



Bogotá, noviembre 24 de 2016.

CONCEPTO N° 043-OJ-2016

PARA: NESTOR FÁN LEÓN NIÑO
Jefe Oficina de Control Interno

DE: LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

ASUNTO: Concepto sobre impedimento.
Radicado interno: N° 2049 del 2016-11-24

Conforme a las funciones otorgadas a la Oficina Asesora Jurídica por el artículo 8 del Acuerdo 8 de 2012, emanado del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como fundamentado en el procedimiento interno y dentro del plazo contemplado en la normatividad vigente, comedidamente me permito dar respuesta a su requerimiento planteado a través del Oficio N° 162-OCI-DG-2016, en los siguientes términos:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

"(...) solicito un concepto que refiera a la existencia o no de causales de inhabilidad del auditor Leonel Mauricio Morales Garay, para realizar la auditoria AC-0-05-2016 Gestión del Servicio Científico Forense, dado el requerimiento elevado por el mismo (adjunto), con antelación ante la Subdirección de Investigación Científica en procura de ser beneficiario de un auxilio educativo (...)".

II. CONSIDERACIONES

Una vez analizado en contexto de la solicitud y sus anexos, estimo procedente precisar que el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) ha señalado que el término inhabilidad refiere a: *"(...) la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio (...)";* enfatizando que el fin de las inhabilidades es garantizar la eficacia, idoneidad, moralidad y probidad en el ejercicio de cargos o funciones públicas; de lo cual se colige que es una garantía que los intereses personales, vínculo de amistad o familiar no afectará el desempeño de su función o del empleo.

Sobre el particular, cita como inhabilidades de los Servidores Públicos en general, las siguientes:

De esta manera, visto que el término inhabilidad refiere a la restricción para el ingreso a ocupar cargos públicos por circunstancias tanto objetivas como subjetivas que pueden recaer sobre ciertos ciudadanos, lo cual no se compagina con la situación planteada por su despacho; abordaremos el estudio bajo la óptica del conflicto de intereses y los impedimentos, que resultan más acordes al caso a dilucidar.

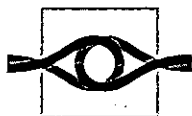


INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Asesora Jurídica

En este sentido, la Ley 1437 de 2012, artículo 11, refiere, con relación al conflicto de interés y causales de impedimento y recusación, lo siguiente:

"(...) Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

- 1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.*
- 2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.*
- 3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.*
- 4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.*
- 5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.*
- 6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.*
- 7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.*
- 8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.*
- 9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.*
- 10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.*
- 11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo.*



Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.

- 12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.*
- 13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.*
- 14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.*
- 15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.*
- 16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta-Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición.*

(...)"

Así mismo, la ley 734 de 2002, en su artículo 40, contempla el conflicto de intereses, en los siguientes términos:

"(...) Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

(...)"

Ahora bien, verificado el procedimiento "AUDITORIAS INTERNAS DEL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES", código DG-C-P-15-V10, ítem 7.1 "GENERALIDADES", numeral 6, se advierte la obligación que le asiste a los auditores, al indicar:

"(...)

Los integrantes del equipo auditor, darán aplicación al Artículo 40 de la Ley 734 de 2002 que establece que: "Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.



INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
Oficina Asesora Jurídica

En caso de que alguno de los miembros de dicho equipo auditor haya pertenecido, a alguna de las áreas programadas, se revisará la pertinencia para la realización de la auditoría, como mínimo debe transcurrir un periodo de un año para poder auditar dicho proceso, no debe estar incurso en ninguna de las causales de impedimento de acuerdo con la normatividad vigente y no tener conflicto de intereses. (...)”.

Así las cosas, una vez analizado el escrito sin número, fechado enero 30 de 2015, rubricado por el funcionario Leonel Mauricio Morales Garay, se advierte que se trata de una solicitud de apoyo financiero para educación superior, impetrada ante el Subdirector de Investigación Científica; instancia que considera competente para despachar su requerimiento; argumentando la dificultad para la implementación de lo establecido en el Memorando 09-SIC-2014, dado que, según su criterio, se evidencia imposibilidad institucional para dar aplicación a lo dispuesto en el artículos 78, 86, 89, 90 y numeral 4 del artículo 91 del Decreto 020 de 2014.

Con base en lo anterior, esta Oficina Jurídica considera que al tratarse de una simple solicitud de auxilio educativo, la cual contiene apreciaciones personales orientadas a sopesar la misma ante la instancia institucional competente, ésta no se configura como una causal de impedimento o recusación que le impida al servidor público el ejercicio de su deber funcional; pues las causales que nos ocupan, citadas en los párrafos precedentes, son taxativas y de aplicación restrictiva, como quiera que comportan una excepción al cumplimiento de la función del trabajador, imponiéndole el deber de respetar, cumplir y, dentro de la órbita de sus competencias, hacer acatar la Constitución y la ley.

Tales causales de impedimento están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse a criterio de la persona que alega la posible existencia, como quiera que ello no es discrecional; siendo importante resaltar que para que se configuren debe existir un interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación con la labor a realizar, de manera que impida una decisión imparcial; lo cual no se advierte en el caso que nos ocupa.

Al respecto, la Corte Constitucional en la ratio decidendi de la Sentencia C-881 del 2011, ha señalado:

“(...) los impedimentos son técnicas orientadas a la protección de principios esenciales de la administración de justicia como la independencia y la imparcialidad del funcionario judicial. Estos atributos en cuanto se orientan a garantizar el debido proceso, tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Carta, y en los principales convenios internacionales sobre derechos humanos adoptados por el estado colombiano, y se convierten en derechos subjetivos del ciudadano. Las causales en que se fundan los impedimentos son taxativas y de interpretación restrictiva. (...)”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, se colige que se configura un impedimento cuando el servidor público competente para actuar en un asunto de la administración, tenga interés particular y directo en su gestión, regulación, control o decisión, o lo tiene su cónyuge, compañera (o) o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

En relación con este tema, el Consejo de Estado - Sala Plena -, mediante pronunciamiento fechado veintisiete (27) de octubre de dos mil quince (2015), ha expresado:

Servicio Forense para una Colombia Diversa y en Paz
Oficina Jurídica, Correo electrónico juridica@medicinalegal.gov.co
Teléfonos 4069977- 4069944 extensiones 1615, 1618, 1626
www.medicinalegal.gov.co



"(...) el interés a que hace alusión la norma debe ser de la entidad que afecte la objetividad del juez, le impida actuar con imparcialidad y ponderar con equilibrio la actuación que se somete a su conocimiento. Por tal razón, en providencia de Sala Plena de esta Corporación, sobre ese particular se consideró: "La expresión "interés directo o indirecto", contenida en la causal de impedimento previamente transcrita, debe restringirse a situaciones que afecten el criterio del fallador por consideraciones "de amistad, de enemistad, de simpatías o antipatías respecto de los litigantes o sus apoderados, o por posibilidades de lucro personal o de dádivas ilícitamente ofrecidas o por razones políticas, o por otras razones que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso.

(...)

Insiste, entonces, la Sala en que el interés que da lugar a configurar la causal de Impedimento prevista en el numeral 1° del artículo 11 del CPACA, es aquel que logra viciar la imparcialidad y objetividad del servidor público y que puede traducirse en un claro beneficio, bien sea para la autoridad que tenga a su cargo la resolución de un determinado asunto administrativo, o para un tercero que intervenga en la misma actuación o procedimiento.

(...)"

A manera de ejemplo, el interés directo en el resultado de la gestión podría configurarse cuando, verbigracia, un alcalde es propietario de una empresa de taxis y a su vez, debe expedir el decreto que regula las tarifas de tal servicio.

Finalmente, si la auditoria que nos ocupa persigue la verificación del cumplimiento de los procedimientos en busca de la mejora continua y el acatamiento de la Constitución, la Ley, los Reglamentos y las Disposiciones Internas de la Entidad, no se vislumbra cómo el auditor, por el hecho de haber solicitado con antelación un apoyo o auxilio educativo, pueda tener interés particular y directo, distinto al institucional, en el resultado de la auditoria, que en últimas, es verificar que los procedimientos se lleven a cabo conforme a la normatividad vigente.

III. CONCLUSIONES

En virtud de lo anterior, esta Oficina Jurídica no avizora en el caso bajo estudio la presencia de ninguna causal de impedimento, recusación o conflicto de intereses, que eventualmente pueda impedir el deber funcional y la competencia del servidor público Leonel Mauricio Morales Garay, para la realización de la auditoria AC-0-05-2016 - Gestión del Servicio Científico Forense.

Estimo procedente señalar que el presente concepto jurídico se constituye en un criterio auxiliar de interpretación, el cual no será de obligatorio cumplimiento o ejecución, conforme lo establece la Ley 1755 de 2015, artículo 28.

Atentamente,

LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Proyectó: Edgar Ramos Saldaña – Profesional Especializado - OAJ - DG.

Revisó – Aprobó: Life Armando Delgado Mendoza -- Jefe Oficina Jurídica.