

La garantía del *non bis in idem* en la coexistencia de sanción penal y disciplinaria: ¿un límite razonable y necesario al poder sancionador del Estado?

JUAN DAVID ESPITIA MORENO¹

RESUMEN

El presente artículo plantea un diálogo crítico entre lo que se ha asumido en Colombia como una verdad prácticamente incuestionable en torno a la aplicación del principio *non bis in idem* y una postura que se resiste a aceptarla sin reparos. Esta última expresa una inquietud frente a la posible desnaturalización de la garantía en el contexto actual, marcado por una expansión progresiva del *ius puniendi*, especialmente en aquellos escenarios fácticos en los que concurren simultáneamente sanciones de naturaleza penal y disciplinaria.

1 Magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Profesor de la Universidad de Ibagué y de la Corporación Universitaria Remington Facultad de Derecho, Ibagué, Colombia. Correo-e: juandavidespitiamoreno@gmail.com. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-6090-7397>. Fecha de recepción: 4 de febrero de 2026. Fecha de modificación: 27 de abril de 2026. Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2026. Para citar el artículo: Espitia Moreno, Juan David, "La garantía del *non bis in idem* en la coexistencia de sanción penal y disciplinaria: ¿un límite razonable y necesario al poder sancionador del Estado?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, 2026, pp. 135-166. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n36.06>.

En este sentido, el texto desarrolla, en clave de dialéctica hegeliana, una confrontación entre la posición mayoritariamente acogida en el país, su postura crítica y, finalmente, a manera de síntesis, propone una visión orientada a delimitar de forma razonable el poder sancionador del Estado.

Palabras clave: *non bis in idem*, derecho administrativo sancionador, sanción penal, sanción administrativa, *ius puniendi*, bien jurídico, principio de proporcionalidad.

The Guarantee of Non Bis in Idem in the Coexistence of Criminal and Disciplinary Sanctions: A Reasonable and Necessary Limit on the State's Power to Punish?

ABSTRACT

This article develops a critical dialogue between what has been regarded in Colombia as an almost unquestionable truth concerning the application of the principle of *non bis in idem* and a position that resists accepting it uncritically. The latter expresses concern about the potential distortion of this guarantee in the current context, characterized by the progressive expansion of the *ius puniendi*, particularly in factual scenarios in which criminal and disciplinary sanctions coexist. In this regard, the article develops, through Hegelian dialectical terms, a confrontation between the position predominantly adopted in Colombia and its critical counterpart, ultimately proposing a synthesis aimed at reasonably delimiting the State's sanctioning power.

Keywords: *non bis in idem*, Administrative Sanctioning Law, Criminal Sanction, Administrative Sanction, *ius puniendi*, Legal Interest, Principle of Proportionality.

INTRODUCCIÓN

Un gran desafío del Estado que se ha manifestado con ahínco en cada una de las etapas de la historia es el relativo al control de los poderes de sus agentes para evitar excesos que lesionen las garantías esenciales de las personas. Tal finalidad ha inspirado figuras de la filosofía política como el Leviatán, la división de poderes, el anarquismo y el liberalismo, entre otras ideologías

que representan límites al ejercicio del poder Estatal e incluso las más entusiastas la idea de un Estado mínimo o inexistente. Una de las facultades más representativas del Estado cuando de control se trata y que más temor genera, es el *ius puniendi*, aquella facultad de castigar, un poder que si bien puede ser legítimo al perseguir el control social, en el mundo del deber ser el mismo tendría que estar en equilibrio con las garantías fundamentales de las personas que a él se someten, en este sentido sus manifestaciones deben ser estrictas y fundamentadas, equilibrio que representa todo un reto actual alcanzar, pues el control social no debe convertirse en un obstáculo para la eficacia de las garantías procesales de una persona.

El logro de un *ius puniendi* razonable y necesario, cuyas manifestaciones se encuentren estrictamente justificadas y garanticen los derechos fundamentales de los procesados, es un escenario que desde el realismo jurídico no trasciende de la utopía, pues el estado de las cosas del *ius puniendi* del Estado colombiano se caracteriza por una crisis de hipertrofia debido a una diversidad exorbitante de expresiones de castigo, tales como derecho penal, derecho disciplinario, derecho administrativo sancionatorio, contravencional, deontológico y pérdida de investidura, entre otros. Este escenario trae consigo una cuestión fundamental sobre la interacción de tales manifestaciones con las garantías fundamentales de los ciudadanos, especialmente con aquella que tiene como finalidad evitar una duplicidad de castigos por el mismo supuesto factico. Esto es el principio del *non bis in idem*, el cual, desde una visión del realismo jurídico y por ende de la aplicación del derecho, se encuentra en jaque.

En este contexto de hipertrofia del *ius puniendi* estatal y de la pérdida del sentido del *non bis in idem*, la investigación propone como problema la coexistencia de dispositivos sancionatorios disciplinarios y penales en el derecho colombiano y su tensión con tal garantía, edificando un ejercicio dialectico compuesto por una tesis que estudia los argumentos de la posición actual de las altas cortes y de la doctrina mayoritaria sobre el problema. Dicha coexistencia es completamente armónica con la garantía, como antítesis de aquellos argumentos que consideran que si existe una lesión al principio objeto de estudio, se forma contradicción entre tesis y antítesis, que actúan como prelude necesario para finalmente construir en el capítulo final una síntesis basada en la postura asumida, que busca invocar y representar un límite necesario al poder sancionatorio estatal.

Bajo esta dialéctica de oposiciones constantes y arraigadas, se erige la síntesis propuesta, la cual pretende responder a la necesidad de un límite razonable ante un ejercicio desbordado del *ius puniendi* que parece guiado por males que parecen incurables como el populismo punitivo. Ante esta problemática se propone la necesidad de una nueva lectura del *non bis in idem*

construida mediante una postura que salve el principio de las tinieblas en las que se encuentra, un faro que ilumine al procesado y oriente al poder sancionatorio del Estado, mediante un enfoque garantista, sistémico y de proporcionalidad.

En este contexto, el problema de investigación que orienta el presente trabajo consiste en determinar si la coexistencia de sanciones penales y disciplinarias por los mismos hechos en el ordenamiento jurídico colombiano resulta compatible con la garantía del *non bis in idem* o si, por el contrario, configura una forma de debilitamiento que contribuye a la expansión desmedida del *ius puniendi* estatal. El objetivo general es analizar críticamente la postura mayoritaria que sostiene la armonía entre ambas manifestaciones sancionatorias y, a partir de allí, formular una posición clara, orientada a proponer un límite razonable y necesario al poder sancionador del Estado desde un enfoque garantista y de proporcionalidad. Para cumplir este propósito, el artículo se estructura en tres partes: en la primera se examinan las características fundamentales del *non bis in idem*, abordando su naturaleza jurídica y su dimensión bifronte; en la segunda se desarrolla un diálogo dialéctico entre tesis y antítesis, analizando la identidad de objeto y causa, la relación entre sanción penal y administrativa, y la pretendida autonomía del derecho disciplinario; finalmente, en la tercera parte se expone la postura asumida por el autor, desde una perspectiva de realismo jurídico y del principio de proporcionalidad –a través de sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto–, culminando en una síntesis orientada a reivindicar la garantía como límite efectivo del poder sancionatorio estatal.

1. LAS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LA FIGURA, UN ESTUDIO PREVIO A LA DISCUSIÓN

La formulación de las características esenciales de la figura resulta una antesala necesaria para la consolidación de la discusión. Es por ello que se propone una reflexión sobre aquellas características que resultan importantes para su comprensión y su aplicabilidad, forjando el faro que dará guía a la discusión y a la tesis presentada. Para tales fines conviene iniciar con una reflexión sobre cuál es la naturaleza de la figura objeto de estudio, aquella distinción que le imprime identidad en el espectro del derecho.

1.1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL *NON BIS IN IDEM*: DERECHO FUNDAMENTAL Y PRINCIPIO

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 15 de septiembre de 1944, categorizó el mismo como una "norma jurídica

universal" y en la sentencia del 9 de noviembre de 1959, como un "principio antiguo y acertado" que traduce "no dos veces sobre lo mismo"².

La expresión "norma jurídica universal" constituyó entonces una de las primeras aproximaciones adoptadas jurisprudencialmente para conceptualizar esta figura. Desde esta perspectiva, se la concibe como un ente jurídico de aplicabilidad global que trasciende las jurisdicciones nacionales, al representar un elemento de relevancia para todos los Estados y, en sí mismo, para los derechos humanos, lo que fundamenta su universalidad. Asimismo, la referencia a un "principio antiguo y acertado" permite abordarla, desde una dimensión axiológica, como un valor presente en diversas organizaciones sociales y políticas a lo largo de distintos momentos históricos, circunstancia que explica el énfasis en su antigüedad.

Las anteriores características de principio y norma jurídica universal ponen en evidencia que la figura objeto de estudio no es de poca monta. Se trata de una garantía fundamental, a la cual se le atribuyen características de universalidad y de antigüedad, invoca un elemento fundamental que se involucra con la naturaleza de la garantía y es su vocación de principio; sin embargo, se precisa que su naturaleza es dual al tratarse de un derecho fundamental cuya estructura normativa es de principio³.

La precisión de que la garantía objeto de estudio tiene naturaleza dual al tratarse de derecho fundamental que se aplica como un principio, lo que resulta esencial para la comprensión panorámica del problema planteado, pues tratándose de un principio cobran especial relevancia técnicas hermenéuticas de ponderación y proporcionalidad.

- 2 María Raquel Molina Otero, "El *non bis in idem* en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos en Colombia: ¿una garantía, en la práctica, inexistente?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 32, 2024, pp. 36-37.
- 3 Conviene citar a Robert Alexy en su obra teoría de los derechos fundamentales, en el capítulo tercero "La estructura de las normas de derecho fundamental", el cual es citado en diversos trabajos sobre argumentación jurídica: "Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces, ha de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio". Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87.

1.2. UN PRINCIPIO DOBLEMENTE BIFRONTADO: LOS ROSTROS PROCESAL-SUSTANCIAL Y OBJETIVO-SUBJETIVO

Al estudiar a fondo al *non bis in idem* es común encontrarse con que a la garantía se le atribuyen diferentes facetas o dimensiones con el fin de explicar su esencia. La parte procesal o procedimental de la garantía se justifica en evitar que una persona no resulte sometida a diferentes procedimientos por los mismos fundamentos facticos y jurídicos, y la sustancial no centra su interés solo en el proceso, se basa en evitar más de una sanción, es decir su objeto no es el proceso, es la sanción. La profesora María Raquel Molina Otero explica que el principio *non bis in idem* posee una doble dimensión. En su vertiente material, prohíbe la imposición de más de una sanción al mismo sujeto por la misma conducta; en su dimensión procesal, impide que se adelanten varios procesos de naturaleza punitiva contra una misma persona por los mismos hechos.

Añade la profesora Molina que esta distinción ha sido resaltada por autores como Antonio Bueno, quien subraya que, aunque ambas manifestaciones se encuentran estrechamente vinculadas, puede llegar a ser conceptualmente autónomas, hasta el punto de que puede vulnerarse una sin que necesariamente se afecte la otra. Incluso se plantea la cuestión de si se trata realmente de dos manifestaciones de un mismo derecho fundamental o, más bien, de dos garantías diferenciadas, dada la independencia conceptual y el interés jurídico específico que cada una protege⁴.

Señala además la profesora Molina que en la jurisprudencia colombiana no suele haber un tratamiento intenso y explícito de las diferencias, sin embargo, en la fundamentación sobre el mismo se suelen invocar como intereses jurídicos distintos, es decir que aunque explícitamente no se abarcan tales diferencias, de su argumentación se infiere su aplicabilidad.

De lo anterior se considera que el análisis o test de vulneración de la garantía debe tener en cuenta ambas dimensiones para dilucidar con claridad si el mismo se encuentra garantizado o vulnerado. Sin embargo, la faceta más delicada y que requiere mayor atención es la dimensión material, puesto que es cuando existe en el mundo jurídico más de una sanción ya consolidada por los mismos hechos y al mismo sujeto, siendo el escenario en el que más se infringen los intereses esenciales del procesado, centrándose la investigación principalmente en la duplicidad de dispositivos sancionatorios y no en la de duplicidad de procedimientos en el sentido procesal de la figura.

Otros rostros que se le atribuyen al principio son el objetivo y subjetivo, clasificación que destaca con mayor identidad que la anterior, como se desarrolla por la Corte Constitucional en la sentencia C-434 de 2013,

4 María Raquel Molina Otero, "El *non bis in idem* en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos en Colombia", *op. cit.*, p. 38.

providencia en la que se reflexiona sobre el principio en el ordenamiento jurídico colombiano y señala que este tiene dos significados principales⁵.

En su faceta subjetiva se aterriza en el caso en concreto y se centra en una persona que fue procesada y sentenciada para evitar que la misma pueda ser objeto de otro juzgamiento por los mismos hechos y fundamentos. Por el contrario, la objetiva se trata de una mayor generalidad pues involucra un límite al legislador, para que sea este el llamado a no permitir que la garantía se lesione con una sanción a un mismo sujeto y por la misma causa.

Para efectos de la investigación, la faceta que será objeto de estudio y debate con mayor profundidad es la faceta subjetiva, en el sentido de que, si bien desde la técnica legislativa pueden concebirse diversas sanciones para un mismo supuesto factico, dicha consagración general y abstracta de la ley no implica *per se* una lesión a la garantía, puesto que desde una dimensión del derecho en el caso concreto no se materializan las mismas hasta que no haya un proceso con una ritualidades específicas, proceso en el cual la autoridad administrativa con funciones sancionatorias o el juez pueden decidir la inaplicación de la sanción por vulneración del *non bis in idem*. Es por ello que el seno del problema radica en la aplicación e interpretación del derecho y no principalmente en la técnica legislativa, pues es el operador jurídico quien en el caso en concreto evalúa la constitucionalidad y convencionalidad o no de la sanción a imponer, no obstante, sin desconocer la importancia desde el rol del Legislador en la correcta y adecuada creación de dispositivos sancionadores.

Teniendo en cuenta que ya fueron explicadas algunas de las características esenciales de la figura y que se consideran importantes para la discusión, conviene adentrarse en la dialéctica del debate planteado desde la introducción.

2. UN DIÁLOGO ENTRE TESIS Y ANTÍTESIS:

¿NON BIS IN IDEM EN JAQUE?

En primera medida es menester indicar que el gran debate se circunscribe a un elemento específico del principio: se trata de la identidad de objeto

5 La sentencia C-434 del 10 de junio de 2013, expediente D-9441, lo explica en los siguientes términos: "(i) El primero hace referencia a su faceta subjetiva –esto es, como un derecho fundamental–, que se concreta en la imposibilidad de que, una vez emitida sentencia sobre un asunto, el sujeto activo del mismo pueda ser objeto de nuevo juzgamiento por parte de las autoridades de un Estado. Se evita así un constante estado de zozobra cuando se prohíbe a las autoridades públicas retomar una casusa judicial, disciplinaria o administrativa para someter al sujeto activo a una nueva valoración y, por consiguiente, una nueva decisión. Desde esta perspectiva el principio *non bis in idem* sería la concreción de principios como la seguridad jurídica y la justicia material. (ii) El otro significado resalta a la faceta objetiva del principio, consistente en la imposibilidad de que el legislador permita que un sujeto activo sea procesado y sancionado ante una misma jurisdicción en más de una ocasión por los mismos hechos".

que es la que mayor problema representa, entendiendo que para el sector mayoritario de la doctrina y para la jurisprudencia no hay esta identidad, cuando a un mismo sujeto, por los mismos hechos se le sanciona penal y disciplinariamente.

Un aspecto transversal de la discusión y del cual se derivan múltiples argumentos atañe al bien jurídico protegido, pues es el bien jurídico uno de los elementos fundantes e inspiradores de la sanción, el cual en el caso del derecho disciplinario el mismo se ha relacionado o incluso intentado sustituir por el deber funcional y las relaciones de especial sujeción en el marco de la función pública.

2.1. EXISTENCIA DE IDENTIDAD DE OBJETO Y CAUSA, ¿BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS REALMENTE DIFERENTES?

Es correcto indicar que para los doctrinantes del derecho disciplinario la piedra angular de tal disciplina es la relación especial de sujeción, pues incluso se le caracteriza como una categoría dogmática superior y se le pretende imprimir una diferencia con la teoría del bien jurídico, asumiendo que mientras en el derecho penal se protegen bienes jurídicos en el disciplinario se protege el cumplimiento del deber funcional, pues para el profesor Gómez Pavajeau no puede identificarse bien jurídico con deber funcional, aunque ambos pueden ser denominados bajo la idea común de "intereses jurídicamente protegidos".

Como lo explica la doctrina, la relación especial de sujeción permite comprender su diferencia frente a la relación general de sujeción, en la medida en que supone un sometimiento cualificado frente a la administración. En este tipo de vínculo, la persona –natural o jurídica–, debido a la posición particular que le asigna el ordenamiento jurídico, ya sea por su integración en la organización administrativa o por la especial relevancia que reviste para el interés público la finalidad de esta, se encuentra en una situación de subordinación distinta y más intensa que la del común de los ciudadanos. No obstante, dicha sujeción no es ilimitada, pues se encuentra regida por el principio de reserva de ley, de modo que cualquier restricción al ejercicio de los derechos fundamentales debe contar con fundamento legal y, además, permanece garantizada la tutela judicial respecto del ejercicio de los derechos e intereses legítimos⁶.

6 Carlos Mario Isaza Serrano, *Teoría general del derecho disciplinario*, Bogotá: Temis, 2009, p. 54.

Es razonable interpretar que para el profesor Gómez Pavajeau, en su obra de la dogmática jurídica como ciencia del derecho⁷, una característica fundamental de la relación especial de sujeción es que los destinatarios de las formulaciones normativas de carácter disciplinario sean particularmente los funcionarios públicos, los cuales –en virtud de una relación especial de naturaleza legal y reglamentaria– se encuentran sometidos al estatuto disciplinario, cuerpo normativo de carácter especial al no aplicar a aquellos sujetos que no son parte de dicha relación especial.

Ante la consideración de que el derecho disciplinario no protege bienes jurídicos como lo hace el derecho penal, cobra especial vigencia y a modo de antítesis a la postura anterior, el trabajo del profesor Yesid Reyes Alvarado titulado *Bien jurídico y derecho disciplinario*. En este estudia la incidencia del bien jurídico en el derecho disciplinario y las implicaciones sistemáticas que al interior de una teoría del derecho sancionatorio tiene la adopción de un determinado concepto de bien jurídico, estando para el autor el bien jurídico subyacente en toda tipificación de una falta incluso cuando la ley no determina explícitamente el bien jurídico tutelado. De esta manera, “en los casos en que la ley no determina el bien jurídico tutelado, la falta disciplinaria se reprocha en atención a la violación al deber-obligación del servidor público, el bien jurídico está implícito en la descripción de la falta a manera de objeto jurídico y no puede ser otro que aquel de la Administración pública”⁸.

Por lo anterior, no resulta tan evidente como lo sostiene el profesor Gómez Pavajeau que el bien jurídico sea ajeno al derecho disciplinario, cuando este se encuentra implícito en la tipificación de las faltas y constituye el fundamento de todo sistema sancionatorio. No obstante, en su planteamiento se indica que una de las características que se atribuye a la relación especial de sujeción es su función como criterio diferenciador entre la potestad disciplinaria y la potestad sancionadora en general. En tal sentido, dicha teoría sostiene que las categorías dogmáticas no pueden tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración, y menos aún en el ámbito de las sanciones penales; de ahí que el derecho disciplinario de los funcionarios públicos se diferencie del aplicable a los presos y a los estudiantes, así como del derecho penal administrativo⁹.

En este sentido, los profesores Gómez Pavajeau y Pinzón Navarrete sostienen que esta garantía cuenta con la naturaleza de ser un principio mixto, en la medida en que proyecta efectos tanto en el ámbito procesal como en el

7 Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *La dogmática jurídica como ciencia del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 254-255.

8 Yesid Reyes Alvarado, *Bien jurídico y derecho disciplinario*, Bogotá: Procuraduría General de la Nación - Instituto de Estudios del Ministerio Público, 1998, p. 37.

9 Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *La relación especial de sujeción*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 178.

sustancial. Ello obedece a que se concibe como un derecho fundamental de rango constitucional, cuya activación se produce cuando en un caso concreto concurre identidad de causa, objeto y persona frente a la cual el Estado impone una sanción. En el estudio desarrollado por los autores, al abordar el principio, se procura zanjar la discusión en torno a la posible duplicidad de sanciones, señalando –con apoyo en la jurisprudencia constitucional– que no se vulnera esta prohibición cuando por un mismo hecho se adelantan de manera paralela un proceso penal y uno disciplinario, dado que en tales eventos no se configura identidad ni de objeto ni de causa¹⁰.

Al reflexionar sobre tal consideración es fundamental volver a la distinción entre relación especial de sujeción y relación general de sujeción para pensar en aquellos tipos penales que para su configuración reclaman un sujeto activo cualificado que es el servidor público es decir que en este escenario no es posible predicar la distinción propuesta. Sobre este particular el profesor Jorge Iván Rincón indica lo siguiente:

No es incorrecto trasladar la construcción teórica realizada por los alemanes al ámbito del derecho penal, pero incluso allí, cuando se habla de los llamados delitos contra la Administración pública no se está ante relaciones generales sino especiales de sujeción, pues estos hacen parte de los regímenes de responsabilidad a los que está sujeto un dependiente por ser parte de una organización pública¹¹.

Finalmente, para el profesor Gómez Pavajeau, una de las tareas fundamentales de la relación especial de sujeción –y la más relevante para la presente discusión– consiste en permitir la coexistencia de sanciones disciplinarias y penales sin que se configure una vulneración del principio *non bis in idem*. Desde esta perspectiva, y con apoyo crítico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, se sostiene que es posible que respecto de un mismo sujeto y por un mismo hecho concurren una sanción penal y otra administrativa cuando esta última se fundamenta en una relación de supremacía especial, en la medida en que ambos ordenamientos protegen bienes jurídicos distintos. En consecuencia, las relaciones especiales de sujeción implicarían un cierto debilitamiento del principio de legalidad y del *non bis in idem*, al admitirse esa dualidad sancionatoria¹².

Es importante señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desempeñado un papel relevante en la delimitación del problema jurídico

10 Carlos Arturo Gómez Pavajeau y John Harvey Pinzón Navarrete, *Tratado de derecho disciplinario*, t. I, *Parte sustancial general*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

11 Jorge Iván Rincón Córdoba, *La potestad disciplinaria en el derecho administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 58.

12 Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *La relación especial de sujeción*, *op. cit.*, p. 179.

relativo a la eventual vulneración del principio *non bis in idem*. En particular, la sentencia T-413 de 1992 constituye un antecedente significativo para esta discusión. En dicha providencia, al analizar el caso de un abogado que enfrentaba simultáneamente un proceso penal y uno disciplinario por el ejercicio inadecuado de su profesión, la Corte admitió la confluencia de ambas sanciones.

La decisión se fundamentó en que no se vulnera el *non bis in idem* cuando los procesos se adelantan en jurisdicciones distintas que aplican normas de diferente naturaleza, contenido y alcance. Mientras el juez disciplinario valora la conducta a la luz de deberes éticos propios del Estatuto de la Abogacía, el juez penal la confronta con tipos penales orientados a la protección de bienes jurídicamente tutelados en defensa del interés social. En consecuencia, al tratarse de normas aplicables y bienes protegidos de naturaleza diversa, resulta jurídicamente posible que el juez penal absuelva y, al mismo tiempo, el juez disciplinario imponga una sanción por los mismos hechos¹³.

El argumento anterior se basa en que el derecho penal persigue unos fines y el derecho disciplinario otros, fines que se ven representados en los bienes jurídicos protegidos, como si los bienes jurídicos que se protegen en cada caso fuesen sustancialmente diferentes.

Para efectos de continuar con los argumentos que sostienen la tesis objeto de esta sección, la investigación del profesor Juan Gabriel Rojas López¹⁴ es de importante referencia, debido a que en su trabajo se refuta estructuralmente la postura consistente en plantear que la norma punitiva penal busca proteger un bien jurídico diferente a la norma punitiva disciplinaria.

En su análisis se sostiene que, cuando el bien jurídico protegido por determinados delitos es la Administración pública, ello supone, en términos concretos, la salvaguarda de los principios que le son inherentes. Así, la comisión de conductas tipificadas como delitos contra la Administración pública vulnera los principios constitucionales que rigen la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. De igual forma, ocurre con las faltas disciplinarias que se fundamentan en la realización dolosa de esas

13 En la sentencia se establece que “no se viola el principio *non bis in idem*, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez penal haya absuelto y, por su parte, el juez disciplinario haya condenado”.

14 Juan Gabriel Rojas López, *Derecho administrativo sancionador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

mismas conductas, conforme a lo establecido en el artículo 48.1 de la Ley 734 de 2002 y en el artículo 65 de la Ley 1952 de 2019.

Desde esta perspectiva, no existiría una diferencia real en cuanto a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal y el derecho disciplinario en estos supuestos, pues ambos sistemas normativos persiguen la protección de los mismos intereses jurídicos. En consecuencia, se configuraría identidad de objeto y de causa entre los dos esquemas punitivos¹⁵.

Lo anterior puede traducirse pragmáticamente en que si un funcionario público es el sujeto activo del tipo penal de peculado por apropiación y es condenado por la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal y solo es sancionado en lo penal y no mediante el derecho administrativo sancionador, solo se protege el bien jurídico penal, quedando en desprotección el bien jurídico que protege el derecho disciplinario. Lo anterior lleva a una cuestión de obligatoria formulación, ¿cuál es el bien jurídico que protege el derecho penal que fue protegido y cuál es el bien jurídico que protege el derecho disciplinario que está en la penumbra? Tenemos entonces que el bien jurídico penal es la administración pública y para el derecho disciplinario la eficiencia, eficacia y moralidad de la Administración pública; pueden sonar similares, sin embargo, para la Corte el bien jurídico penal es más amplio y el disciplinario es más restringido al funcionamiento interno de la Administración pública.

2.2. SANCIÓN PENAL VS. SANCIÓN ADMINISTRATIVA: UN DUELO ENTRE DOS PERSONALIDADES DEL MISMO SER

La forma de entender el estado actual del problema por parte de las altas cortes se encuentra en la creencia de que existen grandes diferencias entre la sanción penal y la disciplinaria, diferencias que son de tan alta magnitud que se acude a esta premisa para intentar garantizar la conclusión de que al ser tan diferentes pueden coexistir ante un mismo sujeto por unos mismos hechos sin lesionar la garantía del *non bis in idem*.

En el marco de la discusión sobre las diferencias entre la sanción disciplinaria y la sanción penal, la sentencia C-427 de 1994 propuso una serie de criterios orientados a delimitar ambos ámbitos. En dicha providencia se sostiene, en primer lugar, que la prohibición penal tiene como finalidad la defensa de la sociedad, mientras que el régimen disciplinario busca salvaguardar el adecuado desempeño del servidor público y garantizar el cumplimiento de la función pública.

Asimismo, se señala que la tipificación penal responde a patrones de estricta precisión, en los que se describen detalladamente los elementos

15 *Ibid.*

estructurales del tipo –sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias–, lo que conduce a una delimitación exhaustiva de las conductas sancionables. En contraste, la configuración de las faltas disciplinarias incorpora elementos propios de la función pública y contenidos de naturaleza político-institucional, lo que otorga al superior jerárquico un margen de apreciación más amplio y flexible en la valoración de la conducta, criterio que también ha sido reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, la Corte distingue las consecuencias jurídicas de uno y otro régimen: mientras las sanciones penales se orientan principalmente a la privación de la libertad y a la eventual reinserción social del condenado, las disciplinarias se relacionan con el servicio público e incluyen medidas como llamados de atención, suspensiones o la separación del cargo. De ello se desprende el carácter autónomo de la potestad disciplinaria y el principio según el cual esta puede ejercerse sin perjuicio de las responsabilidades penales que puedan derivarse de los mismos hechos¹⁶.

Tales consideraciones han trascendido a sentencias posteriores como la sentencia C-616 de 2002 y la sentencia C-595 de 2010, en las cuales se reiteran y recopilan las razones fundamentales para mantener las diferencias sustanciales entre la sanción penal y administrativa, realizando una relación con el argumento estudiado anteriormente de bienes jurídicos protegidos y finalidades diferentes, pues en términos de la Corte mientras la actividad sancionatoria de la administración persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública de los que trata el precepto constitucional del artículo 209, la función de la sanción penal busca preservar bienes sociales más amplios y alcanzar los fines de la pena: retributivos, preventivo o resocializador.

Para el profesor Juan Gabriel Rojas López, la diferencia en que la infracción penal da lugar a la intervención de la función pública jurisdiccional y la infracción administrativa daría lugar a la intervención de la función pública administrativa, es evidente, sin embargo, la misma solo es de carácter procesal¹⁷.

En cuanto a esta postura, consideramos que, si bien es claro que las sanciones tienen su génesis en escenarios diferentes, estas obedecen a normas

16 Corte Constitucional, sentencia C-427 del 29 de septiembre de 1994, exp. D-562.

17 "Esta diferenciación resulta apenas obvia e indiscutible, pero claro está, no es de carácter sustancial, puesto que en últimas dependerá de la ley y no de la naturaleza intrínseca de la infracción si el tratamiento que se le llega a dar al infractor es de naturaleza penal y por ende se desarrolla en el marco de la función jurisdiccional, o por el contrario, si es calificada como administrativa, y será la función administrativa, en consecuencia, el campo en el que se desarrolle el tratamiento para el infractor". Juan Gabriel Rojas López, *Derecho administrativo sancionador*, op. cit., p. 129.

jurídicas diferentes, y que tal argumento no parece ser suficiente para garantizar la conclusión de que no haya violación al *non bis in idem* ante duplicidad de sanciones por tales diferencias, atendiendo a que el supuesto de que un castigo sea impartido por un sujeto conocido como el juez y el siguiente castigo sea impuesto por otro sujeto conocido como la autoridad administrativa. Esto no significa que no haya aquella doble sanción que pretende evitar la garantía, pues ambos sujetos se encuentran vestidos por el derecho a castigar, ambos son sello y cara de la misma moneda, representan el poder sancionador del Estado, que si bien pertenecen a ámbitos diferentes, esta diferencia obedece a una razón de diseño institucional, de carácter procesal, que en nada debería justificar la duplicidad de castigos.

En síntesis, la diferencia consistente en que son sanciones que se cocinan en escenarios diferentes de la estructura del Estado, en donde actúan autoridades diversas aplicando disposiciones normativas diferentes, es un argumento que si bien puede representar diferencias en términos cuantitativos, no son diferencias que tengan una magnitud que permita justificar una coexistencia de las mismas sin lesionar la garantía del *non bis in idem*, pues al escrutar la identidad de estas sanciones no se encuentra que tal diferencia signifique que obedecen a fundamentos distintos, pues en últimas provienen del mismo poder punitivo del Estado.

2.3. EL DERECHO DISCIPLINARIO AUTÓNOMO: ¿UN ASUNTO DE LA NATURALEZA DE LA POTESTAD O DE LOS Matices DE LA RESPONSABILIDAD?

Una discusión que ha tenido una intensidad particular en el derecho público encuentra su lugar en la proclamada independencia del derecho disciplinario respecto a otras ramas del derecho como el derecho penal y el derecho administrativo, lo anterior debido a que existe una bandera que con especial devoción defiende la autonomía e independencia de la naturaleza del derecho disciplinario, afirmando que no se trata de típico derecho administrativo.

Se alude que la autonomía surge de la imputación o estudio de los elementos de la responsabilidad disciplinaria. Es decir, que en el derecho disciplinario cuando se realiza el análisis de responsabilidad, el juzgador debe razonar sobre unos matices que son específicos o actúan de forma especial en el derecho disciplinario imprimiendo por ello un carácter de autonomía. A continuación, se tratarán aquellos matices desde los cuales se elabora la tesis de autonomía, estos son, la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad. El Consejo de Estado ha plasmado con claridad en la jurisprudencia que la responsabilidad disciplinaria se deriva del estudio de estos tres factores: "implica el análisis de la conducta del sujeto disciplinable desde tres diversos factores, a saber la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad, los cuales por el diseño y estructura del derecho disciplinario adquieren

connotaciones especiales diferentes a los decantados por otras manifestaciones del *ius puniendi* del Estado"¹⁸.

Es pertinente ahora realizar un estudio específico de la ilicitud sustancial, a partir de lo expuesto por el profesor Rodríguez Tamayo, quien la diferencia de la antijuridicidad material. Según esta postura, en materia disciplinaria, por regla general, no se exige la producción de un resultado lesivo o dañino, como sí ocurre en el derecho penal para la constatación de la antijuridicidad material, lo que permite afirmar que la ilicitud sustancial constituye un elemento autónomo e independiente.

En esta línea, el autor, siguiendo la posición del profesor Gómez Pavajeau, sostiene que, aunque el derecho disciplinario y el derecho penal comparten la exigencia de que la mera adecuación típica no sea suficiente para declarar la responsabilidad, divergen en lo relativo al componente material de la antijuridicidad. Mientras en el ámbito penal la antijuridicidad material implica la afectación concreta de un bien jurídico, en el derecho disciplinario basta el quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales asignados al servidor público, sin que sea necesaria la producción de un daño efectivo al Estado¹⁹.

En postura contraria a esta autonomía, el profesor Jorge Iván Rincón resalta que "la identidad no implica una autosuficiencia respecto de la rama del derecho que le sirve de referente, sino la existencia de una relación entre especialidad y generalidad"²⁰.

Por lo anterior, se acepta que el derecho disciplinario ostenta una identidad clara y definida; sin embargo, para la solución de problemas jurídicos, es que existe un ejercicio de retroalimentación entre derecho administrativo general, el régimen del empleo público y el derecho disciplinario.

En respuesta a la referida tesis de la autonomía, la postura antitética sostiene que la potestad disciplinaria constituye un componente natural de la organización administrativa. Esta idea adquiere especial relevancia a partir de la explicación ofrecida por el profesor Jorge Iván Rincón, quien analiza el poder disciplinario como parte de los asuntos internos de la Administración.

Desde esta perspectiva, la regulación de tales asuntos era entendida como parte del denominado "ámbito doméstico" de la Administración, dentro del cual se inscribía el poder disciplinario como manifestación de la ordenación de los recursos humanos. Bajo esa lógica, la construcción de la teoría de las relaciones especiales de sujeción se vio facilitada por el amplio margen de discrecionalidad reconocido a la Administración en materia organizacional.

18 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, rad. 11001-03-25-000-2012-00783-00, 2015.

19 Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo, *Naturaleza del derecho disciplinario*, Bogotá: Ibáñez, 2019.

20 *Ibid.*, pp. 71 y ss.

Ello le habría permitido sustraerse, en ciertos espacios, a una sujeción estricta al principio de legalidad, particularmente en tres ámbitos: la regulación de derechos y deberes de quienes se vinculan a la organización administrativa, la determinación de infracciones y sanciones disciplinarias, y la justificación de esta diferenciación con fundamento en la denominada autonomía de la voluntad, entendida como la manifestación del interés de una persona en ingresar a los cuadros administrativos²¹.

La explicación de la regulación de asuntos internos de la Administración mediante una potestad legal y reglamentaria lleva fundamentalmente a un concepto que ya ha sido mencionado precedentemente. Se trata de la figura de la relación especial de sujeción, la cual para la tesis de la independencia, es una piedra angular para el derecho disciplinario al sellarle su autonomía, no obstante, la antítesis le responde con contundencia que esa piedra angular encuentra su fundamento y poder en el derecho administrativo mismo.

De los argumentos propuestos, se evidencia racionalmente una refutación seria y estructural a la anhelada autonomía del derecho disciplinario, pues no atiende a las especificidades de los elementos de la responsabilidad, atiende a sus raíces, a su naturaleza y a su esencia, siendo imposible desligar o erradicar la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria. Por ello se concluye que hay cosas en las que el deseo no basta, por ello la naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria, la relación de especial sujeción y la ilicitud sustancial son fenómenos propios del derecho administrativo, más allá de los matices de los elementos de la responsabilidad que le imprimen identidad, no autonomía.

3. LA POSTURA ASUMIDA: EL PODER SANCIONATORIO DEL ESTADO EN CLAVE DE LA JUSTICIA DEL PROCESADO, UN LÍMITE RAZONABLE AL *IUS PUNIENDI*

La situación del *non bis in idem* en el sistema jurídico colombiano puede explicarse tangiblemente con una alegoría que se ve representada en el eterno retorno de Friedrich Nietzsche. En términos del filósofo:

Qué pasaría si un día o una noche un demonio se deslizara furtivo en tu más solitaria soledad y te dijera: "Esta vida, tal como la vives ahora y tal como la has vivido, la tendrás que vivir una vez más e incontables veces más; y no habrá nada nuevo en ella, sino que cada dolor y cada placer y cada pensamiento y suspiro, y todo lo indeciblemente pequeño y grande de tu vida tendrá que retornar a ti, y todo en la misma serie y en la misma sucesión —e igualmente esta araña y este claro de luna entre los árboles, e igualmente este instante y yo mismo. El

21 *Ibid.*

eterno reloj de la arena de la existencia será girado siempre de nuevo— y tú con él, mota de polvo del polvo" [...] ¿Cómo tendrías que quererte a ti y a la vida para no pretender nada más que esta confirmación última, que este último sello?²²

Permitir repetir un acto por la eternidad ya es un castigo en sí mismo. Bajo el eterno retorno sentenciado por el demonio, se repetiría cada acontecimiento una y otra vez; repetir los mismos sucesos, buenos y malos, tornándose tenebroso tener que retornar y volver sobre lo mismo, hechos que se repiten, condenas que se repiten sin parar. Esta alegoría permite imaginar cómo sería un mundo sin el principio de *non bis in idem*, el cual sería un lugar en donde aquel infante que arruinó con su balón los vidrios de una vecina sería castigado con mano dura por su padre, su madre, sus abuelos y todo aquel familiar que se sintiese con el derecho y con la razón para hacerlo, sumado a que los regaños y castigos se extendiesen por toda su infancia hasta formar a una persona con serias afectaciones por tan reiterados castigos.

En un mundo jurídico sin respeto al *non bis in idem* no hay límites claros al poder sancionador del Estado, en un escenario en donde, adicionalmente, se permite que haya múltiples dispositivos sancionadores. Es posible que para un procesado su conducta lo lleve a un eterno retorno, es decir, a que sea castigado diversas veces, debiendo enfrentar múltiples procesos debido a que se reproduce cíclicamente una respuesta punitiva al mismo hecho, según tantos dispositivos sancionadores haya. Como si de la condena del eterno retorno se tratara, este sujeto quedaría dispuesto al arbitrio del Estado, sin seguridad, sin certeza de cuantas veces tendrá que ser sometido a un nuevo proceso, retornando "eternamente" a los sucesos que propiciaron la investigación inicial, configurándose un eterno retorno sancionador.

3.1. UNA MIRADA QUE ABANDONA EL POSITIVISMO ESTRICTO HACIA EL REALISMO JURÍDICO, REALISMO DESDE EL CUAL EL NON BIS IN IDEM SE ENCUENTRA EN JAQUE

Uno de los grandes debates de la filosofía del derecho ha sido protagonizado por las pugnas entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, para responder a la cuestión de la validez y de la aplicación del derecho. En el positivismo, la validez jurídica se determina por el cumplimiento formal de otras normas previas superiores y del cumplimiento de los procedimientos legales; en sentido contrario, para el *ius* naturalismo lo más relevante es acudir a un conjunto de principios jurídicos inherentes a la persona sin subordinación necesaria a los procedimientos legales para su validez.

22 Friedrich Nietzsche, *La gaya ciencia*, traducción de Andrés Sánchez Pascual, Madrid: Alianza Editorial, 2004, §341, p. 271.

Esta pugna ha sido invocada por el profesor Andrés Ospina Garzón, quien expone que en el estado de cosas actual no existe una verdadera diferencia entre instrumento penal y disciplinario, provocando que no sean mecanismos complementarios, si no duplicados, lo anterior partiendo de un escenario específico que es el fin legítimo de las sociedades de luchar en contra de la corrupción. De dicho estudio resulta importante reflexionar varios aspectos, dentro de ellos sobre la siguiente conclusión que pone en contraposición el positivismo jurídico, con el realismo jurídico, esta última obedece a una escuela de pensamiento que surge con posterioridad y en respuesta a la discusión inicialmente relatada sobre positivismo e iusnaturalismo:

La teoría de la represión disciplinaria y penal responde a todos esos requisitos, ya que la penal se funda en el Código Penal, mientras que la disciplinaria en normas especiales, como el Código Disciplinario Único, ahora General Disciplinario, y pertenecen a ramas diferentes del derecho: la penal y la administrativa. [...]

No obstante, la realidad colombiana ha demostrado que, en razón de la penalización de la represión disciplinaria, no existe verdadera diferencia entre la sanción penal y la disciplinaria y, por consiguiente, la prohibición de *bis in idem* ha sido vulnerada no desde el punto de vista positivo, sino del realismo jurídico²³.

Para examinar críticamente la conclusión anterior y fundamentar la argumentación, es necesario precisar, aunque sea de manera breve, la esencia del realismo jurídico. En este propósito, la corriente del realismo norteamericano ha sido particularmente influyente, con exponentes como Karl Llewellyn, quien sintetizó sus postulados centrales.

Desde esta perspectiva, el derecho no se concibe como un sistema estático de normas, sino como un proceso dinámico, en permanente movimiento, en el que la creación judicial desempeña un papel decisivo. Asimismo, el derecho es entendido como un instrumento orientado a la consecución de fines sociales y no como un fin en sí mismo; por ello, cada una de sus instituciones debe evaluarse a la luz de su propósito y de sus efectos, así como de la coherencia entre ambos. Finalmente, el realismo parte de la idea de que la sociedad también se encuentra en constante transformación –y, por lo general, evoluciona con mayor rapidez que el propio derecho–, lo que

23 Andrés Fernando Ospina Garzón, "El poder disciplinario: ¿instrumento adecuado en la lucha contra la corrupción? De la deriva penalista del poder disciplinario y otros demonios", en Juan Carlos Henao y Aníbal Rafael Zárate (eds.), *Corrupción en Colombia*, t. IV, *Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 22.

exige una revisión continua de las normas para determinar si aún responden adecuadamente a las realidades sociales que pretenden regular²⁴.

En ese fluir de la sociedad y del derecho para el realismo los jueces son actores inescindibles y esenciales en la creación y aplicación del derecho, por ello se menciona la creación judicial del mismo como un elemento destacado.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible desarrollar la siguiente argumentación, que sostiene que desde el realismo jurídico la garantía del *non bis in idem* es vulnerada atendiendo a las consideraciones que se presentan a continuación.

3.1.1. Los jueces en su aplicación y creación del derecho le han fallado a la garantía del *non bis in idem* al admitir su debilitamiento y ambigüedad

A modo de punto de partida, debe plantearse el siguiente interrogante de forma precedente: ¿desde un enfoque positivo del derecho, legislativamente se vulnera la garantía? Para este escenario específico se considera que la existencia de las normas sancionadoras *per se* no la pueden vulnerar, pues estas en sí mismas no ocasionan un daño o una vulneración. La falla se materializa en la interpretación y aplicación de las mismas que realizan los operadores jurídicos y en la creación de precedentes que autorizan y vuelven mandato una aplicación que va en contra de la garantía, como lo justificado por la jurisprudencia colombiana al permitir la coexistencia de sanciones sin una diferencia clara en el fundamento jurídico que se protege.

Ahora bien, en una dimensión formal no se vulnera la garantía, pues desde este enfoque se autoriza que un mismo hecho de lugar a varias respuestas sancionatorias del Estado, como la penal y la disciplinaria, siempre y cuando la imposición de la sanción se base en normas diferentes, autoridades competentes que resuelven diferentes y fines, y fundamentos distintos. Podría entonces pensarse que desde el positivismo la garantía se encuentra protegida.

No obstante de lo anterior, la técnica legislativa sí cumple un rol importante en propiciar la vulneración a la garantía, al crear sanciones que buscan proteger un interés que ya se encuentra protegido o al permitir remisiones en blanco de la codificación disciplinaria a la penal, asunto que será objeto de análisis en líneas posteriores.

En sentido contrario, en el regazo del realismo jurídico, la vulneración se explica atendiendo a la forma en que opera el derecho al permitir someter a una persona a un doble juicio y posiblemente a una doble sanción, persiguiendo finalidades que realmente no son sustancialmente diferentes. Es

24 Karl N. Llewellyn, "Some realism about realism: responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, vol. 44, n.º 8, 1931, pp. 1222-1264.

por ello que la síntesis propuesta se inspira en el realismo jurídico para la búsqueda de una postura en pro de las garantías y en la eficacia en la aplicación del derecho para la transformación de la sociedad siendo este el fin legítimo del *ius puniendi* como medio.

3.2. EL *IUS PUNIENDI* NO ES UN FIN EN SÍ MISMO, ES UN MEDIO PARA UN FIN, UNA MIRADA DESDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD QUE DEBE GOBERNAR EL EJERCICIO SANCIONADOR

Atendiendo a la naturaleza de principio del *non bis in idem* que fue descrita en el acápite inicial y reanudando en una de las ideas centrales del realismo jurídico planteadas, el derecho es un medio dispuesto para los fines sociales, no es un fin en sí mismo. En el caso del derecho administrativo, el mismo es guiado por los principios que deben gobernar la función administrativa²⁵. De igual forma, el sentido de la existencia del *ius puniendi* debe obedecer a fines que lo justifican y al cumplimiento de garantías. Se crea entonces la necesidad de someter la coexistencia de sanción penal y disciplinaria por los mismos hechos a un estudio de proporcionalidad, intentando determinar si el *non bis in idem* en cuanto a principio se encuentra en jaque.

El test de proporcionalidad se ha categorizado como una valiosa herramienta para determinar la justificación o no de adoptar una medida, teniendo en cuenta un estudio de fines y medios. Para el particular se tomará como referencia la conducta de cohecho de un servidor público en Colombia, la cual ocasionaría posibles consecuencias penales y disciplinarias. Se propone entonces someter la medida de sancionar doble vez a este funcionario a un estudio de proporcionalidad y determinar si en tal medida la limitación de derechos mediante las sanciones es válida.

Para tal ejercicio conviene incorporar la precisión formulada por el profesor Hugo Alberto Marín Hernández acerca de los elementos que integran el juicio de proporcionalidad. Según su explicación, este juicio se estructura en tres subprincipios o mandatos parciales:

En primer lugar, el subprincipio de adecuación –también denominado de idoneidad o congruencia– exige que la medida que limita derechos o intereses del administrado sea útil y apta para alcanzar el fin perseguido. En consecuencia, dentro del conjunto de medidas posibles, la Administración solo puede optar por aquellas que resulten coherentes con las circunstancias fácticas del caso y efectivamente conducentes a la realización del objetivo previsto por el ordenamiento.

En segundo lugar, el subprincipio de necesidad –o de intervención mínima– impone que la medida adoptada sea indispensable, en el sentido de

25 Artículo 3.º, Ley 1437 de 2011.

que no exista otra alternativa igualmente eficaz para la consecución del fin público y que, al mismo tiempo, resulte menos restrictiva de los derechos involucrados.

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto demanda un ejercicio de ponderación, de manera que se mantenga un equilibrio entre el sacrificio impuesto al derecho o interés limitado y el beneficio que la medida reporta al interés general que se pretende proteger²⁶.

Para el escenario del cohecho cometido por funcionario público, se propone el siguiente juicio de proporcionalidad teniendo en cuenta los subprincipios definidos, estudio que permitirá estudiar elementos importantes de la discusión.

3.2.1. Subprincipio de idoneidad: la coexistencia de sanciones por los mismos hechos no representa utilidad, ni se encuentra sustancialmente justificada

En sede de la idoneidad de la medida de aplicar múltiples sanciones para la conducta es relevante el factor de utilidad, la cuestión relevante es si la medida permite alcanzar los fines que persigue. En la postura asumida, el fin que persigue tanto la sanción penal y la sanción disciplinaria es la protección de la Administración pública, entendido como el bien jurídico protegido, surgiendo el interrogante: ¿imponer ambas sanciones contribuye en mayor medida a la protección de la Administración pública?

Para la postura sostenida en el capítulo primero, la respuesta sería afirmativa en el entendido que cada una cumple una función distinta, en la penal se busca un reproche social amplio y abstracto, y en la disciplinaria se pretende manifestar el control interno y ético de la Administración, además del factor diferencial de la ilicitud sustancial, lo que resulta en contradicción con lo formulado en el acápite segundo, para el cual no hay grandes diferencias entre los dispositivos.

La postura adoptada a modo de síntesis consiste en que si bien pueden existir algunas diferencias entre ambas, tales diferencias no tienen la sustancialidad necesaria y suficiente para justificar la imposición coexistente de las mismas ante el mismo sujeto, pues las diferencias podrían parecer un asunto meramente gramatical o estrictamente formal. A propósito, el profesor Ospina establece que la finalidad debe ser tangible en el reproche. Así: "la diferencia entre la responsabilidad disciplinaria y la penal sería, en el fondo un asunto gramatical: en un caso el elemento se llama antijuridicidad material, en el otro, ilicitud sustancial, por lo que el *non bis in idem* se

26 Hugo Alberto Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 413.

encuentra actualmente desconocido, ya que la finalidad diferente de ambos instrumentos no es una cuestión retórica, sino que debe materializarse en la estructura del reproche"²⁷.

Se considera que la finalidad que debe existir para que haya una justificación de la doble sanción es una finalidad real, notoria en la estructura del dispositivo sancionatorio que permite realizar el juicio de reproche. Sin embargo, para el caso a modo de ejemplo del cohecho, el juicio de desvalor de la conducta es el mismo en ambos regímenes punitivos, en la acción ambos valoran la conducta nociva y corrupta del funcionario; el resultado es la afectación de la transparencia, de la moralidad y de la confianza institucional; y se busca proteger la rectitud y probidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, el juicio de desvalor es redundante y contrario a la garantía al reproducirse el mismo reproche, pero bajo formalidades distintas toda vez que esa multiplicidad sancionatoria no puede justificarse exclusivamente en una diferencia formal de las normas o de autoridades competentes.

Por lo anterior, la imposición de una sola sanción ya cumple con el objetivo de protección del bien jurídico, pues un doble castigo no incrementaría de forma significativa esa eficacia en la protección. Sin embargo, alguien podría considerar que al existir una mayor severidad en el castigo y mayor cantidad de conductas sancionables, es mayor la probabilidad de prevenir conductas indeseables para el Estado, debiéndose abordar un punto de análisis relativo a la creencia tan institucionalizada de considerar que la coexistencia del instrumento penal y disciplinario pueden reducir significativamente problemas de tan alta magnitud como el de la corrupción.

Una importante disertación que tiene todo el sentido invocar respecto a la poca o mediana utilidad de los dispositivos sancionadores en prevenir o erradicar conductas indeseadas para sociedad es el razonamiento presentado por los profesores Juan Carlos Henao y Aníbal Rafael Zárate al momento de estudiar la corrupción en Colombia. Destacan que a pesar del endurecimiento de las sanciones, los casos de corrupción rara vez se descubren y sancionan efectivamente, lo que evidencia la ineficacia de los mecanismos de control penal, fiscal y disciplinario. Esta situación puede incluso incentivar prácticas corruptas dentro del Estado, en la medida en que la percepción de impunidad influye en la decisión de incurrir en tales conductas. Por ello se cuestiona que la lucha contra la corrupción se base exclusivamente en un enfoque represivo. Más allá de constatar el bajo número de condenas en estos ámbitos en Colombia, se plantea la necesidad de complementar

27 Andrés Fernando Ospina Garzón, "El poder disciplinario: ¿instrumento adecuado en la lucha contra la corrupción?", *op. cit.*, p. 171.

la respuesta sancionatoria con herramientas alternativas, especialmente de carácter preventivo y pedagógico²⁸.

Esta idea es axial, a efectos de determinar la idoneidad de la medida, bajo el entendido de que si no hay evidencia de que mayores respuestas represivas del Estado otorguen mayor nivel de protección al interés o bien jurídico que se busca proteger, debido a que el enfoque estrictamente punitivo no disuade ni previene las conductas reprochables.

A modo de ilustración del deseo de lo punitivo como respuesta por excelencia del Estado colombiano ha sido tan intenso el afán de perseguir disciplinariamente todas las conductas penales de un funcionario público, que en el Código General Disciplinario vigente²⁹ se creó una remisión normativa en blanco para que se extendiera el abanico de faltas disciplinarias incluyendo los tipos dolosos del Código Penal cometidos "en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él". Remisión normativa que pone en evidencia con mayor nitidez que no hay diferencias entre sanción penal y disciplinaria, y que el bien jurídico protegido es la Administración pública. O como podría ser lógico exportar, una conducta punible a un proceso disciplinario, y pretender que se cambie el fundamento jurídico que lo dota de razón y de existencia; salta de bulto entonces la identidad de fundamento normativo entre lo disciplinario y penal.

En los términos anteriores, si no hay diferencias sustanciales entre la sanción penal y la disciplinaria, no hay justificación que legitime su coexistencia sin que se lesione la garantía de *non bis in idem*. Mucho menos ante el comportamiento de cohecho objeto de análisis y, en consecuencia, sancionar doblemente no es una medida útil ni idónea, sumado a que no se otorga mayor protección a los intereses y bienes jurídicos al representar un enfoque represivo que no tiene eficacia en la lucha del Estado en comportamientos que atentan en contra de los bienes jurídicos tutelados. Teniendo claro que la medida no es idónea, es posible seguir al juicio de necesidad, el cual es un presupuesto lógico de la idoneidad, pues parte de la misma.

3.2.2. Subprincipio de necesidad: la coexistencia de sanciones por los mismos hechos no es imprescindible al existir ya una medida que pretende cumplir los mismos fines

Atendiendo a la argumentación esbozada para concluir que la medida no es idónea, es lógico concluir que no resulta imprescindible imponer ambas sanciones para cumplir con la finalidad de protección del bien jurídico de

28 Juan Carlos Henao y Aníbal Rafael Zárate (eds.), *Corrupción en Colombia*, t. IV, *Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 22.

29 Artículo 65, Ley 1952 de 2019.

la Administración pública, se considera que se pueden lograr los mismos fines con la imposición de una sola sanción, cumpliendo la misma con el juicio de desvalor necesario y con la protección al interés jurídico de la Administración pública.

La duplicidad de las sanciones no es necesaria, toda vez que existen otras alternativas que pueden cumplir con el reproche y con la finalidad de protección que tiene la sanción. Para el caso en concreto del cohecho, para el cual ambos dispositivos buscan la protección de los mismos valores y principios cuyo núcleo es la Administración pública, se considera que se debe aplicar solamente una de las dos sanciones. Solo una de ellas es imprescindible, la restante no cumple con el factor de necesidad, no es esencial para el cumplimiento de la finalidad ni es una medida moderada.

La doble sanción necesariamente implica una lesión a un derecho, solo que formalmente justificada, al tratarse la sanción de un daño, esta solo es admisible en la medida en que resulte imprescindible. Es por ello que, al ya existir otro medio para el cumplimiento del fin, la medida no satisface el juicio de necesidad.

De la discusión sobre las diferencias entre una sanción y otra se concluye que es una sanción política, que en este caso indicamos como diferencias eminentemente procesales, ya que obedece a las fuentes el diseño institucional del Estado, del cual se predica una función jurisdiccional y una función administrativa. Así se explica que haya un conjunto de diferencias relativas no solo a la estructura orgánica del Estado, si no a las autoridades, sus competencias y las normas aplicables, sin que esto implique que haya una diferencia ontológica, de la cual sea correcto predicar que estos dispositivos tienen espíritus diferentes o que resultan antagónicos.

Ahora bien, resulta prudente concluir que, si se trata de diferencias que no resultan sustanciales, entendiendo como sustanciales aquellas que atañen a la esencia, a aquello que las hace ser esa figura y no otra, se alza como argumento importante, que no existe una diferencia entre el dispositivo penal y el administrativo que justifique y legitime una coexistencia de los mismos, sin que se lesione la garantía de *non bis in idem*, encontrándose en términos de este análisis la garantía en un verdadero jaque.

Tanto el juez penal como la autoridad administrativa con funciones sancionatorias buscan tutelar componentes éticos, axiológicos, de interés social, del buen y correcto funcionamiento de la Administración pública. Ahora bien si se predica en la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, que la sanción penal pretende la protección de bienes jurídicos más amplios, es razonable concluir que no es necesaria entonces la sanción disciplinaria, pues todos aquellos principios, valores y reglas que protegen un correcto funcionamiento de la Administración pública se encuentran en este foco de protección del bien jurídico penal. Por ello, los intereses específicos de

protección de la sanción disciplinaria se encuentran inmersos o subsumidos en esa noción de bien jurídico amplio u omnicomprensivo en materia penal.

3.2.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:
"La cura es más grave que la enfermedad", la admisión de la coexistencia de sanciones por los mismos hechos representa un daño al *non bis in idem* que no se justifica en términos de beneficios

Para el nivel final de análisis de proporcionalidad se formula la siguiente cuestión: ¿los beneficios de la coexistencia de sanción penal y disciplinaria justifican la restricción que se deriva a la garantía del *non bis in idem*?

Consideramos que la respuesta es negativa, atendiendo a que el reproche de la sanción secundaria se convierte en una duplicación punitiva, que no representa un valor agregado sustancial y que sí restringe un derecho fundamental al materializarse una doble carga sancionadora injustificada, lo que puede tener consecuencias desproporcionadas. En efecto, el beneficio adicional es mínimo y en sentido contrario el costo en términos de garantías es alto.

Sobre el costo en las garantías del procesado, debe recordarse una reflexión de la Corte Constitucional³⁰ que fue citada y es que cuando a una persona se le vulnera el *non bis in idem*, se permitió que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, como si del auténtico Leviatán se tratara, persiga varias veces, si fracasó en su primer intento, de condenar a una persona por la conducta por él realizada. Esto le que traería consecuencias serias para el ciudadano, un estado de incertidumbre, ansiedad e inseguridad, derivado de la situación injusta de vivir en un "eterno retorno sancionador".

El costo de la vulneración de la garantía tiene un eco tanto constitucional y convencional, por ello es importante resaltar que se vulnera el principio *non bis in idem*, como sostiene la profesora Ángela María Buitrago, cuando una misma persona es objeto de sanción en el ámbito penal y en el administrativo por los mismos hechos, pues ello implica una doble persecución contraria a los compromisos internacionales y a la prohibición de sancionar dos veces por un mismo ilícito.

De esta manera, este principio no solo opera como una directriz dirigida a las autoridades judiciales para impedir que alguien previamente juzgado –y eventualmente absuelto– sea nuevamente investigado y sancionado por la misma conducta, sino que también constituye un derecho fundamental que vincula al legislador en el ejercicio de su potestad de configuración normativa.

30 Corte Constitucional, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, exp. D-3987.

En consecuencia, coincidimos con la profesora Buitrago en que una norma legal lo desconoce cuándo permite que una persona sea juzgada o sancionada en dos oportunidades por los mismos hechos. Así, tal vulneración no se limita al supuesto más evidente –autorizar que quien fue absuelto en un proceso penal sea nuevamente juzgado por idéntica conducta–, sino que puede manifestarse en diversas configuraciones normativas que, en la práctica, conduzcan a una duplicidad sancionatoria incompatible con la Constitución³¹.

En adición, se torna importante reflexionar sobre el artículo 8.º de la Convención Americana, el cual establece que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos”, sobre el cual la Corte Interamericana de Derechos humanos ha mantenido el criterio consistente que “El principio [*non bis in idem*] busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por los mismos hechos”³². En efecto, se trata de una garantía que impacta en todos los campos del derecho sancionatorio y no se restringe al derecho penal; es decir, se prohíbe el doble juzgamiento por los mismos hechos, que es precisamente la regla jurídica que desde esta antítesis se considera tan lesionada.

Un escenario en el cual puede vulnerarse el principio para esta postura, se concreta desde el rol del legislador, teniendo en cuenta que este es el creador de las normas jurídicas, que componen el ordenamiento jurídico. El escenario consiste en que el legislador crea diversas formulaciones normativas que tienen el mismo supuesto fáctico con su correspondiente sanción como consecuencia jurídica, positivizando diversos dispositivos sancionatorios y buscando regir la misma situación fáctica, el mismo núcleo de hechos, pero mediante más de un precepto normativo y concibiendo más de una sanción a título de consecuencia jurídica.

Como evidencia de lo anterior, una norma jurídica creada por el legislador colombiano y que es una manifestación clara de lo anterior lo constituye el artículo 65 de la Ley 1952 de 2019^[33] que realiza una remisión normativa en blanco de la legislación disciplinaria a la legislación penal.

31 Ángela María Buitrago Ruiz, “*Non bis in idem*. Derecho penal vs. derecho administrativo sancionatorio”, en Paula Robledo Silva y Jorge Iván Rincón Córdoba (eds.), *Régimen jurídico de los agentes estatales. XXV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Homenaje a Juan Carlos Henao Pérez*, t. II, *La responsabilidad sancionatoria*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024, p. 471.

32 Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2012, Serie C, n.º 255, párrafos 120 y 121.

33 Artículo 65, Ley 1952 de 2019: “*Faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal*. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable

Si bien para un gran sector del derecho colombiano esta disposición normativa es válida y no representa razones de debate, la misma permite clara y abiertamente que de la misma conducta se ocasione un delito y una infracción administrativa, siendo un ejemplo de una formulación normativa que establece desde el punto de vista de creación de la norma, serias tensiones con la garantía objeto de estudio.

En un sentido parcialmente contrario, autores como Juan Fernando Carrasquilla³⁴ consideran que, si bien la regla general es que la sanción penal y la administrativa son compatibles, en aquellos casos en los que el comportamiento deshonesto, es elemento para la configuración del tipo penal, como del tipo disciplinario, entonces sí existiría una posible vulneración al *non bis in idem* en la confluencia de estos dispositivos. Es decir, que es razonable concluir que desde esta postura, el ejemplo planteado pueda configurar una tensión con la garantía, atendiendo a que ese elemento de deshonestidad en el comportamiento sería el protagonista en ambos escenarios procesales.

En sentido similar a lo sostenido por Ángela María Buitrago se pronuncia Juan Gabriel Rojas³⁵, quien sostiene que carece de justificación que el legislador recurra simultáneamente a la vía penal y a la administrativa para sancionar conductas que tienen la misma fuente fáctica y están orientadas a la protección del mismo bien jurídico.

Desde esta perspectiva, el *non bis in idem* opera como un límite material al poder punitivo del Estado, en la medida en que impide la imposición ilimitada de sanciones. En una lectura de corte demoliberal, el respeto de este principio se erige en una garantía frente a la arbitrariedad estatal, al prohibir que una misma infracción dé lugar a múltiples respuestas sancionatorias que desconozcan los derechos fundamentales de los ciudadanos³⁶.

Planteamiento que adquiere especial importancia de cara al estado de cosas caracterizado en la presente investigación, consistente en una proliferación de dispositivos sancionatorios que parece no tener límite y que, en ocasiones, ignora que, desde la filosofía del Estado de derecho, las garantías del ciudadano que se enfrenta al poder sancionatorio estatal cumplen una función esencial: limitar la arbitrariedad y la injusticia en el ejercicio del poder.

Como desenlace de este punto es oportuno precisar que, para la argumentación en defensa de la garantía ante la confluencia de sanciones, de la eficacia que el *non bis in idem* tenga, dependen otros derechos con una alta

a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él".

34 Juan Fernando Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, vol. 1, 2.ª ed., Bogotá: Temis, 1986, pp. 53-54.

35 Juan Gabriel Rojas López, *Derecho administrativo sancionador*, op. cit., p. 355.

36 Ángela María Buitrago Ruiz, "Non bis in idem", op. cit., p. 471.

carga axiológica, como es el de seguridad jurídica, pues ningún ciudadano podría tener certeza de su situación jurídica cuando es posible que por una conducta sea sancionado en repetidas ocasiones, exponiéndose a diferentes juicios, creando en términos de Corte Constitucional un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad³⁷.

Así las cosas, la idea que aquí se defiende es que la duplicidad de sanciones no satisface el juicio de proporcionalidad propuesto. No obstante, el siguiente interrogante es de especial importancia para la conclusión del juicio: ¿puede haber un escenario en el cual la duplicidad de sanciones si sea idónea, necesaria y proporcional en estricto sentido?

La tesis que responde el interrogante tiene una naturaleza contingente, es decir, puede suceder o no suceder dependiendo de un factor fundamental y es que haya plena certeza en que el bien jurídico que se pretende proteger por cada una de las sanciones sea sustancial y realmente diferente, estando intereses jurídicos taxativamente distintos en juego, que no sea el caso en que la conducta sobre la cual se realiza el juicio de desvalor obedezca a un bien jurídico idéntico o de difícil diferenciación como en el caso de los comportamientos relacionados con la administración pública. A modo de caso hipotético que ilustre la idea, se propone el supuesto de hecho en el cual un profesor de una institución educativa pública se encuentra inmerso en una investigación por la conducta de actos sexuales con menor de catorce años, en el escenario de tener responsabilidad de los hechos, es completamente legítimo que pueda ser sometido a un proceso disciplinario y penal, y a una eventual sanción disciplinaria y penal, atendiendo a que los bienes jurídicos objeto de protección son clara, taxativa y sustancialmente diferentes.

3.3. LA SÍNTESIS: UN FARO QUE ILUMINE AL PROCESADO Y ORIENTE EL PODER SANCIONATORIO DEL ESTADO CON UN ENFOQUE GARANTISTA, SISTÉMICO Y DE PROPORCIONALIDAD

Un lugar mejor para la garantía del *non bis in idem* es aquel en el cual existe una unidad sistémica del derecho, lo que presupone que el mismo funciona bajo factores de coherencia y no contradicción, evitando de esta manera que una persona pueda sancionarse doble vez por los mismos hechos, cuando la diferencia de fundamentos jurídicos no es clara, permitir esta duplicidad

37 La Corte Constitucional, en sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, exp. D-3987, describe lo que puede sentir ese ciudadano al que no se le garantiza el *non bis in idem*: "La función de este derecho, conocido como el principio *non bis in idem*, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad".

es lesionar todo intento de coherencia y un quiebre en esa unidad propia de un sistema.

La coherencia en el ejercicio del *ius puniendi* requiere optimizar la técnica legislativa, atendiendo a una propuesta de solución para superar lo que algunos autores han denominado como la aporía del *non bis in idem* y es "evitar las duplicidades en los fundamentos jurídicos de las infracciones por el legislador, así como afinar los tipos infractores adecuándolos a los bienes jurídicos objeto de tutela"³⁸. La mejora en la técnica legislativa es una situación ideal, con el fin de evitar múltiples reproches normativos a la misma conducta. Sin embargo, se considera que la principal solución desde el realismo jurídico debe provenir desde la aplicación del derecho que realizan los jueces y las autoridades administrativas, en la cual deben salvaguardar el principio del *non bis in idem* en cada caso en concreto, en pro de las garantías del procesado y de la proporcionalidad de las sanciones.

Un lugar mejor para la garantía, no se predica una autonomía innecesaria del derecho disciplinario respecto al derecho administrativo, lo que permite pensar sistemáticamente el derecho administrativo como una rama a la cual pertenece el derecho disciplinario, existiendo unos vasos comunicantes, un diálogo en pro de la unidad y la coherencia entre el derecho penal y administrativo como regímenes sancionatorios, para que desde la dimensión legislativa o desde la aplicación del derecho por autoridades administrativas y jueces, se logre una conexión lógica para que solo haya una tipificación para el reproche de esa conducta o que si bien normativamente ya están previstas varias, sea la autoridad la que encamine la conducta a una única tipificación específica según las particularidades del caso y prevalezca un único juicio y sanción.

En honor a la dialéctica hegeliana propuesta en la síntesis, se integra tesis y antítesis para aceptar que en casos excepcionales en los que existe una diferencia más allá de lo formal en el interés y fundamento jurídico de las sanciones a imponer, es válido la coexistencia de las mismas sin poner en jaque el *non bis in idem* bajo una argumentación material, exigiendo del aplicador del derecho un test estricto de proporcionalidad de cara a la protección de las garantías del procesado.

Finalmente, ese lugar mejor para el *non bis in idem* es aquel en el que se ha superado el deseo por las respuestas represivas y casi que omnicomprensivas del Estado, creando inacabadas sanciones para comportamientos que ya tienen un reproche por parte de otros regímenes punitivos tal como sucede con la remisión en blanco del artículo 65 de la Ley 1952 de 2019. Es por ello que la superación de la represión y el castigo por parte del Leviatán que a veces

38 José Ignacio Cubero Marcos, "Las aporías del principio *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, n.º 207, 2018, pp. 253-288.

se torna utópica, debe permitir el tránsito a un modelo de intervención que implemente la prevención, la pedagogía y el uso de medidas no punitivas como plan de acción, y de esta manera la tipificación y aplicación de sanciones obedecerán al espíritu de la última *ratio* o de intervención mínima, y la garantía del *non bis in idem* saldrá de ese jaque al que la condena el demonio del eterno retorno sancionador.

CONCLUSIONES

La investigación permitió constatar que, en el estado actual del derecho colombiano, la coexistencia de sanciones penales y disciplinarias por los mismos hechos genera una tensión estructural con la garantía del *non bis in idem*. Aunque desde una perspectiva estrictamente positivista puede sostenerse la validez formal de ambos dispositivos –por su fundamento normativo y competencia diferenciada–, el análisis desde el realismo jurídico evidencia que, en la práctica, tales regímenes reproducen un mismo juicio de desvalor frente a idénticos bienes jurídicos, particularmente en materias como la protección de la Administración pública. En este sentido, la duplicidad sancionatoria no constituye una verdadera complementariedad, sino una reiteración punitiva que coloca a la garantía en una situación de debilitamiento.

El examen de proporcionalidad aplicado a la coexistencia sancionatoria permitió concluir que esta no supera los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto cuando los bienes jurídicos protegidos son sustancialmente coincidentes. La duplicidad no demuestra una utilidad adicional relevante en la protección del interés público, no resulta imprescindible ante la existencia de un medio alternativo igualmente eficaz y, finalmente, impone una carga desproporcionada al procesado, generando un “eterno retorno sancionador” incompatible con la seguridad jurídica y la justicia material. Así, el costo en términos de garantías supera ampliamente cualquier beneficio marginal que pudiera alegarse.

No obstante, la tesis sostenida admite un carácter contingente: la coexistencia de sanciones podría resultar constitucionalmente legítima en aquellos eventos excepcionales en los que exista una diferencia real, sustancial y verificable entre los bienes jurídicos tutelados y los fundamentos del reproche. De ahí que la propuesta final consista en reivindicar el *non bis in idem* como límite material al *ius puniendi*, exigiendo del legislador una técnica normativa coherente y del juez –penal o administrativo– un test estricto de proporcionalidad que preserve la unidad sistémica del derecho y garantice que el poder sancionador del Estado opere como medio para fines legítimos y no como un fin represivo en sí mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Buitrago Ruiz, Ángela María. "Non bis in idem. Derecho penal vs. derecho administrativo sancionatorio". En Paula Robledo Silva y Jorge Iván Rincón Córdoba (eds.), *Régimen jurídico de los agentes estatales. XXV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Homenaje a Juan Carlos Henao Pérez*, t. II, *La responsabilidad sancionatoria*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2024.
- Carrasquilla, Juan Fernando. *Derecho penal fundamental*, vol. 1, 2.^a ed. Bogotá: Temis, 1986.
- Cubero Marcos, José Ignacio. "Las aporías del principio *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador". *Revista de Administración Pública*, n.º 207, 2018.
- Gómez Pavajeu, Carlos Arturo. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *La relación especial de sujeción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, y John Harvey Pinzón Navarrete. *Tratado de derecho disciplinario*, t. I, *Parte sustancial general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- Henao, Juan Carlos, y Aníbal Rafael Zárate (eds.). *Corrupción en Colombia*, t. IV, *Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría general del derecho disciplinario*. Bogotá: Temis, 2009.
- Llewellyn, Karl N., "Some realism about realism: responding to Dean Pound". *Harvard Law Review*, vol. 44, n.º 8, 1931.
- Marín Hernández, Hugo Alberto. *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Molina Otero, María Raquel. "El *non bis in idem* en los regímenes punitivos a los que se someten los servidores públicos en Colombia: ¿una garantía, en la práctica, inexistente?". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 32, 2024.
- Nietzsche, Friedrich. *La gaya ciencia*. Traducción de Andrés Sánchez Pascual. Madrid: Alianza Editorial, 2004.

- Ospina Garzón, Andrés Fernando. "El poder disciplinario: ¿instrumento adecuado en la lucha contra la corrupción? De la deriva penalista del poder disciplinario y otros demonios". En Juan Carlos Henao y Aníbal Rafael Zárate (eds.), *Corrupción en Colombia*, t. IV, *Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Reyes Alvarado, Yesid. *Bien jurídico y derecho disciplinario*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación - Instituto de Estudios del Ministerio Público, 1998.
- Rincón Córdoba, Jorge Iván. *La potestad disciplinaria en el derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando. *Naturaleza del derecho disciplinario*. Bogotá: Ibáñez, 2019.
- Rojas López, Juan Gabriel. *Derecho administrativo sancionador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.