



**COMPETENCIA PARA EMITIR EL FALLO DEL PROCESO DISCIPLINARIO EN
PRIMERA INSTANCIA SEGÚN LA LEY 734 DE 2002.
JURISDICTION TO ISSUE THE SENTENCE OF THE DISCIPLINARY PROCESS
IN THE FIRST INSTANCE ACCORDING TO LAW 734 OF 2002.**

DANIEL GARCÍA GIRALDO

Asesor

**Dra. Cathalina Sánchez Escobar
Doctora en Ciencias Jurídicas**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO
PREGRADO
2021**



Competencia para emitir el fallo del proceso disciplinario en primera instancia según la Ley 734 de 2002.

Jurisdiction to issue the sentence of the disciplinary process in the first instance according to Law 734 of 2002.

DANIEL GARCÍA GIRALDO

Monografía de grado para optar por el título de abogado.

Asesor

Dra. Cathalina Sánchez Escobar

Doctora en Ciencias Jurídicas

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

FACULTAD DE DERECHO

PREGRADO

2021

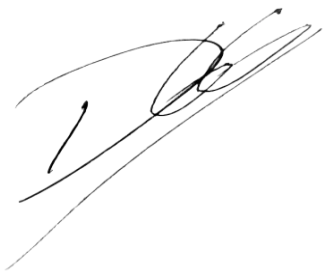
DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Fecha: 04/02/2021

Nombre del estudiante: Daniel García Giraldo.

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'D. G. G.', written in a cursive style.

Daniel García Giraldo

SUMARIO

- ❖ Resumen.
- ❖ Introducción.
- ❖ Capítulo 1: el proceso disciplinario en Colombia según la ley 734 de 2002.
- ❖ Capítulo 2: principales derechos constitucionales y principios que se violan para el servidor investigado en el proceso disciplinario.
- ❖ Capítulo 3: análisis jurisprudencial sobre la competencia para emitir sentencia o fallo en el proceso disciplinario.
- ❖ Conclusiones.
- ❖ Referencias.

RESUMEN

En el trámite del proceso disciplinario en primera instancia, adelantado por la Oficina de Control Disciplinario Interno, hay funciones que se pueden delegar por parte del jefe hacia los servidores bajo su mando, consistentes en instruir el proceso y recopilar elementos materiales probatorios. Sin embargo, existe la práctica en la que a veces, los servidores que no son jefe de la oficina, emiten el fallo en primera instancia. Surge entonces la pregunta ¿es competente para emitir sentencia en primera instancia un servidor público que no es el jefe de la Oficina de Control Disciplinario?

Para dar solución a la problemática planteada el autor realiza un análisis de fuentes bibliográficas que aluden al Derecho Disciplinario y a los principios que se aplican en esta disciplina, además de construir una línea jurisprudencial para demostrar los argumentos que sostienen las cortes y determinar el precedente frente a esta controversia.

Palabras clave: Derecho disciplinario, proceso disciplinario, responsabilidad disciplinaria, debido proceso, oficina de control disciplinario interno.

ABSTRAC

In the development of the disciplinary process in the first instance, carried out by the Office of Internal Disciplinary Control, there are functions that can be delegated by the boss to the servers under his command, consisting of instructing the process and collecting material evidence.

The problem is that sometimes servers who are not head of the office issue the ruling in the first instance. Is a public servant who is not the head of the Office of Discipline Inspection competent to issue a sentence in the first instance?

To solve the problem raised through the previous question, the author makes a compilation of bibliographic sources that allude to Disciplinary Law and the principles that are applied in this discipline. In addition, a jurisprudential line is built that shows what precedent the high courts apply to this controversy.

Keywords: Disciplinary law, administrative law, disciplinary process, disciplinary responsibility, due process, sanction, internal disciplinary control office.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Disciplinario, es la rama del Derecho Público que tiene por objeto regular el comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, mediante normas jurídicas y principios que le otorgan al Estado una potestad para sancionar, cuando por parte del servidor público haya un incumplimiento de la Constitución o de la ley. Las normas y los principios que fundamentan el Derecho Disciplinario en Colombia, se encuentran actualmente en la ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), en la ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario) y en la Constitución Política.

Las controversias que surgen con ocasión del incumplimiento a un deber funcional, el cual se materializa mediante una falta disciplinaria, se resuelven a través de un trámite que se conoce como proceso disciplinario, el cual en primera instancia debe ser resuelto preferentemente por la Procuraduría General de la Nación o el jefe de la oficina de control disciplinario de la respectiva entidad pública.

Es de anotar que en las entidades públicas donde haya una Oficina de Control Interno Disciplinario, el jefe de dicha oficina puede delegar ciertas funciones a servidores bajo su mando, para que instruyan el proceso disciplinario y recopilen elementos materiales probatorios.

El problema surge cuando en ciertos casos, el servidor público que instruye el proceso disciplinario, no es jefe de la oficina de control disciplinario interno, y él mismo emite el fallo disciplinario en primera instancia. Frente a esto, es válido hacerse el siguiente cuestionamiento. ¿Es competente para fallar el proceso disciplinario en primera instancia cualquier funcionario que integre la Oficina de Control Disciplinario Interno?

Para tratar de dar solución a este problema, este trabajo va a demostrar que la competencia para proferir el fallo en primera instancia, radica únicamente en cabeza del jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, según el artículo 76 de la ley

734 del 2002. Para llegar a tal objetivo, se abordarán los siguientes temas, primero ¿Qué es el proceso disciplinario según la Constitución Política de 1991 y la Ley 734 del 2002?, segundo, se determinarán los principales derechos constitucionales y principios que se violan para el servidor investigado en el proceso disciplinario y por último, se procederá al análisis jurisprudencial sobre la competencia para emitir sentencia o fallo en el proceso disciplinario.

CAPÍTULO 1: EL PROCESO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA SEGÚN LA LEY 734 DE 2002.

En el presente capítulo se pretenden desarrollar los siguientes temas para contextualizar sobre el proceso disciplinario:

- 1) Responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos.
- 2) Algunas similitudes y diferencias entre el derecho penal y el derecho disciplinario.
- 3) Objeto del derecho disciplinario.
- 4) Sujetos del proceso disciplinario.
- 5) Estructura del proceso disciplinario.

1) Responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos.

Incurrir en responsabilidad disciplinaria los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas, cuya conducta activa o pasiva en constitutiva de falta disciplinaria, que se constituyen por la violación de los deberes, las obligaciones y los derechos o por el desconocimiento de las prohibiciones, las inhabilidades, las incompatibilidades o los conflictos de intereses y a quienes, previo un procedimiento, se les impondrá sanciones que autoriza la ley (Caldas, 2006, pág. 333).

2) Algunas similitudes y diferencias entre el derecho penal y el derecho disciplinario.

El derecho disciplinario en Colombia ha sido comparado con el derecho penal, al tener en común un carácter sancionador o punitivo, y compartir elementos subjetivos como el dolo y la culpa en las conductas reguladas por este.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sus sentencias T – 146 de 1993 y C-948 de 2002, ha determinado que las garantías aplicables al derecho penal no tienen aplicabilidad absoluta en el área de derecho administrativo, porque se protegen bienes jurídicos diferentes, ya que el derecho penal protege “el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores” (Pavajeau, El Derecho Disciplinario en Colombia. "Estado del Arte"., 2011, pág. 7), mientras que en el caso del derecho administrativo disciplinario tiende a proteger la organización y funcionamiento de la gestión pública.

Además de la diferencia respecto a los bienes jurídicos protegidos y del tipo de sanción, que en materia penal involucra la libertad personal y de locomoción, el derecho penal y el derecho disciplinario también difieren en los significados que se les da a las categorías dogmáticas de la conducta

La ilicitud en el derecho disciplinario conlleva un desvalor superior al ser tipos en esencia de mera conducta y no se habla de la categoría tipicidad, sino de ilícito típico (aludiendo al principio de legalidad), además de que el dolo y la culpa van implícitos en el ilícito típico y no en la categoría culpabilidad. Otra diferencia es que el derecho disciplinario, el cual se deriva del derecho administrativo, es otro tipo de especialidad de derecho sancionador.

3) Objeto del derecho disciplinario.

La ley no define cual es el objeto del derecho disciplinario, pero sí define cuál es la función de la sanción disciplinaria, que es aquel castigo que se impone por cometer una ilicitud sustancial. El artículo 16 de la Ley 734 de 2002 dice: “La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.”

La jurisprudencia constitucional ha dicho que “las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la

imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales. De allí que el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública (Pavajeau, 2011, pág. 8)

Además del concepto de la Corte sobre el objeto del régimen disciplinario, que indica que la finalidad que sería garantizar el cumplimiento de funciones públicas se debe tener en cuenta el respeto a un derecho fundamental para el servidor disciplinado como lo es el debido proceso, del cual se deriva el derecho de defensa, como lo indica (Caldas, 2006):

Son objetivos del régimen disciplinario:

1. Asegurar el orden de la Administración.
2. Sancionar faltas disciplinarias, y 3.
3. Garantizar al empleado su derecho de defensa (Caldas, 2006, pág. 342)

4) Sujetos del proceso disciplinario.

En el proceso disciplinario, la potestad disciplinaria radica en cabeza del Estado (Ley 734 de 2002. Art 1.), pero claramente el Estado debe actuar a través de ciertos sujetos que son titulares de la acción disciplinaria.

- Según la Ley 734 de 2002 en su artículo 2, son sujetos activos o titulares de la acción disciplinaria.
 - Procuraduría General de la Nación. Tiene poder preferente.
 - Personerías distritales o municipales. Tienen poder preferente.
 - Oficinas de control disciplinario interno.
 - Funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado.
 - El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales es la jurisdicción disciplinaria.
- Y la misma ley en sus artículos 25 y 53, establece los sujetos pasivos o destinatarios de la acción disciplinaria

- Servidores públicos, así se encuentren retirados.
- Particulares que ejerzan funciones públicas, administren recursos públicos.
- Los indígenas que administren recursos del Estado.
- Gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria. (Ley 734 de 2002. Arts 25 y 53.)

5) Estructura del proceso disciplinario:

Existen 2 clases de procedimientos disciplinario, el ordinario y el verbal. El procedimiento disciplinario verbal es el que se aplica hoy en día, debido a que es más corto. En cualquier etapa del proceso se puede dar el archivo. La primera instancia es ante el superior o quien tenga la potestad disciplinaria en principio. La segunda instancia es ante la máxima autoridad la respectiva entidad. Después de ese fallo de 2da instancia se puede demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

- Procedimiento Ordinario
 - Queja de oficio
 - Indagación preliminar: 6 meses.
 - Investigación disciplinaria: 12 meses – 18 meses. Faltas gravísimas. Prórroga 3ra parte.
 - Cierre de investigación.
 - Calificación de investigación: 15 días hábiles. Art 53 Ley 1474/11-
 - Descargos: 10 días para presentar, solicitar o aportar pruebas. Art. 166 Ley 734/2002
 - Pruebas: 90 días. Art 168 Ley 734/02, Art. 55 Ley 1474/11
 - Alegatos de conclusión: 10 días de traslado. Art 55 Ley 1474/11

- Fallo de primera instancia: 20 días hábiles. Art 56 Ley 1474/11
- Fallo de segunda instancia: 45 días prorrogables, práctica, pruebas. Art 171 Ley 734/02.
 - Registro sanción.
 - Ejecución sanción.
- Procedimiento Verbal:
 - Queja, informe de oficio.
 - Calificación de procedimiento. Audiencia de Cargos: no antes de 5 días, ni después de 15 días.
 - Versión libre pruebas: 3 días de audiencia o suspensión 5 días. Fija fecha de pruebas. Art 58. Ley 1474/11.
 - Receso previo alegato: tiempo para presentarlos mínimo 3 días, máximo 10 días. Art 58 Ley 1474/11.
 - Alegato de conciliación: Traslado para presentarse 2 días a partir de notificación. Art 59 Ley 1474/11
 - Fallo 1º: 2 días concluida la intervención, Art 178 Ley 734/02...
 - Notificación y ejecutoriada en estrados: Art 106. Ley 734/02
 - Recurso apelación: sustentar en audiencia. Art 59 Ley 1474/11.
 - Fallo 2º: 10 días. Art 59. Ley 1474/11.

CAPÍTULO 2: PRINCIPALES DERECHOS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS QUE SE VIOLAN PARA EL SERVIDOR INVESTIGADO EN EL PROCESO DISCIPLINARIO.

Teniendo en cuenta que el derecho disciplinario es una clase de derecho sancionatorio, es coherente asumir que, en el proceso disciplinario, la parte acusada de cometer la conducta, goce de garantías constitucionales que impidan que se cometan arbitrariedades por parte de la administración a la hora de aplicar su potestad punitiva.

No obstante, a causa de la estructura bipartita del proceso disciplinario, que establece la Ley 734 de 2002, se violan algunos principios y derechos constitucionales, ya que solo concurren la parte que investiga y a la vez juzga, siendo un órgano judicial con poderes absolutos, y la parte acusada o sujeto disciplinado.

Dicha estructura hace recordar el sistema inquisitivo propio de los códigos de procedimiento penal anteriores a la Ley 906 de 2004, ya que en la últimas se cambió por el sistema acusatorio, consagrando una estructura tripartita para el procedimiento penal.

Lo anterior nos permite considerar que no solo es el problema procedimental sino también los vacíos normativos del Código Único Disciplinario en virtud de su total autonomía, lo que permite al operador jurídico disciplinario actuar como juez y administrador de justicia, convirtiendo así en un sistema inquisitivo, por lo que es necesario superar estos vacíos de tal manera que se ejecuten los principios de imparcialidad, legalidad, desconcentración de funciones, igualdad, convicción reflexiva (Barón, 2011, pág. 19).

Sabiendo las causas (vacíos normativos y estructura bipartita del proceso disciplinario) de las arbitrariedades que se presentan en el proceso disciplinario, es

importante conocer cuáles son los principales derechos constitucionales y principios que se violan en el ejercicio de este.

1) Derecho fundamental del Debido Proceso / Debido Proceso Disciplinario:

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, tiene aplicación en toda clase de actuación judicial y administrativa, y establece una serie de garantías (legalidad, contradicción, defensa) para evitar arbitrariedades de parte de la administración. Es importante entender que se va a partir del Debido Proceso como fundamento de los demás derechos y postulados vulnerados. El Debido Proceso también lo consagra el artículo 6 de la Ley 734 de 2002 (CDU), en el Título I que trata sobre los principios rectores de la ley disciplinaria.

La definición del debido proceso que establece el artículo 6 del CDU se queda corta en comparación con la que aparece en el artículo 29 de la Constitución Política, ya que en este último artículo se consagran ciertos principios que conforman el derecho del debido proceso y que también se observan vulnerados en el proceso disciplinario como lo son el de legalidad, contradicción y el de defensa.

El concepto del debido proceso en materia disciplinaria lo clarifica el Consejo de Estado:

“El debido proceso como derecho fundamental está referido en materia procesal disciplinaria, a que el inculpado conozca los cargos en forma clara, concisa y oportuna para que pueda ejercer todos los medios de réplica, pedir las pruebas, obtener su decreto y práctica, así como controvertir las que lo inculpan, presentar alegatos y en general, participar de modo activo en todo el proceso, lo que implica un gran debate con el agotamiento de las instancias a que haya lugar y las garantías que las mismas ofrecen” (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguen, 2012)

2) Principio de Legalidad: sobre este postulado se discute si se vulnera o no en el procedimiento disciplinario. Esto se debe a que no todas las faltas disciplinarias están reguladas, por lo que se deja a discreción del juzgador, determinar la tipicidad de ciertas conductas no reguladas de manera expresa, sistema que se le conoce como *numerus apertus*.

Carlos Arturo Gómez Pavajeau (2011) es uno de los autores que está en contra de esta facultad del juzgador argumentando “la incriminación imprudente por la técnica del sistema *numerus apertus*” (Pavajeau, 2011, pág. 21). Sin embargo, en sentido contrario, la Corte Constitucional argumenta y sigue sosteniendo que:

no cabe duda alguna que en el ámbito disciplinario los principios de legalidad y tipicidad actúan con menor rigurosidad que en el derecho penal delictivo, pues se admiten bajo determinadas condiciones el uso de tipos abiertos y de conceptos jurídicos indeterminados, a la vez que se le atribuye al juzgador disciplinario una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables (Sentencia C-818, 2005).

El CDU también consagra el principio de legalidad en el artículo 4 cuando se refiere que “el servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización (Ley 734 de 2002, artículo 4).

Es preocupante que se maneje un sistema *numerus apertus* para determinar la tipicidad de las conductas en el proceso disciplinario, ya que no se cuenta con un juzgador independiente, sino que es el mismo investigador y quien decide si la conducta es disciplinable o no. Este principio vulnerado es un abre bocas al siguiente principio a tratar, la imparcialidad.

3) Principio de Imparcialidad: El CDU no consagra en el título sobre los principios rectores, el principio de imparcialidad; no obstante, en el artículo 94, remite al

artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, que consagra los principios de la función administrativa, y también indica que se observarán ciertos principios; uno de ellos, la imparcialidad.

En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva (Ley 1437 de 2011, artículo 3, numeral 3)

Este principio es vulnerado de manera directa en el proceso disciplinario porque la ley al establecer la función de investigador y de juzgador en un mismo sujeto, le está impidiendo al disciplinado gozar de un proceso en el que no haya inclinaciones en contra suya. Desde que empieza el proceso, el disciplinado se encuentra en posición desfavorable.

La violación al principio de imparcialidad implícitamente genera la violación al principio de contradicción.

4) Principio de defensa y contradicción: como se manifestó al principio de este capítulo, el derecho fundamental del debido proceso está conformado por varios postulados, entre ellos el principio de defensa y contradicción, que son aquellos que permiten que la parte demandada intervenga o participe las diligencias procesales que se requieran y pueda acudir a todos los recursos necesarios. (Vallejo, 2014, pág. 23).

En estricto sentido y siendo reiterativos en cuanto a la crítica al sistema inquisitivo que se maneja en el proceso disciplinario, podemos decir que por el mero hecho de que el investigador sea el mismo juzgador, el disciplinado comenzaría con una desventaja evidente en su defensa y contradicción. Existen también otras situaciones que generan vulneración de este principio, como por ejemplo, la falta

de garantía de publicidad; que se le impida al disciplinado gozar de una defensa técnica; la incongruencia en el pliego de cargos; la imposibilidad de rendir versión libre, etc.

CAPÍTULO 3: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA COMPETENCIA PARA EMITIR SENTENCIA O FALLO EN EL PROCESO DISCIPLINARIO.

Habiendo abordado qué es el proceso disciplinario, sus etapas y los derechos que para efectos de este trabajo; se consideran vulnerados en el desarrollo de éste para el servidor disciplinado, en el presente capítulo vamos a realizar un análisis jurisprudencial sobre el titular de la competencia para emitir el fallo sancionatorio en la primera instancia del proceso disciplinario.

Debido a la vaguedad y ambigüedad que caracterizan al artículo 76 de la Ley 734 de 2002, en tanto determina que la primera instancia del proceso disciplinario la conocerá y fallará la oficina de control Interno disciplinario de las entidades u organismos que tengan regionales o seccionales; sin particularizar el funcionario competente, adscrito a la oficina, para emitir el fallo sancionatorio, se presentan eventualmente violaciones al debido proceso para el investigado, así como los demás derechos y principios que se derivan de este (Ley 734 de 2002, artículo 6; Constitución Política de 1991, artículo 29) de .

Es pertinente aclarar que el mismo artículo 76 del CDU, consagra que en caso de que en una entidad u organismo no se hayan implementado oficinas de control interno, el competente para conocer y emitir el fallo disciplinario en primera instancia será el superior inmediato del investigado, y en segunda instancia, el nominador de la entidad. Así mismo, este artículo también alude al poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, ya que indica que, en caso

de poderse garantizar la segunda instancia de un proceso por razones estructurales y organizacionales de la entidad, esta será la competente.

Por tal razón, como se indicó al principio de este capítulo, es necesario esclarecer si la competencia para emitir el fallo disciplinario en primera instancia, en una entidad en la que haya oficina de control interno disciplinario, radica en cabeza del jefe de dicha oficina.

Si nos remitimos a la jurisprudencia, encontraremos que ni la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, ni ningún tribunal o juzgado administrativo, se han manifestado sobre esta cuestión de manera concreta y específica. El único órgano judicial que ha tratado el tema es el Consejo de Estado, pues después de la segunda instancia del proceso disciplinado, el investigado puede demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el fallo sancionatorio.

Para efectos de determinar entonces dicha competencia, se estudiaron sentencias del Consejo de Estado proferidas desde el año 2013 hasta el año 2018, que resuelven procesos de medios de control de las actuaciones administrativa, en los que los demandantes solicitan la nulidad del acto administrativo expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que impone la respectiva sanción de materia disciplinaria. Dejando a un lado las particularidades de cada caso, y centrándonos en el objeto de este trabajo, procederemos a observar algunas sentencias que dejan en evidencia que el funcionario competente para emitir el fallo disciplinario en primera instancia, es el jefe de la oficina de control interno.

Disciplinado O Demandante	Acto Administrativo Dian	Clase De Sanción	Funcionario Que Falla En Primera Instancia	Sentencia De Única Instancia Consejo De Estado Nro. Radicado Y Numero Interno.
Edson Alonso Pinillos P.	resolución nº 2009-1 de 4 de julio de 2008	destitución e inhabilidad	jefe de oficina de investigaciones disciplinarias	11001032500020120010100 de fecha 05 de diciembre 2013 (n.i. 0441-2012)
Ruby Esther Díaz Rondón	resolución nº 8300060-2007	suspensión de un mes	jefe de la división de	11001032500020120035200 de fecha 16 de abril de 2015

	del 6 de marzo de 2007		investigaciones disciplinarias del regional noroccidente	(n.i. 1353-2012)
Humberto Rojas Sánchez	resolución no. 10847 de 30 de diciembre de 2003	destitución e inhabilidad	jefe de la oficina de investigaciones disciplinarias de la Dian	11001032500020110000400 de fecha 07 de abril de 2016 (n.i. 0744-11)
Rafael Antonio Duarte Nieto	resolución del 14 de julio de 2004	destitución e inhabilidad	jefe de la oficina de investigaciones disciplinarias	11001032500020100031000 de fecha 12 de julio de 2017 (n.i. 2454-2010)
***Nelson Aldemar Zúñiga Mendoza	resolución 06084 del 14 de julio de 2004	destitución e inhabilidad	jefe de la oficina de investigaciones disciplinarias	11001032500020110010000 de fecha 12 de octubre de 2017 (n.i. 0330-2011)
Isabel Teresa Villamizar De Rivera	resolución 2007-1 del 19 de enero de 2006	suspensión de un mes e inhabilidad especial	jefe de la división de investigaciones disciplinarias de la Dian regional nororiente	11001032500020160076800 de fecha 21 de junio de 2018 (n.i. 3510-16)

Fuente: Propia de consulta en las páginas web del Consejo de estado y Rama Judicial

Para brindar una respuesta clara y contundente que confirme la hipótesis de que el funcionario competente para proferir la sentencia en primera instancia en el proceso disciplinario, es el jefe de la oficina de control interno disciplinario, analizaremos la sentencia del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, con fecha del 12 de octubre del 2017 y radicado 11001032500020110010000 (n.j 0330-2011).

El señor Nelson Aldemar Zúñiga Mendoza, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento, consagrada en el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011:

“...formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se anulen las Resoluciones 06084 del 14 de julio de 2004, 03495 del 11 de mayo de 2005 y 5076 de 21 de junio de 2005, emanadas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por medio de las cuales se le declaró disciplinariamente responsable y se le impusieron las sanciones de destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de 4 años y 6 meses; se confirmó tal

decisión y se hizo efectiva, respectivamente.” (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, ponente: Rafael Francisco Suárez de Vargas., 2017).

Uno de los argumentos propuestos por el señor Zúñiga, fue que:

“...se vulneró el artículo 76 del Código Disciplinario Único pues la entidad no contaba con una oficina del más alto nivel, situación que, incluso, podría conllevar falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 34, numeral 34, de la Ley 734 de 2002, dada la incompetencia de las señoras Myriam Quintero y Luz Myriam Díaz.” (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, ponente: Rafael Francisco Suárez de Vargas., 2017)

Al respecto, el Consejo de Estado manifestó que;

“Myriam Quintero Rueda, participó como abogada investigadora perteneciente a la Oficina de Investigaciones Disciplinarias, quien fungía como asesor, nivel 50, grado 31, en virtud de la Resolución 2508 del 26 de marzo de 2002, y fue designada por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través de la Resolución 2865 del 8 de abril de 2002, para que continuara la instrucción del proceso disciplinario. El acto anterior fue expedido invocando las facultades legales previstas en **la Ley 200 de 1995**, en especial, lo consagrado en el artículo 57, en concordancia con el artículo 40 del **Decreto 1071 de 1999**, último de los cuales es del siguiente tenor literal:

“Artículo 40.- Las funciones del Director General podrán ser delegadas en los Directores de Impuestos, de Aduanas o en el Secretario General o de Desarrollo Institucional, o en el funcionario que mediante resolución designe para el efecto el Director General (...)” (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, ponente: Rafael Francisco Suárez de Vargas., 2017)

El Consejo de Estado remite al Decreto 1071 de 1999, por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones. Dicho decreto establece en el artículo 40 que las

funciones del Director General pueden ser delegadas a un funcionario, siempre y cuando sea mediante de resolución del Director General o nominador.

En el caso concreto, la señora Quintero no era jefe de la oficina de control interno disciplinario. No obstante, por medio de resolución del Director General se le habían delegado las funciones de asumir la instrucción del proceso disciplinario, decretar las pruebas necesarias en la investigación, proferir cargos o archivar definitivamente las actuaciones, y adelantar todas las diligencias y actuaciones administrativas necesarias para perfeccionar la investigación respectiva.

“Lo anterior quiere decir que **la referida asesora no carecía de competencia para adelantar la investigación, pues esta era el resultado de la delegación de funciones conferida por el Director General de la entidad.** Ahora bien, el hecho de que la señora Quintero Rueda fuera o no supernumeraria, en nada afecta la designación hecha por el Director de Impuestos Nacionales, ni vicia, por incompetencia las actuaciones que ella desarrolló durante la actuación disciplinaria, toda vez que la designación de funciones por parte del nominador se podía realizar, incluso, si no se tratara de una servidora de carrera, comoquiera que la ley no exige tal requisito para ese efecto.” (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, ponente: Rafael Francisco Suárez de Vargas., 2017).

Respecto a la otra funcionaria quien emitió la decisión, el tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cuerpo supremo consultivo del Gobierno Nacional en asuntos de administración expresó que:

“**Luz Myriam Díaz Muñoz, quien emitió la decisión disciplinaria de primera instancia, ostentaba el cargo de jefe de la Oficina de Investigaciones Disciplinarias de la Dian,** pues en tal condición suscribió el aludido acto administrativo. De modo que pese a que no se allegó prueba del acto de nombramiento en ese cargo, ni certificación en la que se precisara si **hacía parte del sistema específico de carrera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la condición de jefe de esa oficina, la facultaba para proferir el acto sancionatorio, en su calidad de superior jerárquico del demandante, al tenor de**

lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 76 de la Ley 734 de 2002 y el Director de la entidad, como nominador, tenía la atribución de conocer la segunda instancia, según lo dispuesto en el inciso 3 ibidem.” (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, ponente: Rafael Francisco Suárez de Vargas., 2017).

Se debe hacer la anotación de que el artículo 40 del Decreto 1071 de 1999 “Delegación de funciones”, fue derogado en principio por el artículo 49 del Decreto 4048 de 2008, y posteriormente fue derogado por el Decreto 1742 de 2020, el cual consagra la delegación de funciones en el artículo 80, sin modificar el sentido de la primera norma.

El artículo 80 del Decreto 1742 de 2020 indica que las funciones que se pueden delegar por parte del nominador de la entidad pueden delegarse en cabeza de directores o cualquier empleado que elija el nominador mediante resolución, estableciendo la formalidad de que debe hacerse por escrito.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta las sentencias identificadas en el cuadro de la página 19 se resuelve la pregunta problema de esta monografía; quien es el competente para emitir la decisión disciplinaria en primera instancia es (1) quien ostente el cargo de jefe de la oficina de control disciplinario, (2) quien se le haya delegado la función a través de resolución que expida el nominador de la entidad con base en los criterios de la Ley 200 de 1995 y el Decreto 1071 de 1999 (Decreto 1742 de 2020) , (3) quien se le haya delegado la función por parte del jefe de la oficina de control interno disciplinario pero con previa autorización del nominador.

Analizando el problema de la competencia para emitir la decisión, desde otra perspectiva, el Consejo de Estado en la misma sentencia que hemos venido desarrollando, remite a una figura que existe en el derecho administrativo disciplinario denominada “control judicial integral”. Esta figura fue explicada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia

del nueve (9) de agosto del dos mil dieciséis (2016), con radicación número 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU) y cuya actora fue Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

El Consejo de Estado definió el control judicial integral como aquel que

“...permite que el juez de lo contencioso administrativo pueda y **deba examinar en la actuación sancionatoria el estricto cumplimiento de todos los principios** rectores de la ley disciplinaria, esto es, la legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, presunción de inocencia, celeridad, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, función de la sanción disciplinaria, derecho a la defensa, proporcionalidad, motivación, interpretación de la ley disciplinaria...”
(Sentencia 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU), 2016).

Dicha definición evidencia que el control judicial integral le impone el deber al juez, de velar porque se cumplan todos los principios rectores de la ley disciplinaria. No obstante, en la práctica de las actuaciones administrativas en las que se imponen sanciones disciplinarias, los jueces hacen caso omiso de este deber legal, tal y como se observa en la demanda interpuesta por la señora Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

La Procuraduría General de la Nación mediante auto del 13 de noviembre de 2008, inició de oficio investigación disciplinaria en contra de la señora Piedad Esneda Córdoba Ruíz, con fundamento en los documentos hallados e incautados en la “Operación Fénix”, los cuales, al parecer, daban cuenta de presuntos vínculos de la entonces senadora de la República con grupos al margen de la ley.

El Procurador General de la Nación mediante decisión de única instancia, fechada el 27 de septiembre de 2010, le impuso a la aquí demandante sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 18 años, al encontrarla responsable de la conducta prevista en el ordinal 12.º del artículo 48 del Código Disciplinario Único (Sentencia 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU), 2016).

Uno de los problemas jurídicos planteado por la actora, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos emitidos por la Procuraduría General de Nación que le impusieron la sanción, fue que las

pruebas recaudadas en la “Operación Fénix” que sirvieron para acusarla de cometer la falta disciplinaria fueron obtenidas de manera ilegal, irregular y vulnerando el debido proceso.

El Consejo de Estado en su decisión manifestó que:

“...son ilegales todas las pruebas provenientes de la “Operación Fénix” dado que en su práctica y recolección se desatendieron los requisitos legales esenciales regulados en el ordenamiento jurídico colombiano y en el acuerdo de cooperación e intercambio judicial suscrito y vigente entre Colombia y Ecuador para el efecto.” (Sentencia 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU), 2016).

Así mismo, el Consejo Establece los parámetros del control judicial integral:

el control judicial es integral, lo cual se entiende bajo los siguientes parámetros: 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) **La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial.** 4) **La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley.** 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva. (Sentencia 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU), 2016)

De lo expuesto por el Tribunal supremo, se puede concluir que cuando un juez no tiene en cuenta el procedimiento disciplinario en el que se establece el juez competente, y no valora de manera íntegra las pruebas allegadas por el disciplinado, no está cumpliendo con su deber legal de ejercer el control judicial integral, al permitir que se vulnere el derecho fundamental al debido proceso y

principios como el de legalidad e imparcialidad, los cuales desarrollamos en el capítulo anterior pero que nos reafirma el Consejo de Estado en estas dos sentencias analizadas.

CONCLUSIONES

- ❖ Las oficinas de control interno disciplinario, velan por el cumplimiento de la función pública al interior de las entidades públicas, con el propósito de que el Estado consiga alcanzar sus fines. Sin embargo, este organismo judicial al ejercer su potestad sancionatoria, no garantiza el respeto de algunos derechos fundamentales y principios del derecho colombiano; lo anterior, como consecuencia de la estructura del proceso disciplinario.
- ❖ La hipótesis con la que se pretendía resolver la pregunta problema: ¿es competente para emitir sentencia en primera instancia un servidor público que no es el jefe de la Oficina de Control Disciplinario? es correcta, ya que se llegó a determinar que el funcionario competente para emitir la decisión disciplinaria en primera instancia es (1) quien ostente el cargo de jefe de la oficina de control disciplinario, (2) quien se le haya delegado la función a través de resolución que expida el nominador de la entidad con base en los criterios de la Ley 200 de 1995 y el Decreto 1071 de 1999 (Decreto 1742 de 2020) , (3) quien se le haya delegado la función por parte del jefe de la oficina de control interno disciplinario pero con previa autorización del nominador.
- ❖ En la Ley 734 de 2002 el artículo 76, el cual aborda el control disciplinario interno, no indica de manera expresa que los funcionarios competentes para fallar el proceso disciplinario en primera instancia, son los que se mencionan en la conclusión anterior. Esto genera un vacío normativo que facilita la

vulneración de derechos y principios, y esto ha sido ignorado por muchos años.

Lastimosamente la Ley 1952 de 2019 que deroga el artículo 76 de la Ley 734/02 y otros, la cual entra a regir a partir del 1 de julio de 2021, en su título III, el cual desarrolla artículos referentes a la competencia en el proceso disciplinario, agrega ciertas especificaciones sobre la cuestión, como que el jefe de la oficina de control interno debe ser abogado y es directivo de la entidad, pero no dice de manera expresa quién es el funcionario competente adscrito a la oficina de control interno disciplinario para fallar en primera instancia.

- ❖ Que el nominador sea quien delegue a través de un cargo de libre nombramiento y remoción la función para emitir el fallo disciplinario, ya sea al jefe de la oficina de control interno disciplinario o cualquier otro funcionario adscrito a dicha oficina, limita la autonomía de quien sea juzgador en primera instancia y hace que sea cuestionable la imparcialidad del juez de segunda instancia, ya que esta corresponde al nominador. Lo ideal sería que el juez de primera instancia no tuviese una relación de “subordinación” frente al juez de segunda instancia.

REFERENCIAS

- Barón, M. (2011). Las garantías fundamentales frente al proceso disciplinario en Colombia. *Derecho y Realidad*(18), 19.
- Caldas, J. E. (2006). *La responsabilidad de los servidores públicos*. Doctrina y ley.
- Congreso de Colombia. (2002). Ley 734 de 2002, artículo 76.
- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguen. (16 de febrero

de 2012). Sentencia 11001-03-25-000-2009-00102-00 (1454-09). Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, ponente: Rafael Francisco Suárez de Vargas. (12 de octubre de 2017). Sentencia 0330-2011. Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponente: William Hernández Gómez (E). (9 de agosto de 2016). Sentencia 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU). Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

Consejo de Estado, Sentencia (2388-2010) del 26 de octubre de 2017.

Constitución Política de 1991, artículo 29.

Constitucional, C. (2005). Sentencia C-818.

Ley 1437 de 2011, artículo 3, numeral 3. Congreso de la República.

Ley 734 de 2002. Congreso de la República.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Decreto 1742 de 2020, artículo 80.

Pavajeau, C. A. (2011). El Derecho Disciplinario en Colombia. "Estado del Arte". *Revista Derecho Penal y Criminología*, XXXII, 21.

Pavajeau, C. A. (2011). El Derecho Disciplinario en Colombia. "Estado del Arte". *Derecho Penal y Criminología*, XXXII(92), 7.

Vallejo, M. C. (2014). Derecho de Defensa y Contradicción dentro del proceso disciplinario regulado por la ley 734 de 2002. .