



Concepto 372011 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000372011

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000372011

Fecha: 04/12/2019 10:02:34 a.m.

Bogotá D.C.

REF: FUNCIÓN PÚBLICA. Generalidades. Proceso de empalme de gobernantes entrantes y salientes. RAD.: 20192060386362 del 26 de noviembre de 2019.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual solicita concepto sobre los lineamientos para el desarrollo del proceso de empalme de gobernantes entrantes y salientes, cuando los gobernadores y/o alcaldes elegidos estén privados de la libertad o cuando éstos hayan sido reportados como virtuales ganadores, pero su elección no se encuentre en firme; me permito manifestarle lo siguiente:

El Gobierno Nacional elaboró la Guía de Cierre Exitoso de Gobiernos Territoriales¹, donde se señaló:

“El empalme de Gobierno es un proceso que contribuye a la rendición de cuentas de la rama ejecutiva. Es una obligación de todos los servidores de la administración pública, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 39 numeral 2 de la Ley 152 de 1994, el Artículo 78 de la Ley 1474 de 2011 y el Artículo 50 de la Ley 1757 de 2015. En este marco, el empalme de Gobierno es un proceso efectivo, transparente, útil y obligatorio, a través del cual se hace entrega y se recibe formalmente la administración pública de las entidades territoriales, y se formaliza con la entrega del acta de informe de gestión. El empalme también es un proceso estratégico y de interés público dado que brinda insumos claves para la elaboración del nuevo Plan de Desarrollo.”

En dicho documento, se aclara que el empalme de Gobierno, además de ser un deber legal, se constituye en un espacio de diálogo e interacción entre los gobiernos entrante y saliente, que permite la continuidad en los procesos de gestión y desarrollo que benefician a todos los habitantes y que brinda al nuevo gobernante herramientas para no iniciar de cero su administración.

Para adelantar este proceso, la Guía de Cierre Exitoso de Gobiernos Territoriales, establece las directrices que deben observarse para hacer el empalme, iniciando por la conformación de los equipos de trabajo tanto del gobierno saliente como del gobierno entrante, para lo cual deben designar responsables por temas, sectores o dependencias.

Ahora bien, en lo que respecta a los interrogantes planteados en su consulta, debe señalarse que en el caso de los gobernadores o alcaldes elegidos que estén privados de la libertad, no será posible adelantar el empalme con la participación de quien resultó electo, por la imposibilidad de éstos puedan acudir al cumplimiento de esta tarea.

Sobre este particular, la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, señala en su artículo 2 que nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. Adicionalmente, establece que podrá ordenarse la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesario para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

Por su parte, de acuerdo con la doctrina, la detención preventiva es una forma de resolver la situación jurídica de una persona que se encuentra vinculada formalmente a un proceso penal, que se diferencia de la captura en que ésta es un acto material o físico de aprehensión que se puede llevar a cabo antes, durante o después del proceso, mientras que la detención preventiva solamente puede llevarse a cabo durante el proceso y previo cumplimiento de ciertos presupuestos, como la vinculación legal del imputado.²

Respecto a las medidas de aseguramiento, la Corte Constitucional, en sentencia C-469 de 2016, señaló:

“8. Legado de la tradición liberal, uno de los derechos fundamentales básicos en el Estado constitucional y democrático de derecho es la libertad personal, que implica en general la posibilidad y ejercicio efectivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios. Correlativamente, supone la prohibición de todo

acto de coerción física o moral, oficial o proveniente de particulares, que interfiera o suprima la autonomía de la persona, la sojuzgue, oprima o reduzca indebidamente [16].

9. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto, sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales [17]. Las privaciones legítimas a la libertad son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos [18].

10. Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.

Las medidas de aseguramiento adquieren, sin embargo, una particular incidencia constitucional debido, ante todo, a su capacidad para afectar de manera intensa la libertad personal. El agente sufre un temporal, preventivo y, sin embargo, ostensible impacto en el derecho a su libertad. Por estos innegables efectos, de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte, la creación de las medidas de aseguramiento debe ser estrictamente excepcional y se encuentra sometida a un conjunto de límites, diseñados en orden a salvaguardar el principio de la dignidad humana y la prevención del exceso en su utilización.

11. En suma, la libertad personal, consustancial al Estado constitucional y democrático de derecho no es, sin embargo, un derecho absoluto sino que está sujeto a restricciones (i). Estas tienen lugar esencialmente en el marco del proceso penal, en la forma de sanciones, pero también de manera relevante a través de medidas cautelares, denominadas medidas de aseguramiento (ii), en general, con propósitos preventivos, como garantizar la presencia del imputado, el cumplimiento de las decisiones y la tranquilidad social (iii).

Las medidas de aseguramiento implican la privación o la limitación a la libertad personal o la imposición de otras obligaciones que garantizan fines legal y constitucionalmente admisibles (iv). Sin embargo, su incidencia más importante radica en las intensas injerencias a la libertad personal (v). Debido a este particular impacto, las medidas de aseguramiento se hallan sometidas a un conjunto de límites, que funcionan como garantías para la salvaguarda de la dignidad humana y la proscripción del exceso en su utilización (vi)."

De acuerdo con lo anterior, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal hasta que se profiera una decisión que la revoque o hasta que se profiera la sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 162-5 de la Ley 906 de 2004, así como de los artículos 34 y siguientes del Código Penal.

En consecuencia, los alcaldes y gobernadores electos que se encuentren privados de la libertad, en principio, no podrán adelantar procesos de empalme ni tomar posesión de su cargo, hasta que se revoque la medida de aseguramiento o se profiera una condena o un fallo absolutorio, que defina la situación jurídica del procesado

En este orden de ideas, esta Dirección Jurídica advierte que en concordancia con lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política, quien se encuentra privado de la libertad no puede asumir el ejercicio de funciones públicas, pues ninguna persona puede ejercer un empleo público sin haber prestado juramento; es decir sin haberse posesionado.

En tal virtud, si llegada la fecha de la posesión, los gobernadores y alcaldes electos privados de la libertad no han definido su situación jurídica o aún se encuentran bajo tal medida, deberá cumplirse con el procedimiento legal para proveer dichos cargos mediante la figura del encargo, siendo responsabilidad de los gobernantes salientes, hacer entrega de los instrumentos previstos en la Guía de Cierre Exitoso de Gobiernos Territoriales a quienes los asuman, para el empalme respectivo.

Por otra parte, se estima que cuando un gobernador o alcalde haya sido reportado como el virtual ganador de la elección, en criterio de esta Dirección Jurídica no será procedente adelantar el proceso de empalme sino hasta la expedición del acto administrativo que declare la elección del aspirante, por cuanto éste solo debe efectuarse con quien haya sido elegido para asumir el cargo respectivo, de conformidad con los resultados de los escrutinios, en los términos previstos en los Capítulos I, IV y V del Título VII del Código Electoral.

Al margen de lo anterior, los gobernadores y alcaldes salientes deben dar cumplimiento a lo establecido en la Guía de Cierre Exitoso de Gobiernos Territoriales, en relación con la elaboración del informe de gestión de que trata el artículo 5 de la Ley 951 de 2005, que es la base sobre la cual se debe adelantar el proceso de empalme.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1.

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Portal%20Territorial/NuevosMandatarios/Gu%C3%ADa%20Cierre%20Exitoso%20Gobiernos%20Territoriales.pdf>

2. BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE, Lynett Eduardo. El Proceso Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.p. 79-80

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:44:10