

SERVIDOR PUBLICO – violación del régimen de incompatibilidades: ejercicio de la profesión de abogado / VIOLACION DEL REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE SERVIDOR PUBLICO – Ejercicio de la abogacía / EJERCICIO DE LA PROFESION DE ABOGADO – Violación de incompatibilidades del servidor público / DERECHO A LA IGUALDAD – No vulneración

Las pruebas obrantes en la investigación muestran claramente que el actor, entre el 5 de diciembre de 1996 y el 16 de junio de 1997, período en el que actuó como apoderado de la señora Hortensia Elena Beltrán Orozco en diferentes instancias (administrativa y judicial), se desempeñó en el cargo de Profesional Universitario Código 3020 – Grado 10, Director Regional (E) y Director de la Cárcel Distrito Judicial de Barranquilla “Modelo”, respectivamente. La Corte Suprema de Justicia señaló que incurre en dicha incompatibilidad el funcionario *que "... actúa en interés propio o ajeno, con instrucciones especiales o sin ellas tratando de obtener determinada resolución cualquiera que sea el empleado público al que se dirija... No es necesario ni mucho menos indispensable, que esa labor se cumpla dentro de un proceso civil, penal, laboral o administrativo, ya que la Ley no establece esta suerte de restricciones. Por el contrario, su sentido es amplísimo e incurre en la prohibición el agente... que se empeñe en gestión o gestiones ante cualquier autoridad de cualquier dependencia y sea cual fuere el fin perseguido o el reclamo en curso"* (sentencia de 15 septiembre 1971). Por lo expuesto, no puede negarse entonces que quien interviene ante cualquier autoridad con fines defensivos o de impugnación, en defensa de sus propios intereses o de los de terceros, teniendo la investidura de servidor público, incurre en la incompatibilidad señalada en el numeral 1º del artículo 39 del Decreto 196 de 1971. En cuanto a la falta de competencia de la Oficina de Control Único Disciplinario del Inpec. En el sub-judice se observa que en el auto No. 1 de 2 de julio de 1997, se dispuso informar a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación sobre la apertura de la investigación disciplinaria, para que este organismo ejerciera su poder preferente. Como el Procuraduría se abstuvo de ejercer el poder preferente, la investigación podía continuarla el organismo de control interno disciplinario de la entidad, tal como sucedió (artículo 57 de la ley 200 de 1995). Además, se observa que la sanción impuesta fue proferida por el funcionario competente, en cada una de las instancias, atendiendo la calificación de la falta (inciso 2 del artículo 61 de la ley 200 de 1995). Respecto de la violación de los derechos de contradicción y defensa: En el sub-lite se establece que al investigado (hoy demandante) no se le vulneraron los derechos de defensa y contradicción, por cuanto se le respetaron todas las garantías y participó activamente en el proceso disciplinario (descorrió el pliego de cargos, aportó pruebas e interpuso recursos), se evidencia que el trámite adelantado estuvo conforme al ordenamiento jurídico. Respecto del derecho a la igualdad: Señala la parte actora, en síntesis, que el derecho a la igualdad, *“por expresa previsión normativa de la Carta Magna, no está sometido al desarrollo que de él haga la ley para ser aplicable como patrón o medida de razonabilidad y proporcionalidad.....”*. Considera la Sala que de este argumento no se evidencia en qué consistió la vulneración del derecho controvertido. Por los razonamientos anteriormente esbozados, se impone confirmar de la sentencia de primera instancia.

FALTA GRAVISIMA DISCIPLINARIA – No está sujeta a graduación para determinar sanción

En cuanto a la no valoración de los atenuantes al momento de calificar la falta: En este caso, la conducta del demandante fue calificada como gravísima (numeral 10 artículo 25 de la ley 200 de 1995), por cuanto actuó como litigante a sabiendas de estar incurso en la incompatibilidad señalada en el numeral 1º del artículo 39 del Decreto 196 de 1971. Respecto de los atenuantes que en sentir de la parte actora se debieron tener en cuenta, es necesario precisar que el legislador se encuentra habilitado por la Constitución Política para establecer un sistema de modulación de gravedad de las conductas disciplinariamente reprochables. De allí que el funcionario sancionador pueda dar aplicación a los criterios de graduación, contenidos en el artículo 27 de la ley 200 de 1995, para determinar la gravedad o levedad de las faltas. No obstante, y ello para responder a los cargos que en esta oportunidad formula la parte actora, en tratándose de las faltas que han sido catalogadas como gravísimas por expresa denominación legal, el sistema de graduación del artículo 27 no opera. En otras palabras, el hecho de que los criterios para determinar la gravedad de las faltas disciplinarias sólo se apliquen a las faltas graves o leves, mas no a las gravísimas, se encuentra ajustado a las prescripciones de la Carta Fundamental.

PODER PREFERENTE - concepto

Esta facultad implica que el control disciplinario que cumplen los organismos de control externo en esta materia prima sobre el que ejercen internamente las entidades estatales por medio de sus autoridades competentes. Por su ejercicio se desplaza a la administración del trámite del proceso disciplinario, logrando la Procuraduría o la Personería (respecto de funcionarios municipales) avocar su conocimiento en cualquiera de las etapas o fases de la actuación, indagación o investigación; comprende, asimismo, la posibilidad no solo de asumir y adelantar las averiguaciones, sino también la de ejercer el poder sancionatorio. El poder preferente que puede ejercer la Procuraduría General de la Nación es de orden constitucional, establecida en el artículo 277- 6.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCIA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil siete (2007).-

EXP. No. 08001-23-31-000-1998-00683-01 (4053-2003)

AUTORIDADES NACIONALES

ACTOR: URIEL DE JESÚS SALCEDO FIGUEROA Y OTROS

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de marzo de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

ANTECEDENTES

Uriel de Jesús Salcedo Figueroa, Rosalba Neira de Salcedo, Kelly Johanna Salcedo Neira y Wendy Yolany Salcedo Neira, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitan que se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 2901 de 4 de julio de 1997, 2985 de 9 de julio, 4272 de 6 de octubre, 184 de 30 de octubre todas del mismo año y 002 de 5 de enero de 1998, proferidas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por medio de las cuales fue suspendido el primero de los demandantes citados y posteriormente destituido de su cargo como Director de la Cárcel Distrito Judicial Barranquilla "*Modelo*".

A título de restablecimiento del derecho reclaman que se condene a la entidad demandada a reintegrarlo al mismo cargo o a otro de superior categoría, así como el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de devengar desde la "*suspensión y destitución*" hasta que sea reintegrado. Piden que se condene al pago de los perjuicios morales sufridos y que para todos los efectos legales se declare que no ha habido solución de continuidad; por último, que se dé cumplimiento a la sentencia de acuerdo a lo ordenado en los artículos 178 del C.C.A y 884 del C. Comercio (fls. 2, 3 cdno ppal).

Uriel de Jesús Salcedo Figueroa, como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, manifiesta que el 29 de abril de 1997 tomó

posesión del cargo de Director de la Cárcel Distrito Judicial de Barranquilla “Modelo”, Código 220, Grado 12 de la planta global de personal.

Señala que mediante auto de 2 de julio de 1997 la Oficina de Control Único Disciplinario del Inpec le abrió investigación formal, por haber ejercido la profesión de abogado ante el Instituto de Seguros Sociales, como apoderado de Hortensia Elena Beltrán Orozco.

Precisa que un día después, dicha dependencia le solicitó al Director General del Inpec su suspensión provisional, pedimento que fue acatado por resolución No. 2901 de 4 de julio de 1997. Narra que contra esta decisión interpuso recursos de reposición y apelación, los cuales fueron rechazados por la resolución No. 2985 de 9 de julio del mismo año. Posteriormente, a través de la resolución No. 4272 de 6 de octubre de 1997, se decidió prorrogar por tres meses más la suspensión provisional.

Resalta que cuando la administración expidió la mencionada resolución No. 4272, ya estaban vencidos los tres meses de suspensión dispuestos en la resolución No. 2901 de 4 de julio de 1997, por lo que debió haber sido restituido en su cargo.

Expresa que mediante resolución No. 184 de 30 de octubre de 1997 fue sancionado con destitución del cargo, acto que fue confirmado por la resolución No. 002 de 5 de enero de 1998. Afirma que la investigación y la sanción no podía ser desarrollada y concretada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en razón a que dicha institución “*sólo tiene COMPETENCIA DISCIPLINARIA para investigar y sancionar al funcionario público **por razón de sus funciones***” y lo hechos objeto de controversia “*no pertenecen de algún modo al ejercicio de funciones que le correspondían como Director de la Cárcel Distrito Judicial de Barranquilla (Modelo), sino que están totalmente fuera de ellas*”. Que la Procuraduría General de la Nación debió haber iniciado y culminado la investigación, atendiendo la competencia general y prevalente que le fue asignada por la ley (fl. 8 cdno ppal).

Comenta que en el trámite de la investigación sólo le fue aceptada la declaración de Hortensia Beltrán Orozco, quien manifestó que la asistencia profesional controvertida *“había sido **GRATUITA** y básicamente para AYUDARLE a evitar un perjuicio”*. Precisa que esta declaración, que le resulta favorable no fue tomada en cuenta, por lo que se vulneró su derecho fundamental de defensa. Refiere que si se hubiere atendido los motivos nobles y altruistas que lo impulsaron, *“la intensidad y graduación de la pena tenía que ser menor y alcanzar a lo sumo el calificativo de grave; lo cual **no permitía aplicar la sanción de Destitución**”* (fls. 9, 10 cdno ppal).

Explica que el Director Regional del Norte no era el competente para fallar en primera instancia, sino al Jefe de la Oficina de Control Único Disciplinario. Por último, señala que la investigación nació viciada por cuanto no pudo controvertir las pruebas recaudadas en su contra, *“sino hasta cuando fue notificado del pliego de cargos que le hizo el I.N.P.E.C”* (fl. 11 cdno ppal).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico denegó las súplicas de la demanda (fl. 303 cdno ppal).

Señaló, en síntesis, que la actuación disciplinaria adelantada hasta que se decretó la suspensión provisional del actor, *“se desarrolló siguiendo el principio de contradicción y dándole cumplimiento a los requisitos que debe contener el auto de trámite que ordene la investigación disciplinaria (artículos 80 y 144 de la Ley 200 de 1995), puesto que el demandante no solamente tuvo la oportunidad de controvertir, sino que además se le comunicó la decisión de abrirle una investigación disciplinaria”* (fl. 293 cdno ppal).

Precisó que no encuentra que la Oficina de Control Único Disciplinario hubiera vulnerado el derecho de defensa del hoy demandante, al haber denegado la práctica de unas inspecciones oculares, pues las razones que utilizó dicha dependencia para justificar la medida fueron valederas.

En cuanto a la intensidad o graduación de la falta cometida, resaltó que en el expediente no se vislumbra una conducta temeraria o desproporcionada que amerite hacer un análisis de fondo.

Concluyó que en este caso no se produjo la falta de motivación de la resolución No. 2901 de 1997, ya que en dicho acto se plasmó que la medida se adoptaba *“porque, a juicio del señor Director General del INPEC, existía la posibilidad de reiteración o continuidad de la falta disciplinaria por parte del investigado”* (fl. 299 cdno ppal).

Refirió que en este caso, al decidir la Procuraduría Distrital de Barranquilla remitir el trámite a la oficina de control interno disciplinario del Inpec, no se presenta la incompetencia alegada.

Destacó que al haberse calificado la falta como gravísima, *“le permitía al jefe de la dependencia o seccional o regional correspondiente fallar el proceso en primera instancia, por disposición expresa del artículo 61 (inciso segundo) de la Ley 200 de 1995. Por consiguiente, el señor Director Regional Norte del INPEC, estaba facultado legalmente para proferir la Resolución de Destitución”* (fl. 301 cdno ppal).

Por último, enfatizó respecto a que los tres meses de suspensión provisional estaban vencidos, que no es viable argumentar la vulneración de los postulados programáticos de la Carta sin hacer remisión a las normas legales que le dan concreción o desarrollo.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

La parte demandante solicita que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se decidan favorablemente las pretensiones de la demanda (fl. 315 cdno ppal).

Señala, en síntesis, que el derecho fundamental a la igualdad no esta sometido al desarrollo que de él haga la ley, para ser aplicable como patrón o

medida de razonabilidad y proporcionalidad; resalta, que la normativa constitucional prevalece, pues es norma de normas.

Sostiene que al no haberse tenido en cuenta los fines nobles y altruistas que motivaron al hoy demandante, al momento de determinar sobre la gravedad o levedad de la falta, vulnera su derecho de defensa. Resalta que tales atenuantes *“impedían calificar – valorar la falta como gravísima y proceder legalmente a la destitución del dr Salcedo Figueroa”* (fl. 309 cdno ppal).

Que otro elemento atenuante es el buen desempeño del actor, *“hasta el punto que ninguna imputación o aseveración en contrario aparece en el curso de la investigación”* (fl. 310 cdno ppal). Precisa que los hechos investigados no pertenecen al ejercicio de su cargo, pues esta probado que su conducta **“fue totalmente EXTRAÑA a las funciones desempeñadas como Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Barranquilla (Modelo), aspecto por el cual puede decirse que no hubo perturbación del servicio con ella y que la calificación o graduación de la falta debió alcanzar el nivel de leve, sin llegar jamás al de falta gravísima ni producir la destitución del supuesto infractor o imputado”** (fl. 311 cdno ppal).

Reitera que el Inpec debió reconocer que tenía la obligación de aplicar la pena según las circunstancias atenuantes existentes, máxime si el artículo 27 del C.D.U establece estos factores y los criterios que se deben tener en cuenta.

Asevera que en primera instancia se omitió que la Oficina de Control Interno Disciplinario del Inpec sólo tiene facultades para investigar, suspender y sancionar las conductas relacionadas con la actividad de la institución, mientras que en este caso los hechos controvertidos no pertenecieron de algún modo al ejercicio de las funciones del hoy actor. Por lo tanto, al ser la Procuraduría General de la Nación la competente para conocer de la investigación, no podía validamente remitir las diligencias al Inpec.

Agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer la legalidad de las resoluciones Nos. 2901 de 4 de julio de 1997, 2985 de 9 de julio, 4272 de 6 de octubre, 184 de 30 de octubre del mismo año y 002 de 5 de enero de 1998, actos proferidos por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - Inpec, por medio de los cuales se suspendió provisionalmente al demandante y posteriormente se ordenó su destitución del cargo de Director de la Cárcel Distrito Judicial de Barranquilla “Modelo”.

Se le endilga a Uriel de Jesús Salcedo Figueroa haber incurrido en la incompatibilidad prevista en el numeral 1º del artículo 39 del decreto 196 de 1971, por cuanto siendo empleado público al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - Inpec, recibió el 5 de diciembre de 1996 poder de la señora Hortensia Elena Beltrán Orozco para realizar el cobro de los derechos adquiridos como causahabiente de Alfredo Beltrán Beltrán (fls. 13, 63 cdno 2), el cual radicó un día después en el Instituto de Seguros Sociales (fl. 14, 64 cdno 2); que en virtud de dicho mandato solicitó el 10 de diciembre siguiente al Jefe de Departamento Historia Laboral y Nómina de Pensionados “*abstenerse de dar la orden de pago*” (fl. 66 cdno 2) y el 16 de junio de 1997 participó en la práctica de una prueba anticipada en el Juzgado Primero Civil Municipal de Barranquilla, diligencia en la que se le reconoció personería (fl. 62 cdno 2).

Las pruebas obrantes en la investigación muestran claramente que Uriel de Jesús Salcedo Figueroa, entre el 5 de diciembre de 1996 y el 16 de junio de 1997, período en el que actuó como apoderado de la señora Hortensia Elena Beltrán Orozco en diferentes instancias (administrativa y judicial), se desempeñó en el cargo de Profesional Universitario Código 3020 – Grado 10, Director Regional (E) y Director de la Cárcel Distrito Judicial de Barranquilla “Modelo”, respectivamente (fls. 174, 218 cdno ppal, 10 cdno 2).

La Corte Suprema de Justicia señaló que incurre en dicha incompatibilidad el funcionario *que "... actúa en interés propio o ajeno, con instrucciones especiales o sin ellas tratando de obtener determinada resolución cualquiera que sea el empleado público al que se dirija... No es necesario ni mucho menos indispensable, que esa labor se cumpla dentro de un proceso civil, penal, laboral o administrativo, ya que la Ley no establece esta suerte de restricciones. Por el contrario, **su sentido es amplísimo e incurre en la prohibición el agente... que se empeñe en gestión o gestiones ante cualquier autoridad de cualquier dependencia y sea cual fuere el fin perseguido o el reclamo en curso**"* (Resaltado fuera del texto - sentencia de 15 septiembre 1971).

Es claro entonces que el precepto no establece limitaciones respecto de la clase de actuación que se haga ni el funcionario u autoridad ante la cual se interceda; **basta con que el servidor abogue**: término que según la Corte Suprema de Justicia significa **defender en juicio, interceder por alguien, alegar en su favor, reclamar algo, prestar auxilio o protección a personas o cosas, impugnar una conducta o una aspiración, para que se considere que hubo actuación.**

Por lo expuesto, no puede negarse entonces que quien interviene ante cualquier autoridad con fines defensivos o de impugnación, en defensa de sus propios intereses o de los de terceros, teniendo la investidura de servidor público, incurre en la incompatibilidad señalada en el numeral 1º del artículo 39 del Decreto 196 de 1971.

La Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del numeral 1º del artículo 39 del decreto ley 196 de 1971, señaló que esta normativa es fruto de la facultad que le asiste al legislador para regular el ejercicio de las profesiones u oficios; dijo que con esta incompatibilidad se busca *"...transparencia en el ejercicio profesional, pues el ordinal acusado evita que un servidor público utilice los poderes derivados de su cargo en su ejercicio profesional, con lo cual se controlan ciertos riesgos sociales ligados a la profesión de abogado (CP art. 29) y, además se logra una mayor igualdad entre los litigantes y los justiciables, ya que se impide*

que la función pública se traduzca en tratos discriminatorios entre las personas (CP art. 13)" (Sentencia C-658 de 1996)

La prohibición para el funcionario público de ejercer como abogado en causa propia o ajena, resulta razonable según la Corte Constitucional y se acomoda los fines constitucionales que persiguen la transparencia en el ejercicio profesional y la protección de la función pública.

Motivos de impugnación:

En este caso, la parte demandante plantea a lo largo del proceso la falta de competencia de la Oficina de Control Único Disciplinario del Inpec, violación de los derechos de contradicción y defensa, no valoración de los atenuantes al momento de calificar la falta y vulneración del derecho a la igualdad.

1. En cuanto a la falta de competencia de la Oficina de Control Único Disciplinario del Inpec:

Señala la parte actora que el a-quo se abstuvo de descalificar la argumentación central de la demanda tendiente a que *"la Oficina de Control Interno Disciplinario del INPEC sólo tenía facultades para investigar, suspender y sancionar al dr Uriel Salcedo Figueroa POR RAZON DE SUS FUNCIONES UNICAMENTE (control interno)"*, lo cual no sucedió en este caso, por cuanto las conductas controvertidas no hacen parte de las funciones del demandante como Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Barranquilla. Que la competencia la tenía la Procuraduría General de la Nación, por lo que mal hizo este organismo en remitir las diligencias al Inpec (fl. 314 cdno ppal).

Para la Sala en este punto es necesario tocar el tema del poder preferente:

Esta facultad implica que el control disciplinario que cumplen los organismos de control externo en esta materia prima sobre el que ejercen internamente las entidades estatales por medio de sus autoridades competentes. Por su ejercicio se desplaza a la administración del trámite del proceso disciplinario, logrando la Procuraduría o la Personería (respecto de funcionarios

municipales) avocar su conocimiento en cualquiera de las etapas o fases de la actuación, indagación o investigación; comprende, asimismo, la posibilidad no solo de asumir y adelantar las averiguaciones, sino también la de ejercer el poder sancionatorio.

El poder preferente que puede ejercer la Procuraduría General de la Nación es de orden constitucional, al establecerse en el artículo 277- 6 que:

"El Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus agentes, tendrá las siguientes funciones:

6.... Ejercer preferentemente el poder disciplinario".

Esta facultad se encuentra desarrollada en la ley 200 de 1995 en los artículos 3 y 47:

"Artículo 3. Poder disciplinario preferente. En desarrollo del poder disciplinario preferente, podrá el Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados o agentes avocar mediante decisión motivada, de oficio o a petición de parte, el conocimiento de aquellos asuntos que se tramiten internamente ante cualquiera de las ramas u órganos del poder público.

El Procurador General establecerá criterios imparciales y objetivos para la selección de quejas y expedientes disciplinarios a fin de dar cumplimiento al inciso anterior".

Artículo 47. Oficiosidad y preferencia... En cualquier momento, la Procuraduría General de la Nación previa decisión motivada de funcionario competente podrá asumir una investigación disciplinaria iniciada por cualquier organismo, en cuyo caso el competente la suspenderá y pondrá a su disposición, dejará constancia de ello en el expediente y dará información al jefe de la entidad. Igual trámite se observará, cuando sea la Procuraduría la que determine remitir el trámite al control disciplinario interno de los organismos o entidades.

Los personeros tendrán frente a la administración distrital o municipal competencia preferente."

En el sub-judice se observa que en el auto No. 1 de 2 de julio de 1997, se dispuso informar a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación sobre la apertura de la investigación disciplinaria, para que este organismo ejerciera su poder preferente (fls. 17, 18 cdno No. 3).

Mediante oficio No. 7201-CUD-1267 de 8 de agosto de 1997 se le informó a la Jefe de Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación sobre la apertura de la investigación disciplinaria contra Uriel Salcedo Figueredo (fls. 91 a 93 cdno No. 3).

Cuando la administración advierte que el Procurador Distrital de Barranquilla también adelantó una investigación disciplinaria por los mismos hechos, le informa a dicho funcionario sobre esta situación *“con el único objeto de evitar vulneración al principio del Debido Proceso y Non Bis In Idem entre otros; sin perjuicio de la Competencia Preferente de la Procuraduría General de la Nación para conocer del proceso disciplinario (art. 47 de la ley 200/95)”* (fls. 101, 102 cdno No. 3).

Enterado de esta situación, el Procurador Distrital de Barranquilla se abstuvo de continuar con el proceso, pues consideró que en este caso no es *“pertinente ejercer la facultad a que se refiere el artículo 47 del Código Disciplinario Único; empero se continuará el diligenciamiento en ejercicio de la Vigilancia Superior contemplada en el artículo 277-6 Constitucional”* (fls. 180 a 182 cdno No. 3).

Como el Procuraduría se abstuvo de ejercer el poder preferente, la investigación podía continuarla el organismo de control interno disciplinario de la entidad, tal como sucedió (artículo 57 de la ley 200 de 1995).

Además, se observa que la sanción impuesta fue proferida por el funcionario competente, en cada una de las instancias, atendiendo la calificación de la falta (inciso 2 del artículo 61 de la ley 200 de 1995).

En cuanto a que la Oficina de Control Único Disciplinario del Inpec no tenía competencia, porque la falta que se le endilga al investigado (hoy demandante) no compromete el ejercicio directo de sus funciones como Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Barranquilla. Considera la Sala que este argumento es desacertado, por cuanto en el litigio la obligación de atender *“con celosa diligencia los encargos profesionales”* (artículo 47, numeral 6 del decreto

196 de 1971), restringe el desempeño como funcionario público *“respetar, cumplir y hacer cumplir la constitución política, las leyes, los reglamentos general e internos; dedicar la totalidad del tiempo reglamentario al desempeño de las funciones que le han sido encomendadas”* (numerales 1 y 7 de artículo 16 del decreto 407 de 1994, Régimen de Personal del Inpec) y viceversa.

2. Respecto de la violación de los derechos de contradicción y defensa:

En el sub-lite se establece que al investigado (hoy demandante) no se le vulneraron los derechos de defensa y contradicción, por cuanto se le respetaron todas las garantías y participó activamente en el proceso disciplinario (descorrió el pliego de cargos, aportó pruebas e interpuso recursos), tal como se verá a continuación:

- El auto que decidió la apertura de la investigación disciplinaria, ordenó notificar su contenido al investigado (fls. 17, 18 cdno No. 2).

- Mediante auto de 3 de julio de 1997 la Jefe de Oficina de Control Único Disciplinario solicitó la suspensión provisional del investigado, medida que fue suficientemente sustentada (fls. 21, 22 cdno 2).

- El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec ordenó la suspensión provisional de Uriel Salcedo Figueroa, a través de resolución No. 2901 de 4 de julio de 1997 (fls. 24, 25 cdno No. 2).

- Contra esta medida el investigado interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación (fls. 46 a 48 cdno 2); los cuales fueron rechazados porque *“contra la citada Resolución no procede recurso alguno,*

de conformidad con lo previsto en el artículo 115 de la ley 200 de 1.995”
(resolución No. 2985 de 9 de julio de 1997 – fl. 52 cdno No. 2).

- La Oficina de Control Único Disciplinario profirió el auto de cargos el 31 de julio de 1997 (fls. 83 a 87 cdno 2), decisión que le fue notificada al investigado (fl. 104 cdno No. 2).

- Uriel Salcedo Figueroa mediante escrito de 11 de agosto de 1997 pidió la nulidad de todo lo actuado (fls. 94 a 96 cdno No. 2); solicitud que le fue contestada en el oficio No. 7201-CUD-1376 de 22 de agosto de 1997 (fls. 115, 116 cdno No. 2).

- El 13 de agosto de 1997, el investigado contestó el pliego de cargos y pidió pruebas (fls. 106 a 111 cdno No. 2).

- Por auto de 26 de agosto de 1997 se decretó la declaración de Hortensia Beltrán Orozco y se denegó la práctica de las demás pruebas solicitadas por el hoy demandante, decisión que en concepto de la Sala fue acertada, por cuanto las inspecciones oculares pedidas eran inconducentes e impertinentes (fls. 118 a 121 cdno No. 2).

- El investigado interpuso recurso de apelación contra esta última decisión (fls. 125 a 129 cdno No. 2), el cual fue resuelto en el mismo sentido por auto de 21 de octubre de 1997 (fls. 183 a 187 cdno No. 2).

- La declaración de Hortensia Elena Beltrán Orozco fue recepcionada el 24 de octubre de 1997 (fls. 190, 191 cdno No. 2).

- El 3 de octubre de 1997, la Jefe de la Oficina de Control Único Disciplinario solicitó prorrogar la suspensión provisional de Uriel de Jesús Salcedo Figueroa por tres meses más, medida que también fue suficientemente motivada (fl. 196 cdno No. 2).

- Mediante resolución No. 4272 de 6 de octubre e 1997 se prorrogó por tres meses más la suspensión provisional (fls. 197, 198 cdno No. 2).

- El Director Regional del Norte, mediante resolución No. 184 de 30 de octubre de 1997, sancionó disciplinariamente a Uriel de Jesús Salcedo Figueroa con Destitución (fls. 200 a 209 cdno 2)

- El investigado interpuso recurso de apelación contra esta resolución (fls. 214 a 227 cdno No. 2); decisión que fue confirmada por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec (resolución No. 0002 de 5 de enero de 1998 – fls. 234 a 242 cdno No. 2).

Del anterior recuento, se evidencia que el trámite adelantado estuvo conforme al ordenamiento jurídico.

3. En cuanto a la no valoración de los atenuantes al momento de calificar la falta:

En este caso, la conducta del demandante fue calificada como gravísima (numeral 10 artículo 25 de la ley 200 de 1995), por cuanto actuó

como litigante a sabiendas de estar incurso en la incompatibilidad señalada en el numeral 1º del artículo 39 del Decreto 196 de 1971.

Respecto de los atenuantes que en sentir de la parte actora se debieron tener en cuenta, es necesario precisar que el legislador se encuentra habilitado por la Constitución Política para establecer un sistema de modulación de gravedad de las conductas disciplinariamente reprochables. De allí que el funcionario sancionador pueda dar aplicación a los criterios de graduación, contenidos en el artículo 27 de la ley 200 de 1995, para determinar la gravedad o levedad de las faltas.

No obstante, y ello para responder a los cargos que en esta oportunidad formula la parte actora, en tratándose de las faltas que han sido catalogadas como gravísimas por expresa denominación legal, el sistema de graduación del artículo 27 no opera. En otras palabras, el hecho de que los criterios para determinar la gravedad de las faltas disciplinarias sólo se apliquen a las faltas graves o leves, mas no a las gravísimas, se encuentra ajustado a las prescripciones de la Carta Fundamental.

La Corte Constitucional en sentencia C-708 de 1999 señaló:

“Las faltas disciplinarias, para fines sancionatorios, han sido clasificadas en la Ley 200 de 1995 en tres grupos: gravísimas, graves y leves. En este orden de ideas, el artículo 25 señala cuales conductas de los servidores públicos se consideran faltas gravísimas, erigidas en causales de mala conducta, y el artículo 27, acusado, fija los criterios para determinar la gravedad o levedad de las faltas.

“El legislador, con ese fin, ha precisado en el artículo 38 de esa misma ley qué debe entenderse por falta disciplinaria en general, esto es “el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses”, de lo cual se puede deducir un claro propósito de evitar arbitrariedades en el ejercicio de la función pública.

“Esa definición, desde una interpretación sistemática, debe ser el punto de partida para clasificar las faltas en graves o leves, por circunstancias modales, personales del infractor, del fin propio de la función pública y del servicio público afectado con las mismas, de la naturaleza y efectos de las faltas y de las circunstancias y

modalidades del hecho que las configura. Como ya se dijo, son precisas las conductas que se encuentran estatuidas como faltas gravísimas, respecto de las cuales no cabe ningún tipo de gradación (arts. 25 y 26)."

La consideración anterior se justifica, dice la Corte, ya que el legislador es autónomo para definir, dentro de los márgenes de lo razonable, los criterios aplicables al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado. Así las cosas, reiteró lo dicho en la Sentencia C-103 de 1997 cuando se dijo:

"...mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, y sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre los límites de la norma positiva, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.

"(...)

"Quien expide la ley debe gozar de atribuciones suficientes -que a la vez comprometen su responsabilidad- para adecuar razonablemente las penas, según los diversos elementos que inciden en las conductas proscritas. La norma absoluta, que no establece distinciones, que otorga el mismo trato jurídico a situaciones diferentes, podría ser objeto de glosa, con mayor propiedad, por romper la igualdad y por desvirtuar el concepto de justicia, que aquélla orientada a la gradación y distinción fundada en hipótesis diversas."

Por lo expuesto, las faltas gravísimas, cuando su comisión ha sido comprobada y adjudicada a título de dolo o culpa (como en este caso), no son susceptibles de graduación para efectos de determinación de la sanción.

4. Vulneración del derecho a la igualdad:

Señala la parte actora, en síntesis, que el derecho a la igualdad, *"por expresa previsión normativa de la Carta Magna, no está sometido al desarrollo que de*

él haga la ley para ser aplicable como patrón o medida de razonabilidad y proporcionalidad.....” (fl. 308 cdno ppal).

Considera la Sala que de este argumento no se evidencia en qué consistió la vulneración del derecho controvertido.

Por los razonamientos anteriormente esbozados, se impone confirmar de la sentencia de primera instancia.

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

CONFIRMASE la sentencia de diecinueve (19) de marzo de dos mil tres (2003), proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el proceso promovido por URIEL DE JESÚS SALCEDO FIGUEROA Y OTROS contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCIA

ALFONSO VARGAS RINCON