



Función Pública

Sentencia 102 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BOGOTÁ D. C., DIECISÉIS (16) DE FEBRERO DE DOS MIL DOCE (2012).

Radicación: N° 11001 0325000 2009 00102 00 (1454-09)

ACTOR: GERARDO MARÍA BRAVO

DEMANDADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de única instancia formulada por GERARDO MARÍA BRAVO contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

ANTECEDENTES

1.- El actor por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para que se declare la nulidad del acto administrativo integrado por la resolución sancionatoria No. 007 del 17 de enero de 2006 expedida por la Procuraduría Provincial de Pasto y la providencia 002 del 27 de enero de 2006, suscrita por el Procurador Regional de Nariño, que resolvió el recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare que el actor no fue destituido, ni inhabilitado mediante acto administrativo igualmente válido, así mismo, que se ordene a la Procuraduría la des anotación de la sanción disciplinaria en el registro de antecedentes.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pidió que se condene a la Nación – Procuraduría General de la Nación a pagar al actor los perjuicios materiales y morales sufridos por la sanción impuesta con sus intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y a dar cumplimiento a la misma conforme a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. Finalmente, que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Como hechos soporte de la acción señaló los siguientes:

El señor Gerardo María Bravo se desempeñó como alcalde municipal de la Unión -Nariño- durante el periodo para el cual fue elegido entre el 4 de abril de 2002 y el 3 de abril de 2005 (sic).

Ante la Procuraduría Provincial de Pasto se inició una investigación disciplinaria contra el actor, por una queja formulada por Yilder Muñoz Solarte ante las declaraciones radiales concedidas por Zulbi Urbano en el programa Magazín Dominical de la Emisora Café Stereo, por la supuesta forma arbitraria en la que se adelantó el proceso de elección del Personero de la Unión.

Mediante auto del 18 de febrero de 2004 el Procurador Provincial ordenó abrir investigación disciplinaria en contra del actor y Juan Diego Zarama, ex alcalde y ex presidente del Consejo de la Unión Nariño y en ese mismo auto ordenó una visita especial a la emisora Café Stéreo, a fin de obtener copia de la grabación.

El 3 de marzo de 2004, se dio cumplimiento a lo ordenado en el auto y se notificó la apertura de la investigación disciplinaria al señor Gerardo María Bravo, pero nunca ni en ese momento, ni en las actuaciones que siguieron se le informó sobre el derecho que le asistía a designar un defensor, pasando por alto el artículo 155 del C.D.U. Este hecho trajo como consecuencia que gran parte del proceso se adelantara sin la presencia e intervención de un abogado que ejerciera la defensa técnica del investigado, pese a ello se practicaron varias pruebas que no pudieron ser controvertidas.

De igual manera, en la visita especial a la emisora por parte del Personero de ese municipio tal y como lo dispuso el Procurador Provincial en el auto de apertura de investigación, obtuvo la grabación.

El 24 de febrero de 2004, la Procuraduría Provincial ordenó a la Registraduría Nacional enviar con destino al proceso disciplinario el acta de

elección popular del señor Gerardo María Bravo, sin que previamente hubiese sido decretada, lo mismo que la solicitud del acta de posesión, constancia del sueldo devengado, tiempo de servicio, antecedentes disciplinarios y dirección actual de su casa de habitación.

El 6 de diciembre la Provincial dispuso la prórroga del término de investigación por 3 meses para recolectar más pruebas, lo que significa que el procedimiento aplicado era el ordinario, incluso lo hizo en forma extemporánea sin que se contara con las pruebas suficientes para formular auto de cargos, cuando ya había transcurrido casi un año desde la fecha de inicio de la investigación.

Dentro de las pruebas se ordenó transliterar el contenido del cassette obtenido en la emisora café Estereo al CTI, pero nunca se practicó y en su lugar se allegó al expediente un oficio remitido por esa entidad, manifestando que no se realizaría, por cuanto “...la transliteración realizada por el señor YILDER MUÑOZ SOLARTE se comprobó de acuerdo a la audición del casete puesto a disposición que coincide en las partes transliteradas”.

En el decurso del proceso disciplinario se pidieron otras pruebas a BellSouth -actualmente Movistar-, sobre las llamadas recibidas por el celular de la Dra. Zulby Urbano y otros números celulares, lo mismo que se recibieron algunos testimonios como el de los señores Segundo Felipe Martínez Molina y Segundo Dociteo Ordóñez, sin que se hubiesen decretado dentro del proceso configurándose otra nulidad por violación al debido proceso.

No obstante que la investigación había sido prorrogada hasta el 6 de marzo de 2005, la Procuraduría Provincial siguió practicando pruebas, es decir, cuando ya carecía de competencia, como fue entre otras: la versión libre de Juan Diego Zarama, Omar Luciano Cárdenas, Julio Delgado Aguirre, Segundo Felipe Martínez Molina, Juan Pablo López Reyes, Segundo Dociteo Ordoñez, Javier Montero Domínguez.

El 10 de mayo de 2005 y teniendo como base el oficio remitido al proceso por el CTI, el Procurador citó a audiencia pública y formuló cargos, dándole a dicha comunicación el carácter de transliteración del documento contenido en el cassette, que además sirvió como fundamento principal de la decisión.

Como no se conoció el contenido de ese cassette por cuanto no fue transliterado, la Procuraduría Provincial de Pasto actuó con base en una prueba oculta que ni siquiera la misma entidad conoció, incurriendo en una clara falsedad.

En el auto de evaluación de la investigación disciplinaria el procedimiento que se aplicó fue el especial, lo que sorprendió al investigado, en cuanto el legalmente pre establecido era el ordinario y no un proceso híbrido, esto es, una mezcla del procedimiento ordinario y especial no previsto en la ley, fundándose solo en que habían sido vinculados otros infractores.

El 10 de junio de 2005 se llevó a cabo la correspondiente audiencia pública y el 13 del mismo mes y año se practicaron unas pruebas hasta el 26 de julio, en donde el abogado defensor solicitó la declaratoria de nulidad de todo lo actuado porque no se le había informado al investigado que podía designar un abogado contrariando el art. 155 inc. 2 de la Ley 734 de 2002 y la Procuraduría tampoco le nombró uno de oficio para que lo defendiera.

De la misma manera, en escrito separado también pidió la declaratoria de nulidad por la falta de auto que declarara varias pruebas, por el valor que le dieron a las mismas y por actuar con pruebas ocultas, procedimiento que contraría el art. 132 de CDU. Otra causal de nulidad enrostrada fue el procedimiento aplicado, porque debió ser el ordinario en razón a que el 6 de diciembre de 2004, la Procuraduría dispuso - aunque de manera extemporánea- la prórroga del término de la investigación por 3 meses.

No obstante, en el auto de evaluación de la investigación, la PGN dispuso la adecuación de la actuación disciplinaria al procedimiento especial únicamente teniendo como base respecto de otros concejales de la Unión, que estaban dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos, lo que no estaba conforme a derecho, toda vez que el art. 175 ídem, establece los casos específicos en los que hay lugar a aplicar el procedimiento verbal. En el caso *sub examine* dice el actor, no estaban dados los requisitos sustanciales para proferir el pliego de cargos, por lo tanto el procedimiento a seguir era el ordinario.

El 20 de septiembre de 2005, la PGN respondió en audiencia pública las solicitudes de nulidad: sobre la falta de información al investigado de la designación de un defensor, manifestó, que se había subsanado porque no la había alegado inicialmente y luego había contado con uno.

Respecto al desconocimiento del valor probatorio de la transliteración, el disciplinador decidió que no había lugar a decretarla porque el funcionario del CTI había actuado en calidad de investigador criminalístico en los términos del art. 319 del C.P.P., y por tanto tenía pleno valor probatorio su oficio. Ante el recurso de reposición interpuesto, la Provincial desechó los argumentos.

Sobre las pruebas practicadas sin previo decreto manifestó la entidad, que estas fueron practicadas con ocasión de las facultades otorgadas por el Despacho a la instructora buscando la verdad verdadera, por tal razón negó la pretensión y el recurso de reposición.

En lo que respecta a la nulidad por haber adecuado la investigación disciplinaria a un proceso verbal especial cuando inicialmente se instruyó bajo el régimen ordinario respondió, que se dio cumplimiento a los principios de economía, celeridad y unidad de defensa y que el procedimiento verbal atrae el ordinario. A pesar de los argumentos expuestos en el recurso de reposición mantuvo su posición negando los cargos.

Afirma el actor, que a pesar de todas las irregularidades el 17 de enero de 2006, se llevó a cabo la audiencia pública en donde se profirió por parte de la Procuraduría Provincial de Pasto fallo de primera instancia en donde sancionó al actor con destitución del cargo e inhabilidad para ejercer funciones públicas por el término de 10 años, decisión que fue apelada y confirmada por la Procuraduría Regional de Nariño.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró transgredido el artículo 29 Constitucional, porque se desconocieron las normas en que debían fundarse, con la vulneración del artículo 155 de la Ley 734 de 2002, sustentado en que al investigado debe notificársele la iniciación de la investigación disciplinaria y en la comunicación correspondiente informarle que le asistía el derecho a designar defensor y de ello debía quedar constancia en el expediente, ya que con ello se garantiza el derecho al debido proceso y a la legítima defensa, omisión que genera nulidad absoluta de todo lo actuado en el proceso a partir de la notificación de auto de apertura de investigación, incluidas las pruebas practicadas.

Considera también vulnerados los artículos 92, 94, 129, 132 y 140 de la Ley 734 de 2002.

Expone que el artículo 132 del CDU, establece que no se atenderán las pruebas practicadas ilegalmente. A su vez, el artículo 140 ídem, dispone que debe tenerse por inexistente la prueba practicada en forma ilegal y para pueda ser practicada en legal forma debe ser previamente decretada, pues en caso contrario se atentaría contra el principio de publicidad y contradicción de la prueba establecido en el artículo 94 ídem, y se tendrían como pruebas ocultas; no por otra razón el artículo 129 ídem, dispone que para los fines del esclarecimiento de los hechos el funcionario de conocimiento puede decretar pruebas de oficio. En ese contexto las pruebas practicadas sin decreto previo vulneran el derecho al debido proceso y defensa del investigado.

En el caso bajo estudio, la prueba de transliteración solicitada por el Procurador Provincial estaría viciada, porque no se le puede considerar una prueba pericial, habida cuenta que no es el resultado de la aplicación de conocimientos o análisis técnicos o científicos, ya que lo único que contiene es un juicio sobre el valor probatorio del documento que puso a su disposición para que fuera transliterado, contrario a lo dispuesto por el artículo 215, último inciso de la Ley 600 de 2000.

A ello se le suma, que al no haber sido transcrito no pudo el investigado conocer el contenido del cassette para controvertirlo y hacerle una valoración integral, por el contrario, se creyó en la transliteración del quejoso que pudo alterar el cassette. Agrega además, que la Procuraduría hizo mal en enviar copia de la queja al funcionario del CTI que debía efectuar la transliteración, si lo que buscaba era una absoluta imparcialidad y la plena confiabilidad de la prueba, porque en últimas lo que el funcionario hizo fue simplemente valorar la prueba documental usurpando las funciones de la Procuraduría, actitud que fue avalada por el Procurador, en consecuencia, la prueba debe tenerse como inexistente.

Finalmente, sobre la misma prueba, afirma que no es aplicable al caso el artículo 319 del C.P.P, porque los informes a que se refiere el artículo, corresponden a los de funcionarios de policía judicial rendidos dentro de los procesos penales actuando como investigadores criminalísticos por orden del fiscal, jamás por propia iniciativa y allí el funcionario del CTI, solo actuaba como colaborador en los términos del artículo 137 del C.D.U. Concluye, que en los procesos disciplinarios la policía judicial no tiene competencia alguna para adelantar ningún tipo de investigación, las únicas excepciones son las señaladas en los artículos 66, 67 y 133 del C.D.U.

Por último, consideró violado el debido proceso por haber dispuesto en el auto de evaluación de la investigación disciplinaria, la adecuación al procedimiento verbal, teniendo como única base sobre la apertura de investigación respecto de otros funcionarios no vinculados previamente al proceso, que estaban dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad solicitó negar las pretensiones de la demanda, sin embargo, consideró que la competencia para conocer del asunto le corresponde al Juez Administrativo porque el proceso tiene cuantía así esté equivocada y que si esta no correspondía, el Juez debió inadmitirla para que la fijara correctamente.

En cuanto a los argumentos del libelo los controvertió uno a uno así:

Sobre la presunta irregularidad al no haberse informado al actor en el auto de apertura que tenía derecho a nombrar un abogado para que ejerciera su defensa dentro del proceso, señaló, que no es cierto, porque el investigado si designó unos apoderados que ejercieran su defensa técnica y constancia de ello es la participación de la Dra. Yasmin Hernández Jurado, en la audiencia de cargos.

Además, que la apoderada en ninguna de las intervenciones alegó esta causal de nulidad, ni tampoco en el expediente aparece manifestación alguna del investigado, por tanto, dando aplicación al Art. 140 del C.P.C. las nulidades se entienden saneadas sino se impugnan oportunamente por medio de los recursos que otorga la ley.

En cuanto a las presuntas pruebas practicadas sin ser decretadas, señaló, que no es cierto y que verificado el proceso aparece el auto del 6 de diciembre de 2004, que ordenó diversos testimonios. En segundo lugar, según el artículo 154 de la Ley 734 de 2002, es una obligación de investigador, aportar al proceso los datos sobre la identidad, antecedentes, nombramiento y demás aspectos de carácter general que dan un conocimiento sobre la persona investigada y para ello no necesita proferir un auto, porque es una obligación legal.

Sobre la prórroga del término de la investigación disciplinaria y del periodo probatorio informó, que la ampliación del término es viable para el normal desarrollo de la investigación disciplinaria y que efectivamente así se hizo en el auto del 6 de diciembre, conforme a lo dispuesto en el artículo 156 ídem. Esta prórroga la hizo una vez vencido el término de los 6 meses de iniciación de investigación. Dice que el actor confunde en el caso concreto en donde ya se había proferido auto de apertura, con lo consagrado en el artículo 150 ídem, que contempla el caso de indagación preliminar, en donde vencido el término solo se puede proferir auto de cargos o archivar las diligencias.

Expone que en el procedimiento verbal es posible decretar pruebas y practicarlas conforme al art. 177 inc 2, tal y como se hizo mediante auto

de 17 de junio de 2005, lo que demuestra que no hay ninguna irregularidad.

En cuanto a la información del operador de celular BellSouth, señala que fueron practicadas antes del pliego de cargos, por lo cual el actor las conoció suficientemente y tuvo la oportunidad de impugnarlas al contestar los descargos, al intervenir en las audiencias y al proponer recursos, por tanto, no fueron pruebas ocultas y cumplieron en debida forma el principio de publicidad.

Sobre las nulidades pretendidas dentro de la investigación disciplinaria manifestó, que se remite a lo manifestado por el Procurador Provincial de Pasto.

Sobre la pertinencia del proceso verbal indicó, que este no se aplicó porque se hubiesen vinculado otras personas a la investigación, sino porque estaban dadas las condiciones previstas en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002.

Finalmente, en lo que se refiere a la transliteración del cassette, relata que Yilder Muñoz Solarte presentó el texto de la grabación y la copia magnetofónica del todo el programa radial "*Magazín Dominical*" del día 11 de enero de 2004 que se transmitió por la emisora Café Stéreo.

Sobre esta prueba, el investigador comisionó a la Personería Municipal de la Unión para que realizara una visita a la emisora y obtuviera copia del cassette oficial de la grabación, como efectivamente se hizo. Posteriormente, mediante auto del 6 de diciembre de 2005, el investigador ordenó con apoyo del DAS, la transliteración, la cual se diligenció conforme al oficio No. 0671 del 24 de mayo de 2006 por la Fiscalía, quien expuso que no se hacía la transliteración porque las partes verificadas coincidían plenamente. Además agrega, que no fue la única prueba para determinar la responsabilidad del demandante.

ALEGATOS

Del demandante

No hubo pronunciamiento de su parte en esta etapa procesal.

De la demandada

Ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Insiste en que las decisiones se profirieron conforme a la Constitución y la Ley.

Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó denegar las pretensiones de la demanda. Luego de hacer una relación probatoria concluyó, que las decisiones demandadas fueron proferidas en debida forma, motivadas y dentro del término de ley.

Trámite procesal

Mediante auto del 12 de junio de 2006, el Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda por reunir los requisitos formales y los presupuestos procesales; luego lo remitió por competencia a los Juzgados Administrativos conforme a lo señalado en los Arts. 134 B, 134 D y 134 E, correspondiéndole al Juzgado 8 Administrativo del Circuito de Pasto, quien avocó el conocimiento.

Practicadas las pruebas, el Juez decretó la nulidad de la actuación surtida por falta de competencia funcional – con base en los pronunciamientos de esta Corporación- desde el auto que admitió la demanda, lo que generó la remisión del proceso a esta Sección.

Este Despacho admitió el libelo, ordenó la fijación en lista y las notificaciones de rigor, mediante auto de 30 de septiembre de 2009.

Agotado el trámite procesal y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Competencia

El presente asunto es competencia en única instancia del Consejo de Estado¹, porque se controvierte una sanción disciplinaria administrativa consistente en la destitución del cargo e inhabilidad general por 10 años, expedida por una autoridad nacional, como es, la Procuraduría General de la Nación, de manera que, no hay lugar a declarar la incompetencia funcional solicitada en la demanda.

Actos demandados:

Son los contenidos en las siguientes decisiones administrativas: Resolución No. 007 de 17 de enero de 2006, proferida por la Procuraduría Provincial de Pasto y la Resolución de 27 de enero de 2006, emitida por la Procuraduría Regional de Nariño, que sancionaron al actor con destitución del cargo de alcalde del municipio de la Unión, e inhabilidad general por 10 años.

Problema jurídico

Consiste en definir, si la sanción disciplinaria de que fue objeto el señor Gerardo María Bravo por parte de la Procuraduría General de la Nación, cuando se desempeñaba como alcalde del Municipio de la Unión -Pasto- se ajustó al ordenamiento jurídico.

Los argumentos expuestos en la demanda y concretamente en el acápite de concepto de violación se enmarcan todos en la violación al debido proceso. En ese orden de ideas, se revisarán cada uno de los cuestionamientos contra el expediente disciplinario y las normas que regulan tal materia.

Sin embargo, previo a la revisión de la actuación sancionatoria, la Sala debe concretar la competencia cuando se controvierte el debido proceso por el aspecto probatorio y el marco para su prosperidad en la acción de nulidad y restablecimiento, conforme lo ha sostenido en otras decisiones.

“El debido proceso como derecho fundamental está referido en materia procesal disciplinaria, a que el inculpado conozca los cargos en forma clara, concisa y oportuna para que pueda ejercer todos los medios de réplica, pedir las pruebas, obtener su decreto y práctica, así como controvertir las que lo inculpan, presentar alegatos y en general, participar de modo activo en todo el proceso, lo que implica un gran debate con el agotamiento de las instancias a que haya lugar y las garantías que las mismas ofrecen”².

Lo dicho debe armonizarse con el procedimiento disciplinario, que concede una amplia gama de posibilidades para ejercer el derecho de defensa a lo largo de sus diversas etapas. Es por ello, que el control de legalidad y constitucionalidad sobre las decisiones disciplinarias de los actos de la administración confiadas a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera instancia, dado que el control judicial implica una especialidad y depuración del debate.

De otro lado, tampoco puede afirmarse que los actos de juzgamiento disciplinario son intangibles e invisibles al control jurisdiccional, porque la revisión de legalidad se realiza pero con las restricciones señaladas.

En efecto, le corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en materia probatoria, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales primordiales, lo que significa, que la acción objetiva resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, siempre y cuando esta sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa³.

En suma, a la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, en fin, de las conductas de la administración que vayan contra la Constitución y la ley, pero dentro del marco señalado precedentemente, ello se reitera, siempre y cuando la violación sea manifiestamente contraevidente.

Veamos dentro de ese contexto, si los argumentos expuestos por el actor tienen el alcance exigido para nulificar el acto demandado.

En primer lugar, violación al debido proceso porque no se le informó al inicio de la investigación que debía nombrar un abogado defensor, de manera que hasta la imputación de cargos no contó con una defensa técnica y por ende, no pudo participar en la recolección de las pruebas.

El C.D.U. dispuso en el artículo 155, que iniciada la investigación disciplinaria se notificará al investigado y se dejará constancia en el expediente. Además, que en esa comunicación se debe informar al investigado que tiene derecho a designar un defensor.

A folio 42 del cuaderno No. 1, se encuentra el auto que ordenó investigar disciplinariamente a los señores Gerardo María Bravo y Juan Diego Arama, Alcalde y Presidente del Concejo del municipio de la Unión, en donde efectivamente se observa deficiencia en su contenido conforme a las exigencias del artículo 154 ídem, por ejemplo, no existe una relación de las pruebas cuya práctica se ordena, ni tampoco, la orden de incorporar a la actuación los antecedentes disciplinarios del investigado, una certificación de la entidad a la cual el servidor público esté o hubiere estado vinculado, una constancia sobre el sueldo devengado para la época de la realización de la conducta, su última dirección conocida y la comunicación en debida forma, tal y como lo ordena el artículo 155.

Sin embargo, a folio 45 se lee que en cumplimiento de ese auto, se solicitó ordenar a quien corresponda la remisión del acta de elección popular y a folio 48, se solicitaron los antecedentes disciplinarios, dirección de su residencia, constancia del salario, etc.

A folio 70 se encuentra la notificación del auto que ordenó abrir la investigación (marzo 3 de 2004) y efectivamente adolece de la información al investigado del derecho que tiene a designar un abogado.

Sobre este punto, la defensa de la entidad señaló que si había alguna nulidad se había subsanado porque no fue alegada en tiempo y además porque en la audiencia de cargos ya tenía apoderado.

En el marco de la situación fáctica expuesta debe resolver la Sala, *¿cuál es la consecuencia del incumplimiento de la norma que ordena comunicarle al investigado que tiene derecho a designar un defensor?*

Para resolver el cuestionamiento es necesario primero, revisar la obligatoriedad de la presencia de un abogado y segundo, verificar si esta anomalía afecta realmente la garantía defensiva del sujeto procesal, o si desconoce la estructura básica de la instrucción o juzgamiento, en razón a que la nulidad en si misma es una sanción extrema de una actuación y se aplica cuando no existe otro remedio para subsanar el error.

Se alega por el demandante que al no haber designado defensor oportunamente, no pudo estar presente en las pruebas practicadas antes del pliego de cargos, lo cual vulneró su derecho de defensa. No relaciona concretamente cuales fueron las pruebas recaudadas sin la posible defensa de un abogado, ni como la presencia del mismo hubiese favorecido su defensa. Solo hace expresa referencia a la visita por comisión de la Personería a la emisora y a la obtención de la grabación que dio lugar a la queja (03 de marzo de 2004) que fue solicitada en el auto controvertido. De la revisión del expediente se obtiene lo siguiente:

El 06 de diciembre de 2004 la Procuraduría Provincial ordenó la práctica de algunas pruebas, como la transliteración del cassette obtenido en la emisora Café Stereode la Unión, las declaraciones de los señores Zulby Urbano, Lupe Narváez, Francisco Javier Zarama, Lorena Gaviria, Juan Diego Zarama y Segundo Felipe Martínez, también, solicitó la copia del acta de las sesiones del concejo en donde constaba la elección del personero municipal para el periodo 2004-2007 y de la actuación de la queja en la Fiscalía con ocasión de la remisión que hiciera esa oficina (fl. 74).

Las declaraciones citadas fueron recibidas en audiencia pública durante los meses de febrero, marzo, abril y junio de 2005, sin presencia de los implicados, ni de apoderado.

Los días 5 y 6 de abril de 2005, la Provincial recibió las versiones libres de los concejales: Omar Luciano Cárdenas, Julio Delgado Aguirre, Segundo Felipe Martínez, Segundo Dociteo Ordóñez, Javier Montero Domínguez (fls. 169 a 178 cuaderno No. 1)

El 10 de mayo del mismo año, profirió un auto de evaluación de investigación disciplinaria y en el mismo vinculó a los señores Omar Luciano Cárdenas, Julio Delgado Aguirre, Segundo Felipe Martínez Molina, Juan Pablo López Reyes, Segundo Dociteo Ordóñez y Javier Montero Domínguez y adecua la actuación disciplinaria al procedimiento especial, para lo cual citó a Gerardo María Bravo, Juan Diego Zarama, Omar Luciano Cárdenas, Julio Delgado Aguirre, Segundo Felipe Martínez, Juan Pablo López Reyes, Segundo Dociteo Ordóñez y Javier Montero Domínguez, a la audiencia verbal que se adelantó el día 10 de junio de 2005, para que respondieran los cargos formulados.

El 10 de junio del mismo año, fecha señalada para la audiencia pública el implicado concedió poder a la doctora Jazmín Hernández Jurado quien solicitó pruebas (fls. 236-243). Hasta esta fecha técnicamente no tuvo apoderado.

Para resolver la primera parte de la pregunta planteada precedentemente, debe resaltar la Sala, que a diferencia del derecho penal en materia disciplinaria la existencia del apoderado no es obligatoria, porque en el primero, la defensa técnica es fundamental para la protección del derecho a la libertad personal o *favorlibertatis*, mientras que en el disciplinario, el art. 165 del C.D.U. dispuso por ejemplo, que la notificación del pliego de cargos se hiciera personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.

La Corte Constitucional por medio de la sentencia C-328/03⁴, declaró exequible el inciso 1 del artículo 165, y señaló que el derecho a la defensa técnica no está constitucionalmente ordenado en el campo del derecho sancionatorio disciplinario, sino constitucionalmente consagrado para el derecho penal, analizó el tema así:

“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. Es así como en la sentencia C-131 de 2002^[37] la Corte resolvió declarar exequible una expresión del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 que establecía que la defensa técnica del implicado en un proceso de responsabilidad fiscal era facultativa. ^[38] En esta sentencia, la Corporación consideró que el artículo 29 de la Constitución no ordena la defensa técnica en procesos que no son de naturaleza penal”.

En otra sentencia, la Corte Constitucional abordó indirectamente 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 ^[39].

Subraya la Corte que la ley vigente establece que el disciplinado tiene derecho a escoger un apoderado y si solicita su designación deberá hacerse. También prohíbe que el disciplinado sea investigado y juzgado en ausencia, sin la representación de un apoderado judicial o defensor de oficio. Dice el artículo 17:

Artículo 17 de la Ley 734 de 2002: 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.

Por lo tanto, no es contrario al artículo 29 de la Constitución que la ley deje a la libre determinación del sujeto disciplinado si desea o no ser representado por un abogado. Así, el enunciado acusado será declarado exequible”.

De lo anterior se infiere, que si bien hay deber de informar al investigado de su derecho a nombrar un defensor, la simple constatación formal de la omisión, no genera *per se* una nulidad, porque como ya se expuso, el actor debe demostrar que esa omisión afectó su debido proceso.

Ahora bien, debe puntualizarse que en materia disciplinaria una vez se inicia la investigación, la defensa material comienza formalmente con el pliego de cargos, ya que en este momento se concreta la imputación jurídico fáctica contra el investigado, al señalarle entre otros aspectos, las posibles irregularidades en que pudo haber incurrido, las normas presuntamente violadas y su concepto, la identificación del autor o autores, la forma de culpabilidad etc.⁵, de manera, que el auto de cargos es una pieza esencial con el cual podría señalarse, se traba probatoriamente la relación entre investigado e investigador, porque es a partir de allí, cuando se despliega una mayor actividad y se ejerce plenamente el derecho

de contradicción y defensa.

Si bien es cierto como se evidenció en el caso bajo estudio, el señor Bravo no tuvo información por parte del ente de control en el momento en que se le notificó la apertura de la investigación de la posibilidad de tener un abogado, revisadas las pruebas que se practicaron antes de que contara con él, se encontró que estas se mantuvieron esencialmente, dado que no fueron controvertidas, ni objetadas, ni se solicitó la ampliación de las declaraciones para contrainterrogar o ampliar su contenido durante el período probatorio en que contó con asistencia jurídica, omisión que como se indicó, le confirió fuerza probatoria y sirvió de base para la decisión, es decir, no hubo violación al derecho de defensa, si tuvo la posibilidad de contradicción, lo que resuelve la segunda parte del cuestionamiento, para concluir, que no es viable aducir la invalidez del proceso por la omisión formal de no haber informado al disciplinado que tenía derecho a designar un defensor, si no se demuestra que se afectó el derecho de defensa y por consiguiente el debido proceso.

Para redondear el planteamiento en contrario, sí se generaría una nulidad desde el punto de vista formal, sino se comunica la apertura de la investigación disciplinaria, se notifica en debida forma el pliego de cargos y las demás decisiones que tome la entidad; en general, si no se respetan los derechos del investigado, es decir, sino se protegen los principios de defensa, contradicción y publicidad. La Corte Constitucional⁶ los concretó así y coincide en que su desconocimiento produce una nulidad:

“la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones”⁷.

Lo dicho determina la improperidad del cargo.

El segundo cuestionamiento a los actos demandados, corresponde a la vulneración de los artículos 92, 94, 129, 132 y 140 de la Ley 734 de 2002.

Considera, que la transliteración de la grabación del programa Café Stereo fundamento de la queja que originó la investigación disciplinaria realizada por el C.T.I., no es una prueba pericial sino un concepto, por tanto, no debe tenerse en cuenta porque es ilegal e inexistente conforme a lo establecido en los artículos 132 y 140 del C.D.U. Es necesario advertir previo a resolver el cargo, que todas las nulidades alegadas en vía gubernativa incluida por supuesto, la legalidad que se discute en esta instancia respecto de la prueba de transliteración, fueron resueltas por la Provincial en audiencia pública el 20 de septiembre de 2005.

Dentro del marco señalado en el acápite correspondiente a la competencia de la Corporación en materia de nulidad y restablecimiento en los procesos disciplinarios, se señaló que era viable excluir una prueba, siempre y cuando fuera manifiestamente ilícita o producida con violación del debido proceso o las garantías fundamentales.

Como este es el fundamento respecto de la prueba de la transliteración, para resolver este cargo revisaremos su tránsito probatorio, viabilidad y validez.

El señor Yilder Muñoz Solarte en su calidad de Concejal, presentó queja ante la Procuraduría Provincial, consistente en la transcripción de una grabación del programa radial “Magazín Dominical” del día 11 de enero de 2004, que se transmitió en la emisora Café Stereo, del municipio de la Unión (Nariño), cinta que además anexó con el escrito.

Para verificar la autenticidad del cassette, en el auto de apertura de la investigación - 18 de febrero de 2004 (fl. 42 cuaderno No. 1)- la Procuradora comisionó a la Personería Municipal de la Unión, para que realizara visita especial a la emisora y obtuviera copia del programa citado. Efectivamente así lo hizo el funcionario comisionado, tal y como consta en el folio 72.

Luego, mediante auto del 6 de diciembre del mismo año (fl. 74), el investigador ordenó la transliteración de cassette al DAS, como consta en el oficio No.0010 de 13 de enero de 2005 (fl. 76). Sin embargo esa entidad, no lo realizó conforme al escrito de 17 de enero de 2005, porque no contaba con equipos, ni con el personal necesario, por lo cual la instructora acudió al CTI, con el oficio No. 106 (según se lee del escrito de audiencia que resolvió las nulidades planteadas -fl. 412 y del oficio visible al folio 392). La Fiscalía General de la Nación, mediante comunicación No. 0671 de 24 de mayo de 2006 (fl. 96), responde que de conformidad con el art. 319 del C.P.P, rinde el presente informe técnico: *“De acuerdo a la transliteración realizada por el señor YILDER MUÑOZ SOLARTE se comprobó de acuerdo a la audición del cassette puesto a disposición que coincide en las partes transliteradas (sic). Por lo tanto no se realiza la transliteración”*.

Sobre el punto en discusión una vez decantada la revisión del expediente, concluye la Sala lo siguiente:

En primer lugar, contrario a lo que manifiesta el actor, el contenido del cassette no se puede considerar oculto, dado que precisamente la queja es la transcripción de la cinta, de manera que desde el inicio se conoció su contenido.

En segundo lugar, fue correcta la actividad desplegada por la instructora al obtener de manera oficial la grabación para incorporarla al expediente y así exponerla de manera válida a los implicados dando aplicación al principio de contradicción. Así mismo, fue jurídicamente consecuente decretar su transliteración oficial con los organismos que cuentan con los medios para tal fin.

En tercer lugar, el informe técnico del investigador criminalístico fue pertinente y adecuado con la petición de la Procuraduría, porque hizo una valoración de la misma, es decir, escuchó el cassette y concluyó que coincidía plenamente con la transliteración que había hecho el señor Yilder Muñoz Solarte en la queja y por eso no era necesario volver a reescribirlo.

La prueba es un medio para lograr un fin y con el informe técnico se obtuvo la certeza de que lo transcrito en la queja era textual. Ahora, el que se califique de informe técnico o de peritación propiamente dicho, no es relevante habida cuenta que los dos son medios de prueba⁸ y su valoración fue útil y pertinente. Ahora bien, no puede considerarse como prueba ilícita⁹, porque fue ordenado por la funcionaria competente, dentro del curso de una investigación, practicado por una entidad oficial con capacidad para proferirlo, debidamente motivado y bajo juramento, el cual se entiende prestado por el solo hecho de la firma y en virtud de lo consignado en el art. 137 del C.D.U. que permite solicitar el apoyo técnico a otros organismos del Estado y del art. 321 del C.P.P¹⁰. que aprueba la colaboración de entes oficiales y particulares.

En ese orden de ideas, el cargo de violación al debido proceso por ilicitud de la prueba no prosperará.

El último argumento sobre la violación del debido proceso, hace referencia a que en el auto de evaluación de la investigación disciplinaria, se

hizo la adecuación al procedimiento especial verbal, teniendo únicamente como base, que se reunían los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos respecto de los ex concejales no vinculados previamente al proceso y a los cuales se les hizo la apertura de la investigación y que en caso del demandante, lo aplicado fue un procedimiento híbrido, mezcla de ordinario y verbal.

Para resolverlo, se verificará la situación fáctica del proceso, la pertinencia del proceso especial verbal y su aplicación en el caso concreto.

El proceso disciplinario radicado 2006-00860-00, se inició en contra de los señores Gerardo María Bravo y Juan Diego Zarama, mediante auto de 18 de febrero de 2004 (fl. 42).

El siguiente auto proferido por la Provincial es del 6 de Diciembre de 2004, en donde ordena prorrogar el término de la investigación por tres meses y en ese lapso, la práctica de unas pruebas.

Luego de la recepción de las pruebas decretadas, la Procuraduría dictó auto de evaluación de investigación disciplinaria, en donde resuelve vincular a la investigación a algunos concejales y adecua la actuación al procedimiento especial, que incluye a Gerardo María Bravo y Juan Diego Zarama, para lo cual cita a una audiencia verbal el 10 de junio de 2005, conforme a lo dispuesto en el artículo 175 del C.D.U y a la Directiva 009 de 2002.

De lo anterior se confirma, que efectivamente el procedimiento para el actor se inicio como ordinario y se ajustó luego al verbal. Veamos entonces, si esta decisión viola el debido proceso, pero primero, conforme al Código Disciplinario Único, se confrontará la procedencia del proceso verbal.

Enseña el artículo 175 del C.D.U. que el proceso verbal contra los servidores públicos se aplica cuando el sujeto disciplinable es 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, cuando la falta sea leve, cuando la falta sea gravísima¹¹ y en todo caso, cualquiera que sea el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir el pliego de cargos. Las citadas causales contienen un denominador común relacionado con el servicio o la función, con el manejo de la hacienda pública y los recursos públicos o con la contratación estatal, cuya característica principal es que por tratarse de conductas que no ameritan un extenso debate probatorio como el señalado en el proceso ordinario, al momento de valorar la decisión de apertura de la investigación están dados todos los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos y citar a audiencia¹².

De lo dicho se revalida, que el criterio que orienta el procedimiento especial verbal, es la existencia de los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos -esto es, está identificado el autor de la posible falta, esta se encuentra tipificada en la ley, y constituye una falta gravísima-, la celeridad en la investigación y la oportunidad de la sanción.

La Directiva 009 de mayo 26 de 2002 expedida por el Procurador General de la Nación, clarificó la adecuación cuando varias conductas deban seguirse por procedimientos diversos así:

"Unidad Procesal. Cuando se investiguen varias conductas entre las cuales se encuentre una o varias por las que deba seguirse el procedimiento verbal, y otras por el procedimiento ordinario, no habrá lugar al rompimiento de la unidad procesal y, como tal, el proceso ha de continuar bajo la misma cuerda procesal (artículos 74 y 81 de la ley 734 de 2002), esto es, por el procedimiento verbal, toda vez que el mismo por su especialidad atrae al ordinario.

De lo contrario, en el marco de la nueva ley disciplinaria, se atentaría contra los principios de economía, celeridad y unidad de defensa, aspectos que de todos modos requieren una valoración caso por caso al igual que sucede en el marco de la ley 200 de 1995; empero, frente a la nueva causal de inhabilidad consagrada en el numeral 2° del artículo 38 de la ley 734 de 2002, en los casos allí consignados, puede afectarse materialmente la situación jurídica de la persona en forma grave, pues podría dar la lugar la situación a la Imposición de dos o más sanciones en tiempos diferentes.

Lo anterior, en aplicación del inciso final del artículo 175 de la Ley 734 de 2002".

En efecto, la instrucción dada por el Procurador preserva la aplicación de los principios de seguridad jurídica, eficacia, economía y celeridad para fortalecer la unidad procesal, que permite en virtud del fuero de atracción arrastrar el procedimiento ordinario al verbal.

En el caso bajo estudio, en la audiencia celebrada el 20 de septiembre de 2005 el Procurador Provincial sobre este tópico señaló, que se inició contra el actor y el Presidente del Concejo la actuación disciplinaria por el procedimiento ordinario porque en principio no se daban los presupuestos para iniciarlo por el verbal, pero luego la posterior actuación ordenada con auto de 6 de diciembre de 2004, permitió no solo la vinculación al proceso de los restantes disciplinados, sino la necesaria adecuación al proceso verbal, por considerar que al momento de la apertura de la investigación en contra de los concejales se daban los requisitos para la formulación del pliego agravatorio, conforme los dispone el art. 175 inciso 3 de la Ley 734 de 2002. Agregó, que para el 10 de mayo de ese año, existían los elementos requeridos por el artículo 162 del C.D.U., es decir, estaba objetivamente demostrada la falta y se hallaba la prueba que comprometía la responsabilidad de los investigados.

Finalmente aseveró, que tomada la decisión de llamar a audiencia y tratándose de los mismos hechos, la vinculación de los dos primeros investigados, señores Gerardo María Bravo y Juan Diego Zarama, la adecuación al procedimiento verbal se hizo forzosa conforme al fuero de atracción.

Los argumentos expuestos precedentemente demuestran que no fue *per se* la vinculación de los concejales la razón esencial para que el procedimiento ordinario iniciado contra el actor se ajustara al verbal, sino, que se dieron los presupuestos sustanciales para que proferiera pliego de cargos por un lado y por el otro, los principios reguladores del proceso, relativos a la unidad, economía, celeridad y unidad de defensa lo que condujeron al Provincial a tomar esa decisión.

Efectivamente, continuar dos investigaciones paralelas que concitan la misma causa por dos procedimientos diferentes, puede conducir a tomar

decisiones encontradas y en tiempo diverso, lo que no se compadece con la principio de unidad procesal, de contera que, se negará la nulidad pretendida, dado que el argumento nugatorio no fue la violación del principio de defensa, contradicción o publicidad generados por el cambio de trámite, habida cuenta, que se garantizó la defensa unitaria, continua y permanente en todas sus etapas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A:

DENÍEGUENSE las pretensiones de la demanda.

ACÉPTESE la renuncia del poder presentada por Diana Patricia Meneses Max y póngase en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación.

CÓPIESE, PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LA ANTERIOR PROVIDENCIA QUE NIEGA LAS PRETENSIONES FUE ESTUDIADA Y APROBADA POR LA SALA EN SESIÓN DE LA FECHA.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO ALFONSO VARGAS RINCÓN

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

^[1]La Sección Segunda, en auto del 18 de mayo de 2011, expediente NI.0145-10, Actor: Anastasio Avendaño Tangarife., Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, asumió la competencia para conocer de las sanciones disciplinarias administrativas relacionadas con el retiro temporal o definitivo del servicio, esto es, de las destituciones y suspensiones en el ejercicio del cargo, cuando éstas provengan de una autoridad del orden nacional.

^[2] Exp. # 0384-10, actor: Saulo Guarín Cortés. M.P. Gustavo Eduardo Gómez A.

^[3] Rad No. 1384-06 M.P. Víctor Hernando Alvarado.

^[4] Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 35, 165 y 223 parciales, de la Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

^[5] Art. 163 del C.D.U.

^[6] sentencia C-213 de 2007

^[7] Que su vez reto

man las sentencias T-301 de 1996, T-433 de 1998 y T-1034 de 2006.

^[8] Art. 243 del C.P.C.

^[9] Hernán Fabio López Blanco señala, que en sentido estricto el concepto de prueba ilícita no toca con los medios de prueba en sí mismos, pues al tenor del art. 175 del C.P.C. son abstractamente considerados en sí mismos, lícitos, sino con las particulares modalidades como se obtuvo su práctica.

^[10] Por remisión del art. 21 del C.D.U.

^[11] Las 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. -declarado exequible mediante sentencia C-1076/02-

^[12] C-1076/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:58:22