Corte Constitucional, 2012, C-030).

Con base en lo anterior, se colige que la precisión del contenido del deber de respeto de los servidores públicos conlleva una revisión del ámbito regulatorio concreto de cada funcionario público acotado a lo largo del ordenamiento jurídico colombiano.

III. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

La persona que asume un cargo público voluntariamente se somete a un régimen que moldea su conducta para salvaguardar la función pública. En los términos del artículo 22 del Código Disciplinario Único, las restricciones de la normatividad disciplinaria se dirigen a la garantía de los valores de la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia.

Si bien los propósitos descritos son loables, el servidor público no trasmuta de ciudadano a instrumento del poder público, por consiguiente, conserva su carácter de sujeto de derechos. En ese sentido, es posible la ocurrencia de una colisión entre un deber funcional derivado de la relación de especial sujeción con el Estado y el ejercicio de una garantía de rango constitucional (Daza Pérez & Roa Salguero, 2017, p. 13).

Dicho escenario requiere discernir si la conducta del servidor público constituye falta disciplinaria o, por el contrario, se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico (Daza Pérez & Roa Salguero, 2017, p. 23-24). Así, en lo atinente al deber de comportarse con respeto en las relaciones interpersonales por razón del servicio, contenido en el numeral seis (6) del artículo treinta y cuatro (34) del Código Disciplinario Único, es imperativo desentrañar el alcance del derecho a la libertad de expresión.

El artículo 20 de la Constitución Política consagra lo siguiente:

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Adicionalmente, conforme con los artículos 93 y 94 de dicho código, el examen del derecho a la libertad de expresión implica la remisión a tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Corte Constitucional, 2007, T-391).

Esta advertencia tiene una relevancia mayor a la luz del exhorto reseñado por Carlos Arturo Gómez Pavajeau (2018) sobre la aplicación del control de convencionalidad en asuntos disciplinarios en los siguientes términos:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido construyendo una sólida jurisprudencia en torno a lo que se ha dado a llamar ‘control de convencionalidad’. Según el control de convencionalidad, dice la Corte, todas las autoridades de un Estado nacional que haya suscrito ese tratado internacional, pero especialmente las autoridades judiciales tienen, cada vez que vayan a aplicar una norma, que confrontarla con el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, para establecer su compatibilidad o incompatibilidad, toda vez que si resulta negativa a sus estándares de garantías, el Estado nacional a través de autoridades judiciales estaría incumpliendo el Convenio Americano de Derechos Humanos, si no hace los ajustes interpretativos necesarios para sacar adelante una interpretación y aplicación *pro homine* de las normas (p. 198-199).

La Corte Constitucional ha establecido que la libertad de expresión constituye una categoría genérica que agrupa un conjunto de once derechos y libertades (Corte Constitucional, 2007, T-391). Entre tales se sitúa la libertad de opinión o libertad de expresión en sentido estricto, la cual se refiere a “la libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones e ideas, sin limitación de fronteras y por cualquier medio de expresión” (Corte Constitucional, 2016, T-546).

Esta prerrogativa reviste una doble dimensión: individual y colectiva. La primera, con relación a quien se expresa o informa:

[...] comprende no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento, no se agota por lo tanto en el reconocimiento del derecho a hablar o escribir, sino que va ligada al derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Al ser la expresión y el medio de difusión de dicha expresión, indivisibles, las restricciones sobre las posibilidades de divulgación constituyen, igualmente, una limitación de la libertad de expresión. Igualmente esta libertad también abarca el derecho a escoger la forma y el tono que se prefieran para expresar las ideas, pensamientos, opiniones e informaciones propias (Corte Constitucional, 2011, C-442).

La segunda, frente a los receptores del mensaje que se difunde, implica:

[...] ‘un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno’, o ‘el derecho de todas [las personas] a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia’ (Corte Constitucional, 2015, T-015).

La libertad de opinión, en principio, cobija a todos los discursos independientemente de su contenido y nivel de aceptación social y estatal (Corte Constitucional, 2015, T-312), por tanto, se extiende a aquellos pronunciamientos considerados favorables o inofensivos, pero también a aquellas expresiones “inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias” (Corte Constitucional, 2007, T-391).

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha distinguido ámbitos en los cuales esta presunción es derrotada, verbigracia, los denominados “discursos de odio” (Corte Constitucional, 2007, T-391); y escenarios donde, por su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia, su carácter de medio de control ciudadano o como condición necesaria para el ejercicio de otros derechos, la protección es reforzada (Corte Constitucional, 2015, T-312).

Al respecto, Duarte Martínez y Roa Salguero (2019) formulan la siguiente clasificación:

Discursos especialmente protegidos: aquellos que versan sobre asuntos políticos o de interés público, sobre los funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias o de candidatos a ocupar cargos de elección popular, y los que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad personales, o que en todo caso constituyan temas relevantes para el régimen democrático.

Discursos neutros: los de tipo propagandísticos, como la publicidad comercial o empresarial, y en general los discursos relacionados con aspectos de contenido individual, o con un interés restringido a un grupo particular de personas.

Discursos no protegidos por la libertad de expresión: son la apología al odio que incite a la violencia, la propaganda de guerra, la pornografía infantil y la incitación directa u pública al genocidio (p. 58-59).

Los discursos especialmente protegidos, conforme con el Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009), se subdividen en tres grupos. En primer lugar, los discursos políticos y sobre asuntos de interés público, los cuales comprenden aquellos de contenido electoral, las expresiones relacionadas con el gobierno y las críticas al Estado (Corte Constitucional, 2016, T-546).

En segundo lugar, los discursos sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y candidatos a ocupar cargos públicos, en razón a que estos:

[...] tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública. En efecto, debido a su condición—que implica una mayor influencia social y mayor facilidad de acceso a los medios de comunicación—éstos tienen más posibilidades de dar explicaciones o responder a los cuestionamientos o las críticas que se les formulen (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 13-14).

Por último, los discursos que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad de las personas, entre los que se inserta: el uso de la lengua de grupos étnicos o minoritarios, el discurso religioso y aquellos que expresan la orientación sexual y la identidad de género (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 19-20).

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha elevado a esta categoría los discursos que constituyen en sí mismos ejercicios de otros derechos, a saber:

(a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la exposición de convicciones y la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social (Corte Constitucional, 2007, T-391).

Por otro lado, los discursos de odio, de acuerdo con Duarte Martínez y Roa Salguero (2019),

[...] puede definirse desde su intención o desde su objetivo. Desde su intención se identifican como ‘aquel diseñado para intimidar, oprimir o incitar al odio o a la violencia’, desde lo segundo se signa como el que es ‘dirigido directamente contra una persona o un grupo y estar basado en características como la raza, la religión, la nacionalidad, el género, la orientación sexual, una discapacidad, u otra característica grupal’ (p. 84).

En razón a las tipologías expuestas, la aplicación con fines sancionatorios del numeral seis (6) del artículo treinta y cuatro (34) del Código Disciplinario Único está proscrita cuando las expresiones del servidor público se amparan en la presunción general de libertad de opinión o en alguna especie de discurso especialmente protegido. Paralelamente, esta garantía es inadmisibles en los casos que tales pronunciamientos se enmarquen en un discurso de odio.

CONCLUSIÓN

La constitucionalización del derecho colombiano demanda la revisión de cualquier asunto de naturaleza jurídica bajo el prisma de la Constitución Política de 1991. Ello implica la interpretación de los instrumentos normativos a partir de sus definiciones, garantías y reglas.

En el ámbito del derecho disciplinario esta circunstancia acentúa los derechos conferidos a los servidores públicos como límite a la configuración de faltas disciplinarias. En ese sentido, respecto al deber consagrado en el numeral seis (6) del artículo treinta y cuatro (34) del Código Disciplinario Único, relativo a la exigencia de comportarse con respeto en las relaciones interpersonales por razón del servicio, es ineludible considerar el alcance de la libertad de expresión.

Con base en lo anterior, no es admisible atribuir consecuencias disciplinarias al servidor público que se expresa en el marco de un discurso especialmente protegido. A su vez, dicha prerrogativa es insostenible cuando tales pronunciamientos corresponden a un discurso de odio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carbonell Sánchez, M. & Sánchez Gil, R. A. (2011) *¿Qué es la constitucionalización del derecho?* Quid Iuris. Vol. 15, 33-55. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17397/15605>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2009) *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/>

Congreso de la República de Colombia (05 de febrero de 2002). Ley 734. Código Disciplinario Único. Diario Oficial N° 44.708. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.htm

Congreso de la República de Colombia (28 de enero de 2019). Ley 1952. Código General Disciplinario. Diario Oficial N° 50.850. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1952_2019.html

Consejo de Estado, Sección Tercera (22 de octubre de 2012) Sentencia 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738). (CP Enrique Gil Botero). Recuperado de: <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-418388046>

Consejo de Estado, Sección Segunda (08 de febrero de 2018) Sentencia 110010325000201300296 00 (0644-2013) (CP William Hernández Gómez). Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_6b5713883a1f4d3b962c77845efed4a7

Corte Constitucional de Colombia (05 de agosto de 1996). Sentencia C-341 (MP Antonio Barrera Carbonell). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-341-96.htm>

Corte Constitucional de Colombia (30 de julio de 2003). Sentencia C-530 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-530-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia (24 de agosto de 2004). Sentencia C-796 (MP Rodrigo Escobar Gil). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-796-04.htm>

Corte Constitucional de Colombia (09 de agosto de 2005). Sentencia C-818 (MP Rodrigo Escobar Gil). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>

Corte Constitucional de Colombia (22 de mayo de 2007). Sentencia T-391 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm>

Corte Constitucional de Colombia (25 de mayo de 2011). Sentencia C-442 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-442-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia (01 de febrero de 2012). Sentencia C-030 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-030-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia (19 de enero de 2015). Sentencia T-015 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-030-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia (22 de mayo de 2015). Sentencia T-312 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-312-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia (11 de octubre de 2016). Sentencia T-546 (MP Jorge Iván Palacio Palacio). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-015-15.htm>

Daza Pérez, M.F. & Roa Salguero, D.A. (2017). *Deber funcional y libertad de expresión en redes sociales: Un diálogo sobre la responsabilidad del servidor público*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Duarte Martínez, C.A. & Roa Salguero, D.A. (2019) *Garantías convencionales en el derecho disciplinario*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

García de Enterría, E. (1985) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (3ª ed). Madrid: Civitas.

Gómez Pavajeau, C.A. (2018). *La lucha por los derechos en el Derecho disciplinario* (2ª ed). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guastini, R. (2009) *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. En: Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo(s)* (4ª ed). Madrid: Editorial Trotta.

Riascos Gómez, L.O. & Riascos Benavidez G. (2019) *El derecho disciplinario sustantivo y procesal en la ley 1952 de 2019*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Viciano Pastor, R. & Martínez Dalmau, R. (2010) *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En: Corte Constitucional de Ecuador. *Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina* (1ª ed) Quito: Corte Constitucional de Ecuador.