

LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN AUSENCIA DE LAS OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO.

Karen Vanegas Puerta¹

RESUMEN:

El propósito de este artículo es analizar la efectividad del derecho al debido proceso en las actuaciones disciplinarias adelantadas en las entidades territoriales que, por razones de organización administrativa o deficiencia presupuestal, no cuentan con una oficina de control interno disciplinario.

Para dicho análisis se revisan los conceptos de debido proceso, la construcción, desarrollo y funciones de las oficinas de control disciplinario interno y el poder disciplinario preferente de las Personerías Municipales. Se concluye que la ausencia de las oficinas de control interno disciplinario menoscaba el

¹ Abogada de la Universidad de Antioquia. Personera Municipal de Armenia Antioquia.

Correo electrónico karen.vanegasp@gmail.com. Artículo para optar por el título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

debido proceso de los disciplinados porque quien asume dicha actividad no cuenta con el conocimiento ni la experiencia requerida para el desarrollo del proceso disciplinario, aunado a que esa actividad aparece como residual en los manuales de funciones de los empleados públicos que asumirían el rol disciplinario.

PALABRAS CLAVES:

Competencia disciplinaria, Debido Proceso, Oficina de Control Interno Disciplinario

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL DEBIDO PROCESO, UN ACERCAMIENTO A SU DEFINICIÓN. 3. LAS OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO: UNA APROXIMACIÓN A SU CREACIÓN Y FUNCIONES. 4. LA COMPETENCIA DISCIPLINARIA EN AUSENCIA DE LAS OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. 5. LAS PERSONERÍAS MUNICIPALES: ENTRE LA COMPETENCIA PREFERENTE Y LA ASIGNACIÓN DE RESPONSABILIDADES DE CONTROL INTERNO. 6. CONCLUSIÓN. 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la función pública, en tanto su vinculación con el interés general, se encuentra reglado de manera especial, de forma que, por un lado, quien se encuentra dentro de la clasificación de servidor público cumpla cabalmente con las funciones encomendadas para su cargo y, por el otro, que, ante el incumplimiento de sus funciones, el funcionario público tenga claridades sobre el seguimiento disciplinario del cual sería sujeto por dicho incumplimiento. Bajo este contexto, la regulación del proceso disciplinario es una manera de garantizar los derechos al debido proceso, al trabajo y a la dignidad de quienes de una manera u otra se encuentran vinculados a las diversas entidades públicas.

Por ello, se hace necesario analizar el desarrollo de la potestad disciplinaria, en especial cuando no existen funcionarios especializados para su ejercicio, situación que es común en Municipios de Sexta Categoría, donde el ejercicio disciplinario se convierte en una actividad agregada a los funcionarios responsables del nombramiento y posesión de los servidores públicos, o de los secretarios de Despacho, cómo superiores jerárquicos, con lo cual se pone en riesgo la efectividad de los derechos de los disciplinados, sobre todo por la falta de organización estructural de las entidades, a la falta de personal especializado y a la falta de presupuesto.

Ante dicho contexto, este artículo busca responder al interrogante sobre la efectividad que tiene el derecho al debido proceso de los disciplinados en las entidades donde no existen funcionarios de control interno disciplinario, y si, ante la ausencia de oficinas de control interno disciplinario, el ejercicio de la actividad disciplinaria corresponde a las Personerías Municipales, como entes que gozan de potestad disciplinaria preferente. Con esto en mira, el objeto del artículo se desarrollará de la siguiente manera:

En primera instancia, se hará referencia a la garantía del debido proceso y del derecho disciplinario, desde el desarrollo jurisprudencial, para después realizar una aproximación sobre las construcción y funciones y de las oficinas de control disciplinario interno, realizando además, un rastreo sobre su existencia en algunos Municipios de Antioquia de sexta categoría; esto con el fin de evidenciar que, a pesar de ser un mandato legal, la realidad de los municipios es que, por razones presupuestales, no se logran realizar las adecuaciones estructurales para la creación y funcionamiento de una oficina de control interno disciplinario.

Por último, se darán algunas herramientas para la definición de la potestad disciplinaria preferente de las Personerías Municipales, el límite en su ejercicio y la distinción entre la competencia inicial, que recae en cada entidad para disciplinar a sus funcionarios, y el desarrollo de la actividad disciplinaria preferente de las Personerías Municipales.

Con esta línea argumentativa, se busca concluir que la ausencia de una oficina de control interno disciplinario vulnera el derecho al debido proceso que tienen los funcionarios públicos que son vinculados al procedimiento disciplinario. Esto en tanto, los funcionarios encargados de dicha actividad: i) tienen dentro de su manual de funciones múltiples tareas, donde el ejercicio disciplinario no se encuentra como una prioridad y, ii) no tienen la capacitación requerida, ni cuentan, en ocasiones, con la asesoría necesaria para adelantar los procedimientos disciplinarios.

Además, las Personerías Municipales no son las llamadas a asumir la función disciplinaria porque la competencia en primera instancia corresponde a las entidades públicas, y no es una obligación de las Personerías Municipales retirar dicha competencia en todos los casos, pues el ejercicio de la potestad disciplinaria preferente se encuentra enmarcada en la actualidad en lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 734 de 2002.

1. El derecho disciplinario y el debido proceso, un acercamiento a su definición

El derecho disciplinario, como una de las muestras de la potestad sancionadora del Estado, tiene como fin garantizar que el ejercicio de las funciones de los servidores públicos, y particulares que cumplen funciones públicas, esté enmarcado en las normas y principios que rigen el Estado Social de Derecho, lo que permite la vigilancia permanente a la conducta oficial de

aquellos que ejercen funciones públicas, por lo que sus objetivos son preservar el buen nombre de las entidades, alcanzar la eficacia de la administración y garantizar a los ciudadanos que, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, la función pública se desarrolle en beneficio de la comunidad.

En Sentencia C- 673 de 2015, la Corte Constitucional manifestó sobre el control disciplinario, lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que el control disciplinario es “un presupuesto necesario para que en un Estado de Derecho se garantice el buen nombre y la eficacia de la administración” , y por ende, constituye un pilar fundamental de la administración pública porque garantiza los fines esenciales del Estado, permitiendo que esa función se realice de acuerdo con los postulados constitucionales, en beneficio de la comunidad y sin detrimento de los derechos y libertades de los ciudadanos.

En sentido similar, el alto tribunal constitucional, en la Sentencia C- 692 de 2008, sobre los fines perseguidos con el proceso disciplinario, había referido que

Desde el punto de vista interno, persigue el cumplimiento de los deberes a cargo de los servidores públicos y desde el punto de vista externo, tiene el propósito de que se alcancen los fines del Estado y los principios de la función pública

Con fundamento en dichos objetivos, esta rama del derecho debe regirse por los principios y garantías constitucionales, de modo que se alcancen los fines propuestos para la potestad sancionadora, a la par que se protejan los derechos de los servidores públicos sujetos de la acción disciplinaria, como es el caso del derecho al debido proceso.

Sobre este derecho en el artículo 29 de la Constitución Política se dispone que:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Según lo establecido por el texto constitucional, esta garantía debe observarse dentro de todas las actuaciones administrativas o judiciales, teniendo como fin la protección del individuo, el respeto de sus derechos y la adecuada aplicación de la justicia, en especial en lo referente a los principios de legalidad, es decir, que el juzgamiento se realice con fundamento en las normas sustantivas preexistentes, de favorabilidad, el cual busca que al individuo se le aplique la norma más favorable cuando se está ante un tránsito normativo, y el pro homine, el cual implica adoptar una interpretación más favorable al hombre y sus derechos.

Sobre la extensión de este derecho a todas las actuaciones de las entidades estatales, la Corte Constitucional ha señalado que:

Tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses. (Corte Constitucional, C-341 de 2014)

De este modo, el derecho al debido proceso aparece, según la Corte Constitucional, como un conjunto de garantías, tales como: i) el derecho a la jurisdicción, ii) el derecho al juez natural, iii) el derecho a la defensa, iv) el derecho a un proceso público, v) el derecho a la independencia del juez y, vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez. (Corte Constitucional, C-341 de 2014).

Definiéndose los principios de juez natural y de independencia del juez, de la siguiente manera: el primero “identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley” (Corte Constitucional, C- 341 de 2014) y el segundo, según la Corte Constitucional, corresponde a:

El derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (Corte Constitucional, C-341 de 2014)

Con dichas garantías, el alto tribunal constitucional ha construido al menos dos reglas esenciales que pueden aplicarse en el proceso disciplinario. La primera reside en que el servidor encargado del proceso disciplinario tenga la capacidad y el conocimiento para el desarrollo de dicha función, esto de

acuerdo a la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo. La segunda consiste en que dicho funcionario tenga independencia en el ejercicio de sus funciones, buscando su autonomía e imparcialidad.

Es debido a la segunda de estas reglas, esto es, la independencia, autonomía e imparcialidad del funcionario disciplinario, que el parágrafo 2 del artículo 76 de la Ley 734 de 2002 definió a las Oficinas de Control Disciplinario, como “oficina del más alto nivel conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración”. Confiriéndole a estas el ejercicio del control disciplinario interno en las entidades públicas.

2. Las Oficinas de Control Disciplinario Interno: una aproximación a su creación

La acción disciplinaria en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra encomendada a diversas entidades y órganos, con lo que se busca que la vigilancia y control al ejercicio de la función pública se realice de forma efectiva; es así que existen dos modalidades de control disciplinario: uno externo y otro interno.

El primero, según lo estipulado en los artículos 118 y 277 (numeral 6) de la Constitución Política, en cabeza del Ministerio Público, ejercido por la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, y las Personerías Municipales, siendo las dos últimas entidades las encargadas de realizar control a quienes ejercen la función pública, investigar conductas constitutivas de faltas disciplinarias e imponer las sanciones respectivas.

El segundo, el interno, está en cabeza de las entidades que conforman la administración pública. Esta modalidad se encuentra estipulada en el inciso 2 del artículo 209 de la Constitución Política, según el cual todas las entidades, en

desarrollo de la potestad sancionadora, deben estructurar una oficina de control interno. Dicho mandato, según lo expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C- 1061 de 2003, pretende establecer una herramienta de vigilancia de la conducta de los funcionarios y es evidencia de la situación de sujeción y subordinación jerárquica a la cual se encuentran sometidos los servidores públicos vinculados a las entidades estatales.

Dentro de los cuerpos normativos que han regulado la modalidad de control disciplinario interno se encuentra la Ley 13 de 1984, norma que dispuso que la acción disciplinaria estaba en cabeza del superior jerárquico del funcionario, en el jefe del organismo o de la dependencia, según el caso, debiendo el funcionario competente designar a otro de igual o superior jerarquía a la del investigado para que aquel adelantara la investigación respectiva, debiendo remitir un informe sobre los hallazgos al jefe inmediato, al jefe del organismo o de la dependencia, quien, según el caso, era el encargado de cerrar la investigación o imponer la sanción correspondiente, sobre esto el artículo 7 del cuerpo normativo en mención, estipula sobre la competencia, que:

La investigación disciplinaria se hará por las personas que señale el Jefe del Organismo o de la dependencia regional respectiva, y dentro de los términos que se señalen para el efecto.

De la iniciación de la acción disciplinaria y de sus resultados respectivamente, deberá darse aviso oportuno a la Procuraduría General de la Nación, por parte del Jefe del Organismo o de la dependencia regional, o seccional según el caso.

Posteriormente se expidió la Ley 200 de 1995, ley que ordenó la creación por parte de las entidades estatales de una unidad u oficina de control disciplinario interno; estableciendo que la misma será la encargada de la investigación disciplinaria, mientras a su vez definía los casos en los que el jefe inmediato del investigado fallaría el proceso en única instancia.

Los artículos 57 y 61 de esta ley fueron demandados buscando la declaratoria de inexecuibilidad, sin embargo, en la Sentencia C-044 de 1998, la Corte Constitucional mantuvo las normas demandadas en el ordenamiento jurídico, advirtiendo que debía entenderse que la oficina de control disciplinario interno estaba encargada de la investigación disciplinaria, mientras que se dejaba en cabeza del jefe inmediato o jefe del organismo la decisión sobre la sanción al funcionario.

Siete años después de dicha norma, se expidió la Ley 734 de 2002; en dicho cuerpo normativo la Oficina de Control Disciplinario Interno tiene como característica ser una unidad u oficina del más alto nivel, esto es, que debe estar conformada por servidores públicos que, como mínimo, pertenezcan al nivel profesional de la administración, y que se encarga de la investigación y la definición sobre la sanción del funcionario en primera instancia.

Con esta, como lo resalta la Corte Constitucional en la Sentencia C-1063 de 2003:

Se avanzó en el rediseño del régimen disciplinario al puntualizar que a la unidad u oficina de control interno que debe organizarse en todas las entidades u organismos del Estado le corresponde conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores de la respectiva entidad. La Ley 734 de 2002 ha modificado la manera tradicional como se desarrollaba el control disciplinario al interior de las distintas entidades del Estado.

Por último, la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, mantiene las funciones de esta unidad estipuladas por la Ley 734 de 2002, aunque adiciona que quien esté encargado de la misma deberá ser abogado y pertenecer al nivel directivo de la administración, además, se establece que el funcionario investigador y el fallador no puede ser el mismo. Con estas últimas normas se busca garantizar la independencia y autonomía de los funcionarios

que adelantan la acción disciplinaria, además de adecuar su capacidad para el desarrollo de la misma.

3. La competencia disciplinaria en ausencia de las oficinas de control disciplinario interno

Con las leyes 734 de 2002, 1952 de 2019 y 2094 de 2021, dentro del proceso disciplinario se reemplazó, en principio, el criterio jerárquico-funcional, presente en los cuerpos normativos anteriores y con los cuales la función disciplinaria permanecía en cabeza del superior jerárquico del funcionario, pasando a un criterio de especialidad y autonomía, donde el conocimiento, tanto la investigación como la decisión, le corresponde a una oficina o unidad de control disciplinario interno.

No obstante, es importante anotar que dicho criterio jerárquico-funcional permanece en algunos apartes de la Ley 734 de 2002; así lo señaló el Consejo de Estado, mediante Sentencia con Radicado: 11001-03-06-000-2016-00065-00 de 2016, en los siguientes términos:

Lo anterior no significa, sin embargo, que el criterio jerárquico haya sido abandonado completamente por la Ley 734 de 2002. En primer lugar, porque el artículo 74 de la misma ley exige que las oficinas o unidades de control disciplinario interno deben ser “del más alto nivel” dentro de la estructura de la entidad, aunque después indica (de forma contradictoria) que tal expresión significa que dichas dependencias deben estar conformadas por servidores públicos que sean, por lo menos, del nivel profesional. En segundo lugar, porque la misma norma estatuye que la segunda instancia corresponderá en todo caso al nominador y, en su defecto, a la Procuraduría General de la Nación; y en tercer lugar, porque en aquellas entidades en las que no exista unidad u oficina de control disciplinario interno, dicha función será cumplida, en primera instancia, por el “superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél” (es decir, el superior del superior).

Sobre el párrafo tercero del artículo 76 de la Ley 734 de 2002, según el cual donde no existiese oficinas de control interno disciplinario la función disciplinaria sería asumida por el superior jerárquico del funcionario, la Corte

Constitucional, advirtió en la Sentencia C-1061 de 2003 que dichos casos deberían ser excepcionales, y señaló los casos en los cuales era posible que la función disciplinaria se ejerciera bajo el criterio jerárquico-funcional, estos son, según el alto tribunal:

La situación de excepción prevista en las disposiciones acusadas sólo procede cuando, (i) en los términos de la Circular DAFP - PGN 001 de 2002, la entidad respectiva haya considerado que requiere organizar el Control Disciplinario Interno como una oficina autónoma en su propia planta de personal, (ii) la entidad no cuente con los recursos para el efecto en su presupuesto y (iii) se estén adelantando las gestiones administrativas y presupuestales para superar esa deficiencia.

Adicionalmente, advierte en el fallo en mención la Corte Constitucional, que:

La disposición objeto de estudio no contiene una autorización para dejar de organizar la unidad u oficina de control disciplinario interno, ni la previsión de una dualidad de regímenes, de manera que, en unos casos, la investigación y el fallo de primera instancia correspondan a la unidad u oficina de control disciplinario interno, y, en otros, al superior inmediato. Se repite, se trata tan solo de una previsión para aquellos casos en los que, por razones presupuestales, todavía no haya sido posible establecer la oficina de control interno disciplinario, en aquellas entidades cuyo volumen de asuntos disciplinarios haga necesaria esa modalidad de organización del control disciplinario interno

Sobre la creación de las Oficinas de Control Disciplinario Interno también se manifestó el Departamento Administrativo de la Función Pública en Concepto 313571 de 2021, según el cual:

cuando la entidad cuente con una planta de personal muy reducida, que haga imposible la conformación del grupo de trabajo, la función disciplinaria se ejercerá por el jefe inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico del mismo, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo 3º del Artículo 76 del Código Disciplinario Único.

Es decir que, la permanencia de la función disciplinaria en cabeza del superior jerárquico era excepcional y transitoria para las entidades cuyo volumen de asuntos disciplinarios hiciera necesaria esa modalidad de organización del

control disciplinario interno, estando algunas entidades excluidas de la obligación de constituir Oficinas de Control Disciplinario Interno, según el volumen de procesos disciplinarios y de sus plantas de personal.

En la actualidad la regla general en varias entidades territoriales es la ausencia de Oficinas de Control Disciplinario Interno, así se pudo evidenciar al indagar² a algunos personeros de Municipios de Sexta Categoría de Antioquia, a quienes se les preguntó si en sus Municipios existían Oficinas de Control Disciplinario Interno, obteniendo como resultado que en el 85% de Municipios no existen dichas unidades u oficinas, siendo los Secretarios de Despacho o superiores jerárquicos inmediatos quienes asumen la función disciplinaria.

Asimismo, al preguntar sobre la formación jurídica del funcionario con facultades disciplinarias o si se presenta el acompañamiento de un asesor para dichos fines, los personeros manifiestan que en un 75% de las ocasiones el funcionario con facultad disciplinaria no tiene formación jurídica y que en un 66,7% no cuenta con el acompañamiento permanente de un asesor jurídico.

Dicha situación pretende ser superada con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, al eliminar el párrafo presente en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, el cual determina que donde no existiera oficina de control disciplinario interno se dejaba en cabeza del superior jerárquico dicha facultad en igual sentido se dirige la modificación introducida a aquella, por parte de la Ley 2094 de 2021; la cual dispone que el instructor y el fallador no podrá ser el mismo funcionario, estas variaciones suponen una reestructuración a las oficinas de control disciplinario interno que vienen funcionando desde la entrada en vigencia de la Ley 734 de 2002, pero sobre todo, impone un nuevo reto a aquellas entidades que por razones presupuestales o de estructuración orgánica, no han creado las unidades u oficinas de control disciplinario interno.

² Se realizó entrevista estructurada por medio virtual a catorce Personeros Municipales adscritos a la Asociación de Personeros del Occidente Antioqueño. Los resultados se presentan de forma anexa al presente artículo.

Con base en lo anterior, se preguntó a los Personeros Municipales sobre las adecuaciones necesarias para cumplir lo estipulado en la Ley 1952 de 2019 (modificada por la Ley 2094 de 2021), obteniendo como respuesta que en el 92.9% de las entidades no se habían adelantado las gestiones para la estructuración orgánica de las oficinas de control disciplinario interno, y mucho menos para que dentro de la entidad existieran dos funcionarios con dichas facultades, de modo que uno pudiera instruir el proceso y el otro fallar.

Con el panorama esbozado por las entrevistas estructuradas realizadas a catorce personeros Municipales que ejercen su función en entidades territoriales de sexta categoría del Occidente del Departamento de Antioquia, Municipios que poseen características sociales y económicas similares, se puede abordar una primera conclusión, en las entidades territoriales de sexta categoría no se ha dado la estructuración de una unidad u oficina de control disciplinario interno, manteniendo un criterio jerárquico- funcional de la actividad disciplinaria, y cuya estructuración es de carácter obligatorio con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, como se explicó. En este contexto se debe indagar sobre si las Personerías Municipales suplen dicha facultad disciplinaria en concordancia con el poder preferente que la ley les otorgó.

4. Las Personerías Municipales: entre la competencia preferente y la asignación de responsabilidades de control interno.

Ante la falta de unidades u oficinas de control disciplinario interno y ante la ausencia de personal capacitado para el ejercicio de la función disciplinaria, ¿qué papel cumplen las personerías municipales en el desarrollo de la actividad disciplinaria?

El artículo 2 de la Ley 734 de 2002, vigente hasta el próximo 29 de marzo de 2022, momento en el cual entrará a regir la Ley 1952 de 2019, estipula que:

Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

En la práctica, con esto parece entenderse que, ante la ausencia de oficinas de control disciplinario interno, las Personerías Municipales en ejercicio de su poder preferente, deberán asumir la acción disciplinaria de la cual, en principio, es titular la entidad a la que se encuentra adscrito el funcionario investigado, ¿es correcto entender de esta forma el poder preferente de estas Agencias del Ministerio Público?

El artículo 69 de la Ley 734 de 2002, sobre la oficiosidad y preferencia en el proceso disciplinario, determina que:

La Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada del funcionario competente, de oficio o a petición del disciplinado, cuando este invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso, podrá asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo, caso en el cual este la suspenderá y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al jefe de la entidad. Una vez avocado el conocimiento por parte de la Procuraduría, esta agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final.

Los personeros tendrán competencia preferente frente a la administración distrital o municipal.

¿Qué criterios deben motivar la decisión del ejercicio del poder preferente? la Corte Constitucional en Sentencia C- 026 de 2009, sobre el

ejercicio del poder preferente de la Procuraduría General y las Personerías Municipales y Distritales, menciona que:

De la interpretación armónica de los artículos 209 y 277-6 de la Carta Política, en consonancia con lo expresado por la jurisprudencia constitucional, ha de inferirse como principio normativo aplicable a las reglas de competencia y conocimiento de la investigación disciplinaria que el ejercicio del poder disciplinario ejercido por la Procuraduría General de la Nación frente al proceso disciplinario es de carácter excepcional y, por ello se deduce: (i) que tal potestad no se ejerce de manera arbitraria, pues ha de ser motivada; y, (ii) el poder preferente no surge de la jerarquía del ente de control. Así, el control interno que debe ser ejercido por dependencias de la misma entidad y bajo el control y responsabilidad de su titular se convierte en la regla general en materia disciplinaria como lo previó el Constituyente en las normas especiales que se han dejado transcritas.

La doctrina ha fijado varios criterios orientadores que justifican el ejercicio del poder preferente disciplinario por parte del Procurador directamente o por medio de sus delegados o agentes así: (i) la trascendencia de los hechos, por ser atentatorios del Derecho Internacional Humanitario (DIH), las infracciones burdas en materia de contratación estatal, la violación de normas de carácter presupuestal contable y fiscal, la violación de normas del régimen carcelario o de aquellas que protegen la moralidad pública; (ii) cuando existan dudas sobre la garantía debida al derecho de defensa o cuando manifiestamente se desconozca el debido proceso en desmedro de la adecuada investigación y juzgamiento, y los instrumentos legales no resulten suficientes para contrarrestar la mala conducción del proceso; (iii) cuando se cuestionen con suficiente fundamento la idoneidad, eficacia, efectividad, transparencia e imparcialidad del órgano interno de control; y, (iv) cuando se está en conocimiento que el órgano de control interno ha sido permeado por eventos de colusión o corrupción que indiquen que la actuación del investigador se aleja de la aplicación correcta de la normatividad disciplinaria ya sea por el ejercicio de un poder dominante o por intereses distintos que lleven a favorecer o perjudicar al acusado o investigado. Lo anterior, encuentra respaldo en la Resolución 346 de 2002 proferida por la Procuraduría General de la Nación y confirma el principio de que el ejercicio del poder preferente ha de ir acompañado de una adecuada motivación”.

Dentro del fallo en mención la Corte Constitucional reitera los criterios a tener en cuenta para el ejercicio del poder disciplinario preferente por parte del Procurador y las Personerías Municipales, así:

En ese sentido, la Procuraduría y las personerías pueden asumir las investigaciones que se refieran a hechos de trascendencia, bien sea: a) porque atentan contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; b) porque versan sobre contratación estatal; c) por involucrar normas presupuestales, fiscales o contables; d) por referirse a normas carcelarias; e) por comprometer el patrimonio o la moralidad pública; f) por existir falta de garantías o violación del debido proceso y del derecho de defensa de quienes son investigados disciplinariamente; g) por existir serios cuestionamientos sobre la oficina de control interno correspondiente; y h) por presentarse colusión o corrupción al interior del órgano de control interno.

Este fallo de la Corte Constitucional nos permite evidenciar que el control preferente de las entidades del Ministerio Público, no excluye o suple la titularidad de la acción disciplinaria que se asigna a las entidades públicas, específicamente a las unidades u oficinas de control disciplinario interno que se deben de configurar en cada una, en este mismo sentido se manifiesta la Sala de Consulta y Servicio Civil del Concejo de Estado, según la cual:

El ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del Estado es indispensable para garantizar el adecuado ejercicio de la función administrativa, la protección del interés público y para prevenir conductas de los servidores públicos que atenten contra la Constitución y la ley. Dicha potestad la ejerce la administración, bien a través de las oficinas de control disciplinario interno de las entidades públicas o por conducto de la Procuraduría General. La regla general, de acuerdo con la Ley 734 de 2002, es que las oficinas de control disciplinario interno asumen, de manera integral, las investigaciones de las faltas disciplinarias de los servidores públicos, salvo cuando el investigado es superior del funcionario investigador, tiene un cargo de mayor jerarquía o en la respectiva entidad no se puede garantizar la segunda instancia, en cuyo caso, la competencia será de la Procuraduría General de la Nación. (Sala de Consulta y Servicio Civil del Concejo de Estado, 2020, Concepto 00048).

En similar sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Concejo de Estado, ha destacado el carácter excepcional y discrecional del poder preferente de la Procuraduría General, así lo hizo en el Concepto con Radicado 11001-03-06-000-2018-00185-00 C, del 27 de noviembre de 2018:

Hay que tener en cuenta que el ejercicio del control disciplinario de la Procuraduría General de la Nación se activa en primera instancia cuando con fundamento en sus facultades constitucionales y legales hace uso del control preferente del proceso disciplinario, el cual es una facultad discrecional y excepcional que la Procuraduría General puede ejercer contra cualquier servidor público, es decir, cuando lo considere conveniente o necesario.

Entendiendo el poder preferente como un poder excepcional y discrecional, que debe motivarse y que está regido por criterios como: la garantía del debido proceso, protección del patrimonio público y la moralidad pública, aparece en contra posición la regla general, esto es, la acción disciplinaria por parte de las oficinas de control disciplinario interno o quien cumpla dicha función según la estructura de la entidad. Es decir, la no organización de una unidad u oficina de control disciplinario interno no justifica el desprendimiento de la actividad disciplinaria a las entidades públicas, ni mucho menos su asignación a las Personerías Municipales, que, como Agentes del Ministerio Público, podrán evaluar a la luz de los criterios legales y jurisprudenciales si ejercen o no el poder disciplinario preferente.

5. Conclusión

El proceso disciplinario cumple, entre otras, la función de salvaguardar los fines del Estado que pueden ponerse en riesgo o transgredirse por la acción u omisión de servidores públicos o particulares que cumplan funciones públicas; pero a la vez conlleva un debate sobre las garantías que deben observarse al interior del mismo, y que son un límite al poder impositivo del Estado.

Para garantizar la imparcialidad y objetividad del operador disciplinario el sistema jurídico colombiano estipuló la creación de oficinas independientes que al interior de cada entidad se encargaran del control disciplinario de los funcionarios adscritos y vinculados a la misma, estas son las denominadas unidades u oficinas de control disciplinario interno; el objeto del presente artículo fue indagar sobre la garantía del debido proceso en aquellas entidades donde no existen dichas oficinas, partiendo de concebir la garantía del debido proceso como el derecho a la existencia del juez natural, el derecho a la independencia del juez y el derecho a la imparcialidad del juez, dichas garantías en materia disciplinaria harían referencia primero, a la capacidad y conocimientos del operador disciplinario, y segundo a la imparcialidad, independencia y autonomía del servidor con funciones disciplinarias.

Al partir del supuesto de la inexistencia de las oficinas de control disciplinario interno se pudo evidenciar que la función disciplinaria era asumida por el superior jerárquico del funcionario investigado o disciplinado, quien no siempre contaba con asesoría jurídica o conocimientos jurídicos.

Este contexto puso en evidencia dos problemáticas: i. al ser quien juzga disciplinariamente, el superior jerárquico y nominador del funcionario investigado, no existe garantía de la imparcialidad en la actividad disciplinaria, pudiéndose presentar una vulneración al debido proceso o una omisión que ponga en riesgo los fines perseguidos con la actividad disciplinaria; y ii. si bien como funcionarios públicos es necesario el conocimiento de las normas

reguladoras de la conducta oficial; la valoración probatoria, la interpretación, adecuación y el seguimiento del procedimiento disciplinario requiere de conocimiento jurídico, por lo que no existe una garantía real sobre la naturaleza del operador disciplinario, pues dicha naturaleza requiere, además de la competencia legal, los conocimientos técnicos para el desarrollo de la misma, so pena de ponerse en riesgo los derechos del disciplinado.

Esta falta de garantías sobre aspectos centrales del debido proceso, en la práctica viene supliéndose con la remisión a las Personerías Municipales de los procesos disciplinarios, esto con fundamento en el poder disciplinario preferente que la ley le asignó a dichas Agencias del Ministerio Público, al respecto la ley y la jurisprudencia constitucional advirtieron que el ejercicio de dicho poder es de carácter discrecional y excepcional, y deberá ser ejercido de manera motivada por la existencia de riesgo de vulneración al debido proceso, a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, vulneración a las normas de contratación y al patrimonio público o por indicios de corrupción de la oficina de control disciplinario interno de la entidad.

Esto implica que la regla general del control disciplinario en Colombia es el control disciplinario interno, del cual es titular la entidad pública a la cual se encuentre adscrito o vinculado el funcionario investigado o disciplinado. Sin embargo, el ejercicio del control interno sin una oficina especializada para ello, desconoce derechos presentes en la garantía del debido proceso, en tanto, la perduración de la función disciplinaria en el superior jerárquico abre la posibilidad

de que las afinidades personales entre superior y subordinado se involucren en el proceso disciplinario.

Con esto, lo que se busca resaltar es la necesidad de la implementación de una oficina que con autonomía, imparcialidad, objetividad y el conocimiento técnico adelante el proceso disciplinario, de modo que; por un lado, quien es la parte investigada, tenga garantía de que su proceso se adelantará con observancia de la sana crítica y el debido proceso, y por el otro, que los ciudadanos y servidores públicos cuenten con la certeza de que el control disciplinario será la herramienta para perseguir la adecuación de la función pública.

6. Referencia Bibliográfica

Congreso de la República, (2002). Ley 734 “Por la Cual se expide el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial Nro. 44.708 del 13 de febrero de 2002.

Congreso de la República, (20). Ley 1952 “Por la Cual se expide el Código General Disciplinario”. Diario Oficial Nro. 50.850 del 28 de enero de 2019.

Congreso de la República, (2021). Ley 2094 “Por medio de la cual se modifica la Ley 1952”. Diario Oficial Nro. 51.720 del 29 de junio de 2021.

Constitución Política de Colombia. 1991. Artículos 29, 209 y 277.
Gaceta Constitucional No 116 de 20 de julio de 1991.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (18 de julio de 2016) Radicado: 11001-03-06-000-2016-00065-00 (C) (CP Álvaro Namén Vargas) Recuperado de:
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78293>

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (27 de noviembre de 2018) Radicado: 11001-03-06-000-2018-00185-00 (c) (CP Édgar González López) **Recuperado de:**
<http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/215/11001-03-06-000-2018-00185-00.pdf>

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (03 de agosto de 2020) Radicado: 11001-03-06-000-2020- 00048 (c) (CP Édgar González López) Recuperado de:
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=158692>

Corte Constitucional, Sala Plena (25 de febrero de 1998) Sentencia C- 044 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-044-98.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (11 de noviembre de 2003) Sentencia: C-1061 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil) Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14753>

Corte Constitucional, Sala Plena (09 de julio de 2008) Sentencia C- 692 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-692-08.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena (27 de enero de 2009) Sentencia C- 026 de 2009 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-026-09.htm>

Departamento Administrativo de la Función Pública (25 de agosto de 2021) Concepto 313571 de 2021 (Director Jurídico, Armando López Cortés). Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=171897>