

EL EJERCICIO DEL PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

Por Abg. ANDREA JURADO ALVARADO

Tutor: RICARDO ARTURO ARIZA LÓPEZ



Especialización Derecho Sancionatorio

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Bogotá D.C

2016

EL EJERCICIO DEL PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

Por Abg. Andrea Jurado Alvarado*

RESUMEN

El constituyente primario dispuso que Colombia se organizaría bajo el modelo de Estado Social de Derecho y por lo tanto su existencia se supedita al cumplimiento de unos fines concretos orientados básicamente al cumplimiento del interés general.

Para lograr su cometido, el Estado se vale de la función pública, que comprende una serie de actividades regladas por medio de las cuales el ente estatal, a través de los agentes, desarrollan los postulados bajo los principios de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

Necesariamente cuenta también con una herramienta que le permite reprender y encauzar el actuar de esos agentes cuando su motivación dista de los fines públicos, siendo necesario que ese poder represor se encuentre ausente de intereses diferentes que reajustar la buena marcha de la función pública, siendo imprescindible que cuando la respectiva entidad no pueda contar con las condiciones mínimas de idoneidad, equidad e imparcialidad, la facultad disciplinaria sea ejercida, excepcionalmente, por la Procuraduría General de la Nación.

SUMMARY

The primary constituent ordered that Colombia would be organized under the model of a Social State of law and therefore its existence is conditional on compliance with specific goals geared basically to the fulfilment of the general interest.

*Aspirante a Especialista en Derecho Sancionatorio-

To achieve its mission, the State uses the public function, which comprises a series of activities donated by means of which the state entity, through the actors, develop the principles under the principles of good faith, equality, morality, speed, economy, impartiality, effectiveness, efficiency, participation, advertising, responsibility and transparency.

Necessarily also has a tool that allows you to upbraid and channelling the act of those agents when their motivation is far from the public purposes, still need that power a repressor is absent of different interests to readjust the good progress of the Public Function, being imperative that when the respective entity may not be able to count with the minimum conditions of Suitability, Fairness and impartiality, the disciplinary authority is exercised, exceptionally, by the Office of the Attorney General of the nation.

PALABRAS CLAVE

Estado, Función Pública, Interés general, potestad disciplinaria, preferente, motivación, conflicto de interés, equidad, imparcialidad.

KEY WORDS

State, public function, general interest, discipline, preferential, motivation, conflict of interest, fairness, impartiality.

INTRODUCCIÓN

El poder preferente disciplinario en el estado colombiano, se encuentra en cabeza del Procurador General de la Nación o sus delegados, dicho poder preferente se encuentra estipulado o establecido en los artículos 3, 69 y 89 de la Ley 734 de 2002, en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 277 de la carta magna. Estas facultades le dan la posibilidad al Procurador General de

la Nación o sus delegados de conocer en cualquier tiempo, modo o lugar de la actuación disciplinaria dentro del territorio nacional.

La Procuraduría General de la Nación o sus delegados, a través de la aplicación del poder preferente pueden disponer que investigaciones disciplinarias conocer y de las cuales se pronunciara directamente, lo cual se realizara a través de decisión motivada y de forma discrecional.

En el instante que la Procuraduría General de la Nación o sus delegados, pidan o requieran un proceso, desplaza la oficina de control interno disciplinario del conocimiento del asunto.

Si bien es cierto, la Procuraduría General de la Nación, es un ente autónomo encargado de vigilar y controlar las actuaciones de los servidores públicos, así como de la vigilancia de los fines del Estado, con el fin de validar el debido proceso, la imparcialidad de las decisiones y la eficiencia de la función pública, es necesario analizar la existencia de la función del poder preferente, en cuanto, a que, su existencia refleja la necesidad de tomar el control de una investigación, cuando se pueda suponer una posible ausencia de garantías procesales que puedan resultar en un sanción injusta para los funcionarios públicos, tanto de manera favorable como desfavorable, sin embargo, esta atribución también puede implicar la aceptación del Estado de la existencia de niveles de corrupción al interior de las instancias disciplinarias, evidenciando ausencia de idoneidad, eficacia, transparencia e imparcialidad, lo que genera altos estándares de desconfianza hacia las instituciones públicas, gran número de demandas contra el Estado por decisiones injustas, así como una constante separación entre el daño causado y la sanción de los responsables de dicho daño.

EL EJERCICIO DEL PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

1. RAZON DE SER DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

1.1. Los fines constitucionales del Estado y la función pública.

El constituyente primario en Colombia declaró mediante la carta expedida en el año 1991 que Colombia se organizaría políticamente bajo el modelo de estado social de derecho, estableciendo una serie de finalidades que tienen como aspiración máxima que el interés de la mayoría se supedite al particular, siendo indispensable que su actuar se dirija al servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución¹.

Para lograr su cometido constitucional, el Estado se vale de actividades que realizan los órganos que conforman las ramas del poder público, los autónomos e independientes y las demás entidades que conforman el poder público, regidas por un conjunto de principios como la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia² que se aplican de conformidad con su naturaleza y régimen, así como reglas para lograr su aplicación práctica, actividades denominadas como Función Pública³.

Una definición más precisa la ofrece la Corte Constitucional, cuando señala:

¹ COLOMBIA. Constitución Política. 1991, art. 2.

² COLOMBIA. Ley 909 DE 2004, art.2.

³ COLOMBIA. Ley 489 DE 1998, art.3.

[...] En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado [...]⁴.

Entonces, para el normal desarrollo de la Función Pública, se requiere que toda actividad se oriente a la consecución de la finalidad que se ha previsto en el artículo segundo constitucional, bien sea de forma inmediata o indirecta, lo que obliga a que toda actividad estatal se oriente bajo los principios y postulados del interés general al margen de cualquier interés personal⁵; doctrinariamente ha tenido las siguientes acepciones:

El tratadista Agustín Gordillo ha señalado que [...] Toda actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales [...]⁶.

El profesor Renato Alessies conceptúa:

[...] La función *Administrativa* es la actividad concreta, dirigida, a través de una acción positiva, a la realización de los fines concretos de seguridad, progreso y bienes parte de la colectividad. Función, por lo tanto, dirigida a la integración de la actividad individual allí donde ésta se revele como insuficiente para los objetivos que sean de interés colectivo; y a la prestación de bienes o de servicios necesarios para asegurar la conservación, y el bienestar común [...]⁷.

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563/98. MP. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). 13 de noviembre de 2008. CP. ENRIQUE GIL BOTERO.

⁶ GORDILLO, Agustín A. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Capítulo VII. Número 20. Ediciones Macchi. Buenos Aires, 1974.

⁷ ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Casa Editorial Bosh. Barcelona, 1790. Pg. 7.

La Corte Constitucional se refirió al tema así:

[...] Bajo los dictados de la Constitución y la Ley, la función administrativa sólo encuentra su razón de ser a través de la acción que privilegia la materialidad sobre las formas en pro de la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes del país. En guarda de lo cual la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control de gestión y resultados [...]⁸.

De otra parte, el Consejo de Estado como máximo Tribunal Administrativo la definió como:

[...] aquella actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines; tal concepto se diferencia del concepto de servicio público en que éste es una actividad que desarrolla la Administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general.

La Sala, en oportunidad anterior, sentencia proferida el día 5 de agosto de 1999, diferenció el concepto de **función administrativa** del de **servicio público** previa cita de doctrina extranjera, que define, de una parte, a la función pública como la que participa en todo caso del poder del Estado, y que siempre es de carácter jurídico y, de otra parte, define al servicio público como las actividades de carácter material y técnico que en muchas de sus manifestaciones no utiliza el poder público [...]⁹.

Un típico ejemplo de la búsqueda del interés general en el desarrollo de la actividad pública es la contratación que realizan las entidades del Estado, observándose en el estatuto que la regula, Ley 80 de 1992, en su artículo 3º ordena que la celebración y ejecución de contratos busque el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados¹⁰, finalidad explicada por la Corte Constitucional así:

⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-558 del 31 de mayo de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería.

⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-24-000-2001-0178-01(ACU-356) del 26 de julio de 2001. Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez.

¹⁰ COLOMBIA. Ley 80 de 1993, artículo 3.

[...] El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado [...]”¹¹.

En consecuencia, el interés general como fin constitucional en el esquema del estado social de derecho adoptado por Colombia, guía, orienta y determina las actuaciones de las autoridades públicas y cualquier actuación que contraría dicha finalidad se topará con la potestad represiva del mismo ente estatal.

1.2. La función pública como eje central del Derecho Disciplinario.

Podría decirse entonces que la función pública se enfoca en dos aspectos concretos, el primero como una de las actividades desarrolladas por el Estado enfocada al cumplimiento de los fines previstos en la Carta Política y otro es el sujeto que la realiza, es decir, el servidor público, lo que hace necesario que ante las exigencias de una nación emergente y una sociedad de cara a la globalización y máximos estándares de calidad, se enfoque hacia un criterio finalista, donde además de los deberes funcionales que le son endosables dada su relación especial de sujeción, se oriente a resultados generando impacto en los asociados, en el entendido que con el cumplimiento de dichas funciones se alcanzan los objetivos para las cuales tanto el cargo como la función fueron creados, pues todas las obligaciones correspondientes al ejercicio de un cargo público, deben estar previamente especificadas en la ley o en los reglamentos, así como el régimen de responsabilidades con ocasión a dicho ejercicio.

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-719 de 2009. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

Así, los servidores públicos con ocasión de su sujeción al Estado, al constituirse en el recurso humano que mediante el recto ejercicio del cargo encamina sus actividades al cumplimiento de los fines generales señalados en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, deben exhibir el mejor comportamiento, pues se constituyen en garantes de la función administrativa, razón por la cual la doctrina y jurisprudencia le han impuesto una alta carga de valores comportamentales, como se observa en el pronunciamiento de la Corte Constitucional cuando mediante Sentencia C-728 de 2000 indicó:

[...] El fin de la norma bajo examen es el de garantizar que los servidores públicos respondan al modelo del ciudadano cumplidor de sus obligaciones legales y que no lesionen la imagen pública del Estado. Detrás de este objetivo pueden encontrarse varias razones: por un lado, que los funcionarios son la representación más visible del Estado y se espera que sus actuaciones concuerden con las visiones que se proponen acerca de la colectividad política y del papel de cada uno de los asociados dentro de ella; por otro lado, que los servidores públicos son los encargados de realizar las actividades estatales en beneficio de los ciudadanos y que, en consecuencia, deben brindar con su vida personal garantía de que en el desarrollo de sus labores responderán a los intereses generales de la comunidad; de otra parte, que, en la medida de lo posible, los servidores públicos estén liberados de los inconvenientes y los trastornos que generan las continuas reyertas y desavenencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones privadas, de manera que puedan dedicarse de lleno a sus labores y que no involucren a las entidades estatales en esos conflictos; y, finalmente, que los funcionarios no se amparen en su calidad de servidores del Estado para cometer desafueros, bajo el entendido de que su condición infunde temor en los afectados por sus decisiones[...]¹².

El Derecho Disciplinario, acepción del derecho sancionador, encuentra sustento y razón de ser en la función pública, al convertirse en una herramienta para propender por el encauzamiento de las conductas de los servidores públicos, a fin que cumplan en estricto rigor con su deber funcional y observen los principios insertos en el artículo 209 de la Constitución Política, siendo necesario, en

¹² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-948 DE 2002. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

atención al principio de legalidad como garantía constitucional, describir con claridad los comportamientos que constituyen omisión, abuso o extralimitación de funciones y sus sanciones respectivas.

Entonces, la naturaleza del derecho disciplinario es de orden constitucional como la herramienta para enrutar el comportamiento disciplinario de su personal hacia los deberes y obligaciones que lo integran, aplicando las sanciones correspondientes a las faltas y los procedimientos previstos para aplicarlas, como lo ha señalado la Corte Constitucional:

*[...] En el régimen jurídico colombiano, el derecho disciplinario es una rama esencial al funcionamiento del Estado enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas”, no es una creación legal ni una interpretación de la jurisprudencia, es una vertiente del derecho público que tiene origen en la Constitución Política, y ha sido desarrollado legalmente y por la jurisprudencia al amparo de las normas constitucionales que lo erigen como una disciplina autónoma e independiente, en especial deslindada del derecho penal y el derecho administrativo [...]*¹³.

En otro de sus pronunciamientos sostuvo:

[...] El derecho disciplinario puede concebirse como la forma jurídica de regular el servicio público, entendido éste como la organización política y de servicio, y el comportamiento disciplinario del servidor público, estableciendo los derechos, deberes, obligaciones, mandatos, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, así como las sanciones y procedimientos, respecto de quienes ocupan cargos públicos. El derecho disciplinario constituye un derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-417 de 1993 M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables [...]”¹⁴.

En consecuencia, el estatuto disciplinario general prevé como obligación de todo servidor público el cumplimiento de los deberes funcionales, constituyendo su inobservancia o incumplimiento una falta disciplinaria a la luz de su artículo 23 del Código Disciplinario Único¹⁵.

2. EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A la vez que el Estado está obligado a cumplir los fines para los cuales fue creado a través del ejercicio de la función pública que ejercen sus servidores, cuenta con la potestad sancionadora sobre la cual ha versado el Consejo de Estado:

[...] Una de ellas -de gran importancia por sus efectos- es la potestad sancionadora, la cual es una herramienta de la administración para desarrollar cada una de sus actividades.

Es importante, entonces, tener presente el alcance y los fundamentos propios de la actividad punitiva de la administración, en cuanto al desarrollo de sus funciones, conforme a lo cual -para la sana ejecución de los fines propios del Estado-, y en ejercicio de funciones administrativas, la administración tiene la potestad de imponer sanciones, ya sea a los mismos funcionarios públicos o a los particulares, respetando las disposiciones legales.

En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado que “... constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares

¹⁴COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-030 del 01 de febrero de 2012. MP. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

¹⁵ MEJÍA OSSMAN, Jaime. Régimen Disciplinario. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007,p.65. “(...) Código Disciplinario Único. Artículo 23. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes (...).

el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos.”

De acuerdo con lo anterior, la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos. En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad - figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-.

Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. Así mismo hay que agregar, que se debe observar el principio de proporcionalidad, en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción [...] ¹⁶.

El Derecho Disciplinario es una clara aplicación del ejercicio de la potestad del Estado para sancionar las faltas descritas como tal en la ley que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública y lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorio ¹⁷. Sin embargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el Derecho Disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico ¹⁸.

Denominado también como derecho administrativo sancionador, la jurisprudencia lo ha señalado como una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes,

¹⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Radicación 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996). 13 de febrero de 2013. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

¹⁷ *Ius punendi*.

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-708 de 1999. MP. ALVARO TAFUR GALVIS.

por cuanto el reproche frente a conductas sustancialmente ilícitas ya no se supedita exclusivamente al poder judicial, en concreto a la justicia penal, pues el modelo absoluto de separación de funciones del poder público se ha tornado exiguo teniendo en cuenta la amplitud de deberes y obligaciones de funciones públicas de los servidores del Estado cuyo incumplimiento amerita el uso de la fuerza represiva estatal, ni eran susceptibles del mismo tratamiento, pues teniendo en cuenta la finalidad que persigue cada forma de accionar el derecho sancionador estatal, se distinguieron las que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para el juez penal¹⁹.

Ha manifestado la Corte Constitucional:

[...] El derecho disciplinario que respalda este poder está compuesto por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones o incurren en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley, (...) ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada 'derecho administrativo disciplinario'. Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación debe observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicán también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término "derecho criminal" para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos [...]²⁰.

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818/05. Sala Plena.

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-438 de 1992 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Ahora, la potestad sancionadora deviene precisamente de la misma obligación de gestión que ostentan las entidades públicas para imponer obligaciones o regular conductas; así lo ha sostenido la Corte Constitucional en aplicación de la teoría *ius publicista*:

[...] La doctrina *ius publicista* reconoce que la potestad sancionadora de la Administración forma parte de las competencias de gestión que constitucionalmente se le atribuyen, pues es indudable que si un órgano tiene la facultad jurídica para imponer una obligación o para regular una conducta con miras a lograr la realización del interés general, el incumplimiento de ese mandato correlativamente debe implicar la asignación de atribuciones sancionatorias bien sea al mismo órgano que impuso la obligación o a otro distinto, con el propósito de asegurar la vigencia del orden jurídico mediante la imposición de los castigos correspondientes.

[...]

La potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal.

[...]

Ahora bien, en el terreno del derecho disciplinario, el derecho sancionador de la Administración se concreta en la facultad que se le atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios. Con esta potestad disciplinaria se busca particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209) [...] ²¹.

La finalidad del derecho disciplinario es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos en el ejercicio de la

²¹ IBÍD.,

función pública, siendo esa finalidad el fundamento para la existencia de una responsabilidad disciplinaria derivada prima facie de la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos contenidos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables.

3. COMPETENCIA PREVISTA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

3.1. En las entidades públicas.

Podría entenderse la competencia disciplinaria como la atribución con la que cuentan las autoridades públicas para ejercer la potestad disciplinaria en contra de sus funcionarios públicos para adoptar las decisiones de fondo a las que hubiere lugar, cuando por acción u omisión se genera la ruptura del orden jurídico y un menoscabo perturbación de la función pública.

Como primera medida se observa que en principio, la competencia disciplinaria le corresponde a la propia entidad en la cual se desarrolla la función pública afectada por la conducta del agente a cargo de su correcta ejecución, tal cual lo señala el Código Disciplinario Único:

[...] Art. 76 Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una entidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo la disposición legal contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servicio público de primera instancia.

Parágrafo 1o. La oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación.

Parágrafo 2°. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

Parágrafo 3°. Donde no se hayan implementado oficinas de control intento disciplinario, el competente será el superior del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél"[...].

Entonces, el ejercicio de la potestad disciplinaria descansa en la Oficinas de Control Interno, que habrán de constituirse al más alto nivel de dirección de cada Entidad, situación que deviene en que a su interior se puedan ventilar las actuaciones disciplinarias relacionadas con el adecuado ejercicio de la función pública, según exequibilidad declarada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

[...] Esa atribución del control disciplinario interno a los superiores jerárquicos resulta ser más la regla que la excepción en el derecho comparado, y ello se ha considerado como un elemento de la naturaleza misma de la función administrativa, en la medida que permite que quien tiene a su cargo la responsabilidad por el ejercicio de una función pública, cuente con instrumentos de control que le permitan asegurar que los empleados al servicio de la respectiva entidad se sujeten a las pautas de conducta que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento de su objeto.

Tal como se pone de presente por distintos intervinientes, el superior encargado de adelantar el proceso disciplinario está sometido a las reglas que garantizan el debido proceso y debe actuar, con eficiencia e imparcialidad, en la aplicación de un régimen disciplinario que, salvo las excepciones constitucionales y legales, es uniforme para todos los servidores públicos. A ese efecto, de manera general el ordenamiento jurídico ha previsto una serie de garantías, tanto para el correcto ejercicio

de la función disciplinaria, como para la protección de los derechos de los investigados.

Así, para garantizar la imparcialidad de quien ejerce la potestad disciplinaria, el ordenamiento jurídico ha previsto las causales de impedimento y recusación. Del mismo modo, está contemplada la garantía de la doble instancia. Y cabe también la posibilidad de que se acuda al poder prevalente de la Procuraduría General de la Nación, para que ésta asuma el conocimiento de un determinado proceso, amén de que corresponde a la misma Procuraduría ejercer la vigilancia disciplinaria sobre la conducta de quienes adelantan una investigación disciplinaria cualquiera [...]²².

Respecto de la Ley 836 de 2003 que regula el Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, el legislador diseñó la distribución de competencias disciplinarias, en aras de proteger los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, y de garantizar los derechos fundamentales del sujeto disciplinado al juez natural y al debido proceso²³, señalando con claridad los presupuestos relacionados con la jerarquía y dependencia funcional del operador disciplinario, en los siguientes grados²⁴:

[...] Primer Grado: Para sancionar por faltas gravísimas. Es competente para sancionar a un oficial por faltas gravísimas el superior jerárquico, inmediato o no, dentro de la línea de dependencia del infractor, que sea comandante de **unidad operativa mayor o menor** o jefe de la respectiva jefatura dentro de la estructura orgánica del Cuartel General del Comando de la Fuerza”, Ahora bien, frente a las faltas gravísimas cometidas por suboficiales y soldados, se colige que únicamente serán asumidas por la Unidad Táctica u Operativa o Logística Mayor o Menor, siendo el competente el Batallón de Servicios para el Entrenamiento.

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sala Plena, Sentencia C-1061 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1079 de 2005 (...) “de todas maneras es claro que desde el punto de vista constitucional, es indispensable que la ley establezca con claridad las necesarias previsiones sobre distribución de competencias disciplinarias en dicha organización castrense, en aras de proteger los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, y de garantizar los derechos fundamentales del sujeto disciplinado al juez natural y al debido proceso (...)”.

²⁴ COLOMBIA. Ley 836 de 2003 Artículo 78.

Segundo Grado: Para sancionar faltas graves. El Oficial que sea superior jerárquico, inmediato o no, dentro de la línea de dependencia del infractor y que ostente como mínimo el grado de mayor.

Tercer Grado: Para sancionar por faltas leves. El Oficial que sea superior jerárquico inmediato a cuyas órdenes directas se encuentre el infractor dentro de la línea de dependencia o mando. También tendrá esta atribución el suboficial que se desempeñe como comandante de pelotón [...].

Estas competencias conferidas de manera interna a personal de las respectivas fuerzas, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional con fundamento en el siguiente bagaje argumentativo:

[...] Esta Corporación estima indispensable señalar que la expresión "inmediato o no" contenida en el inciso primero del artículo 78 de la Ley 836 de 2003 y en los incisos sexto y séptimo del artículo 79 de la misma Ley, presentan a simple vista un grave problema de indeterminación. En efecto, las disposiciones reseñadas le otorgan competencia al superior jerárquico del sujeto disciplinado en las fuerzas militares para ejercer sobre él las potestades sancionatorias previstas en la ley. Sin embargo, en lugar de limitar el alcance de dicha distribución de competencias exclusivamente al funcionario que sigue de manera escalonada dentro de la misma línea de dependencia del investigado, parecería permitir que otro funcionario distinto, independientemente de su relación castrense con el servidor infractor, ejerza el citado poder disciplinario en su contra, con la única obligación de ser "superior jerárquico". Para esta Corporación, a partir de la interpretación sistemática de las normas acusadas y de la Ley 836 de 2002, es claro que la competencia asignada por dichas disposiciones no desconoce la obligación constitucional de fijar de manera previa, clara y explícita la autoridad competente para ejercer la función disciplinaria en las fuerzas militares, pues las citadas normas deben interpretarse en el sentido que: a) La competencia disciplinaria no se confiere a cualquier "superior jerárquico" en general sino al "superior específico" del sujeto disciplinado, como ocurre en todos los casos señalados en los artículos 74 a 92 del Reglamento Disciplinario para las Fuerzas Militares; b) Dicho superior se puede identificar a partir de la línea de dependencia del infractor de conformidad con el esquema previsto en las regulaciones vigentes; y finalmente, c) La línea de dependencia no es sólo orgánica sino también funcional [...] ²⁵.

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1079 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil

En la Policía Nacional, la competencia se encuentra establecida en el artículo 46 de la Ley 1015 de 2006 y se determina teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la calidad del sujeto disciplinable, el territorio en donde se cometió la falta, el factor funcional y el factor de conexidad, estableciendo como autoridades disciplinarias las siguientes:

[...] Artículo 54. Autoridades con atribuciones disciplinarias. Para ejercer la atribución disciplinaria se requiere ostentar grado de Oficial en servicio directivo. Son autoridades con atribuciones disciplinarias para conocer e imponer sus sanciones previstas en esta ley, las siguientes:

1. DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL.

En Segunda Instancia de las decisiones proferidas por el Inspector General.

2. INSPECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL.

En Segunda Instancia de las decisiones proferidas por los Inspectores Delegados.

En Primera Instancia de las faltas cometidas por:

- a) Oficiales Superiores;
- b) Personal en comisión en el exterior;
- c) Personal en comisión en organismos adscritos o vinculados a la Administración Pública;
- d) Jefes de Oficinas Asesoras de la Dirección General de la Policía Nacional.

Parágrafo 1°. Podrá iniciar, asumir, proseguir, remitir o fallar cualquier actuación disciplinaria, cuya atribución esté asignada a otra autoridad policial señalada en esta ley, cuando por su trascendencia afecte gravemente el prestigio e imagen institucional.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de su atribución disciplinaria, el Inspector General ejercerá vigilancia, control y seguimiento de las actuaciones disciplinarias.

3. INSPECTORES DELEGADOS.

- a) En Segunda Instancia de las decisiones proferidas por los Jefes de Oficinas de Control Disciplinario Interno de su jurisdicción;
- b) En Primera Instancia de las faltas cometidas por los Oficiales Subalternos en su jurisdicción.

4. JEFE DE OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE LA DIRECCION GENERAL.

En Primera Instancia de las faltas cometidas en la ciudad de Bogotá, D. C., por el personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, y Auxiliares de Policía, que labore en la Dirección General, Subdirección General, Inspección General, Direcciones y Oficinas Asesoras.

5. JEFES DE OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE POLICIAS METROPOLITANAS Y DEPARTAMENTOS DE POLICIA.

En Primera Instancia de las faltas cometidas en su jurisdicción, por el personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Auxiliares de Policía, y Estudiantes de las Seccionales de Formación de la Policía Nacional.

Parágrafo. La Oficina de Control Disciplinario Interno de Comando de Policía Metropolitana organizada por Departamentos, conocerá en Primera Instancia de las faltas cometidas por el personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Auxiliares de Policía, y Estudiantes de las Seccionales de Formación de la Policía Nacional, adscrito al respectivo Comando de Metropolitana [...].

Lo anterior indica que tanto el constituyente como el legislador han dispuesto que el ejercicio del Derecho Disciplinario se rija por el principio del juez natural, como lo explica el Consejo de Estado:

[...] En materia disciplinaria rige el principio del juez natural, esto es, aquél a quien la Constitución o la Ley le ha atribuido el conocimiento de un determinado asunto. En ese orden, la competencia del funcionario al que le corresponda dirimir un litigio o “Juez Natural” debe ser a) constitucional o legal (Ley entendida en sentido material); b) preexistente, es decir, anterior

al hecho que motiva la actuación o proceso correspondiente, y c) explícita [...] ²⁶.

Así las cosas, el juez natural previsto por las normas disciplinarias reposa en las mismas entidades públicas, bien sea en oficinas previstas para tal fin y al mas alto nivel o en autoridades específicamente establecidas de conformidad con la jerarquía y demás factores explícitamente señalados como rigurosa aplicación del principio de legalidad; por lo tanto la idea que un tercero asuma dicho rol ostentará un carácter estrictamente excepcional.

3.2 COMPETENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA ADELANTAR INVESTIGACIONES CONTRA SERVIDORES PÚBLICOS

Respecto del desarrollo histórico del Ministerio Público, surgió en Colombia a mediados del siglo XVI como un órgano dependiente directamente de la real audiencia de Santafé con funciones de velar por los intereses públicos y los derechos de los habitantes. Posteriormente, en 1819, Simón Bolívar crea el cargo de Procurador General de la Nación, con la función de velar por la observancia de las leyes en la rama judicial. En 1810, el Ministerio Público aparece como órgano dependiente del poder ejecutivo, y desaparece en la constitución granadina de 1853, como órgano de la rama ejecutiva creado para velar por el cumplimiento de una debida administración de justicia. Esta idea vuelve a ser desarrollada en el artículo 3º de la Ley 200 de 1995 y en el numeral 17 del artículo 7º del Decreto 262 de 2000 ²⁷.

²⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00473-00(1852-11) Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012). C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

²⁷ En: [https://es.wikipedia.org/wiki/Procuraduría_General_de_la_Nación_\(Colombia\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Procuraduría_General_de_la_Nación_(Colombia)). Consultado el 1 de julio de 2016.

Actualmente se puede definir al Ministerio Público como el órgano autónomo de control cuya misión es la de adelantar investigaciones disciplinarias relacionadas con la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, ejercer la vigilancia superior, el control de gestión, intervenir en algunos procesos de justicia ordinaria y emitir conceptos ante los altos tribunales, de manera tal que vele por la correcta aplicación de la constitución y la ley, y por los intereses generales de la sociedad. De manera más precisa, el artículo 118 de la Constitución de 1991 expresa que al ministerio público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. El artículo 118 dice en su constitución textualmente:

*[...] El ministerio público será ejercido por el procurador general de la nación, por el defensor del pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministro público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al ministerio público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas [...]*²⁸.

Los artículos 275 y 276 constitucionales disponen:

*[...] El supremo director de este organismo, así como en general del Ministerio Público, es el Procurador General de la Nación, quien es elegido por el senado, para un periodo de cuatro años, de terna integrada por candidatos del presidente de la república, la corte suprema de justicia y el consejo de estado*²⁹. *“Además establece que la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la procuraduría general de la nación [...]*³⁰.

La Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 277, contempla que dentro de sus funciones, el Procurador General de la Nación podrá [...] *Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones*

²⁸ Constitución Política de 1991. Editorial Leyer. Vigésimo octava Edición. Bogotá, D.C., marzo de 2010. Artículo 118.

²⁹ IBID., art. 275.

³⁰ Op Cit., art. 279.

públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley [...] ³¹.

El ejercicio preferente de la potestad disciplinaria es una facultad constitucional de la Procuraduría General de la Nación que le permite asumir en forma directa el conocimiento de los procesos disciplinarios que obran en las dependencias creadas para tal fin en las entidades y órganos del Estado e incluso las que se adelantan en el mismo órgano de control. Así lo explica la Corte Constitucional:

[...] En desarrollo del poder disciplinario preferente o prevalente que ejerce el Procurador General de la Nación, éste cuenta con potestad para avocar directamente el conocimiento de los procesos disciplinarios que adelanten tanto las autoridades competentes de los distintos entes u órganos del Estado, como las que tramiten los distintos funcionarios de la Procuraduría, siempre y cuando éstas últimas sean de aquellas que la Constitución y la ley le permite delegar al citado funcionario [...] ³².

El ejercicio de dicho poder opera, siempre que se tenga conocimiento que dentro de la actuación procesal puede estarse admitiendo eventos de colusión, corrupción o irregularidades en general al interior del órgano de control interno, así como cuando existen serias dudas sobre el cumplimiento de la garantía del derecho de defensa y razonablemente aparezca que para su reconocimiento material no bastan los instrumentos legales diseñados para ello o cuando se desconozca flagrantemente el debido proceso, de tal manera que se socaven sustancialmente las bases fundamentales de la Investigación y el juzgamiento.

³¹ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, art.277.

³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-429/01 M.P. JAIME ARAUJO RENTERIA.

Por tal razón, mediante Resolución 346 de 2002, se regularon las competencias y trámites para el ejercicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación y de su intervención como sujeto procesal en los procesos disciplinarios³³.

No obstante, esta disposición cuestiona las actuaciones que ejercen los diferentes funcionarios públicos encargados de investigar conductas disciplinarias, lo que hace interrogar hasta qué punto todas las investigaciones que asume la Procuraduría son las únicas que pueden corresponder a posibles conductas contrarias a la transparencia e idoneidad que deberían cumplir fielmente los funcionarios públicos, pues a manera de reflexión, se pregunta cuántas investigaciones nunca son asumidas por la súper vigilancia administrativa y por ende su resultado es una posible exoneración de responsabilidades o tal vez un archivo de procesos cuando no había lugar a ello y aún peor, se pregunta cuál es el parámetro objetivo e inequívoco – en aplicación estricta del principio de legalidad- con el cual la Procuraduría y sus delegados determinan que ellos no son sujetos de posible corrupción y de que sus decisiones manifiestan la efectividad del Estado.

Entonces es necesario señalar que las reglas de competencia y conocimiento de la investigación disciplinaria que el ejercicio del poder disciplinario preferente ejercido por la Procuraduría General de la Nación es de carácter excepcional. Al respecto indica la jurisprudencia:

[...] 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

³³ COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 346 de 2002.

en la regla general en materia disciplinaria como lo previó el Constituyente en las normas especiales que se han dejado transcritas [...] ³⁴.

Algunos criterios orientadores que justifican el ejercicio del poder preferente disciplinario por parte del Procurador directamente o por medio de sus delegados o agentes se han definido 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 [...] ³⁵.

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, en el Radicado N° 142-65524-01, segunda instancia, expresó que la facultad

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 026/09 MP. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 026/09 M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

que le asiste a la Procuraduría General de la Nación para [...] avocar una investigación disciplinaria o abstenerse de hacerlo...no es producto de razones subjetivas o caprichosas, sino que obedece a claros criterios de trascendencia y necesidad previamente establecidos por el señor Procurador General de la Nación [...]³⁶.

3. EJERCICIO DEL PODER PREFERENTE

La Procuraduría General de la Nación tiene la titularidad de la acción disciplinaria y ostenta un poder preferente sin que ello excluye la potestad con que cuentan las entidades para su ejercicio directo, pero siempre con sujeción al control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. El poder preferente y el control judicial apuntan a la protección de las garantías básicas cuando la actividad correccional en el proceso disciplinario afecta el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario, entre otros. Así lo ha pronunciado el Consejo de Estado:

[...] la Procuraduría General de la Nación tiene la titularidad de la acción disciplinaria y goza de un poder preferente, que no excluye la facultad atribuida a algunas entidades para ejercerla directamente, pero en ambos casos sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Todo lo anterior implica que en sede judicial, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, en el evento en el que el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley. A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la Administración, pues la actuación disciplinaria debe adelantarse con estricta

³⁶ SUÁREZ, 2010, Notas de Relatoría Código Disciplinario Único.

sujeción a las normas que la regulan, las cuales están inspiradas en las garantías constitucionales básicas [...] ³⁷.

Respecto del desarrollo histórico del Ministerio Público, surgió en Colombia a mediados del siglo XVI como un órgano dependiente directamente de la real audiencia de Santafé con funciones de velar por los intereses públicos y los derechos de los habitantes. Posteriormente, en 1819, Simón Bolívar crea el cargo de Procurador General de la Nación, con la función de velar por la observancia de las leyes en la rama judicial. En 1810, el Ministerio Público aparece como órgano dependiente del poder ejecutivo, y desaparece en la constitución granadina de 1853, como órgano de la rama ejecutiva creado para velar por el cumplimiento de una debida administración de justicia. Esta idea vuelve a ser desarrollada en el artículo 3º de la Ley 200 de 1995 y en el numeral 17 del artículo 7º del Decreto 262 de 2000 ³⁸.

Actualmente se puede definir al Ministerio Público como el órgano autónomo de control cuya misión es la de adelantar investigaciones disciplinarias relacionadas con la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, ejercer la vigilancia superior, el control de gestión, intervenir en algunos procesos de justicia ordinaria y emitir conceptos ante los altos tribunales, de manera tal que vele por la correcta aplicación de la constitución y la ley, y por los intereses generales de la sociedad. De manera más precisa, el artículo 118 de la Constitución de 1991 expresa que al ministerio público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. El artículo 118 dice en su constitución textualmente ³⁹:

³⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00473-00(1852-11) Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012) C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

³⁸ En: [https://es.wikipedia.org/wiki/Procuraduría_General_de_la_Nación_\(Colombia\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Procuraduría_General_de_la_Nación_(Colombia)). Consultado el 1 de julio de 2016.

³⁹ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, art.118.

[...] El ministerio público será ejercido por el procurador general de la nación, por el defensor del pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministro público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al ministerio público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas [...] ⁴⁰.

Los artículos 275 y 276 constitucionales disponen:

[...] El supremo director de este organismo, así como en general del Ministerio Público, es el Procurador General de la Nación, quien es elegido por el senado, para un periodo de cuatro años, de terna integrada por candidatos del presidente de la república, la corte suprema de justicia y el consejo de estado”⁴¹. “Además establece que la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la procuraduría general de la nación [...]”⁴².

Los conflictos de intereses son situaciones en las cuales la equidad y la imparcialidad requeridas para la decisión pública se han perdido. Concretamente existe cuando un funcionario público obtiene un beneficio de manera ilegítima como resultado de una decisión que ha tomado en función de su cargo o en desarrollo de sus competencias.

También existe en el evento en que el superior o determinado funcionario de alta dignidad, es el competente para adelantar instrucción o fallar una investigación disciplinaria, por irregularidad en la etapa precontractual, de ejecución o postcontractual; indagando la gestión de los agentes que participan y lideran como ordenador del gasto, jefe de presupuesto y comités, quienes regularmente ocupan cargos de relevancia. Es más, muchas veces confluye la calidad de funcionario disciplinario, con la de ordenador del gasto.

⁴⁰ IBID.

⁴¹ IBID., arts. 275 y 276.

⁴² Op Cit., art. 279.

En los anteriores casos, es cuando el Servidor público por vía de acción u omisión, desconoce su deber de servicio al interés general y asume el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o por favorecimiento a determinada autoridad, en atención a la competencia legal en materia disciplinaria, aun estando inmerso en un conflicto de interés, entre sus deberes públicos y los intereses privados de mantener su puesto o ascender en la entidad.

Lo anterior legitima la necesidad de que sea adoptada una de estas dos posturas, la primera que se amplíe el régimen de conflicto de intereses o que se restrinja la competencia disciplinaria a las diferentes oficinas de control interno de las entidades estatales, pues los conflictos legales esbozados en este artículo, contravienen la esencia teleológica de la contratación estatal, por cuanto atentan contra los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia, imparcialidad y ejercicio de la función pública, entendida como el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes orgánicos del Estado⁴³.

Los principios de equidad e imparcialidad son dos elementos centrales de la gestión pública y como tales cobran mayor relevancia cuando las decisiones de los funcionarios afectan derechos fundamentales de las personas, por lo que hacen necesaria una protección frente a la arbitrariedad y la discrecionalidad, siendo ambos principios, además, un componente central del Estado Social de Derecho y que harían viable y posible el ejercicio del poder preferente disciplinario que le corresponde al Ministerio Público.

Los principios que rigen la función administrativa previamente contemplados en la Constitución y la ley, admitiendo muchas interpretaciones, mediante la aplicación directa de preceptos constitucionales y de normas legales que desarrollen esos principios, apuntan a la especificidad punitiva que resulta exigible en materia

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 de 1996 Magistrado Ponente ANTONIO BARRERA CARBONEL.

disciplinaria, en aras de dar certeza y evitar aplicaciones abusivas o excesivas de conductas que constituyen faltas gravísimas.

Lo anterior, conlleva a indicar que en las entidades públicas, la dependencia organizacional puede afectar la imparcialidad en las decisiones disciplinarias, riesgo que puede disminuir respecto de la Procuraduría General de la Nación, la cual no está supeditada a la organización jerárquica de determinada entidad, o la importancia de los funcionarios a investigar (cualquiera que sea su vinculación), lo cual permite establecer con toda tranquilidad que disminuye la posibilidad de obrar bajo el influjo de un conflicto de intereses, que finalmente sesgue el juicio para definir una conducta disciplinaria.

En ese sentido, cuando la administración se aleja de sus fines, para conseguir otros diferentes, afecta la imparcialidad que debe guiar la actuación disciplinaria, viéndose incurso el funcionario en omisión, extralimitación, y/o abuso de sus funciones públicas, legitimando de esta manera la investigación preferente por parte de la Procuraduría General de la Nación, en aplicación del principio del debido proceso señalado en la Ley 734 de 2002, deberá verificar de manera objetiva e imparcial, si se ha obrado dentro del campo de sus facultades legales o con fines objetivos acordes al interés general o en desavenencia a esto.

La precitada norma fue demandada mediante acción pública de inconstitucionalidad, desentrañada en Sentencia C-818/05, cuyo argumento se puede resumir en que se desconocen los principios de legalidad, tipicidad y debido proceso consagrados en el artículo 29 Superior, por cuanto la descripción de la conducta contenida en el numeral acusado es indeterminada, vaga y ambigua [...] deja a discrecionalidad del operador jurídico la adecuación de la conducta a la violación o no de un principio constitucional o de contratación administrativa, ... la labor del funcionario investigador debe ser única y exclusivamente la de verificar si una conducta concreta se adecua o no a la descripción abstracta realizada por la ley; sin embargo para el caso en concreto, la

norma al no definir la conducta por ser un concepto jurídico abierto lo obliga [al funcionario] a consultar otros regímenes, y al remitirse a las normas complementarias no le concretan la conducta y no le permiten al funcionario esta verificación, y por el contrario, lo obligan a especular sobre cómo interpretar un principio, ya que su misma naturaleza es de postulado o valor orientador de las autoridades públicas [...] ⁴⁴.

Así las cosas, el sustento del ejercicio del poder preferente en un sistema democrático y bajo un esquema de Estado Social de Derecho requiere que los funcionarios públicos justifiquen públicamente sus acciones, sus decisiones y las razones que las sostienen a fin de propender por la equidad e imparcialidad en el ejercicio de la función pública donde los ciudadanos tienen la expectativa que los funcionarios públicos actúen de manera imparcial al momento de tomar decisiones.

CONCLUSIONES

El Derecho Disciplinario es una herramienta con la cuentan las entidades públicas para lograr que sus funcionarios ajusten sus conductas a la Constitución y la ley, siempre con miras a alcanzar los fines estatales previstos en la Carta Política.

Entonces, la potestad sancionadora reposa, en principio, en cada entidad pública a través de la dependencia creada para tal fin, con el propósito de ser ejercida bajo los postulados de equidad, imparcialidad y eficiencia.

Sin embargo, tales principios pueden ser inobservados por parte de una entidad, bien sea por falta de idoneidad de quien ejerce dicha potestad o bien, porque de conformidad con la estructura jerárquica que maneje la entidad, la imparcialidad en la toma de decisiones puede verse afectada en el desarrollo y resultado de la actuación disciplinaria.

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-818 de 2005. MP. RODRIGO - ESCOBAR GIL.

Entonces, el constituyente y el legislador dispusieron que fuera el Ministerio Público a través de su máximo órgano, la Procuraduría General de la Nación, quien en los eventos en que las entidades no sean aptas para atender el correcto ejercicio de la función disciplinaria, lo ejerzan a través del poder disciplinario preferente.

En ese orden de ideas, dicha potestad del órgano de control ostenta un carácter estrictamente excepcional, orientado por los principios de equidad e imparcialidad, por lo que la decisión de su ejercicio ha de ser motivado, razonado y acorde a los parámetros previstos normativamente, a fin de salvaguardar la buena marcha de la función pública a través del ejercicio disciplinario.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Casa Editorial Bosh. Barcelona, 1790. Pg. 7.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-24-000-2001-0178-01(ACU-356) del 26 de julio de 2001. Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). 13 de noviembre de 2008. CP. ENRIQUE GIL BOTERO.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00473-00(1852-11) Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012). C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Radicación 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996). 13 de febrero de 2013. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

COLOMBIA. Constitución Política. 1991, art. 2.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-438 de 1992 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-417 de 1993 M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 de 1996 Magistrado Ponente ANTONIO BARRERA CARBONEL.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563/98. MP. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-708 de 1999. MP. ALVARO TAFUR GALVIS.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-429/01 M.P. JAIME ARAUJO RENTERIA.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-558 del 31 de mayo de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-948 DE 2002. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sala Plena, Sentencia C-1061 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-818 de 2005. MP. RODRIGO -ESCOBAR GIL.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1079 de 2005, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 026 DE 2009 MP. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-719 de 2009. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-030 del 01 de febrero de 2012. MP. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

COLOMBIA. Ley 80 de 1993.

COLOMBIA. Ley 836 de 2003 Artículo 78.

COLOMBIA. Ley 909 DE 2004.

COLOMBIA. Ley 489 DE 1998.

COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 346 de 2002.

[https://es.wikipedia.org/wiki/Procuraduría_General_de_la_Nación_\(Colombia\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Procuraduría_General_de_la_Nación_(Colombia)).

GORDILLO, Agustín A. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Capítulo VII. Número 20. Ediciones Macchi. Buenos Aires, 1974.

MEJÍA OSSMAN, Jaime. Régimen Disciplinario. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007,p.65.