

PROCESO DISCIPLINARIO – Director de la Dirección de Tránsito y Transporte de Barrancabermeja / CONDUCTA – Infringir la inhabilidad general para los servidores públicos / INHABILIDAD POR DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO PUBLICO – Regulación normativa y antecedente jurisprudencial / INHABILIDAD CONSTITUCIONAL – Por condenas penales en delitos contra el patrimonio público / INHABILIDAD – Servidor público y contratistas

Debe señalar la Sala atendiendo al marco jurídico antes expuesto que la inhabilidad constitucional por condenas penales en delitos contra el patrimonio del Estado: i) Inició su vigencia desde el 4 de julio de 1991 cuando fue promulgada la Constitución Política en el artículo 122 y desde esa fecha la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que se trata de una inhabilidad permanente, imprescriptible e irredimible; ii) Esta inhabilidad implica materialmente dos aspectos, uno previo a efectos de impedir que quien esté en la situación jurídica descrita por la norma constitucional no pueda acceder al servicio público y otro sobreviniente en el sentido de impedir que el servidor público que incurra en los presupuestos de la norma pueda seguir desempeñando la función pública; iii) En desarrollo de estos dos aspectos de la inhabilidad constitucional, el legislador asignó consecuencias disciplinarias al consagrar que su infracción constituiría falta disciplinaria gravísima, primero en el artículo 25 numeral 10 de la Ley 200 de 1995 y luego en el artículo 48 numeral 17 de la Ley 734 de 2002; iv) El Acto Legislativo 01 de 8 de enero de 2004, respecto de la inhabilidad permanente por condenas penales por delitos contra el patrimonio del Estado consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política, lo que hizo fue extender su alcance en cuanto a los sujetos a los cuales les es aplicable y a la vigencia retroactiva para antes de 1991. Lo primero haciéndola aplicable no solo a los servidores públicos sino a distintos agentes del Estado como los contratistas y lo segundo haciéndola operar respecto de condenas por delitos penales contra el patrimonio del Estado proferidas en “cualquier tiempo”, esto es, incluyó las condenas dictadas antes de la expedición del propio Acto Legislativo 01 de 8 de enero de 2004 con lo cual ratificó el contenido original del artículo 122 de la Constitución Política e incluso hasta antes del 4 de julio de 1991 fecha de entrada en vigencia de la Constitución Política. v) En ese orden se tiene que a la entrada en vigencia de la Constitución Política, quien hubiere sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado estaría cobijado de forma permanente y perpetua, de manera previa o sobreviniente por la inhabilidad para desempeñarse como servidor público y desde la expedición de la Ley 200 de 1995 la infracción a esa inhabilidad constituye falta disciplinaria gravísima.

FUENTE FROMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 122 – ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2004 / LEY 200 DE 1995 / LEY 734 DE 2002

INHABILIDAD PERMANENTE – Por condena penal por el delito de peculado por apropiación / FALTA GRAVISIMA – Tomo posesión del cargo estado incurso en inhabilidad permanente

La Sala puede advertir, luego del análisis conjunto de las pruebas documentales antes referidas, que la imputación fáctica señalada al señor Temilson Antonio Zapata Luna por la autoridad disciplinaria comprende las siguientes conductas: i) haberse posesionado el 2 de enero de 2004 en el cargo de director de Tránsito y Transportes del Municipio de Barrancabermeja, pese a estar inhabilitado en razón a la condena penal de 31 de septiembre de 1995 impuesta por el Juez Primero del Circuito de Barrancabermeja por el delito de peculado y ii) haber continuado en el cargo a pesar de dicha inhabilidad, es decir luego del 2 de enero de 2004 y luego

del 8 de enero de 2004 cuando inició la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2004 que ratificó la referida causal de inhabilidad. En ese mismo orden también se puede establecer que la imputación jurídica: i) en cuanto a la infracción disciplinaria fue el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y ii) en cuanto al incumplimiento normativo se concretó en ii.a) la transgresión de la inhabilidad permanente consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política; ii.b) el Acto Legislativo 01 de 8 de enero de 2004 que modificó esta norma, y ii.c) el artículo 59 A del Código Penal - Decretó Ley 100 de 1980. Ahora bien, teniendo presente el marco jurídico de la inhabilidad por condenas penales con ocasión de delitos contra el patrimonio del Estado, según el cual atendiendo al artículo 122 de la Constitución Política y la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional que reconoció desde el año 1991 el carácter permanente de la misma, el señor Temilson Antonio Zapata Luna quedó cubierto por esa inhabilidad de manera permanente desde el 1 de septiembre de 1995 cuando cobró firmeza la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja que lo condenó a treinta (30) meses de prisión por el delito de peculado por apropiación. En otras palabras desde el 1 de septiembre de 1995 el actor de forma indefinida, permanente y perpetua quedó imposibilitado para acceder a cargo público alguno. En ese orden, desde el 2 de enero de 2004, cuando el señor Temilson Antonio Zapata Luna tomó posesión del cargo de director del Instituto de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja trasgredió la inhabilidad permanente que sobre él obraba y en consecuencia incurrió en la falta gravísima consagrada en numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la cual incluso había sido dispuesta en el ordenamiento como falta gravísima desde la expedición de la Ley 200 de 1995 en el artículo 25 numeral 10, es decir antes de la fecha de la condena por el delito de peculado por apropiación. Y la trasgresión normativa se materializó en términos de la norma disciplinaria tanto por acceder a un cargo estando inhabilitado como desde el momento de la posesión en adelante por no separarse del mismo y seguir ejerciéndolo pese a estar inhabilitado. Así las cosas, para el día 2 de enero de 2004, fecha en que el disciplinado tomó posesión del cargo de director de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja, para los efectos de su caso no interesaba que el Acto Legislativo 01 de 8 de enero de 2004 no hubiera sido expedido, en la medida en que el fundamento jurídico de su sanción no fue éste sino, se reitera, el artículo 122 de la Constitución Política y el artículo 48 numeral 17 de la Ley 734 de 2002 que si estaban vigentes. En ese orden de ideas, no comparte la Sala el argumento de nulidad presentado por el demandante según el cual se le sancionó por una inhabilidad que para la fecha de la conducta reprochada era inexistente, pues como pudo comprobarse la inhabilidad si existía de manera previa y de naturaleza permanente.

FUENTE FROMAL: LEY 200 DE 1995 / LEY 734 DE 2002

PROCESO DISCIPLINARIO VERBAL – Marco jurídico / CODIGO DISCIPLINARIO UNICOI – Procedimientos disciplinarios ordinario y especiales / PROCESO VERBAL – Procedencia / PROCESO VERBAL – Procedimiento / DEFENSA – Responsabilidad del disciplinado

Del marco jurídico antes analizado puede colegirse que el proceso verbal: i) se activa durante la evaluación de la queja, la indagación preliminar o la investigación disciplinaria, con el auto de citación a audiencia el cual debe proferirse inmediatamente se detecte la presencia de cualquiera de los eventos previstos en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 y donde deben constar los cargos imputados; ii) desarrolla los principios de celeridad, eficacia, economía procesal y oralidad; iii) tiene como característica principal que todas sus etapas se surten en el trámite de una audiencia; iv) los términos son breves e improrrogables salvo en el

caso de la práctica de pruebas; v) las intervenciones de los sujetos procesales se recogen en un acta con un resumen sucinto de las mismas, y vi) aplican las reglas y principios generales de la actuación disciplinaria, así como de manera supletoria las reglas procesales de los procedimientos ordinario y especial ante el Procurador General de la Nación. En ese orden y ateniendo a las normas de remisión y a los principios y reglas de la actuación disciplinaria también puede concluirse que: i) en el proceso verbal la defensa es responsabilidad del procesado, al punto que el Código Disciplinario Único le otorga todas las facultades jurídicas para materializarla, ii) el acompañamiento de un apoderado es solo una opción del procesado y no una obligación de la autoridad disciplinaria, (salvo en dos únicos eventos especiales), iii) el apoderamiento puede darse con un abogado de confianza o un estudiante de consultorio jurídico de una universidad y iv) ante la ausencia de apoderado o del propio procesado o de ambos (caso de declaratoria de persona ausente) en el trámite de una diligencia, la autoridad puede suplirla nombrando un defensor de oficio que puede ser un estudiante de consultorio jurídico de una universidad.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 17 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 92 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 93 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 155 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 165 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 166 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 167 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 175 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 177 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 181 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 186

DEBIDO PROCESO – Actuación disciplinaria / DEBIDO PROCESO – No vulnerado al obtener previamente las copias del proceso disciplinario y no ejercer la derecho de defensa / GARANTIA PROCESAL – Autoridad disciplinaria / VULNERACION DEL DEBIDO PROCESO – Por si sola no lleva automáticamente a la nulidad del fallo disciplinario

En ese orden ante el otorgamiento de todas las garantías procesales por la autoridad disciplinaria tanto al investigado como a su abogado de confianza y el rechazo explícito y/o tácito al ejercicio de las mismas por parte de éstos, la obligación de la autoridad disciplinaria era nombrar apoderado de oficio en los términos del artículo 93 de la Ley 734 de 2002, y en ese escenario no puede responder por la calidad de la defensa técnica que este tipo de apoderado realice, más aun cuando en el presente caso se llegó a ese extremo por la conducta procesal del señor Temilson Antonio Zapata Luna. Debe señalar la Sala que en materia de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de naturaleza disciplinaria la vulneración del debido proceso por sí sola no lleva automáticamente a la nulidad del fallo disciplinario, en la medida en que es necesario que se demuestre que ésta es de tal entidad que hubiera permitido que la decisión disciplinaria fuera diferente, lo cual no ocurre en el presente caso. Lo anterior por cuanto el demandante alega que la negativa de la autoridad disciplinaria al aplazamiento de la audiencia de fallo dentro del proceso disciplinario verbal adelantado en su contra le impidió el ejercicio de la defensa técnica, sin embargo más allá del cargo de la inexistencia de la causal de inhabilidad que ya se analizó en esta providencia y que no prosperó, no señala ningún argumento en contra de los cargos que en su momento le imputó la autoridad disciplinaria para que en este proceso contencioso administrativo pueda evaluarse y determinar si efectivamente la decisión disciplinaria acusada debería haber sido diferente. Así las cosas, tras el análisis de las pruebas no observa la Sala por parte de la autoridad disciplinaria vulneración a las garantías del debido proceso dentro del proceso disciplinario verbal adelantado al señor Temilson Antonio Zapata Luna

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00146-00(0627-12)

Actor: TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tema: SANCIÓN DESTITUCIÓN / CARÁCTER PERMANENTE DE LA INHABILIDAD CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 122 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / PROCESO DISCIPLINARIO VERBAL Y DERECHO A LA DEFENSA MATERIAL

Decisión: NIEGA LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría de la Sección Segunda de fecha 10 de diciembre de 2013, y cumplido el trámite previsto en los artículos 207 a 211 del Código Contencioso Administrativo¹, procede la Sala a dictar sentencia una vez verificado que no hay circunstancias que invaliden la actuación procesal o sean constitutivas de nulidades que puedan afectar o viciar el proceso.

I. ANTECEDENTES

¹ Decreto 01 de 1984. Artículo 207, auto admisorio de la demanda. Artículo 208, aclaración o corrección de la demanda. Artículo 209, período probatorio. Artículo 210, traslados para alegar. Artículo 211, registro del proyecto de fallo.

La demanda y sus fundamentos

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho², el señor Temilson Antonio Zapata Luna solicitó la nulidad del fallo disciplinario de primera instancia de fecha 24 de febrero de 2004, por medio del cual la Procuradora Provincial de Barrancabermeja, lo sancionó con destitución del cargo de director de la Dirección de Tránsito y Transporte de Barrancabermeja e inhabilidad general por el término de diez (10) años³; y del Decreto N° 035 de 26 de febrero de 2004 mediante el cual el Alcalde del citado Municipio ejecutó la mencionada sanción.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, el apoderado del actor solicitó en su favor: i) condenar a la Procuraduría General de la Nación y al municipio de Barrancabermeja al reconocimiento y pago de los derechos laborales y prestacionales dejados de percibir como consecuencia del retiro del servicio hasta el reintegro, ii) declarar que no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios y iii) ordenar el cumplimiento del fallo que ponga fin al proceso contencioso administrativo dentro de los términos señalados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de la parte demandante, así:

Señaló el abogado del actor que el alcalde del municipio de Barrancabermeja mediante el Decreto N° 001 de 2 de enero de 2004 nombró y posesionó al señor Temilson Antonio Zapata Luna como Director de la Inspección de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja.

² Código Contencioso Administrativo, artículo 85.

³ Decisión contra la cual no se interpuso recurso de apelación.

Afirmó que la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja mediante auto de 10 de febrero de 2004, notificado al actor el 16 de febrero de 2004, abrió indagación preliminar contra el señor Temilson Antonio Zapata Luna por haber incurrido a título de dolo en la falta gravísima consagrada en el artículo 48 numeral 17 del Código Disciplinario Único⁴, consistente en haberse desempeñado como director de la Inspección de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja estando inhabilitado como consecuencia de la sentencia de 1° de septiembre de 1995 proferida por la Juez Penal del Circuito de Barrancabermeja que lo condenó a una pena de privación de la libertad de treinta (30) meses por el delito de peculado cuando se desempeñó como contralor de ese mismo municipio.

Indicó el apoderado que mediante auto de 17 de febrero de 2004, notificado al actor en esa misma fecha, la Procuradora Provincial de Barrancabermeja declaró que el proceso disciplinario abierto contra el señor Temilson Antonio Zapata Luna se desarrollaría por el procedimiento verbal y citó al actor a audiencia de fallo para las 9:00 a.m. del 24 del mismo mes y año.

Expresó que el actor el 23 de febrero de 2004 le confirió poder a un abogado de confianza para que lo defendiera en el proceso disciplinario, quien el 24 de febrero de 2004 asistió en la fecha, hora y lugar designado para la audiencia de fallo y solicitó su aplazamiento, dado que debía atender una diligencia de indagatoria de otro cliente en un proceso penal adelantado en el Juzgado 38 de Instrucción Penal Militar de Barrancabermeja.

Afirmó que la Procuradora Provincial de Barrancabermeja el 24 de febrero de 2004 i) dio inicio a la audiencia de fallo contra el señor Temilson Antonio Zapata Luna; ii) negó la solicitud de aplazamiento de esa audiencia presentada por el abogado de confianza del investigado; iii) nombró como defensora de oficio a la señorita Yadira Prada Vega, miembro del Consultorio Jurídico de la Universidad Cooperativa de Colombia, y iv) dictó fallo disciplinario de primera instancia en el cual sancionó al actor con destitución del cargo de director de la Inspección de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja e inhabilidad general por el término de diez (10) años.

⁴ Ley 734 de 2002, artículo 48. "17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales".

Señaló el abogado del demandante que la defensora de oficio del señor Temilson Antonio Zapata Luna en la audiencia de fallo no ejerció defensa alguna ni apeló el fallo disciplinario de primera instancia proferido por la Procuradora Provincial de Barrancabermeja.

Normas violadas y concepto de violación

El apoderado de la parte demandante señaló como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política, artículos 2°, 6°, 29 y 85; Código Disciplinario Único, artículos 6°, 17, 66, 92, 93, 110, 128, 129, 180 y 224; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 10 y 11; Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Ciudadano, artículo 26; Convención Americana de Derechos Humanos.

Como concepto de violación el apoderado del actor señaló:

La Procuraduría Provincial de Barrancabermeja vulneró el derecho a la defensa del señor Temilson Antonio Zapata Luna, por cuanto: i) negó injustificadamente la solicitud de aplazamiento presentada por el abogado de confianza del investigado, con lo cual le impidió una adecuada defensa técnica y ii) designó como defensor de oficio a una estudiante de consultorio jurídico que no tenía experticia ni el conocimiento suficiente del expediente disciplinario, la cual no solicitó la práctica de pruebas, no presentó alegatos ni recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia, con lo cual se le impidió rebatir las acusaciones disciplinarias que le fueron imputadas.

La Procuraduría Provincial de Barrancabermeja sancionó al señor Temilson Antonio Zapata Luna por haber infringido una inhabilidad que no estaba

vigente a la fecha de la realización de la conducta reprochada. Esto por cuanto se posesionó como director de la Dirección de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja el 2 de enero de 2004 y la inhabilidad retroactiva y permanente por condenas por delitos contra el patrimonio del Estado se consagró en el Acto Legislativo 01 de 8 de enero de 2004 que modificó el artículo 122 de la Constitución Política.

Precisó que si bien el artículo 122 original de la Constitución Política, consagraba la inhabilidad, ésta no era permanente sino por el término de la condena penal, en consecuencia al haber sido condenado a treinta (30) meses por el delito de peculado por apropiación, para el 2 de enero de 2004 ya había vencido su inhabilidad de manera que podía posesionarse y ejercer como Director de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja.

Contestación de la demanda⁵

La Procuraduría General de la Nación, mediante apoderado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo con los argumentos que se resumen a continuación:

Señaló que la valoración de los medios de prueba realizada por el operador disciplinario dentro del proceso adelantado contra el actor se ajustó a las reglas de la sana crítica, la lógica y la técnica dentro de un esquema de libre convicción, la cual dio como resultado su responsabilidad en la infracción disciplinaria imputada.

Afirmó que el actor pretende revivir el debate jurídico adelantado al interior del proceso disciplinario, desconociendo que el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es asegurar que las decisiones administrativas respeten el ordenamiento jurídico y no servir de tercera instancia.

⁵ Folios 320 a 345 del expediente.

Alegatos de conclusión

La parte demandante⁶

El apoderado de la parte demandante, en el escrito de alegatos de conclusión reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda relacionados con la vulneración del derecho a la defensa técnica por la negativa de la autoridad disciplinaria de aplazar la audiencia de fallo y la designación de una estudiante de consultorio jurídico que no tenía experiencia ni conocía el expediente disciplinario.

También reiteró que la autoridad disciplinaria incurrió en indebida aplicación del artículo 48, numeral 17 de la Ley 734 de 2002 y del artículo 122 de la Constitución Política, por cuanto el señor Temilson Antonio Zapata Luna se posesionó como Director de la Dirección de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja el 2 de enero de 2004 y el Acto Legislativo 01 de 2004 que modificó el artículo 122 de la Constitución Política que creó la inhabilidad por la que fue sancionado, solo entró a regir el 8 de enero de 2007. En consecuencia, precisó, que el señor Temilson Antonio Zapata Luna fue sancionado por una norma inexistente al momento de la comisión de la conducta que se le reprochó.

La parte demandada⁷

Señaló que el demandante para la época en que se posesionó como director de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja se encontraba inhabilitado para el desempeño de funciones públicas por haber sido previamente condenado penalmente por un delito contra la administración pública, lo cual objetivamente supone la realización de una conducta disciplinaria calificada como gravísima.

Indicó que mediante el auto de 12 de febrero de 2004 la Procuradora Provincial de

⁶ Visible a folios 368 a 371.

⁷ A folios 373 a 382

Barrancabermeja dio apertura a la indagación preliminar e indicó que el proceso seguiría el trámite abreviado, para lo cual citó a audiencia de fallo para el 24 de febrero de 2004, por lo cual el actor tuvo tiempo suficiente para preparar su defensa.

Afirmó que el actor tuvo un primer abogado de confianza que presentó una solicitud de aplazamiento de la audiencia de fallo la cual fue negada el 20 de febrero de 2004, es decir cuatro (4) días antes de celebrarse la audiencia, por el carácter improrrogable que el legislador le asignó a esa diligencia dentro del proceso verbal.

Precisó que el actor inmediatamente después designó informalmente un segundo apoderado de confianza que presentó otra solicitud de aplazamiento a efectos de dilatar el proceso, la cual también fue negada.

Manifestó que la segunda designación de abogado de confianza no estuvo acompañada de un poder expreso, en consecuencia para garantizar el derecho de defensa del investigado se requirió a una universidad para que designara a uno de sus estudiantes como apoderado de oficio quien ante la comprobada realización de la falta disciplinaria imputada, solicitó la rebaja de la sanción en atención a la condición más beneficiosa para el disciplinado.

Mencionó que el actor no interpuso recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia siendo este obligatorio para poder acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa y que el demandante podía haber solicitado en el proceso disciplinario la nulidad de las actuaciones con los mismos argumentos presentados en esta oportunidad sin embargo no lo hizo.

Concepto del Ministerio Público⁸

⁸ Folios 384 a 389 del expediente.

El agente del Ministerio Público solicitó, dentro del concepto rendido en este proceso, acceder a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Señaló que la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja no aceptó la solicitud de aplazamiento de la audiencia de fallo y la apoderada de oficio no ejercitó la defensa técnica, ni interpuso recurso de apelación lo cual afectó el derecho de defensa del actor dado que éste no participó en la diligencia en dónde se adoptó la decisión sancionatoria.

La entidad accionada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso del disciplinado al haberse abstenido de aceptar la solicitud de aplazamiento de la audiencia a pesar de que la petición estaba fundada en razones que le impedían al apoderado designado por la parte, ejercitar el derecho material de defensa.

La garantía del derecho al debido proceso no se agota con la designación de un defensor de oficio y con el recorrido de las etapas procesales señaladas en la ley, en el caso concreto la estudiante designada por la Universidad Cooperativa de Colombia quien fungió como representante judicial del demandante no adelantó la defensa técnica que le era exigible y sus intervenciones en nada ayudaron a los propósitos del disciplinado; así mismo, la no formulación del recurso de apelación le impidió al superior conocer la decisión de la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

Atendiendo a los argumentos planteados por las partes demandante y demandada corresponde a la Sala establecer: i) si el señor Temilson Antonio Zapata Luna fue sancionado por infringir una inhabilidad que no estaba consagrada en el ordenamiento jurídico en el momento de la comisión de la conducta que le fue

reprochada y ii) si por haber la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja negado el aplazamiento de la audiencia de fallo dentro del proceso verbal disciplinario adelantado contra el señor Temilson Antonio Zapata Luna y nombrado una estudiante de consultorio jurídico para su defensa técnica se le vulneró el debido proceso.

A continuación la Sala expondrá por orden de importancia los aspectos regulativos generales de cada uno de los problemas jurídicos para luego con base en ellos resolver los cargos presentados por el demandante.

2.1 RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO Y DEL CARGO DE INEXISTENCIA DE LA INHABILIDAD AL MOMENTO DE LA COMISIÓN DE LA CONDUCTA.

Dado que el actor señala que fue sancionado por una inhabilidad que no existía cuando se posesionó como director de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bogotá esto es el 2 de enero de 2004, por cuanto el Acto Legislativo 01 de 2004 que modificó el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política y creó la inhabilidad fue expedido el 8 de enero de 2004, por lo cual considera necesario la Sala para resolver este cargo, abordar los siguientes temas: i) la regulación jurídica de la inhabilidad por delitos contra el patrimonio público y su relación con las causales de falta disciplinaria gravísima, y ii) el análisis del cargo.

(i) La regulación jurídica de la inhabilidad por delitos contra el patrimonio público y su relación con las causales de falta disciplinaria gravísima.

El texto original del artículo 122 de la Constitución Política⁹ señala:

“Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir

⁹ Gaceta Constitucional N°114. Constitución Política promulgada el 4 de julio de 1991, vigente desde esa misma fecha, por disposición de su artículo 380.

y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.”.

En el inciso 5° de la mencionada norma constitucional, el constituyente estableció una inhabilidad general para todos los servidores públicos, la cual les impide el desempeño de funciones públicas y se materializa por el hecho de haber sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado.

En ese orden, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política, si algún servidor público es condenado por delitos contra el patrimonio del Estado está imposibilitado para el ejercicio de la función pública, lo cual se refleja de dos formas: i) si a la fecha de la condena penal no se desempeñaba como servidor público, queda imposibilitado para acceder a la función pública por materializarse de manera previa la referida inhabilidad, y ii) si a la fecha de la condena penal ya se encontraba ejerciendo como servidor público, se materializaba la inhabilidad de forma sobreviniente, en la medida en que no puede continuar ejerciendo la función pública.

El legislador a efectos de dinamizar la mencionada inhabilidad constitucional, consideró que en razón del artículo 28 de la Constitución Política que prohíbe las

penas irredimibles ésta no podía interpretarse como permanente e intemporal, motivo por el cual mediante el artículo 17 de la Ley 190 de 1995¹⁰ adicionó el artículo 59A al Decreto Ley 100 de 1980 – Código Penal anterior - en el cual señaló que los condenados por penas por delitos contra el patrimonio del Estado podrían “rehabilitarse” y en consecuencia nuevamente ejercer cargos públicos. La norma fue expedida con el siguiente tenor literal.

“Ley 190 de 1995.

Artículo 17°. El Código Penal tendrá un artículo con el número 59^a, del siguiente tenor:

Artículo 59A. Los servidores públicos a que se refiere el inciso 1 del artículo 123 de la Constitución Política, quedarán inhabilitados para el desempeño de funciones públicas cuando sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, sin perjuicio del derecho de rehabilitación que contempla el Código de Procedimiento Penal y en concordancia con el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política.”

La Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 1996, por medio del cual revisó la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 190 de 1995 entre ellas el artículo 17 que adicionó el artículo 59A al Decreto Ley 100 de 1980 declaró inexecutable de ese artículo la expresión «sin perjuicio del derecho de rehabilitación que contempla el Código de Procedimiento Penal y en concordancia con el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política», al considerar que el artículo 122 de la Constitución Política consagra una inhabilidad permanente¹¹ que el legislador no puede desconocer y que la prohibición de penas imprescriptibles consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política solo aplica a las sanciones de tipo penal y no a las inhabilidades. Así señaló la Corte Constitucional:

“10. La naturaleza constitucional de la inhabilidad, sólo permite que la ley entre a

¹⁰ Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Vigente a partir del 6 de junio de 1995 según el artículo 84 de la misma Ley 190 de 1995.

¹¹ Esta misma interpretación del artículo 122 de la Constitución Política, en referencia a que la inhabilidad por condenas por delitos contra el patrimonio del Estado es de carácter permanente, ha sido reiterada por la Corte Constitucional en las sentencias C-948 de 2002, C-037 de 2003, C-070 de 2003 y C-028 de 2006, al analizar la constitucionalidad del artículo 46 de la Ley 734 de 2002 que consagra “La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.”.

determinar su duración, si la misma Constitución ofrece sustento a esta posibilidad. Por esta razón, la diferencia entre las nociones de inhabilidad y rehabilitación legal, en modo alguno contribuye a esclarecer el asunto debatido. En realidad, la rehabilitación se define por una determinada ley que, al establecer un término preciso a la inhabilidad constitucional, habrá de requerir justificación autónoma en la Constitución.

11. La Constitución señala que “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles” (C.P. art. 28). De la interpretación sistemática de este precepto y de las disposiciones de los artículos 122 y 179-1 y 9 de la Carta, puede concluirse que la prohibición de la imprescriptibilidad de las penas, no cubre a las inhabilidades que el mismo Constituyente ha instituido, así éstas tengan carácter sancionatorio.

12. El Constituyente puede erigir en causal de ineligibilidad permanente para ocupar ciertos cargos públicos, hechos y circunstancias muy diversas, inclusive ajenos a la voluntad de las personas, como acontece con la doble nacionalidad y el parentesco en algunos casos. No se ve por qué no pueda el Constituyente asociar el presupuesto constitutivo de una causal de inhabilidad, a la expedición de una sentencia condenatoria por la comisión de un delito contra el patrimonio público. La defraudación previa al erario público, es un precedente que puede legítimamente ser tomado en consideración por la Constitución, para impedir que en lo sucesivo la persona que por ese motivo fue condenada penalmente asuma de nuevo el manejo de la cosa pública. El propósito moralizador que alienta la Constitución no se ha detenido ante las causales de ineligibilidad que por causas idénticas se aplican a los condenados que aspiran a ser Congresistas. Si en este evento, en atención a un criterio de proporcionalidad de la pena, se autorizara a la ley para imponer un término máximo de duración de la inhabilidad contemplada en el artículo 122 de la C.P., no sería posible dejar de hacerlo respecto de las restantes inhabilidades plasmadas directamente en la Constitución. En esta hipótesis, que la Corte no comparte, la ley estaría modificando el diseño moral mínimo dispuesto por el Constituyente.”

Ahora bien, teniendo presente el sentido imprescriptible y permanente otorgado por la Corte Constitucional a la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política¹², el legislador a efectos de materializar su contenido consagró en el artículo 25 numeral 10 de la Ley 200 de 1995 que la infracción de esa inhabilidad constituye falta disciplinaria gravísima.

¹² Esta interpretación del artículo 122 de la Constitución Política, en referencia a que la inhabilidad por condenas por delitos contra el patrimonio del Estado es de carácter permanente, ha sido reiterada por la Corte Constitucional en las sentencias C-948 de 2002, C-037 de 2003, C-070 de 2003 y C-028 de 2006, al analizar la constitucionalidad del artículo 46 de la Ley 734 de 2002 que consagra “La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.”.

“Ley 200 de 1995

Artículo 25º. Se consideran faltas gravísimas:

(...)

10. Actuar a sabiendas de estar incurso en causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses, establecidos en la Constitución o en la Ley.”

La Corte Constitucional¹³ conoció una demanda de constitucionalidad contra el artículo antes transcrito y lo declaró exequible argumentando entre otros que el legislador está constitucionalmente autorizado para imponer sanciones disciplinarias ante la vulneración de la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política.

“Ello es así en cuanto lo legítimo en una democracia constitucional es que sea el legislativo, como órgano de representación popular, el que expida las reglas de derecho que han de regular la vida en sociedad y, entre ellas, aquellas relativas a la función pública, incluidas las relacionadas con la responsabilidad disciplinaria de los agentes estatales. Para este caso, tal facultad halla un claro fundamento en los artículos 123 y 150, numeral 23 de la Carta.

(...)

3. Por otra parte, si el Estado debe orientarse a la realización de los fines previstos por el constituyente y si en esa tarea la función administrativa debe enmarcarse en unos principios como los señalados en el artículo 209 Superior, es comprensible que dos ámbitos estrechamente relacionados por la teleología que los anima, como son el régimen de inhabilidades y el régimen disciplinario de la función pública, entren en conexión a través de las normas que los integran.

(...)

Así, es legítimo frente al Texto Fundamental, que el legislador le atribuya efectos jurídicos en el ámbito de las inhabilidades a las sanciones disciplinarias y, en el mismo sentido, es legítimo que en el régimen disciplinario se prevea como falta el intencional desconocimiento del régimen de inhabilidades pues a pesar de tratarse de dos instituciones diferentes, ellas se encuentran estrechamente relacionadas en tanto procuran asegurar los principios de la función administrativa, en un caso, impidiendo que acceda a ella quien no garantiza la transparencia requerida para su ejercicio, y, en otro, sancionando a quien, ya en él, ha infringido sus deberes funcionales.”

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-391 de 2002.

Posteriormente, el legislador a través de la Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único, vigente -, en el artículo 48 numeral 17, conservó como falta disciplinaria gravísima la violación de la inhabilidad consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“Ley 734 de 2002.

Artículo 48. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.”

El Consejo de Estado en oportunidad anterior¹⁴ señaló que la falta disciplinaria gravísima consagrada en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, antes transcrita, por tener como presupuesto la transgresión de una inhabilidad, esto es una infracción a condiciones o situaciones que impiden el acceso a una función pública, afecta tanto a quien estando inhabilitado se posesiona en un cargo público (aspecto previo de la inhabilidad) como a quien al estar ejerciendo un cargo público a pesar del acaecimiento sobreviniente de la situación fáctica descrita en ella continua ejerciendo el cargo.

“La Ley 734 de 2002, en el libro II, parte especial, título único, descripción de las faltas disciplinarias, en el artículo 48 señaló el catálogo de conductas establecidas como gravísimas, y en su numeral 17 la siguiente descripción:

Artículo 48. *Faltas Gravísimas*. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

Ha señalado esta Corporación¹⁵ que el régimen de **inhabilidades para ocupar cargos públicos** podría definirse como el conjunto de circunstancias, hechos o causas, que limitan o restringen el derecho fundamental de acceso y ejercicio de la

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. C.P.: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Sentencia de 12 de mayo de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00162-00(0723-12).

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013). Radicación: 11001-03-28-000-2012-00055-00. Radicado interno: 2012-00055. Actor: Jorge Alberto Méndez García. Demandado: José Fernando Tirado Hernández - Director de la CAR de los Valles del Sinú y de San Jorge.

función pública, en procura de garantizar las condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad en que los que se fundan, precisamente, el ingreso y permanencia a dicha función.

Ese régimen, está conformado por la descripción de unos elementos **temporales**, período inhabilitante, y **materiales** parentesco, gestión de negocios, intervención en contratos, sentencia penal condenatoria, etc.- que cuando se configuran impiden a la persona acceder al cargo o función pública.”.

Ahora bien, el constituyente mediante el Acto Legislativo 01 de 8 de enero de 2004 modificó el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, así:

“(…)

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

(…)”

La Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 2003 declaró exequible el numeral 1° del artículo 1° de la Ley 796 de 2003 “por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”, norma introducida al ordenamiento constitucional por el artículo 1° del Acto Legislativo 1° de 2004 por el cual se modificó el artículo 122 de la Constitución Política; en esa providencia señaló que la referida causal de inhabilidad sigue siendo permanente y que la modificación constitucional extendió su alcance a otros agentes del Estado distintos de los funcionarios públicos y que la expresión “en cualquier tiempo” indica que la inhabilidad se extiende de forma retroactiva incluso a condenas proferidas antes del 4 de julio de 1991 fecha de

entrada en vigencia de la actual Constitución Política¹⁶.

En conclusión, debe señalar la Sala atendiendo al marco jurídico antes expuesto que la inhabilidad constitucional por condenas penales en delitos contra el patrimonio del Estado:

i) Inició su vigencia desde el 4 de julio de 1991 cuando fue promulgada la Constitución Política en el artículo 122 y desde esa fecha la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que se trata de una inhabilidad permanente, imprescriptible e irredimible;

ii) Esta inhabilidad implica materialmente dos aspectos, uno previo a efectos de impedir que quien esté en la situación jurídica descrita por la norma constitucional no pueda acceder al servicio público y otro sobreviniente en el sentido de impedir que el servidor público que incurra en los presupuestos de la norma pueda seguir desempeñando la función pública;

iii) En desarrollo de estos dos aspectos de la inhabilidad constitucional, el legislador asignó consecuencias disciplinarias al consagrar que su infracción constituiría falta disciplinaria gravísima, primero en el artículo 25 numeral 10 de la Ley 200 de 1995 y luego en el artículo 48 numeral 17 de la Ley 734 de 2002;

iv) El Acto Legislativo 01 de 8 de enero de 2004, respecto de la inhabilidad permanente por condenas penales por delitos contra el patrimonio del Estado consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política, lo que hizo fue extender su alcance en cuanto a los sujetos a los cuales les es aplicable y a la vigencia retroactiva para antes de 1991.

¹⁶ Esta interpretación del Acto Legislativo 01 de 2004 ha sido establecida por las autoridades judiciales: 1) Corte Constitucional, sentencia C- 551 de 2003; 2) Consejo De Estado, Sala De Consulta y Servicio Civil. Concepto de 14 de diciembre de 2006. Magistrado Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Radicación No. 1797. Referencia: Gobernadores. Inhabilidad por condena a pena privativa de la libertad. Independencia de la inhabilidad frente a la sanción disciplinaria de suspensión. Imposibilidad de reintegro.

Lo primero haciéndola aplicable no solo a los servidores públicos sino a distintos agentes del Estado como los contratistas y lo segundo haciéndola operar respecto de condenas por delitos penales contra el patrimonio del Estado proferidas en “cualquier tiempo”, esto es, incluyó las condenas dictadas antes de la expedición del propio Acto Legislativo 01 de 8 de enero de 2004 con lo cual ratificó el contenido original del artículo 122 de la Constitución Política e incluso hasta antes del 4 de julio de 1991 fecha de entrada en vigencia de la Constitución Política.

v) En ese orden se tiene que a la entrada en vigencia de la Constitución Política, quien hubiere sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado estaría cobijado de forma permanente y perpetua, de manera previa o sobreviniente por la inhabilidad para desempeñarse como servidor público y desde la expedición de la Ley 200 de 1995 la infracción a esa inhabilidad constituye falta disciplinaria gravísima.

(ii) El análisis del cargo de sanción por una inhabilidad inexistente al momento de la realización de la conducta.

A efectos de establecer si la acusación de inexistencia de la falta al momento de la comisión de la conducta reprochada está acreditada, la Sala analizará el cargo con el acervo probatorio que obra en el expediente y las conclusiones jurídicas referidas a la inhabilidad constitucional por condenas en relación con delitos contra el patrimonio del Estado.

En atención a lo anterior, la Sala, de las piezas procesales que obran en el expediente debe establecer el contenido de la infracción por la que fue acusado el señor Temilson Antonio Zapata Luna a efectos de determinar si ésta se compadece con la normativa que regula la inhabilidad por condenas penales con ocasión de la comisión de delitos contra el patrimonio del Estado.

Obra en el expediente el auto de 10 de febrero de 2004¹⁷ proferido por la

¹⁷ Folio 91 del expediente -cuaderno de pruebas-.

Procuraduría Provincial de Barrancabermeja por medio del cual inició una indagación preliminar en contra del señor Temilson Antonio Zapata Luna en la cual se señala lo siguiente:

“Como quiera que se vislumbra de la diligencia de visita especial realizada a las instalaciones de la Contraloría municipal, según copias parciales que se anexan al Proceso de Jurisdicción Coactiva N° 045/94 de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, donde se resuelve condenar al DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA a la pena principal de treinta (30) meses de prisión como autor responsable del punible de PECULADO POR APROPIACIÓN; este despacho considera que es viable iniciar indagación preliminar en contra del DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA, por la presunta inhabilidad como servidor público según Acto Legislativo 001 de 2004.” (Subrayado fuera de texto).

También obra en el expediente el auto de 17 de febrero de 2004¹⁸ proferido por la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja por medio de la cual determinó que la actuación disciplinaria adelantada contra el señor Temilson Antonio Zapata Luna debía seguirse a través del proceso verbal y lo citó a audiencia:

“3. Hechos establecidos y normas violadas.

Se ha establecido que usted DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA presuntamente acepto el nombramiento que se le hiciera en el cargo de DIRECTOR DE LA INSPECCIÓN DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BARRANCABERMEJA y tomo posesión del mismo el día 2 de enero de la presente anualidad, (según acta de posesión N° 022), a sabiendas de que se encontraba incurso en una causal de inhabilidad establecida en el artículo 122 de la Constitución Política para aceptar dicho nombramiento, puesto que mediante sentencia de 1 de septiembre de 1995 emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad fue condenado a la pena principal de treinta (30) meses de prisión como autor responsable del punible de PECULADO POR APROPIACIÓN y además ha permanecido en el cargo no obstante haber entrado en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2004 el cual reitera la inhabilidad que recae contra la persona que hubiese sido condenado en cualquier tiempo por delitos contra el patrimonio del Estado para ser designado como servidor público y en efecto desempeñarse como tal, transgrediendo con su actuar el artículo 122 de la Constitución Política inciso 5° modificado por el acto legislativo N° 01 de 2004 que a tenor dispone “Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos (...) quienes hayan sido condenados, en

¹⁸ Folio 199 del expediente -cuaderno de pruebas-.

cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado ...” Norma que asociada con la del artículo 59 A del C.P inhabilitación para el desempeño de funciones públicas: “los servidores públicos a que se refiere el artículo 123 de la Constitución Política quedaran inhabilitados para el desempeño de funciones públicas, cuando sean condenados por delitos contra el patrimonio del estado, quedaran inhabilitados para su desempeño”. Y el artículo 48 numeral 17 sobre la descripción de faltas gravísimas en que incurrir los funcionarios públicos constituiría la tipicidad de la falta.”(Subrayado fuera de texto).

Igualmente obra en el expediente el Acta de 24 de febrero de 2004¹⁹, suscrita por la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja, en la cual se registra la celebración de la audiencia de que trata el artículo 175 de la Ley 2002, dentro del proceso disciplinario verbal adelantado contra el señor Temilson Antonio Zapata Luna, en la que se lee:

“El despacho procede a emitir fallo en los siguientes términos:

(...)

ANTECEDENTES

(...)

De la visita especial realizada en las instalaciones de la Contraloría municipal, al proceso de jurisdicción coactiva N° 045/94 que se adelantó en contra del DR. ZAPATA LUNA se observan copias parciales de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, donde se resuelve condenar al Dr. TEMILSON ZAPATA LUNA a la pena principal de Treinta (30) meses de prisión como autor responsable del punible de PECULADO POR APROPIACIÓN, de donde se vislumbra una presunta inhabilitación como servidor público según el artículo 122 de la Constitución Nacional, el cual fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 2004 ratificando dicha inhabilitación, pruebas que condujeron a ordenar apertura de indagación preliminar.

(...)

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Con las pruebas obrante en dentro de la presente investigación, se encuentra totalmente demostrado que el señor TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA, en su condición de Director de la Inspección de Tránsito y Transporte de Barrancabermeja, incurrió en la Comisión de las faltas disciplinarias que se le imputan, al dirigir su conducta de una manera contraria lo establecido en la ley, pues aceptó el nombramiento que se le hiciere en el cargo de DIRECTOR DE LA INSPECCIÓN DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BARRANCABERMEJA, y tomó posesión del mismo, el día 2 de enero de la presente anualidad, (según acta

¹⁹ Folio 215 del expediente -cuaderno de pruebas-.

de posesión N° 022) que se anexa a la investigación, a sabiendas que se encontraba incurso en una causal de inhabilidad establecida en el artículo 122 de la Constitución Nacional para aceptar dicho nombramiento, puesto que mediante sentencia de 1 de septiembre de 1995 emitida por el juzgado primero Penal del circuito de esta ciudad fue condenado a la pena principal de Treinta (30) meses de prisión como autor responsable del punible de PECULADO POR APROPIACIÓN en ejercicio del cargo como Contralor Municipal de esta ciudad y además ha permanecido en el cargo no obstante haber entrado en vigencia el acto legislativo N° 01 de 2004 el cual reitera la inhabilidad que recae contra la persona que hubiese sido condenado en cualquier tiempo por delitos contra el patrimonio del Estado para ser designado como servidor público y en efecto desempeñarse como tal, transgrediendo con su actuar el artículo 122 de la constitución política inciso 5° modificado por el Acto Legislativo N° 01 de 2004 (...)”. Norma asociada con la del artículo 59 A del C.P. inhabilidad para el desempeño de funciones públicas (...).

De lo anterior se infiere que el señor TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA se encuentra incurso en la comisión de faltas disciplinarias de carácter gravísimas establecidas en el artículo 48 numeral 17 de la Ley 734 de 2002 que dispone: “Faltas gravísimas: Son faltas gravísimas las siguientes: ... numeral 17. Actuar u omitir a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales (...).”(Subrayado fuera de texto).

Las piezas procesales del proceso disciplinario antes transcritas son coincidentes al establecer la **imputación fáctica** (la conducta reprochada)²⁰ y **jurídica** (la infracción disciplinaria y el incumplimiento del deber normativo)²¹ esgrimida por la autoridad disciplinaria en contra del señor Temilson Antonio Zapata Luna.

La Sala puede advertir, luego del análisis conjunto de las pruebas documentales antes referidas, que la **imputación fáctica** señalada al señor Temilson Antonio Zapata Luna por la autoridad disciplinaria comprende las siguientes conductas: i) haberse posesionado el 2 de enero de 2004 en el cargo de director de Tránsito y Transportes del Municipio de Barrancabermeja, pese a estar inhabilitado en razón a la condena penal de 31 de septiembre de 1995 impuesta por el Juez Primero del Circuito de Barrancabermeja por el delito de peculado y ii) haber continuado en el cargo a pesar de dicha inhabilidad, es decir luego del 2 de enero de 2004 y luego

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Expediente N° 11001-03-25-000-2012-00101-00.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Expediente N° 11001-03-25-000-2012-00101-00. N° En esta providencia se estableció conceptualmente el contenido de la imputación jurídica, el cual comprende i) la norma disciplinaria en la cual se incurre es decir la falta, y ii) el deber normativo incumplido es decir la norma obligacional o prohibitiva que fue vulnerada.

del 8 de enero de 2004 cuando inició la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2004 que ratificó la referida causal de inhabilidad.

En ese mismo orden también se puede establecer que la **imputación jurídica**: i) en cuanto a la infracción disciplinaria fue el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y ii) en cuanto al incumplimiento normativo se concretó en ii.a) la transgresión de la inhabilidad permanente consagrada en el artículo 122 de la Constitución Política; ii.b) el Acto Legislativo 01 de 8 de enero de 2004 que modificó esta norma, y ii.c) el artículo 59 A del Código Penal - Decretó Ley 100 de 1980.

Ahora bien, teniendo presente el marco jurídico de la inhabilidad por condenas penales con ocasión de delitos contra el patrimonio del Estado, según el cual atendiendo al artículo 122 de la Constitución Política²² y la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional²³ que reconoció desde el año 1991 el carácter permanente de la misma, el señor Temilson Antonio Zapata Luna quedó cubierto por esa inhabilidad de manera permanente desde el 1 de septiembre de 1995 cuando cobró firmeza la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja que lo condenó a treinta (30) meses de prisión por el delito de peculado por apropiación²⁴. En otras palabras desde el 1 de septiembre de 1995 el actor de forma indefinida, permanente y perpetua quedó imposibilitado para acceder a cargo público alguno.

En ese orden, desde el 2 de enero de 2004, cuando el señor Temilson Antonio Zapata Luna tomó posesión del cargo de director del Instituto de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja trasgredió la inhabilidad permanente que sobre él obraba y en consecuencia incurrió en la falta gravísima consagrada en numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la cual incluso había sido dispuesta en el ordenamiento como falta gravísima desde la expedición de la Ley 200 de 1995 en el artículo 25 numeral 10, es decir antes de la fecha de la condena por el delito de

²² Constitución Política, artículo 122, inciso 5° -antes de la modificación del Acto Legislativo 01 de 2004-. (...). Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas. (...).

²³ Corte Constitucional. Sentencias C-038 de 1996; C-948 de 2002, C-037 de 2003, C-070 de 2003 y C-028 de 2006.

²⁴ Delito que está incluido en el capítulo de Delitos contra el Patrimonio del Estado.

peculado por apropiación. Y la trasgresión normativa se materializó en términos de la norma disciplinaria tanto por acceder a un cargo estando inhabilitado como desde el momento de la posesión en adelante por no separarse del mismo y seguir ejerciéndolo pese a estar inhabilitado.

Así las cosas, para el día 2 de enero de 2004, fecha en que el disciplinado tomó posesión del cargo de director de Tránsito y Transportes de Barrancabermeja, para los efectos de su caso no interesaba que el Acto Legislativo 01 de 8 de enero de 2004 no hubiera sido expedido, en la medida en que el fundamento jurídico de su sanción no fue éste sino, se reitera, el artículo 122 de la Constitución Política y el artículo 48 numeral 17 de la Ley 734 de 2002 que si estaban vigentes.

En ese orden de ideas, no comparte la Sala el argumento de nulidad presentado por el demandante según el cual se le sancionó por una inhabilidad que para la fecha de la conducta reprochada era inexistente, pues como pudo comprobarse la inhabilidad si existía de manera previa y de naturaleza permanente.

Así las cosas el cargo analizado carece de fundamento y por lo tanto no tiene vocación de prosperidad.

2.2 RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO Y DEL CARGO DE VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DEFENSA DENTRO DEL PROCESO VERBAL DISCIPLINARIO.

El apoderado del actor señala que el no aplazamiento de la audiencia de fallo dentro del proceso verbal disciplinario adelantado contra el señor Temilson Antonio Zapata Luna le vulneró el debido proceso y el derecho de defensa en la medida en que debía asistir a esa diligencia con su abogado de confianza y la estudiante de consultorio jurídico nombrada en su reemplazo no realizó una defensa técnica adecuada, por lo cual la Sala estima necesario abordar: i) la regulación y finalidad del proceso disciplinario verbal frente a la defensa técnica así como los aplazamientos de la audiencia de fallo y ii) el análisis del cargo de vulneración del debido proceso.

(i) Marco jurídico del proceso disciplinario verbal y su relación con el derecho a la defensa técnica.

La Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único)²⁵, además del procedimiento disciplinario ordinario consagró tres procedimientos disciplinarios especiales²⁶ siendo estos: **i) el procedimiento verbal**²⁷; ii) el procedimiento especial disciplinario ante el Procurador General de la Nación²⁸ y iii) el procedimiento disciplinario contra los altos dignatarios del Estado²⁹.

El artículo 175 de la Ley 734 de 2002, señala los siguientes criterios para determinar la procedencia del proceso verbal, a saber que el disciplinado: i) haya sido sorprendido en flagrancia; ii) haya confesado; iii) cuando la falta sea leve y **vi) en algunos eventos expresos de faltas gravísimas determinados por el legislador.**

“Artículo 175. Aplicación del procedimiento verbal. El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De acuerdo con los artículos 177 y 178 de la Ley 734 de 2002, una vez calificado o determinado por la autoridad disciplinaria mediante auto, el cual no admite recursos, que el procedimiento a seguir debe ser el verbal, en esa misma

²⁵ Antes de la modificación introducida por la Ley 1474 de 2011.

²⁶ Ley 734 de 2002, Libro IV, Procedimiento Disciplinario, título XI, Procedimientos Especiales.

²⁷ Ley 734 de 2002, Libro IV Procedimiento Disciplinario, título XI Procedimientos Especiales, Capítulo I Procedimiento Verbal.

²⁸ Ley 734 de 2002, Libro IV Procedimiento Disciplinario, título XI Procedimientos Especiales, Capítulo II Procedimiento Disciplinario Especial ante el Procurador General de la Nación.

²⁹ Ley 734 de 2002, Libro IV Procedimiento Disciplinario, título XI Procedimientos Especiales, Capítulo III Procedimiento Disciplinario Especial ante el Procurador General de la Nación.

providencia se debe citar a audiencia al implicado.

“Artículo 177. Audiencia. Calificado el procedimiento a aplicar conforme a las normas anteriores, el funcionario competente citará a audiencia al posible responsable, para que dentro del término improrrogable de dos días rinda versión verbal o escrita sobre las circunstancias de su comisión. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

En el curso de la audiencia, el investigado podrá aportar y solicitar pruebas, las cuales serán practicadas en la misma diligencia, dentro del término improrrogable de tres días, si fueren conducentes y pertinentes. Si no fuere posible hacerlo se suspenderá la audiencia por el término máximo de cinco días y se señalará fecha para la práctica de la prueba o pruebas pendientes.

De la audiencia se levantará acta en la que se consignará sucintamente lo ocurrido en ella.

Artículo 178. Adopción de la decisión. Concluidas las intervenciones se procederá verbal y motivadamente a emitir el fallo. La diligencia se podrá suspender, para proferir la decisión dentro de los **dos días siguientes**. Los términos señalados en el procedimiento ordinario para la segunda instancia, en el verbal, se reducirán a la mitad.”.

Las normas antes mencionadas **en cuanto al objeto de la audiencia** señalan que esta se llevará a cabo para que: i) el implicado rinda versión verbal o escrita si lo tiene a bien; ii) el disciplinado aporte y/o solicite las pruebas que pretenda hacer valer; iii) la autoridad disciplinaria decrete y practique las pruebas decretadas; iv) el investigado presente sus alegaciones y v) la autoridad disciplinaria profiera fallo. Y esto es así en la medida en que, como se señaló previamente, a esta audiencia el procesado llega con conocimiento de los cargos que le son imputados en la medida en que en el auto de calificación del procedimiento y de citación a audiencia se le exponen por escrito los mismos.

En cuanto a los términos estas normas señalan que: i) la citación a audiencia se debe realizar dentro de un término improrrogable de (2) días; ii) las pruebas deben practicarse dentro de la misma audiencia o en su defecto dentro del término perentorio de (3) días; iii) que si las pruebas no pueden practicarse dentro de los términos anteriores esta se puede suspender por un término máximo de cinco (5) días y iii) puede postergarse hasta por el término de dos (2) días para proferir el fallo.

Ahora bien, en cuanto a la ejecutoria del fallo y los recursos, los artículos 179 y 180 de la Ley 734 de 2002 señalan que: i) el fallo se notifica en estrados (esto es dentro de la misma audiencia del artículo 177 ídem); ii) el fallo queda en firme una vez terminada la audiencia, en el evento de que no se interpongan recursos; iii) si el fallo es de única instancia procede el recurso de reposición y si es de primera instancia procede el de apelación; iv) el recurso de apelación debe interponerse dentro de la misma audiencia y puede sustentarse en ella o dentro de los 2 días siguientes, y el de reposición debe interponerse y sustentarse una vez se produzca la notificación por estrado; v) el recurso de apelación debe decidirse dentro de los dos (2) días siguientes a su interposición y el de reposición en la misma audiencia donde se profirió el fallo de única instancia. Así lo señalan expresamente las normas en mención:

“Artículo 179. Ejecutoria de la sanción. La decisión final se entenderá notificada en estrados y quedará ejecutoriada a la terminación de la misma, si no fuere recurrida.

Artículo 180. Recursos. Contra el fallo proferido en audiencia sólo procede el recurso de apelación, que se interpondrá en la misma diligencia y se sustentará verbalmente o por escrito dentro de los dos días siguientes y será decidido dos días después por el respectivo superior. Procede el recurso de reposición cuando el procedimiento sea de única instancia, el cual deberá interponerse y sustentarse una vez se produzca la notificación por estrado, agotado lo cual se decidirá el mismo.”

Además de las disposiciones y reglas de procedimiento propias establecidas por el legislador para el procedimiento verbal, este también consagró una norma de remisión al procedimiento disciplinario especial ante el Procurador General de la Nación³⁰ y al Ordinario:

“Artículo 181. Remisión al procedimiento ordinario. Los aspectos no regulados en este procedimiento se regirán por lo dispuesto en el siguiente y por lo señalado en el procedimiento ordinario, siempre y cuando no afecte su naturaleza especial.”

Sin embargo esta remisión tiene como condicionamiento: i) que se trate de

³⁰ El artículo 181 de la Ley 734 de 2002, señala que en los aspectos no regulados en el procedimiento verbal se regirán por lo dispuesto en el “siguiente”, el cual de acuerdo con el Título XI - Procedimientos Especiales, ídem, es el Procedimiento especial ante el Procurador General de la Nación.

aspectos no regulados en el procedimiento verbal y ii) no se afecte la naturaleza especial del proceso verbal.

En ese orden de ideas, en cuanto a la defensa material y técnica y la forma de hacerlo efectivo por parte del investigado, el procedimiento verbal no trae norma especial por lo cual atendiendo al artículo 181 de la Ley 734 de 2002, antes citado, para llenar ese vacío es necesario remitirse al procedimiento ordinario y al especial ante el Procurador General de la Nación, así como a las reglas y principios que rigen la actuación.

La Ley 734 de 2002 en sus artículos 17, 92 y 93 regula lo concerniente a la defensa material y técnica en cuanto a los derechos del investigado como sujeto procesal en los siguientes términos:

“Artículo 17. Derecho a la Defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

Artículo 92. Derechos al investigado. Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

1. Acceder a la investigación.
2. Designar defensor.
3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.
4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica.
5. Rendir descargos.
6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.
7. Obtener copias de la actuación.
8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia.

Artículo 93. Estudiantes de consultorios jurídicos y facultades del defensor. Los estudiantes de los consultorios jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio

en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000. Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero.”.

De las anteriores disposiciones se puede establecer claramente que:

i) El investigado es un sujeto procesal³¹ y como tal puede ejercer de manera directa todos los derechos procesales y sustanciales reconocidos en los numerales 1° a 8° del artículo 92 ídem³², entre ellos el de designar defensor³³; ii) el investigado puede afrontar la investigación disciplinaria asumiendo su propia defensa³⁴; iii) existen dos únicos eventos en dónde es obligatorio que al procesado se le designe apoderado, a saber: a) cuando el investigado lo solicite³⁵ y b) cuando esté siendo investigado como persona ausente³⁶; iii) el apoderado del investigado en cualquiera de los eventos antes mencionados, puede ser un profesional del derecho³⁷ o un estudiante de consultorio jurídico de una universidad³⁸.

Adicionalmente otras normas de la Ley 734 de 2002 corroboran lo anterior, al señalar que la asistencia de un apoderado en materia disciplinaria es potestativa del disciplinado, pues puede actuar directamente en el proceso y ejercer todos los medios de defensa que le otorga la ley. Para los efectos los artículos 155, 165, 166 de la Ley 734 de 2002, señalan lo siguiente:

“Artículo 155. Notificación de la iniciación de la investigación. Iniciada la investigación disciplinaria se notificará al investigado y se dejará constancia en el expediente respectivo. En la comunicación se debe informar al investigado que tiene derecho a designar defensor.

(...).”

“Artículo 165. Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación. El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere. Para el efecto inmediatamente se librá comunicación y se surtirá con el primero que se presente. Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se

³¹ Ley 734 de 2002, art. 92, inciso primero.

³² Ley 734 de 2002, arts. 92, -inciso primero- y 93.

³³ Ley 734 de 2002, arts. 17 -inciso primero- y 92 –numeral 2°.

³⁴ Ley 734 de 2002, arts. 17 - inciso primero- y 92 –numerales 1, 2, 3, 4, 5, 7 y 8

³⁵ Ley 734 de 2002, art. 17 incisos 2°

³⁶ Ley 734 de 2002, art. 17 incisos 3°

³⁷ Ley 734 de 2002, art. 17 inciso 1°

³⁸ Ley 734 de 2002, arts. 17 -inciso 2°- y art. 93

procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

(...)”.

“**Artículo 166.** Término para presentar descargos. Notificado el pliego de cargos, el expediente quedará en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes podrán aportar y solicitar pruebas. Dentro del mismo término, el investigado o su defensor, podrán presentar sus descargos.”.

De las normas en mención se observa que: i) la iniciación de la investigación disciplinaria se puede notificar al procesado, es decir desde el comienzo de la investigación no es necesario que esté asistido por un apoderado, sino que en ésta se le pueda indicar la opción que tiene de designar uno si así lo tiene a bien; ii) el pliego de cargos puede notificarse al procesado o a su abogado si tiene uno lo cual indica que no es obligatorio que esta actuación cuente con la presencia de un apoderado; iii) el procesado puede o no presentar descargos o alegatos -lo cual es facultativo-, y la misma opción la tiene su apoderado si lo tiene.

En concordancia con lo anterior la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, antes transcrito, declaró la exequibilidad de esa norma e indicó que en materia disciplinaria a diferencia del ámbito penal, la asistencia de apoderado no es obligatoria.

“Pasa la Corte a estudiar la constitucionalidad de la expresión “si lo tuviere” contenida en el inciso 1º del artículo 165 del Código Disciplinario Único, a la luz del siguiente problema jurídico: ¿Es contrario al debido proceso, específicamente al derecho a la defensa técnica, que la ley prevea situaciones en las cuales un servidor público procesado disciplinariamente no sea representado por un abogado?”

Para resolver esta cuestión es necesario determinar si cuando el artículo 29 de la Constitución dijo que “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio” estableció una garantía que se ha de extender obligatoriamente a ámbitos diferentes al penal. La jurisprudencia constitucional ya se ha pronunciado acerca del problema planteado. La exigencia constitucional de la defensa técnica ha sido circunscrita al proceso penal y no se tiene siempre que extender a otro tipo de procesos, aunque el legislador puede en

ejercicio de su potestad de configuración extenderla. (...).³⁹

En este mismo sentido la Corte Constitucional en otra providencia⁴⁰ abordó esta misma cuestión cuando declaró exequible una norma que decía que el procesado disciplinariamente podría designar un apoderado “si lo estima necesario”. De dicho fallo se deduce que el derecho a la defensa técnica no está constitucionalmente ordenado en el campo del derecho sancionatorio disciplinario, pues es el disciplinado el que en primer lugar está llamado a ejercer su defensa y es el responsable del resultado de la misma en atención a los derechos y facultades que como sujeto procesal le otorga el artículo 92 de la ley 734 de 2002, previamente transcrito y analizado.

Ahora bien, la legislación también regula la situación de inasistencias del procesado o de su abogado si no tiene abogado a las diligencias, a efectos de que no se vulnere el principio de efectividad de la ley disciplinaria, para tales efectos los artículos 167,168 y 201 de la Ley 734 de 2002, señalan:

“Artículo 167. Renuencia. La renuencia del investigado o de su defensor a presentar descargos no interrumpe el trámite de la actuación.” (Subrayado fuera de texto).

Artículo 186. Notificación y declaración de ausencia. La decisión que cita a audiencia se notificará personalmente al servidor público investigado, dentro de los dos días siguientes.

Si no se lograre realizar la notificación personal en el término indicado, se fijará edicto por dos días para notificar la providencia. Vencido este término, si no compareciere el investigado, se le designará defensor de oficio, a quien se le notificará la decisión y con quien se continuará el procedimiento, sin perjuicio de que el investigado comparezca o designe defensor. Contra la decisión que cita a audiencia no procede recurso alguno.” (Subrayado fuera de texto).

“Artículo 201. Notificaciones. Se notificarán por estado los autos susceptibles de recursos y por edicto la sentencia.

Se notificarán personalmente al disciplinado y/o su defensor el pliego de cargos y la sentencia. Si no fuere posible la notificación personal del pliego de cargos al investigado, vencidos los términos previstos en esta ley, se le designará defensor de oficio con quien se surtirá la notificación y continuará el trámite de la actuación.”

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-328 de 2003.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero). Declaró exequible la expresión “designar apoderado, si lo considera necesario” contenida en el literal e) del artículo 73 del anterior Código Disciplinario Único. En palabras de la Corte, “la asistencia de un apoderado escogido por el disciplinado es una expresión del derecho a la defensa técnica, que no podía ser ignorado por el régimen disciplinario, por cuanto hace parte del debido proceso en este campo, sin perjuicio de que el disciplinado también pueda ser asesorado, en forma extra procesal, por diversas organizaciones sociales.”

(Subrayado fuera de texto).

Parágrafo. Podrán ser designados defensores de oficio los miembros de los consultorios jurídicos a que se refiere el artículo 1° de la Ley 583 de 2000 y/o defensores públicos. (...)" (Subrayado fuera de texto).

De la transcripción de estas normas, se desprende que: i) en el caso de renuencia del investigado o su apoderado a presentar actuaciones en su defensa como son los descargos, la ley tiene previsto que el proceso debe continuar su curso; ii) que en el evento de que el procesado no concurra a la audiencia de fallo y decisión de que trata el artículo 186 de la Ley 734 de 2002 -aplicable al proceso verbal por remisión del artículo 181 de la Ley 734 de 2002-, la autoridad disciplinaria puede continuar la diligencia siempre que le asigne un defensor de oficio el cual puede ser un estudiante de un consultorio jurídico.

Ahora bien, además de los medios jurídicos de defensa señalados en el artículo 92 de la Ley 734 de 2002, los procesados y los apoderados tienen a su disposición como herramienta administrativa la solicitud de nulidad de la actuación disciplinaria consagrada en el libro IV, título VII de la Ley 734 de 2002, en especial los artículos 143 y 146, que en su tenor literal señalan:

“Artículo 143. Causales de nulidad. Son causales de nulidad las siguientes:

1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.
2. La violación del derecho de defensa del investigado.
3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Parágrafo. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.”

“Artículo 146. Requisitos de la solicitud de nulidad. La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten.”.

De acuerdo con las normas transcritas el procesado o su apoderado pueden solicitar a la autoridad disciplinaria la nulidad de la actuación por tres (3) causales, a saber, falta de competencia del funcionario para proferir el fallo, violación del derecho de defensa e irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, la cual puede ser presentada hasta antes del fallo definitivo para que la autoridad disciplinaria deje sin efectos la actuación.

Del marco jurídico antes analizado puede colegirse que el proceso verbal: i) se activa durante la evaluación de la queja, la indagación preliminar o la investigación disciplinaria, con el auto de citación a audiencia el cual debe proferirse inmediatamente se detecte la presencia de cualquiera de los eventos previstos en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 y donde deben constar los cargos imputados; ii) desarrolla los principios de celeridad, eficacia, economía procesal y oralidad; iii) tiene como característica principal que todas sus etapas se surten en el trámite de una audiencia; iv) los términos son breves e improrrogables salvo en el caso de la práctica de pruebas; v) las intervenciones de los sujetos procesales se recogen en un acta con un resumen sucinto de las mismas, y vi) aplican las reglas y principios generales de la actuación disciplinaria, así como de manera supletoria las reglas procesales de los procedimientos ordinario y especial ante el Procurador General de la Nación.

En ese orden y ateniendo a las normas de remisión y a los principios y reglas de la actuación disciplinaria también puede concluirse que: i) en el proceso verbal la defensa es responsabilidad del procesado, al punto que el Código Disciplinario Único le otorga todas las facultades jurídicas para materializarla, ii) el acompañamiento de un apoderado es solo una opción del procesado y no una obligación de la autoridad disciplinaria, (salvo en dos únicos eventos especiales), iii) el apoderamiento puede darse con un abogado de confianza o un estudiante de consultorio jurídico de una universidad y iv) ante la ausencia de apoderado o del propio procesado o de ambos (caso de declaratoria de persona ausente) en el trámite de una diligencia, la autoridad puede suplirla nombrando un defensor de oficio que puede ser un estudiante de consultorio jurídico de una universidad.

(ii) El análisis del cargo de vulneración del debido proceso.

A efectos de establecer si la acusación de vulneración del derecho al debido proceso por irregularidades en el proceso verbal disciplinario adelantado por la autoridad disciplinaria habría afectado el derecho a la defensa técnica del demandante, la Sala analizará el acervo probatorio que obra en el expediente y aplicará las conclusiones jurídicas referidas al marco jurídico del proceso

disciplinario y su relación con el derecho de defensa.

Obra en el expediente auto de 10 de febrero de 2004⁴¹ proferido por la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja por medio del cual inició una indagación preliminar en contra del señor Temilson Antonio Zapata Luna, en el cual se le señala la infracción fáctica y jurídica:

“Como quiera que se vislumbra de la diligencia de visita especial realizada a las instalaciones de la contraloría municipal, según copias parciales que se anexan al Proceso de Jurisdicción Coactiva N° 045/94 de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, donde se resuelve condenar al DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA a la pena principal de 30 meses de prisión como coautor responsable del punible de PECULADO POR APROPIACIÓN; este despacho considera que es viable iniciar indagación preliminar en contra del DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA, por la presunta inhabilidad como servidor público según Acto Legislativo 001 de 2004.”

El anterior auto fue notificado personalmente al demandado mediante acta de 16 de febrero de 2004⁴², en la cual se le ponen de presente todos sus derechos como sujeto procesal:

“A los dieciséis (16) días del mes de febrero de dos mil cuatro se presentó a la sede de la Procuraduría Provincial el Dr. Temilson Antonio Zapata Luna (...) a fin de recibir notificación personal del contenido del auto de indagación preliminar de fecha 10 de febrero de 2004 (...). Se advierte al Dr. Zapata Luna que contra la providencia que se está notificando no procede recurso alguno. Igualmente se le informa que como disciplinado de conformidad con el artículo 92 de la ley 734 de 2002 usted tiene derecho a acceder a la investigación, designar defensor, ser oído en versión libre, solicitar y aportar pruebas, rendir descargos, impugnar las decisiones, obtener copias de la actuación y presentar alegatos de conclusión.”

También obra en el expediente el auto de 17 de febrero de 2004⁴³ proferido por la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja por medio de la cual determinó que la actuación disciplinaria adelantada contra el señor Temilson Antonio Zapata Luna debía seguirse a través del proceso verbal y le especifican de forma detallada los cargos así como los derechos que puede ejercer, se le informa que el proceso

⁴¹ Folio 91 del expediente -cuaderno de pruebas-.

⁴² Folio 123 del expediente -cuaderno de pruebas-.

⁴³ Folio 199 del expediente -cuaderno de pruebas-.

queda a su disposición en la Secretaría del despacho y se le cita a audiencia.

“3. Hechos establecidos y normas violadas.

Se ha establecido que usted DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA presuntamente acepto el nombramiento que se le hiciera en el cargo de DIRECTOR DE LA INSPECCIÓN DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BARRANCABERMEJA y tomo posesión del mismo el día 2 de enero de la presente anualidad, (según acta de posesión N° 022), a sabiendas de que se encontraba incurso en una causal de inhabilidad establecida en el artículo 122 de la Constitución Política para aceptar dicho nombramiento, puesto que mediante sentencia de 1 de septiembre de 1995 emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad fue condenado a la pena principal de treinta (30) meses de prisión como autor responsable del punible de PECULADO POR APROPIACIÓN y además ha permanecido en el cargo no obstante haber entrado en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2004 el cual reitera la inhabilidad que recae contra la persona que hubiese sido condenado en cualquier tiempo por delitos contra el patrimonio del Estado para ser designado como servidor público y en efecto desempeñarse como tal, transgrediendo con su actuar el artículo 122 de la Constitución Política inciso 5° modificado por el acto legislativo N° 01 de 2004 que a tenor dispone “Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos (...) quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado ...” Norma que asociada con la del artículo 59 A del C.P inhabilidad para el desempeño de funciones públicas: “los servidores públicos a que se refiere el artículo 123 de la Constitución Política quedaran inhabilitados para el desempeño de funciones públicas, cuando sean condenados por delitos contra el patrimonio del estado, quedaran inhabilitados para su desempeño”. Y el artículo 48 numeral 17 sobre la descripción de faltas gravísimas en que incurren los funcionarios públicos constituiría la tipicidad de la falta.

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: Tramitar la presente actuación por el procedimiento especial previsto en el título XI del Libro IV de la ley 734 de 2002, toda vez que la conducta se encuentra enmarcada en el artículo 48 numeral 17 de la referida ley.

SEGUNDO: Citar a audiencia al DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA, en su condición de director de tránsito y trasportes de Barrancabermeja, diligencia que

se llevará a cabo en las instalaciones de esta Procuraría Provincial, el día veinticuatro (24) de febrero de 2004, a las nueve (09:00) de la mañana, para que responda por las conductas señaladas en el acápite de "HECHOS ESTABLECIDOS" de la parte motiva.

TERCERO: Ordenar la práctica de las siguientes pruebas, que se realizarán en el curso de la audiencia:

Escúchese en diligencia de versión libre y espontánea al DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA con el fin de que responda al despacho por las conductas señaladas en el acápite de hechos establecidos en la parte motiva, o si lo considera necesario dentro de los dos días concedidos para su notificación.

CUARTO: Notificar personalmente al DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA la determinación tomada en esta Providencia, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno y que si no comparece dentro del término de dos días contados a partir del envío de la citación, se le notificará por edicto y se le designará defensor de oficio con quien se continuará el procedimiento, sin perjuicio de que posteriormente comparezca o se designe defensor.

Para tal efecto, líbrese y la respectiva comunicación indicando la decisión tomada y la fecha de la Providencia.

QUINTO: Las diligencias permanecerán en la Secretaría este despacho disposición del disciplinado."

Obra también en el expediente acta del 17 de febrero de 2004⁴⁴ por medio de la cual se le notificó al señor TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA el contenido del auto que declaró la procedencia del procedimiento especial, le expuso los cargos y lo citó a audiencia.

"A los 17 días del mes de febrero 2004 se presentó en la Secretaría de la Procuraduría Provincial, el DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA (...), a fin de recibir notificación personal del contenido del auto que declara la procedencia del procedimiento especial y cita a audiencia. Se le informa al DR. ZAPATA LUNA que contra la Providencia que se le está notificando no procede recurso alguno. Enterado firma inconstancia como parece, previo recibo de una copia de la Providencia."

⁴⁴ Folio 203 del expediente -cuaderno de pruebas-.

De las anteriores providencias se puede colegir que la autoridad disciplinaria abrió una indagación preliminar y se la notificó personalmente al investigado indicándole los derechos procesales que podía ejercer, luego mediante otro auto, también notificado personalmente al investigado, calificó el procedimiento como propio del proceso verbal y señaló los cargos por los cuales estaba siendo investigado y lo citó a audiencia a efectos de que ejerciera su derecho a la defensa.

Por otra parte obra en el expediente oficio de 16 de febrero de 2004⁴⁵ suscrito por el disciplinado y dirigido a la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja en el cual manifiesta que se notificó del auto que declaró la procedencia del proceso verbal y lo citó a audiencia y también afirma haber designado un abogado para el ejercicio de su defensa.

“Temilson Zapata Luna, conocido en autos, dentro del proceso de la referencia respetuosamente me permito manifestarle que me he notificado del mismo en el día de hoy y en consecuencia designado al doctor ALFONSO BAEZA ACUÑA abogado titulado y en ejercicio para que asuma mi defensa.

(...)

Igualmente solicito al despacho se sirva expedir a mi costa las copias del proceso de lo actuado y las que seguirán sorteándose para ejercer mi derecho de defensa.”

Así mismo obra en el expediente el auto de 16 de febrero de 2004⁴⁶ proferido por la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja, en el cual se le hizo entrega de las copias del expediente solicitadas por el disciplinado en el que se observa el recibido de las mismas:

“Por ser procedente la solicitud elevada este despacho por el señor de Temilson Zapata Luna en escrito que antecede, se ordenará compulsarle a su costa fotocopia del expediente N° 062-01610-04, previniéndole del buen uso que debe hacer de las mismas por la reserva que ampara el proceso disciplinario.

(...)

⁴⁵ Folio 204 del expediente -cuaderno de pruebas-.

⁴⁶ Folio 205 del expediente -cuaderno de pruebas-.

Recibí las fotocopias: (firma de recibido).”

Obra dentro del expediente el oficio de 20 de febrero de 2004⁴⁷ proferido por la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja, con firma de recibo de esa misma fecha y dirigido al Rector de la Universidad Cooperativa de Colombia, por medio del cual solicitó la designación de un estudiante de la facultad de derecho en práctica de consultorio jurídico para que actuare como defensor del señor Temilson Zapata Luna en la diligencia que se llevaría a cabo el 24 de febrero de 2004 a las nueve (9:00) de la mañana.

“En atención al asunto de la referencia, me permito solicitarle la designación de un estudiante de la facultad de derecho en prácticas de consultorio jurídico, con el fin de que actúe como defensor de oficio del disciplinado dentro de la presente investigación, toda vez que mediante auto de 17 de febrero de 2004 se citó a audiencia verbal al disciplinado, diligencia que se llevará a cabo el día 24 de febrero de los corrientes a las 09:00 de la mañana en las dependencias de esta Provincial.

La anterior petición la fundamento en lo establecido en el artículo 1° de la Ley 562 de 2000 concordante con el artículo 93 de la ley 734 de 2002.”

Obra en el expediente memorial⁴⁸ contentivo del poder otorgado por el señor Temilson Zapata Luna al abogado Alberto Ellis Díaz para el ejercicio de la defensa técnica en el proceso disciplinario adelantado en su contra dirigido a la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja con nota de recibo de 23 de febrero de 2004 a las 5:05 P.M., y oficio sin fecha⁴⁹, suscrito por el abogado Alberto Ellis Díaz dirigido a la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja y con fecha de recibo de 23 de febrero de 2004 a las 5:30 P.M. en el cual se solicita el aplazamiento de la diligencia programada para el 24 de febrero de 2004.

“Alberto Ellis Díaz (...), Por medio del presente escrito, me permito manifestar que el señor Temilson Zapata luna, identificado (...), Me ha conferido poder para que los representen el proceso de la referencia, donde se encuentra fijada la diligencia para el 24 de febrero a las nueve 2.0 cero A.M.; en virtud a que tengo diligencia de ampliación de indagatoria del

⁴⁷ Folio 206 del expediente -cuaderno de pruebas-.

⁴⁸ Folio 207 del expediente -cuaderno de pruebas-.

⁴⁹ Folio 208 del expediente -cuaderno de pruebas-.

soldado (...), Con todo respeto solicita aplazamiento de dicha diligencia.”

Reposa en el expediente oficio de 20 de febrero de 2004⁵⁰ proferido por la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja en el cual se deniega la solicitud de aplazamiento de la diligencia a llevarse a cabo el 24 de febrero de 2004.

“En atención a su solicitud de aplazamiento de la diligencia de audiencia verbal disciplinaria fijada para el día 24 de febrero del año en curso, me permito manifestarle que este despacho no encuentra fundamento a las justificaciones planteadas en su oficio de fecha 19 de febrero, toda vez que los compromisos que manifiesta tener para la fecha 24 de febrero de 2004 09:00 am además de no estar sustentados probatoriamente con suscrito no denotan el carácter de fuerza mayor o caso fortuito que de alguna forma permitiera su aplazamiento.

Es importante aclarar que el artículo 177 de la ley 734 de 2002 es muy claro en señalar el término improrrogable de dos (2) días para la realización de la audiencia verbal, lo cual el aplazamiento de la misma generaría una dilación injustificada del proceso, además del incumplimiento de los principios rectores de la ley disciplinaria, relacionados con la exigencia expresa a que hace referencia el artículo 12 de la misma ley, en cuanto al cumplimiento estricto de los términos previstos en ella.

Con fundamento en lo anterior, este despacho confirma la fecha de citación de audiencia verbal fijada para el 24 de febrero de los corrientes a las 09:00 de la mañana, en las instalaciones de esta Provincial.

Se le pone en conocimiento que tiene derecho a designar abogado, con quien en caso de su imposibilidad de asistir a la audiencia, se podrá llevar a cabo la referida diligencia, pues efecto se le nombrará un defensor de oficio para que lo represente en el transcurso de la misma y hasta la finalización del procedimiento.”

La valoración conjunta de las anteriores pruebas documentales permite a la Sala colegir que: i) el actor tenía conocimiento de los cargos y de la citación a audiencia desde el 17 de febrero de 2004, ii) tuvo siete (7) días para preparar su defensa en la medida en que la audiencia estaba programada para el 24 de febrero de 2004, iii) si bien manifestó a la autoridad disciplinaria que otorgaría poder el abogado Alfonso Baeza Acuña nunca lo invistió, ni éste se presentó ante la autoridad disciplinaria a realizar actuación alguna; iv) la autoridad disciplinaria solicitó con

⁵⁰ Folio 209 del expediente -cuaderno de pruebas-.

anticipación a la fecha de la audiencia esto es el 20 de febrero de 2004 un apoderado de oficio para la audiencia de 24 de febrero de 2004; v) el demandante le concedió mandato de representación judicial al abogado Alberto Ellis Díaz al final de la tarde del día anterior a la fecha de la audiencia quien solicitó aplazamiento de la misma; vi) la autoridad disciplinaria negó el aplazamiento ofreciendo como motivos de su decisión la improrrogabilidad de los términos en el proceso verbal y la falta de una justificante de fuerza mayor o caso fortuito.

Ahora bien, además aparecen en el expediente. i) acta de 24 de febrero de 2004⁵¹, con hora 9:00 am, proferida por la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja en la cual se reconoce personería jurídica al doctor Alberto Ellis Díaz como apoderado del señor Temilson Zapata Luna, ii) certificación de 24 de febrero de 2004⁵² emanada del director del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Barrancabermeja dirigido a la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja con fecha de recibo de 24 de febrero de 2004 a las 9:00 a.m., en el cual manifiesta que la alumna Yadira Parada Vega es estudiante de consultorio jurídico y por lo tanto puede actuar en los negocios de que trata el artículo 30 del Decreto 197 de 1971, designándosele como defensora de oficio en el proceso disciplinario N° 062-01610-04 que se adelanta en la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja contra el señor Temilson Zapata Luna; y iii) acta de audiencia de 24 de febrero de 2004⁵³ proferida por la Procuraduría Provincial de Barrancabermeja en la cual se lee:

“Barrancabermeja, 24 de febrero de 2004.

Presente es en las instalaciones de la Procuraduría Provincial de esta ciudad, para llevar a cabo la diligencia de audiencia, siendo las 9:00 A.M., de hoy 24 de febrero no se presenta al DOCTOR TEMILSON ZAPATA LUNA NI SU APODERADO. Se da inicio a la audiencia pública, según auto de fecha 17 de febrero de 2004, la doctora (...), En su calidad de Procuradora Provincial y con la presencia del secretario y del defensor de oficio, designado por el director de consultorio jurídico de la Universidad Cooperativa de Colombia seccional Barrancabermeja, según certificación expedida el día 24 de febrero de 2004, la estudiante de derecho (...). Se deja constancia que el día 23 de febrero a las 5:05 P.M. presenta poder

⁵¹ Folio 212 del expediente -cuaderno de pruebas-.

⁵² Folio 214 del expediente -cuaderno de pruebas-.

⁵³ Folio 215 del expediente -cuaderno de pruebas-.

otorgado por el DOCTOR TEMILSON ZAPATA LUNA, al DOCTOR ALBERTO ELLIS DÍAZ (...). Posteriormente a las 5:30 P.M., de ayer 23 de febrero de 2004, el DOCTOR ALBERTO ELLIS DÍAZ, presenta memorial solicitando el aplazamiento de la audiencia por tener diligencia de ampliación de indagatoria del soldado (...), Razón por la cual el despacho por no ser procedente el aplazamiento de esta audiencia toda vez que en oficio número 753 del 20 de febrero de 2004, se le comunicó al disciplinado la negativa del aplazamiento de la audiencia pública, programada para la hora y fecha, señalado en autos. Se deja constancia que el doctor Alberto Ellis Díaz, se hizo presente en este despacho a las 9:05 A.M., solicitando verbalmente nuevamente la aplazamiento, siendo esta negada y solicitó a la estudiante consultorio jurídico (...), Que renunciar a esta diligencia, por lo que la estudiante le manifestó que no, por estar designada por la Universidad. Se procede a posesionar a la estudiante (...), Tal y como quedó identificada al inicio, para la cual se le advierte que de conformidad con los artículos 266 y 269 del C.P.P., en concordancia con el artículo 472 del C.P. , debe prestar la función con la fidelidad el caso merece. Se procede dar inicio a la misma y ordena dar lectura del auto de citación audiencia y a la solicitud de pruebas.”

De estas pruebas, en especial del acta de audiencia de 24 de febrero de 2004, se desprende que a pesar de que el abogado Alberto Ellis Díaz solicitó el aplazamiento de la audiencia porque para la misma fecha y hora tenía otra diligencia, compareció a ella y en lugar de ejercer la defensa del señor Temilson Zapata Luna lo que hizo fue incitar a la estudiante de consultorio jurídico designada por la Universidad Cooperativa de Colombia para que renunciara a la designación como apoderada de oficio.

En esta audiencia también es claro que la estudiante designada por el consultorio jurídico de la Universidad Cooperativa de Colombia ejerció la defensa del disciplinado en lo que al asunto jurídico y la naturaleza de la falta imputada al procesado le concernían, así mismo se observa que no interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

“En este estado de la diligencia se le pone de presente el expediente a la defensora de oficio para que gente de los hechos y los cargos que se le indicaron al disciplinado, con el fin de que ejerza la defensa material de este. Seguidamente se le concede la palabra a la defensora de oficio (...).

Aporta las siguientes pruebas: por parte de la defensora del disciplinado: ninguna, por ser la primera vez que veo el proceso. Por parte del despacho: se ordena a

llegar al expediente copia de la resolución número 34 del 5 de febrero de 2004, emanada del despacho del señor Procurador General de la Nación, por medio de la cual se modifica y adiciona la resolución número 191 del 11 de abril de 2003, por la cual se adoptó la guía del proceso disciplinario para la Procuraduría General de la Nación, con especial atención hecha al numeral 8.

La solicitud de pruebas:

Por parte de la defensora de oficio: ninguna.

Por parte del despacho: ninguna.

Acto seguido se dispone continuar la audiencia concluida la actividad probatoria, se concede la palabra a la doctora (...), defensora de oficio del DR. TEMILSON ZAPATA LUNA, por una sola vez para que si lo desea presenta alegatos de conclusión, de acuerdo a lo establecido en el artículo 187 de la ley 734 de 2002 quien para el efecto manifiesta:

Que se le rebaje la sanción sea más beneficiosa para el disciplinado. Por lo que puedo ver del expediente someramente es que todo va en contra de él, estuvo sancionado por el Juzgado 1 Penal del Circuito de Barrancabermeja. Solicito al despacho copia de esta diligencia. Se concede por el despacho tal solicitud y se le advierte el buen uso que pueda hacer sobre esta.

(...)

El despacho procede a emitir fallo en los siguientes términos:

(...)

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La defensora de oficio expresa lo siguiente: me ratifico en lo dicho anteriormente.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: sancionar al señor DR. TEMILSON ANTONIO ZAPATA LUNA, en su condición de director de la institución de tránsito y transporte de Barrancabermeja, identificado (...), con la **SANCIÓN PRINCIPAL DE DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL**, de 10 años, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, por encontrarlo responsable disciplinariamente de los cargos formulados conforme a los jueces de la parte motiva.

Segundo: la decisión se notifican estrados desde hace saber a los sujetos procesales que contra la misma procede el recurso de reposición y en subsidio de

apelación, el cual podrá interponerse sustentarlo en este momento de la diligencia.

Se concede la palabra la defensora de oficio (...): Que manifiesta que no interpongo ningún recurso. Acto seguido de teniente cuenta que contra la presente decisión no se interpuso recurso alguno oportunamente se declarará ejecutoriada. En consecuencia se da por concluida la audiencia, siendo las diez y cincuenta de la mañana (10:50 a.m.).”

Ahora bien de las anteriores pruebas la Sala destaca que la autoridad disciplinaria hizo aplicación de los artículos 175⁵⁴, 177⁵⁵ y 178⁵⁶ de la Ley 734 de 2002, normas que rigen el procedimiento verbal, pues en el auto que calificó el procedimiento dio a conocer al procesado los cargos para que preparara su defensa e incluso le otorgó un término de siete (7) días para que asistiera a la audiencia, el cual es mayor al plazo de dos (2) días establecido en esas normas.

También se evidencia que la autoridad disciplinaria aplicó los artículos 17⁵⁷ y 93⁵⁸ de la Ley 734 de 2002, en la medida en que ante la falta de designación formal de un apoderado por parte del investigado, con cuatro (4) días de anticipación a la fecha de la audiencia esto es el 20 de febrero de 2004 solicitó a la Universidad Cooperativa de Colombia, Seccional Barrancabermeja, la designación de un defensor de oficio a fin de no afectar el procedimiento verbal ni los derechos del procesado.

⁵⁴ Ley 734 de 2002, artículo 175. El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.

⁵⁵ Ley 734 de 2002, artículo 177. Calificado el procedimiento a aplicar conforme a las normas anteriores, el funcionario competente citará a audiencia al posible responsable, para que dentro del término improrrogable de dos días rinda versión verbal o escrita sobre las circunstancias de su comisión. Contra esta decisión no procede recurso alguno. (...) De la audiencia se levantará acta en la que se consignará sucintamente lo ocurrido en ella.

⁵⁶ Ley 734 de 2002, artículo 178. Concluidas las intervenciones se procederá verbal y motivadamente a emitir el fallo. (...)

⁵⁷ Ley 734 de 2002, artículo 17. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

⁵⁸ Ley 734 de 2002, artículo 93. Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000. Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero.

Igualmente es evidente que se dio aplicación a los artículos 167⁵⁹, 186⁶⁰ y 201⁶¹ de la Ley 734 de 2002 que prevén la situación de renuencia de los apoderados o de los procesados, en la medida en que se posesionó a la defensora de oficio enviada por la Universidad Cooperativa de Colombia para que representara al señor Temilson Antonio Zapata Luna ante la inasistencia injustificada de éste a la audiencia y el poco interés del abogado de confianza designado el 23 de febrero de 2004.

Sobre este último punto debe subrayar la Sala, de acuerdo con el Acta de la audiencia de fallo de primera instancia de 24 de febrero de 2004, transcrita previamente, que el señor Temilson Antonio Zapata Luna esperó hasta último momento⁶² para designar un apoderado, el cual también a último momento⁶³ solicitó el aplazamiento de la diligencia porque aparentemente le era imposible asistir por tener a la misma hora (9:00 am del 24 de febrero de 2004) otro compromiso judicial, sin embargo es claro que este abogado estuvo presente en la diligencia y permaneció en ella durante algún tiempo, en el cual, en lugar de defender los derechos de su cliente buscó que éste se quedaría sin asistencia jurídica al incitar a la apoderada de oficio a que renunciara a la designación realizada por la Universidad Cooperativa de Colombia.

De acuerdo con los artículos 92 y 175 de la Ley 734 de 2002, el principal llamado a comparecer a la audiencia de fallo dentro del proceso disciplinario verbal es el investigado, sobre todo si como lo expresa el artículo 177 ídem dentro de ésta puede ejercer el derecho a rendir versión libre y más aún si como en el presente caso el investigado es abogado, sin embargo el señor Temilson Antonio Zapata

⁵⁹ Ley 734 de 2002, artículo 167. La renuencia del investigado o de su defensor a presentar descargos no interrumpe el trámite de la actuación.

⁶⁰ Ley 734 de 2002, artículo 186. La decisión que cita a audiencia se notificará personalmente al servidor público investigado, dentro de los dos días siguientes. Si no se lograre realizar la notificación personal en el término indicado, se fijará edicto por dos días para notificar la providencia. Vencido este término, si no compareciere el investigado, se le designará defensor de oficio, a quien se le notificará la decisión y con quien se continuará el procedimiento, sin perjuicio de que el investigado comparezca o designe defensor. Contra la decisión que cita a audiencia no procede recurso alguno.

⁶¹ Ley 734 de 2002, artículo 201. Se notificarán por estado los autos susceptibles de recursos y por edicto la sentencia. Se notificarán personalmente al disciplinado y/o su defensor el pliego de cargos y la sentencia. Si no fuere posible la notificación personal del pliego de cargos al investigado, vencidos los términos previstos en esta ley, se le designará defensor de oficio con quien se surtirá la notificación y continuará el trámite de la actuación. Parágrafo. Podrán ser designados defensores de oficio los miembros de los consultorios jurídicos a que se refiere el artículo 1° de la Ley 583 de 2000 y/o defensores públicos. Al Ministerio Público se notificarán personalmente las providencias susceptibles de recursos; trámite que se entenderá agotado tres (3) días después de ponerse el expediente a su disposición, si no se surte con anterioridad.

⁶² El 23 de febrero de 2004, a las 5:05 p.m.

⁶³ El 23 de febrero de 2004, a las 5:30 p.m.

Luna se negó a comparecer a la misma sin justificación válida alguna pese a conocer desde el 17 de febrero de 2004 la imputación fáctica y jurídica que la autoridad disciplinaria le hacía y a tener en sus manos copia del expediente, pues como quedó transcrito en líneas previas pidió copias del mismo y las recibió a satisfacción desde el día 17 de febrero de 2004.

En ese orden, puede establecer la Sala que el señor Temilson Antonio Zapata Luna tuvo pleno conocimiento previo de los cargos que se le imputaban así como de las piezas procesales y pruebas que obraban en su contra además de tiempo suficiente para estructurar su defensa por sí mismo o a través de abogado de confianza si así lo tenía a bien, lo cual no hizo sin justificación válida alguna, sin que esto pueda ser imputable a la autoridad disciplinaria quien otorgó toda las garantías del debido proceso.

Y es que en gracia de discusión, si el señor Temilson Antonio Zapata Luna y su apoderado con causa plenamente justificada no podían asistir a la audiencia de fallo de 24 de febrero de 2004, tenían la opción de haber enviado a la diligencia de 24 de febrero de 2004 sus descargos y alegaciones por escrito sin embargo no lo hicieron. Lo anterior por cuanto el investigado, se reitera, tenía en su poder desde el 17 de febrero de 2004 copia íntegra del proceso disciplinario y le había sido notificado el auto de calificación del procedimiento con la imputación de los cargos, documentos que también era su responsabilidad ponerlos de presente a su abogado de confianza, por lo cual no es de recibo el argumento de la imperiosa necesidad del aplazamiento de la audiencia por falta de tiempo o de conocimiento del expediente.

En ese orden ante el otorgamiento de todas las garantías procesales por la autoridad disciplinaria tanto al investigado como a su abogado de confianza y el rechazo explícito y/o tácito al ejercicio de las mismas por parte de éstos, la obligación de la autoridad disciplinaria era nombrar apoderado de oficio en los términos del artículo 93 de la Ley 734 de 2002, y en ese escenario no puede responder por la calidad de la defensa técnica que este tipo de apoderado realice, más aun cuando en el presente caso se llegó a ese extremo por la conducta

procesal del señor Temilson Antonio Zapata Luna.

Debe señalar la Sala que en materia de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de naturaleza disciplinaria la vulneración del debido proceso por sí sola no lleva automáticamente a la nulidad del fallo disciplinario⁶⁴, en la medida en que es necesario que se demuestre que ésta es de tal entidad que hubiera permitido que la decisión disciplinaria fuera diferente, lo cual no ocurre en el presente caso.

Lo anterior por cuanto el demandante alega que la negativa de la autoridad disciplinaria al aplazamiento de la audiencia de fallo dentro del proceso disciplinario verbal adelantado en su contra le impidió el ejercicio de la defensa técnica, sin embargo más allá del cargo de la inexistencia de la causal de inhabilidad que ya se analizó en esta providencia y que no prosperó, no señala ningún argumento en contra de los cargos que en su momento le imputó la autoridad disciplinaria para que en este proceso contencioso administrativo pueda evaluarse y determinar si efectivamente la decisión disciplinaria acusada debería haber sido diferente.

Así las cosas, tras el análisis de las pruebas no observa la Sala por parte de la autoridad disciplinaria vulneración a las garantías del debido proceso dentro del proceso disciplinario verbal adelantado al señor Temilson Antonio Zapata Luna, motivo por el cual el cargo bajo análisis no tiene vocación de prosperidad.

En consecuencia, al no estar probados los cargos formulados por el demandante y mantenerse incólume la presunción de legalidad de las decisiones disciplinarias, la Sala denegará las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 11 de octubre de 2012. Expediente N° 11001032500020100019300.

Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

III. FALLA

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda incoada por el señor Temilson Antonio Zapata Luna contra la Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

CARMELO PERDOMO CUÉTER