**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Radicación No.: 66001-22-05-000-2016-00180-00

Proceso: Tutela 1º Instancia

Accionante: Juan José Moncada Vargas

Accionado: Ministerio de Defensa Nacional y otros

Providencia Primera Instancia

*Tema:* ***Debido proceso en materia disciplinaria.*** *En materia disciplinaria, la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2012, ha encontrado que el debido proceso está conformado por nueve elementos esenciales que son: (i) Principio de legalidad de la conducta disciplinaria y de la sanción imponible, (ii) principio de publicidad, (iii) derecho de defensa, (iv) principio de la doble instancia, (v) presunción de inocencia, (vi) principio de imparcialidad, (vii) principio de non bis in ídem, (viii) Principio de cosa juzgada y (ix) prohibición de reformatio in pejus. Es deber de todos los operadores jurídicos disciplinarios, respetar estas garantías de una forma material, es decir, no aparentar su respeto de una forma meramente formal, sino procurar que todos estos principios, derechos y prohibiciones se vean realmente materializados y beneficien a quien se encuentra en medio de una actuación disciplinaria. Esto implica que las etapas propias del proceso disciplinario no pueden ser una armadura rígida e inamovible en la cual se cumpla a rajatabla con las actuaciones adjetivas, sino que deben ser marcos de regulación flexibles y adaptables a las situaciones particulares de cada juicio, en procura siempre de materializar el derecho sustantivo.* ***Principio de publicidad.*** *En cuanto al principio de publicidad, el cual se enuncia como violado en este caso, por las indebidas notificaciones al señor Moncada Vargas, ha de decirse que implica el deber de los operadores disciplinarios de dar a conocer a los sujetos procesales las determinaciones que se adopten en el curso de los mismos, para lo cual CDU dedicó el capítulo segundo del título V del Libro IV, denominado “Notificaciones y Comunicaciones”, disponiéndose en el artículo 100 que la notificación se puede surtir de manera personal, por estado, en estrados, por edicto o por conducta concluyente, medios desarrollados en las normas ulteriores. En el artículo 109 de la obra en cuestión, se regulan las comunicaciones, indicándose en el inciso segundo, de manera general que las decisiones no susceptibles de recursos se comunicarán al día siguiente por un medio eficaz, dejando testimonio de ello en el expediente. Lo anterior permite determinar la separación de las decisiones que se pueden tomar en el curso de un proceso disciplinario. De una parte, existen decisiones que resuelven asuntos relevantes y de importancia en el curso del proceso, existen decisiones de fondo y existen actos de mero trámite, debiendo frente a los dos primeros surtirse la notificación, en los términos indicados en los artículos 100 a 108 y frente a los terceros, dándose a conocer por medio de la comunicación, regulada en el canon 109 del CDU; pero en cualquier caso, haciéndose saber las decisiones adoptadas a los sujetos procesales.* ***Inasistencia a audiencia por causas de fuerza mayor. Justificación.*** *Como se evidencia de la sentencia traída a cuento, en especial del acápite destacado, la notificación en estrados en las investigaciones disciplinarias es perfectamente viable, tal como lo contempló el canon 106 del CDU, siempre que la actuación que da curso al inicio del proceso disciplinario haya sido notificada de manera personal al investigado; pero no puede entenderse de manera absoluta e irrestricta, pues la misma Corte precisó que en caso de inasistencia por razones de fuerza mayor, es posible presentar una justificación y asistir al siguiente acto, siendo la consecuencia lógica de ello, que si la justificación es aceptada, pueda el investigado agotar la actuación procesal que por causa de la fuerza mayor, se hubiere perdido. Lo anterior implica, un deber de los operadores disciplinarios de resolver las justificaciones cuando las mismas sean presentadas por las partes y, de encontrarse que las mismas obedecen a una situación externa e irresistible del encartado, aceptarla.*

Pereira, veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

### Acta número \_\_\_ del 24 de agosto de 2016.

 Se dispone la Sala a resolver, mediante este proveído, la petición de amparo constitucional invocada por el portavoz judicial del señor ***Juan José Moncada Vargas***contra el ***Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, Departamento de Policía de Risaralda y la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Departamental de Risaralda*,** por la presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, derecho de defensa, igualdad, trabajo en condiciones dignas y justas, mínimo vital, carrera administrativa, estabilidad laboral reforzada, vida, salud física y mental y buen nombre.

#### *IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES*

* ***ACCIONANTE:***

Se trata del señor Juan José Moncada Vargas, quien se identifica con c.c. No. 18.533.378 de Apía, Risaralda, quien actúa por intermedio de apoderado judicial.

* ***ACCIONADO:***
* Ministerio de Defensa Nacional, representada por el Ministro Luis Carlos Villegas Echeverri.
* La Policía Nacional, representada por su Director General Jorge Hernán Nieto Rojas.
* Departamento de Policía de Risaralda, representada por el Director Seccional Carlos Alberto Jaimes Villamizar.
* Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía de Risaralda, representada por su jefe Alejandro Enrique Caicedo Quiceno.

I. ***HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES***

Relata el apoderado del accionante que este se vinculó a la Policía Nacional el 14 de enero de 2010 en el grado de patrullero, que para el año 2014 se encontraba adscrito a la Policía Metropolitana del Valle de Aburra, que el 24 de diciembre de 2014 se encontraba de permiso en el Municipio de Apía, Risaralda y tuvo un altercado con dos agentes de la policía de esa municipalidad, que en razón al aludido incidente fue judicializado por el punible de violencia contra servidor público y fue denunciado disciplinariamente en la institución policial, que el 25 de diciembre de 2014 fue liberado por el Fiscal de la URI, que el 25 de diciembre de 2014 se inició proceso disciplinario, en contra del accionante en el que se agotaron varias audiencias disciplinarias en las cuales él participó activamente, presentando pruebas y contradiciendo las que se incoaron en su contra, aunque nunca actuó por medio de apoderado judicial, que el 25 de septiembre de 2015 se dictó fallo de primera instancia en el que se suspendió e inhabilitó al accionante por el término de 07 meses, que dicha decisión fue recurrida por el accionante en la misma fecha, que al resolver la alzada el superior declaró la nulidad de la actuación a partir del auto que abría formalmente la investigación, aclarando que mantenían vigencia las pruebas practicadas, que el 15 de octubre de 2015 se notificó el auto del 13 de octubre que lo citaba nuevamente a audiencia, la cual se celebraría el 23 de octubre de 2015, que a dicha diligencia el encartado no pudo asistir por encontrarse su esposa en una cirugía, razón por la cual se comunicó telefónicamente con la oficina instructora, se dirigió personalmente a hablar con la Oficina de Control Interno Disciplinario del Valle de Aburra y remitiendo un email por medio del Jefe de esta oficina, que en esa oportunidad se realizó la audiencia, sin conceder los términos para la justificación y cerrando la etapa probatoria, que igualmente se citó a audiencia el 29 de octubre de 2015, con el fin de presentar alegatos, sin que se notificara la misma de manera personal, que en esa fecha se agotó el acto, sin la asistencia del encartado, declarándose clausurado y sin otorgar el lapso para que éste se excusase por la inasistencia, que allí se citó a nueva vista pública con el fin de proferir la decisión definitiva, lo cual ocurrió el 03 de noviembre de 2015, sin que mediara citación previa al investigado.

En la aludida calenda, se dictó el fallo de primera instancia, en el cual se destituyó al señor Moncada Vargas y se le inhabilitó por el lapso de 11 años, quedando ejecutoriada la decisión en esa misma oportunidad por la inasistencia del investigado para recurrirla , que esa sanción se aplicó por la falta gravísima de haber incurrido en la conducta punible de violencia contra servidor público, a pesar de que no existe sentencia condenatoria en contra del señor Moncada Vargas y ni siquiera estar vinculado a alguna investigación penal por ello, que el 11 de diciembre de 2015 la Dirección Nacional de la Policía emitió la Resolución No. 05597, mediante la cual ejecutan la sanción disciplinaria impuesta , la cual fue notificada personalmente al demandante en tutela el 19 de los mismos mes y año.

Destaca que de su trabajo derivaba el sustento para sí y para su familia, por lo que se ve seriamente afectado por la decisión adoptada y su esposa e hijos se encuentran desafiliados del sistema de salud.

Por tales razones, depreca que se tutelen los derechos enunciados y se dejen sin efectos las actuaciones surtidas en el proceso disciplinario a partir del 23 de octubre de 2015, inclusive y que se reintegre al señor Juan José Moncada Vargas al servicio activo de la Policía Nacional en el cargo que tenía, con el correspondiente reconocimiento de sus salarios y prestaciones desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo, así mismo, pide que se disponga que el proceso disciplinario que tiene en su contra se continúe en otra oficina o despacho diferente a la que lo ha venido instruyendo y que se eliminen los registros en las bases de información sobre antecedentes y se ordene la compulsa de copias contra los agentes de la policía con los que tuvo el altercado.

II. *CONTESTACIÓN*

Avocado el conocimiento de la acción de tutela, se dispuso comunicar a las entidades accionadas, recibiendo respuesta únicamente de la oficina de control interno disciplinario de la Policía de Risaralda. Esta dependencia, indica en su escrito de respuesta que al haberse autorizado al inicio de las diligencias la notificación por medios electrónicos, la misma se entendió para todo el proceso. Destaca que la inasistencia del encartado a la audiencia del 23 de octubre de 2015 no fue justificada con antelación, por lo que las decisiones fueron notificadas por estrados y se libró comunicación al disciplinado y la justificación presentada posteriormente, ocurrió cuando ya la audiencia se había cerrado, sin poder hacerse nada por el director de la audiencia disciplinaria. En cuanto a la audiencia del 03 de noviembre de 2015, en la que se leyó el fallo y se notificó el mismo por estrados, destaca que la fecha para su realización se había notificado previamente por estrados y se había comunicado al investigado. Destaca que en materia disciplinaria no existe norma que establezca un lapso para justificar la inasistencia. Todo lo anterior, en sentir de la entidad, desdice la indebida notificación reseñada.

En cuanto al contenido material de la decisión, alega que en materia disciplinaria no existe sujeción a la determinación penal, pues así no lo exige la norma. Refiere que en el trámite del proceso disciplinario se respetaron todas las etapas y derechos al investigado.

Destaca que en este caso es improcedente la acción de tutela, por cuanto existe otro medio de defensa judicial como lo es la vía contencioso administrativa.

Las restantes entidades no allegaron respuesta.

III. *CONSIDERACIONES.*

***Problema jurídico a resolver.***

*¿Existió violación al debido proceso en el trámite del proceso disciplinario adelantado en contra del seños Juan José Moncada Vargas?*

***Desarrollo de la problemática planteada***

Lo primero que se dirá, es que esta Sala se enfocará en analizar la violación al debido proceso en el trámite del proceso disciplinario seguido en contra del señor Moncada, amén que las restantes garantías que se anuncian como violadas por su apoderado están contenidas en él o su violación se deriva directamente del trámite del proceso disciplinario o de su resultado.

Dicho esto, es del caso rememorar que el canon 29 superior establece el denominado derecho fundamental al debido proceso, que implica que las autoridades, en todas las actuaciones que se surtan, deben respetar una serie de garantías mínimas y unas etapas procesales necesarias y preclusivas, indispensables para lograr la legitimidad de su actuación y sus resultas, así como la oponibilidad frente a los administrados de dichas determinaciones.

Este derecho cobra especial relevancia, cuando se trata de una actuación mediante la cual se va a imponer a los administrados o a los mismos servidores públicos una sanción.

En materia disciplinaria, la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2012, ha encontrado que el debido proceso está conformado por nueve elementos esenciales que son: (i) Principio de legalidad de la conducta disciplinaria y de la sanción imponible, (ii) principio de publicidad, (iii) derecho de defensa, (iv) principio de la doble instancia, (v) presunción de inocencia, (vi) principio de imparcialidad, (vii) principio de non bis in ídem, (viii) Principio de cosa juzgada y (ix) prohibición de reformatio in pejus.

Es deber de todos los operadores jurídicos disciplinarios, respetar estas garantías de una forma material, es decir, no aparentar su respeto de una forma meramente formal, sino procurar que todos estos principios, derechos y prohibiciones se vean realmente materializados y beneficien a quien se encuentra en medio de una actuación disciplinaria. Esto implica que las etapas propias del proceso disciplinario no pueden ser una armadura rígida e inamovible en la cual se cumpla a rajatabla con las actuaciones adjetivas, sino que deben ser marcos de regulación flexibles y adaptables a las situaciones particulares de cada juicio, en procura siempre de materializar el derecho sustantivo.

En cuanto al principio de publicidad, el cual se enuncia como violado en este caso, por las indebidas notificaciones al señor Moncada Vargas, ha de decirse que implica el deber de los operadores disciplinarios de dar a conocer a los sujetos procesales las determinaciones que se adopten en el curso de los mismos, para lo cual CDU dedicó el capítulo segundo del título V del Libro IV, denominado “Notificaciones y Comunicaciones”, disponiéndose en el artículo 100 que la notificación se puede surtir de manera personal, por estado, en estrados, por edicto o por conducta concluyente, medios desarrollados en las normas ulteriores. En el artículo 109 de la obra en cuestión, se regulan las comunicaciones, indicándose en el inciso segundo, de manera general que las decisiones no susceptibles de recursos se comunicarán al día siguiente por un medio eficaz, dejando testimonio de ello en el expediente.

Lo anterior permite determinar la separación de las decisiones que se pueden tomar en el curso de un proceso disciplinario. De una parte, existen decisiones que resuelven asuntos relevantes y de importancia en el curso del proceso, existen decisiones de fondo y existen actos de mero trámite, debiendo frente a los dos primeros surtirse la notificación, en los términos indicados en los artículos 100 a 108 y frente a los terceros, dándose a conocer por medio de la comunicación, regulada en el canon 109 del CDU; pero en cualquier caso, haciéndose saber las decisiones adoptadas a los sujetos procesales.

Uno de los mecanismos de notificación determinados por el legislador, fue el de la notificación en estrados, el cual consiste en el pronunciamiento en audiencia de la decisión, quedando notificada en el mismo acto. En el proceso disciplinario (Art. 106 CDU) dicha notificación se surte frente a todos los sujetos procesales estén o no presentes. Tal norma, fue avalada por la Corte Constitucional en sentencia C-1193 de 2008, expresándose lo siguiente:

*“Así, en síntesis, la Corte observa que la demanda no está llamada a prosperar porque:*

*1) Las audiencias a las que refiere la demanda no son secretas u ocultas; por el contrario, de acuerdo con la Ley que rige el procedimiento, su realización debe ser informada a los interesados*

*2) En el evento en el que el disciplinado no asista, sus derechos fundamentales, en especial el que refiere a la defensa, están garantizados, pues el ordenamiento mismo prevé el acompañamiento de un defensor de confianza o de oficio, que debe acudir a las audiencias y, en ellas, podrá interponer los recursos que garanticen la defensa técnica del encartado*

*3)* ***Adicionalmente, en caso de inasistencia del inculpado éste, cuando media una razón de fuerza mayor, puede presentar excusa****. Ello, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 734 de 2002, le permitiría asistir, en los dos días siguientes, a la continuación de la audiencia.*

*4) Solamente en el caso en el que el investigado disciplinariamente se ausente sin excusa, debe asumir la carga procesar prevista en el ordenamiento en estos casos; carga consistente en que no podrá presentar recursos contra las decisiones que allí se tomen. Empero, esta carga es proporcionada porque, en el evento descrito, el disciplinado incumple con un deber que ha surgido desde el momento en el que fue enterado de la realización de la audiencia.*

*Adicionalmente, es necesario reiterar aquí que el legislador goza de libertad de configuración normativa para establecer si, en el trámite de un proceso, los recursos de reposición y apelación pueden instaurarse tanto en la audiencia como con posterioridad a ella” (negrillas y subrayas fuera del texto original).*

Como se evidencia de la sentencia traída a cuento, en especial del acápite destacado, la notificación en estrados en las investigaciones disciplinarias es perfectamente viable, tal como lo contempló el canon 106 del CDU, siempre que la actuación que da curso al inicio del proceso disciplinario haya sido notificada de manera personal al investigado; pero no puede entenderse de manera absoluta e irrestricta, pues la misma Corte precisó que en caso de inasistencia por razones de fuerza mayor, es posible presentar una justificación y asistir al siguiente acto, siendo la consecuencia lógica de ello, que si la justificación es aceptada, pueda el investigado agotar la actuación procesal que por causa de la fuerza mayor, se hubiere perdido. Lo anterior implica, un deber de los operadores disciplinarios de resolver las justificaciones cuando las mismas sean presentadas por las partes y, de encontrarse que las mismas obedecen a una situación externa e irresistible del encartado, aceptarla.

Pues bien, en el caso puntual se tiene que de conformidad con las copias traídas al proceso de tutela por la parte accionante y la inspección judicial adelantada al proceso disciplinario por el Despacho, se tiene que al señor Moncada Vargas, mediante acto del 13 de octubre de 2015 se le abrió investigación y se le citó a audiencia para rendir descargos, providencia que se le notificó de manera personal como se evidencia a folio 239 de la actuación y se comprobó en la inspección judicial efectuada sobre el proceso disciplinario. A continuación, se verifica el acta de la audiencia celebrada el 23 de octubre de 2015, en la que no compareció el encartado sin aportar previamente justificación. Sin embargo, a renglón seguido se observa una justificación, remitida por correo electrónico desde la Oficina de Control Disciplinario del Valle de Aburra, en la que el señor Moncada Vargas describió que de manera telefónica había informado a la a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Risaralda la imposibilidad de asistir, además, señaló la imposibilidad de asistir por encontrarse su cónyuge en una procedimiento quirúrgico. Y dígase que tal excusa, ningún pronunciamiento mereció por parte de la Oficina Disciplinaria, que siguió con el trámite normal, declarando precluída la etapa de descargos y la práctica de pruebas, fijando audiencia para presentar alegatos y luego audiencia de fallo, notificando todas estas decisiones por estrados.

Encuentra la Sala que la omisión en la decisión de la excusa, sin duda que gestó una vulneración al debido proceso del demandante en tutela, pues no le permitió rendir descargos y participar en las restante etapas de la actuación, lo que terminó dejándolo sin defensa alguna en el trámite disciplinario, pues no tuvo la oportunidad de pedir nuevas pruebas y contradecir la decisión de fondo, afectándose el principio de doble instancia.

Por tanto, encuentra esta Sala que esta omisión en el debido proceso del demandante, sin duda que debe ser corregida por el Juez de tutela, disponiéndose la anulación de todo lo actuado con posterioridad a la audiencia del 23 de octubre de 2015, debiendo la entidad instructora del proceso disciplinario decidir sobre la excusa propuesta por el disciplinado y, de encontrar que la misma es procedente, permitirle rendir los descargos del caso, solicitar las pruebas que estime pertinentes y seguir con el trámite del proceso disciplinal, en caso contrario, esto es, que no encuentre procedente la excusa propuesta, se dispondrá la continuación del trámite respectivo, conforme a los lineamientos del canon 177 del CDU.

Como consecuencia lógica de los efectos de la nulidad declarada en esta decisión de tutela, decaerán los efectos del acto administrativo 5597 del 11 de diciembre de 2015, que ejecutaba el fallo disciplinario, siendo la consecuencia lógica el reintegro inmediato del señor Juan José Moncada Vargas a la Institución Policial.

En cuanto a los efectos económicos de ese reintegro, esto es, el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás pagos que en virtud de la ley se deban pagar a los gendarmes, se abstendrá esta Sala de ordenarlos, por cuanto tales valores vendrían a ser el restablecimiento del derecho que se hubiere ordenado en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en la jurisdicción contenciosa, que fuera el trámite pertinente para corregir tal situación, pero el cual no fue ejercitado en tiempo y caducó, sin que pueda revivirse por medio de tutela la oportunidad perdida. Por tanto, las consecuencias económicas de esa desatención del señor Moncada Vargas, deberá asumirlas él mismo.

En lo tocante a que se desligue a la oficina de control disciplinario interno de Risaralda de la instrucción del proceso, estima esta Sala que tal determinación debe ser adoptada por el mismo operador jurídico, bien mediante la declaratoria de impedimento o una recusación incoada por alguno de los sujetos procesales, mas no por esta Corporación en sede de tutela.

Finalmente, frente al pedido de que se compulsen copias para que se investigue a los agentes con los cuales el señor Moncada Vargas tuvo el incidente el 24 de diciembre de 2014 en el municipio de Apía, se abstendrá la Sala de ordenarlo, amén que si el accionante tiene alguna queja contra los referidos policiales, está en la posibilidad de elevar la respectiva denuncia ante la autoridad correspondiente.

En síntesis de todo lo dicho, se concederá la tutela frente al derecho al debido proceso y se ordenará lo dicho párrafos atrás, tanto a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Risaralda, como a la Policía Nacional y al Departamento de Policía de Risaralda. El Ministerio de Defensa Nacional, deberá supervisar el pleno cumplimiento de lo acá dispuesto y de la imparcialidad en el trámite disciplinario del señor Moncada Vargas.

 En mérito de lo expuesto***, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

***RESUELVE***

**1º. *Tutelar*** el derecho fundamental al debido proceso del señor **Juan José Moncada Vargas** que están siendo vulnerados por la Oficina de Control Interno Disciplinario de Risaralda, Departamento de Policía de Risaralda y la Policía Nacional.

**2º.** Como consecuencia de lo anterior:

Se ordena la anulación de todo lo actuado en el proceso disciplinario adelantado contra el señor Juan José Moncada Vargas por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Risaralda, con posterioridad a la audiencia del 23 de octubre de 2015, ordenándose a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía de Risaralda, representada por su jefe Alejandro Enrique Caicedo Quiceno y al Director del Departamento de Policía de Risaralda Carlos Alberto Jaimes Villamizar, que en el término de **cuarenta y ocho (48) horas** decida si acepta la justificación presentada por el disciplinado y, de encontrar que la misma es procedente, permitirle rendir los descargos del caso, solicitar las pruebas que estime pertinentes y seguir con el trámite del proceso disciplinal, en caso contrario, esto es, que no encuentre procedente la excusa propuesta, se dispondrá la continuación del trámite respectivo, conforme a los lineamientos del canon 177 del CDU.

Igualmente y como consecuencia lógica de los efectos de la nulidad declarada en esta decisión de tutela, decaerán los efectos del acto administrativo 5597 del 11 de diciembre de 2015, que ejecutaba el fallo disciplinario, por lo que se ordenará de manera inmediata a la Dirección General de la Policía Nacional en cabeza del señor Jorge Hernán Nieto Rojas el reintegro **inmediato** del señor Juan José Moncada Vargas al cargo que desempeñaba como patrullero en la Institución Policia.

Finalmente, se ordenará al Ministro de Defensa Luis Carlos Villegas Echeverri que ejerza control y vigilancia frente al debido y oportuno cumplimiento de las órdenes dadas en esta tutela y en el trámite del proceso disciplinario que se sigue contra el señor Juan José Moncada Vargas.

**3º. *Notificar***a las partes el contenido de este fallo en los términos del artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, informándoseles que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes a la notificación.

 ***4º. Disponer,***que en caso de que la presente decisión no fuese impugnada, se remita el expediente para ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretaria