

Constitucionalidad del derecho a la defensa técnica en el procedimiento ordinario del código disciplinario único

Constitutionality of the right to technical defense in the ordinary procedure of the single disciplinary code

David de Jesús Aníbal Guerra¹

Claudia Llinás Torres²

Helmuth Efen Castiblanco Mandón³

Como citar y referenciar: Anibal, D; Llinás, C & Castiblanco, H. (2019). Constitucionalidad del derecho a la defensa técnica en el procedimiento ordinario del código disciplinario único. En Rodríguez-Serpa, F. (Ed). *Dialéctica constitucional* (pp.123-148), Barranquilla, Colombia. Universidad Simón Bolívar

- 1 Abogado, Egresado de la Universidad Simón Bolívar; Especialista en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública; Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de Henares; Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Belloso Chacín; Profesor Investigador Asociado de la Universidad Simón Bolívar y de la Universidad del Atlántico. danibal@unisimonbolivar.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-1671-8469>.
- 2 Abogada Conciliadora, Egresada de la Universidad del Atlántico; Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar; Candidata a Doctora en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar; Profesora Investigadora Asociado de la Universidad Simón Bolívar. cclinias5@unisimonbolivar.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-2710-4358>.
- 3 Comunicador Social – periodista; estudiante del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar. helmut.castiblanco@unisimonbolivar.edu.co, ORCID 0000-0002-1758-0502

RESUMEN

La presente obra se deriva de la tesis de grado denominada: Perspectiva constitucional del derecho a la defensa técnica en el procedimiento ordinario de la Ley 734 de 2002. El objetivo general perseguido con la investigación fue el de: Analizar la constitucionalidad desde el derecho internacional de los derechos humanos del derecho a la defensa técnica en el marco del procedimiento ordinario de la Ley 734 de 2002. Metodológicamente, la investigación se desarrolló a través del empleo del paradigma hermenéutico, el enfoque cualitativo, el método inductivo y la tradición de la teoría fundamentada. Las técnicas de recolección de la data empleadas fueron la observación y el análisis de contenido. El presente capítulo desarrolla uno de los objetivos específicos de la investigación que puntualiza en la constitucionalidad del derecho a la defensa técnica en el procedimiento ordinario dentro del ámbito del código disciplinario único.

Palabras clave: bloque de constitucionalidad, Corte constitucional, derechos humanos, jurisprudencia, seguridad jurídica.

ABSTRACT

This work is derived from the thesis of degree called: constitutional perspective of the right to *technical* defense in the ordinary procedure of law 734 of 2002. The general objective pursued with the investigation was to: Analyze the constitutionality from international human rights law of the right to *technical* defense in the *framework* of the ordinary procedure of the law 734 of 2002. Methodologically, the investigation was developed through the use of the hermeneutical paradigm, the qualitative approach, the inductive method and the tradition of the grounded theory. The data collection techniques used were observation and content analysis. This chapter develops one of the specific objectives of the investigation that points out the constitutionality of the right to *technical* defense in the ordinary procedure within the scope of the single disciplinary code

Keywords: constitutionality block, Constitutional court, human rights, jurisprudence, legal security.

INTRODUCCIÓN

El derecho disciplinario es una rama del derecho público, cuyo objeto es asegurar la obediencia, la disciplina, el comportamiento ético, la moralidad, la eficiencia de los servidores públicos, la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la Función Pública con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo del Estado. Para ello, el ordenamiento jurídico cuenta con una serie de normas que permiten lograr tal cometido, como es el caso de la Ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único-, la cual se mostró como una gran novedad frente a las anteriores leyes que regulaban este campo.

Con esta ley, se erradica en el campo del derecho disciplinario la responsabilidad objetiva, así como, se detallan con más precisión las faltas en que podría incurrir un servidor público con ocasión a las funciones que su cargo le radica. A su vez, emplea los procedimientos que en virtud de ella se garantizarían para el sujeto disciplinable en las distintas etapas procesales.

Sobre este punto, bajo el procedimiento ordinario que establece la Ley 734 de 2002, se permite que el sujeto disciplinable cuente como en cualquier otro proceso, de un defensor escogido a su libre arbitrio y, a partir de la formulación del pliego de cargos, en caso de no tenerlo, se le designaría un defensor público a cargo de la defensoría del pueblo con el fin de garantizar las garantías judiciales del procesado. Sin perjuicio de lo anterior, la citada ley dejó un vacío que hoy en día es de notable preocupación por servidores públicos que están siendo investigados, así como de aquellos que por las circunstancias temporales ya cuentan con sanción disciplinaria.

El vacío legislativo aludido, viene dado por violación a garantías del debido proceso dentro del procedimiento ordinario y, en específico,

hace relación al derecho de defensa técnica oficiosa en los eventos en los cuales el sujeto disciplinable, no ha designado un defensor de confianza ni ha ejercido defensa material, pese a estar presente en las diligencias que contra él se adelanten en la etapa de la “investigación disciplinaria. En el evento en comento, desde la expedición de la Ley 734 de 2002, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia validó el hecho de que no contar con defensor oficioso en la etapa de investigación disciplinaria, no era causal de violación del debido proceso dada la inaplicabilidad total de los principios del derecho penal al campo sancionatorio; posición esta que, desde la normatividad internacional de los derechos humanos es violatoria del debido proceso que debe tenerse en las instancias procesales y del desconocimiento en la aplicación del adecuado Control de Convencionalidad.

Explicado lo anterior, el presente ensayo abordará la problemática del derecho a la defensa técnica oficiosa en la etapa de investigación previa en el ámbito de la Ley 734 de 2002, partiendo inicialmente de considerar: I.) Consideraciones generales del procedimiento ordinario de la Ley 734 de 2002, II.) La importancia del debido proceso, III.) El alcance de la teoría del bloque de constitucionalidad, IV.) Las garantías judiciales en el Pacto de San José, V.) La aplicación del Control de Convencionalidad en la Ley 734 de 2002 y, por último, VI.) El derecho a la defensa técnica en la Ley 734 de 2002: Vacío normativo.

1. ESTADO DEL ARTE

1.1. Consideraciones generales del procedimiento ordinario de la Ley 734 de 2002

El Título IX de la Ley 734 de 2002 se denomina Procedimiento Ordinario. Dicho Título se divide en cinco capítulos así:

- a. Indagación preliminar
- b. Investigación disciplinaria

- c. Evaluación de la investigación disciplinaria
- d. Descargos, pruebas y fallo
- e. Segunda instancia

El primero de estos capítulos establece la llamada indagación preliminar, la cual es una etapa del procedimiento ordinario de carácter facultativa y/o discrecional, en atención a que solo puede aperturarse en caso de duda en abrir investigación disciplinaria por la falta de la individualización del posible autor de la falta disciplinaria. Con la indagación preliminar se busca verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad. Esta etapa, en los casos en que no haya identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria, puede perdurar por el término necesario para cumplir su objetivo; pero en los demás casos, su duración no puede exceder de seis meses. No obstante ello, cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar puede durar hasta doce meses. En todo caso, se aclara que la indagación preliminar no puede extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.

Por su parte, la investigación disciplinaria que resulta procedente cuando se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, tiene como fin verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria, esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la responsabilidad disciplinaria del investigado.

Una vez se ordene la apertura de la investigación disciplinaria, esta debe ser notificada al investigado y, en dicha notificación, se le debe

informar al investigado que tiene derecho a designar defensor. En esta etapa, el investigado a través de su defensor puede solicitar práctica de pruebas, presentar alegatos y ejercer otro tipo de actuaciones procesales. Sin duda alguna, esta etapa es de vital importancia para el investigado ya que en ella, el funcionario investigador debe evaluar el mérito de las pruebas recaudadas y decidir si formulará pliego de cargos contra el investigado u ordenará el archivo de la actuación, según corresponda. En otras palabras, de lo actuado en esta etapa depende que al investigado le formulen pliego de cargos y con ello, se siga un procedimiento de orden sancionatorio en su contra.

De formularse el pliego de cargos, la norma establece que este debe notificarse personalmente al procesado o a su apoderado en caso de tenerlo y, si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal. Es de resaltarse que una vez se notifica el pliego de cargos, el expediente del proceso queda en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes tendrán la facultad de aportar y solicitar pruebas y presentar descargos.

Nótese que de lo descrito hasta este momento, existen dos oportunidades vitales en las cuales el investigado puede ejercer plenamente su derecho de defensa para solicitar práctica de pruebas y exponer sus alegatos, esto es, en la etapa de la investigación disciplinaria y en la etapa de formulación y notificación del pliego de cargos. Sin embargo, a diferencia de la etapa de formulación y notificación del pliego de cargos, en la etapa de investigación disciplinaria, al investigado no se le designa defensor de oficio en caso de no tener defensor de confianza para el adecuado ejercicio de la defensa técnica, cuestión esta que a nuestro parecer es violatoria del debido proceso, ya que dependiendo

de la defensa que se haga en la etapa de la investigación disciplinaria se desprende la formulación o no de pliego de cargos. Súmesele a ello que, el funcionario investigador de la causa es quien decide sobre la imposición o no de la falta disciplinaria en primera instancia. En otras palabras, el funcionario investigador es quien de ser necesario, apertura la indagación preliminar, de ser procedente apertura la investigación disciplinaria, de cumplirse los requisitos de ley formula pliego de cargos y si lo decide, impone sanción disciplinaria.

Los motivos expuestos ponen de relieve un problema jurídico que requiere de gran atención, al observarse la violación de garantías constitucionales, como lo es el debido proceso desde la esfera de la defensa técnica oficiosa.

1.2. El derecho fundamental al debido proceso

El derecho fundamental al debido proceso que se haya en nuestro artículo 29 superior, ha sido entendido por nuestra Corte Constitucional como la regulación jurídica que de manera previa limita y sujeta a todos los poderes del Estado, en especial, a las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental (Corte Constitucional de Colombia [CCCO], 2004a), estableciendo las garantías de protección de los derechos e intereses de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley (CCCO, 2006b). En este sentido, el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, exige que todo procedimiento previsto en la ley, se adecúe a las reglas básicas derivadas del artículo 29 de la Constitución, so pena de vulnerar los derechos fundamentales de los sujetos procesales y de alterar las reglas mínimas de convivencia social fundadas en los postulados del Estado Social de Derecho (CCCO, 2002c).

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que el cumplimiento de las formas propias del juicio, no debe entenderse como una simple sucesión de formas, requisitos y términos, sino que, se requiere comprender su verdadero sentido vinculado de manera inescindible con el respeto y efectividad de los derechos fundamentales. Por ello, su cumplimiento debe revelar a cada paso el propósito de protección y realización del derecho material de las personas (CCCO, 2001d). En ese estado de cosas, el derecho fundamental al debido proceso se consagra constitucionalmente como la garantía que tiene toda persona a un proceso justo y adecuado, esto es, que en el momento en que el Estado pretenda comprometer o privar a alguien de un bien jurídico, no puede hacerlo sacrificando o suspendiendo derechos fundamentales. Ello por cuanto, el debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda legítimamente imponer sanciones, cargas o castigos; constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no solo una obligación exigida a los juicios criminales (CCCO, 2001e).

Entre las garantías mínimas objeto de protección que consagra el artículo 29 de la Constitución Política, se puede encontrar entre otras, el derecho a la defensa, el cual comprende a su vez el derecho que tiene toda persona a la asistencia de un abogado escogido por el interesado, o de oficio, a cargo del Estado (CCCO, 2005f). Esta faceta del derecho de defensa, permite que la persona involucrada en procedimientos judiciales y administrativos, cuente con una defensa especializada idónea y plena a través de un profesional del Derecho, de quien se presume que tiene los conocimientos y la experiencia suficientes para controvertir los cargos del Estado y participar en el desarrollo del proceso, frente a funcionarios judiciales que por la naturaleza de sus funciones y por exigencia legal, tienen dicho rango profesional (CCCO, 2004g).

En ese sentido, en nuestros sistemas procesales el derecho a la defensa técnica se materializa, bien sea con el nombramiento de un abogado defensor de confianza designado por el procesado, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública, de quienes se exige en todos los casos, en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida a asegurar no solo el respeto por las garantías del procesado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho (CCCO, 2011h).

En cuanto a este punto se refiere, no se olvida que la Ley 734 de 2002 restringe la figura de la defensa técnica oficiosa en la etapa de investigación disciplinaria que se surte en el procedimiento ordinario, es más, no se desconoce que la Corte Constitucional de Colombia (2003i) al referirse a la figura de la defensa técnica oficiosa en la citada ley, fue del criterio que el derecho a la defensa técnica solo era aplicable en actuaciones de carácter penal y que en otro tipo de procedimientos tenía un carácter facultativo.

En la misma oportunidad, se señaló que el derecho a la defensa técnica no estaba constitucionalmente ordenado en el campo del derecho sancionatorio disciplinario, razón por la cual consideró declarar exequible la expresión *si lo tuviere* del inciso 3° del artículo 165 del código disciplinario único.

Sin perjuicio de lo anterior y, en atención a la naturaleza del proceso disciplinario sancionatorio, es importante recalcar que la Corte Constitucional (2007j) fue variando su posición al respecto. Para tal efecto, en la Sentencia T-330 señaló que al ser el derecho disciplinario una modalidad de derecho sancionatorio, los principios del derecho penal

son aplicables en este campo atendiendo sus características particulares y, en consecuencia, en materia disciplinaria tienen vigencia las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada, que tienen como propósitos el respeto de los derechos fundamentales del individuo investigado y el control para que la potestad sancionatoria del Estado se realice escrupulosamente dentro del marco de sus competencias legales y constitucionales.

Razón por la cual, el mismo tribunal (2009k; 2012l) señaló que si bien es claro que la figura del derecho a la defensa técnica se proyecta con mayor intensidad y adquiere mayor relevancia en el escenario del proceso penal, ello no era obstáculo para que en otro tipo de actuaciones judiciales o administrativas en donde se impongan limitaciones a otros derechos, no se debiera también garantizar de manera adecuada el derecho de defensa, en particular, cuando se está en el campo del derecho sancionatorio.

1.3. El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia constitucional

Las consideraciones anteriores cobran mayor trascendencia al observarse que existen tratados internacionales en materia de derechos humanos, que establecen el derecho de toda persona a contar en las instancias judiciales con defensor de oficio proporcionado por el Estado y, que de conformidad con el artículo 93 superior, existe el deber de interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política de 1991 al tenor de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por cuanto estos prevalecen en el orden interno.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional en Sentencias como las C-370 y C-588 (CCCO, 2006m; 2012n), afirmó que las autoridades están en la obligación constitucional de incorporar en los casos particulares

que así lo requieran, las directrices de los estándares internacionales conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 93 Superior; y para hacerlo, no se requiere de una manifestación o autorización expresa del legislador, motivo por el cual aunque la norma legal no aluda a la hermenéutica jurídica no puede seguirse que exista una omisión legislativa relativa en la misma. Como consecuencia de ello, las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos adquieren por vía de pleno de derecho rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que permite que en materia de derecho disciplinario se apliquen las disposiciones más favorables en materia de garantías judiciales con el fin de guardar la estricta armonía constitucional, y lograr el respeto debido de los derechos del procesado.

En otras palabras, la vinculatoriedad de las normas internacionales en materia de derechos humanos que ha ratificado el Estado colombiano, viene dada porque estas forman el llamado Bloque de Constitucionalidad, del cual la jurisprudencia ha entendido como el conjunto de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la Constitución (CCCO, 1992o; 1992p; 1995q).

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario aclarar que no todos los tratados de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que la Corte Constitucional ha dejado sentado que salvo remisión expresa de normas superiores (CCCO, 1997r), únicamente constituyen parámetros para el ejercicio del control de constitucionalidad aquellos convenios internacionales que satisfagan los presupuestos del artículo 93 de la Constitución Política, en cuanto i) hubieren sido ratificados por el Congreso, ii) reconocen derechos humanos y, iii) se prohíba su limitación en los estados de excepción, los cuales prevale-

cerán en el orden interno. Una vez el tratado cumpla con esos requisitos, entra a formar parte del bloque de constitucionalidad en *strictu sensu*, conllevando ello a que el control de constitucionalidad, la interpretación de los derechos contemplados en nuestra Constitución Política y nuestras leyes no se realice únicamente frente al texto formal de la Constitución Política, sino también, respecto de otras disposiciones que tienen jerarquía constitucional, como es el caso de los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (CCCO, 2005f).

Bajo esos parámetros, la Corte Constitucional (2003s), puntualizó que el solo hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional, hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados (CCCO, 2006t). Aunado a ello, las normas del bloque operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento doméstico. Dado el rango constitucional que les confiere la Carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen una cuádruple finalidad, a saber:

1. Servir de regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación;
2. La de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso;
3. La de orientar las funciones del operador jurídico, y
4. la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.

1.4. Las garantías judiciales en el Pacto de San José

Dentro de la gama de tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano y, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad en *strictu sensu*, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la cual se observa que existen una serie de garantías judiciales a favor de los procesados en cualquier tipo de actuación sea judicial o administrativa, no susceptible de mayor limitación y/o suspensión por la legislación estatal.

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a las garantías judiciales y en él establece que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Seguidamente el artículo 8.2. Literal “e” señala:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- e.) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Una interpretación exegética de la norma en comento, haría ver erradamente que las garantías judiciales que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2, solo resultan aplicables a personas que se encuentran inmersas en asuntos de índole penal. Para dilucidar el espíritu de tal norma, es menester remitirse a la jurisprudencia que sobre dicho artículo ha realizado el intérprete oficial de la Convención Americana, esta es, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el Caso Paniagua Morales y Otros vs. Guatemala, así como en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú y, en la opinión consultiva No. 11 de 1990, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 1998a; 2001b; 1990c) estableció que, a pesar de que el artículo 8.2 de la Convención Americana, no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en estos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal. Máxime, cuando ha sido reconocido que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana, para así poder defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos (Corte IDH, 2001d).

Para llegar a esa conclusión se tuvo en cuenta factores como las circunstancias del procedimiento, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular. Posteriormente, en una explicación de los literales d) y e) del artículo 8.2 de la Convención, la Corte Intera-

mericana (2004e) precisó que un inculpado puede en cualquier tipo de actuación judicial que se adelante en su contra:

1. Defenderse personalmente, si la legislación interna se lo permite o,
2. Designar un abogado de su elección si el inculpado no quiere o no puede hacer su defensa personalmente,
3. En los casos en que el inculpado no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, el inculpado tiene el derecho irrenunciable de que el Estado le proporcione un defensor público de manera oficiosa, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna.

Bajo esa misma línea, en los casos *Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez Vs. Ecuador* y *Vélez Loor Vs. Panamá*, se pronunció, reafirmando que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva en cualquier etapa de un procedimiento que se adelante contra una persona, razón por la cual se deben adoptar medidas adecuadas encaminadas a garantizar la defensa técnica oficiosa (Corte IDH, 2010f; 2007g).

Por otra parte en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte Interamericana (2010h) señaló que:

El derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona; el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, ya que el impedir o no garantizar a este contar con la asistencia de un abogado defensor de confianza o designado de oficio, es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo

De lo expuesto se colige que, de conformidad con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que impone el Pacto de San José en su artículo 8.2.e, y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la defensa técnica a cargo del Estado no puede ser limitable ni suspendido por la legislación interna por motivo alguno, ya que de hacerlo, se atentaría abiertamente contra el tratado contraviniendo con ello la obligación que imponen los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.5. Aplicación del Control de Convencionalidad

Ahora bien, los pronunciamientos de la Corte Interamericana aplicados al objeto de estudio en el presente trabajo, se tornan vinculantes para la materia sub examine atendiendo a tres razones:

La primera, porque la Corte Constitucional (**2000U**; **2011V**; **2012W**) ha sido del criterio que:

Con ocasión a que la Constitución Política señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. Asimismo, la Corte Constitucional ha sido del criterio que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es un criterio relevante, porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales a su vez, resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad.

En otras palabras, los estándares y reglas fijados por las Cortes Internacionales, deben ser tenidos en cuenta no tanto porque así lo reconozca el Legislador, sino, porque así lo impone la estructura de nuestro ordenamiento jurídico al consagrarlo el artículo 93 de la Carta, y por cuanto fungen como mecanismo tutelar del cual emana la guía para delimitar la normatividad y la aplicación concreta de sus preceptos.

La segunda razón, en virtud del auge que ha tomado en nuestro país así como en otros, la figura del Control de Convencionalidad, el cual es una exigencia propia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicada al derecho nacional. Esta figura empleada frecuentemente por el Consejo de Estado de Colombia (CE, 2013), pero nacida en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006i; 2006j; 2010h; 2011k) expone que:

Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho el respectivo tribunal.

Posteriormente se agregó que el control de convencionalidad recae en todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención Americana. (Corte IDH, 2012l)

La tercera, basada en la interpretación *pro personae* que resulta exigible de cualquier derecho en virtud del artículo 93 superior.

1.6. El derecho a la defensa técnica en la Ley 734 de 2002: Vacío normativo

De conformidad con el texto de la Ley 734 de 2002, el servidor público que se halle en medio de un proceso ordinario de índole disciplinaria, tiene derecho a la defensa técnica. Ello, se observa en el inciso primero del artículo 155 que señala:

Notificación de la iniciación de la investigación. (Modificado por el Art. 236, Decreto Nacional 019 de 2012) Iniciada la investigación disciplinaria se notificará al investigado y se dejará constancia en el expediente respectivo. En la comunicación se debe informar al investigado que tiene derecho a designar defensor.

Se deja salvedad que el resto de dicho artículo, ni de ningún otro respecto a la etapa de la investigación disciplinaria, establecen el derecho del investigado de contar la asignación con defensor de oficio en caso de no tener un defensor de confianza.

Por su parte el artículo 165 establece:

Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación. El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.

Para el efecto inmediatamente se librárá comunicación y se surtirá con el primero que se presente.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

El artículo 166 reza:

Término para presentar descargos. Notificado el pliego de cargos, el expediente quedará en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes podrán aportar y solicitar pruebas. Dentro del mismo término, el investigado o su defensor, podrán presentar sus descargos.

De lo expuesto se observa que, en la etapa de investigación disciplinaria al investigado no le asiste la posibilidad que se consagra en la etapa de formulación de pliego de cargos, esto es, de contar con un defensor de oficio en caso de no contar con un defensor de confianza. Sin perjuicio de lo anterior y, para realizar una interpretación de conformidad con los principios rectores de la Ley 734 de 2002, se trae a colación el artículo 17 de la norma en comento que señala:

Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

De ella se puede subrayar que solo prevé la figura de la defensa técnica en los siguientes eventos:

- a. Cuando el investigado y/o procesado designa a un defensor de confianza y así lo solicita;
- b. Cuando el procesado es juzgado como persona ausente y es representado a través de su apoderado judicial y,
- c. Cuando el procesado es juzgado como persona ausente y no es representado a través apoderado judicial designado por él; caso en el cual se le designa defensor de oficio.

No obstante lo anterior, nada dice la norma respecto a la defensa técnica en los eventos en que el procesado no ejerce defensa material, no cuenta con un defensor y no es juzgado en ausencia.

Constatada la omisión legislativa relativa que contiene la norma, en cuanto a disponer de otorgar un defensor de oficio en el evento ya descrito, es menester que el vacío legislativo que existe sea suplido acudiendo la normatividad internacional, en específico, a la garantía que establece el artículo 8 numeral 2 literal “e” de la Convención Americana, que si brinda una solución a estos eventos y, que se traduce, en el derecho irrenunciable que le asiste al inculpado de contar con un defensor proporcionado por el Estado, si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; cuestión última, vinculable por la Ley 734 de 2002, el artículo 93 superior y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto el artículo **21 de la ley 734 de 2002 reza:**

En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Proce-

dimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

Lo anterior se torna relevante atendiendo a una interpretación *pro personae*, del derecho a la defensa técnica, que en voz de la Corte Constitucional de Colombia se traduce en que:

En virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP Art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia (Ver: Sentencias C-400 de 1998, fundamentos 40 y 48, y Sentencia C-358 de 1997, Fundamento 15.5). Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP Art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro hominem*, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona.

Como colorario de lo anterior, del artículo 29 literal “a” de la Convención Americana se desprende que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

En estadio de cosas y, de conformidad con lo expuesto, la normativa Convencional se muestra como necesaria para suplir el vacío legislativo aludido, ya que el no contar con una defensa técnica en el caso aquí exhibido, no solo conlleva a demostrar una flagrante violación al debido proceso, sino que, conlleva a limitar los derechos que el Pacto de San José consagra; cuestión contraria en todo caso, al texto de nuestra Constitución Política y de los principios del derecho internacional.

2. MÉTODO

En el desarrollo de la presente investigación se implementó el paradigma hermenéutico, caracterizado por ser un método dialéctico que al ser incorporado en la investigación, generó un permanente proceso de apertura y reconocimiento entre texto y lector que se funden en el discurso. A lo cual Ricoeur (1998) sostiene que:

En la medida que el acto de leer es la contraparte del acto de escribir, la dialéctica del acontecimiento y el sentido tan esencial a la estructura del discurso; por lo cual genera en la lectura una dialéctica correlativa entre el acto de entender o la comprensión y la explicación. (p.83)

Seguidamente, el enfoque estructurado fue el cualitativo considerado como una metodología de investigación que facilitó la comprensión de las problemáticas jurídico sociales desde la perspectiva de quienes las han vivido.

Al respecto Sandín (2003), expresa que

La investigación cualitativa es una actividad sistemática orientada a la comprensión en profundidad de fenómenos educativos y sociales, a la transformación de prácticas y escenarios socioeducativos, a la toma de decisiones y también

hacia el descubrimiento y desarrollo de un cuerpo organizado de conocimientos. (p.258)

Finalmente, el diseño seleccionado en el estudio realizado, fue la teoría fundamentada considerando que es un diseño metodológico que pretende generar teorías que expliquen un fenómeno desde la interpretación, más que de la descripción de la realidad social. En otras palabras “es una Metodología General para desarrollar teoría a partir de datos que son sistemáticamente capturados y analizados; es una forma de pensar acerca de los datos y poderlos conceptualizar”. (Sandoval, 1997, p.71).

3. DISCUSIONES Y CONCLUSIONES

En el procedimiento ordinario que regula la Ley 734 de 2002, existen dos oportunidades vitales en las cuales el investigado puede ejercer plenamente su derecho de defensa para solicitar práctica de pruebas y exponer sus alegatos, esto es, en la etapa de la investigación disciplinaria y en la etapa de formulación y notificación del pliego de cargos. Sin embargo, a diferencia de la etapa de formulación y notificación del pliego de cargos, en la etapa de investigación disciplinaria, al investigado no se le designa defensor de oficio en caso de no tener defensor de confianza para el adecuado ejercicio de la defensa técnica, cuestión esta que a nuestro parecer es violatoria del debido proceso, ya que dependiendo de la defensa que se haga en la etapa de la investigación disciplinaria se desprende la formulación o no de pliego de cargos.

Constatada la omisión legislativa relativa que contiene la norma, en cuanto a disponer de otorgar un defensor de oficio en el evento ya descrito, es menester que el vacío legislativo que existe sea suplido acudiendo la normatividad internacional, en específico, a la garantía que establece el artículo 8 numeral 2 literal “e” de la Convención Americana, que si brinda una solución a estos eventos y, que se traduce, en el derecho irrenunciable que le asiste al inculpado de contar con un defensor proporcionado

por el Estado, si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; cuestión última, vinculable por la Ley 734 de 2002, el artículo 93 superior y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ende, la normativa Convencional se muestra como necesaria para suplir el vacío legislativo aludido, ya que el no contar con una defensa técnica en el caso aquí exhibido, no solo conlleva a demostrar una flagrante violación al debido proceso, sino que, conlleva a limitar los derechos que el Pacto de San José consagra; cuestión contraria en todo caso, al texto de nuestra Constitución Política y de los principios del derecho internacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- e: 05001-23-31-000-1997-01368-01 (27289). Magistrado Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995q). Sentencia C-225. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: L.A.T 040.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000u). Sentencia C-010 de 19 de enero. Expediente: D-2431. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009k). Sentencia C-025 de 27 de enero. Expediente: D-7226. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003s). Sentencia C-067 de 4 de febrero. Expediente: D-4111. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004g) Sentencia C-152 de 24 de febrero. Expediente: D-4863. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004a). Sentencia C-154 de 24 de febrero. Expediente: D-4733. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006t). Sentencia C-187 de 15 de marzo. Expediente: P. E 025. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional de Colombia. (2012l). Sentencia C-315 de 4 de mayo. Expediente: D-8694. Magistrado Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003i). Sentencia C-328 de 29 de abril. Expediente: D-4224. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinoza.

- Corte Constitucional de Colombia. (1997r). Sentencia C-358 de 5 de agosto. Expediente: D-1445. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006m). Sentencia C-370 de 18 de mayo. Expediente: D-6032. Magistrados Ponentes: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Dr. Jaime Córdoba Triviño, Dr. Rodrigo Escobar Gil, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Dr. Alvaro Tafur Galvis, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011v). Sentencia C-442. Expediente: D-8295. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006b). Sentencia C-471. Expediente: D-5929. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992p). Sentencia C-574. Magistrado ponente: Dr. Ciro Angárta Barón. Expediente: AC/TI 06.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012n). Sentencia C-588. Expediente: D-8864. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Gonzales Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002c). Sentencia C-641. Expediente: D-3865. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012w). Sentencia C-715. Expediente: D-8963. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005f). Sentencia C-782. Expediente: D-5515. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001d). Sentencia T-1263. Expediente: T-459069. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001e). Sentencia T-188. Expediente: T-361.741. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007j). Sentencia T-330. Expediente: T-1524734. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011h). Sentencia T-383. Expediente: T-2927078. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional de Colombia. (19920). Sentencia T-409 de 1992. Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente. 125.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006i) Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010h). Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001b). Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. (2010f). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. (2007g). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001d). Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006j). Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998a) Caso Paniagua Morales y Otros Vs. Guatemala. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004e). Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. (2011k). Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012l). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1990c). Opinión Consultiva No. 11. Ricoeur, P. (1998). La teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido. Madrid: Ed. Siglo XXI
- Sandín Esteban, M^a Paz (2003). Investigación Cualitativa en Educación. Fundamentos y Tradiciones. Madrid. McGraw-Hill Interamericana.
- Sandoval, C. A. (agosto de 1997). Investigación cualitativa. Programa de especialización en teoría, métodos y técnicas de investigación social. Medellín.