

155

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintisiete de agosto de dos mil diecinueve

T19-069

Proceso: **TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA**

Accionante:

Accionado: **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN- DIVISIÓN DE REGISTRO Y CONTROL**

Vinculado: **JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE MEDELLÍN**

Procedencia: **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

Radicado No.: **05001-31-05-011-2019-00401-01**

Decisión: **REVOCA y CONCEDE AMPARO.**

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín el día 17 de julio de 2019 dentro del proceso de la referencia.

El Magistrado del conocimiento, Doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, declaró abierta la audiencia. A continuación la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **ACTA T19-069** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por el ponente, el cual quedó consignado como sigue:

1. SÍNTESIS FÁCTICA Y ANTECEDENTES

1.1. LA ACCIÓN DE TUTELA

[REDACTED] presenta acción de tutela en contra del **GRUPO DE SISTEMA DE INFORMACIÓN DE REGISTRO DE SANCIONES E INHABILIDADES (SIRI) DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para que le sean tutelados sus derechos fundamentales a la DIGNIDAD HUMANA, A LA IGUALDAD, AL BUEN NOMBRE, A LA HONRA y AL TRABAJO, en razón la INDEBIDA aplicación de la inhabilidad prevista en el numeral 1º del artículo 138 de la Ley 734 de 2002. En consecuencia solicita que se ordene a la accionada la cancelación

del antecedente disciplinario consistente en la inhabilidad automática para desempeñar cargos públicos prevista en el numeral 1º del artículo 138 de la Ley 734 de 2002.

1.2. PARA SUSTENTAR LAS ANTERIORES PRETENSIONES, AFIRMÓ LOS SIGUIENTES HECHOS:

- Que el 13 de mayo de 2011 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí profirió sentencia condenatoria en su contra por el delito de Hurto Calificado y Agravado, imponiéndole una pena de 6 años, 1 mes y 24 días de prisión y adicionalmente se le impuso la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, de conformidad con los artículos 51 y 52 del Código Penal. Decisión confirmada por el Tribunal Superior de Medellín mediante sentencia proferida el 2 de septiembre de 2011, quedando ejecutoriada el día 9 de septiembre de 2011.
- Que cumplida la condena, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín mediante auto No. 10 del 7 de enero de 2015, declaró cumplida y extinguida la pena de prisión impuesta el 13 de mayo de 2011 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí
- Que el 20 de febrero de 2015 el Centro de Servicios de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín expidió una constancia donde informaba que había remitido a las entidades correspondientes los autos de extinción de la pena cumplida.
- Que al consultar el sistema de información de registro de Sanciones e Inhabilidades (SIRI) se registra la siguiente anotación a su nombre "INHABILIDAD PARA DESEMPEÑAR CARGOS PÚBLICOS. LEY 734 ART 38 NUM 1" con fecha de inicio 09/09/2011 y fecha de finalización 08/09/2021.
- Que nunca se ha desempeñado como servidor público, por lo que el 2 de mayo del presente año, envió derecho de petición al grupo de Sistema de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades (SIRI), solicitando la CANCELACIÓN del antecedente disciplinario registrado en su contra, debido que no se cumplen las calidades necesarias para la imposición de dicha inhabilidad.
- Que la entidad peticionada, respondió indicando que la inhabilidad se configuró automáticamente en virtud de la condena impuesta en su contra y que por tanto es improcedente la cancelación de la misma, sin pronunciarse frente a las condiciones necesarias para la procedencia de la inhabilidad, esto es, desempeñar un cargo público al momento de la condena.

1.3. RESPUESTA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN

Precisó que el certificado de antecedentes disciplinarios es el documento expedido por la Procuraduría General de la Nación que certifica las sanciones e inhabilidades derivadas de las sanciones penales o disciplinarias, de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura, de las sanciones de exclusión y suspensión del ejercicio de profesiones liberales y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñan funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía. Indicó además que el certificado de antecedentes disciplinarios está integrado por todas las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco años anteriores a su expedición, así como también aquellas que se refieran a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

Agrega que en el caso objeto de estudio, si bien al actor se le declaró la extinción de la sanción penal el accionante registra la inhabilidad para desempeñar cargos públicos según los términos del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 desde el 9 de septiembre de 2011, fecha de ejecutoria de la providencia penal, y hasta el 9 de septiembre de 2021, por haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de 4 años por delito doloso, por lo que hasta que no se termine la vigencia de 10 años de dicha inhabilidad no es posible eliminarla del sistema.

De otro lado aclara que la inhabilidad para desempeñar cargos públicos no corresponde a una sanción o pena impuesta ni por el juez en su sentencia condenatoria, como si acontece con la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, sino que surge del registro de la sanción, toda vez que de conformidad con el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, no podrán desempeñar cargos públicos quienes hayan sido condenados a pena privativa de la libertad mayor a 4 años por delito doloso dentro de los 10 años anteriores, como ocurre en el caso del demandante pues su condena fue por el término de 6 años, 1 mes y 24 días, lo que significa que la Procuraduría al registrar dicha inhabilidad solo cumple con lo establecido en la ley, por tratarse de una inhabilidad de carácter general y legal, que solo puede ser desactivada del certificado de antecedentes cuando se cumpla el termino estipulado.

1.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 17 de junio de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín se DENEGÓ el amparo solicitado, al considerar que no se había vulnerado ningún derecho fundamental al accionante, toda vez que la Procuraduría General de la Nación ha actuado conforme

a ley al imponer la inhabilidad señalada en el artículo 38 de la Ley 734 de 2002 estipulada para quienes hayan sido condenados a pena privativa de la libertad mayor de 4 años por delito doloso, presupuestos que cumplen el accionante pues la pena que le fue impuesta supera los 6 años de prisión y su delito está catalogado en la modalidad de dolosa, por lo que es procedente aplicar la inhabilidad para desempeñar cargos públicos, la cual se deriva de la sanción penal que le fue impuesta y su rehabilitación se da en el término señalado de 10 años contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

1.5. IMPUGNACIÓN DEL ACCIONANTE

Manifiesta su inconformidad con la sentencia de primera instancia, señalando que el a quo resolvió un problema jurídico que no fue planteado, pues en la acción de tutela no se cuestionó la potestad disciplinaria del Estado o el tratamiento de los datos personales en las bases de datos, sino la improcedencia de la inhabilidad impuesta en su contra, descrita en el numeral primero del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 debido a que, en su persona no concurren las calidades necesarias para ello, esto es, cumplir funciones públicas al momento de la comisión del delito por el cual fue condenado.

El a quo no tuvo en cuenta que en la tutela se planteó que de conformidad con los artículos 24 y 25 de la Ley 734 de 2002, los destinatarios de la ley disciplinaria, y por tanto de la inhabilidad general, son los servidores públicos que hayan sido condenados a pena privativa de la libertad superior a 4 años, por lo que no le es aplicable la inhabilidad consagrada en el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 debido a que no ha sido nunca destinatario de dicha norma y que de conformidad con el artículo 277 de la Constitución son funciones de la Procuraduría General de la Nación vigilar la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

Por consiguiente, indica que, al imponer de forma incorrecta la inhabilidad consagrada en el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 se vulnera su derecho fundamental a la dignidad humana pues al imponerse una sanción improcedente se está transgrediendo la aplicación del principio orientador sobre la función preventiva de las penas, y se le imposibilita el ejercicio de condiciones dignas que le permitan superar el percance ocurrido en el año 2011 de acceder a un estilo de vida diferente y de convivir de forma pacífica y respetuosa con la comunidad. Así mismo se vulnera su derecho fundamental a la igualdad pues personas condenadas en las mismas condiciones en que se profirió su condena, no son acreedores a la inhabilidad consagrada en el numeral 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, debido a que no cuentan con la calidad de servidores públicos. Agrega que también se vulnera su derecho fundamental al buen nombre y a la honra, al mantenerse pública una información que no guarda relación con la realidad, pues cualquiera puede acceder a la página de

457

registro de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación, y verificar una anotación correspondiente a un hecho por el cual ya cumplió su deuda con la sociedad. Y finalmente asegura que al permanecer el referido antecedente disciplinario, se le impide la posibilidad de celebrar transacciones con entidades bancarias, contratos de trabajo y múltiples actividades comerciales.

En consecuencia solicita se tutelen los derechos fundamentales invocados y se ordene a la accionada la cancelación en el sistema de información SIRI el antecedente disciplinario consistente en la inhabilidad para desempeñar cargos públicos prevista en el numeral 1 del artículo 38 de la ley 734 de 2002.

2. DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN ESTA INSTANCIA

Se circunscribe a determinar si la Procuraduría General de la Nación, al expedir el certificado de antecedentes al actor con las anotaciones de que se encuentra inhabilitado para ejercer cargos públicos de conformidad con el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad, buen nombre y la honra y al trabajo, analizando si al accionante le es aplicable la inhabilidad referida.

2.1. LA ACCIÓN DE TUTELA

Tenemos que la acción de tutela fue reglamentada mediante los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, con el fin de que las personas puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata y oportuna de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en casos puntuales, dándosele el carácter de **acción preferencial, sumaria y subsidiaria** porque sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En esto, cabe recordar que las características de la acción de tutela radican en que:

- Es una acción de naturaleza constitucional.
- Es una acción esencialmente judicial.
- Es una acción que protege en exclusividad los derechos constitucionales fundamentales.
- Es una acción que se dirige contra cualquier autoridad pública y contra los particulares en los eventos constitucionales.
- Procede cuando no existe otro recurso judicial.

- En caso de que exista otra acción judicial o procedimiento administrativo sólo puede interponerse como transitoria y sólo para evitar un perjuicio irremediable.

Lo anterior se complementa en el numeral primero del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, enunciado que reitera la improcedencia de la tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial y agrega que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Desde su jurisprudencia inicial la Corte Constitucional al pronunciarse sobre el alcance de estas disposiciones ha señalado, se reitera, que una de las características más importantes de la acción de tutela es su **carácter subsidiario y residual**. Es decir, no procede como un mecanismo alternativo de defensa judicial y no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al que se puede acudir cuando se han dejado de ejercer los medios ordinarios de defensa en su oportunidad, o cuando se ejercieron extemporáneamente, o para obtener un pronunciamiento con mayor prontitud sin el agotamiento de las instancias ordinarias dentro de la jurisdicción correspondiente o ante la administración.

En conclusión, la acción de tutela es un instrumento constitucional de protección que reviste el carácter de subsidiario para ser utilizado por la vulneración o amenaza de derechos fundamentales ante la inexistencia de otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta característica de subsidiariedad y excepcionalidad no es mas que el reconocimiento de la efectividad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial y administrativa para la salvaguarda de los derechos. Por ello al existir tales mecanismos, los ciudadanos deben acudir a éstos. Sin embargo, la mera existencia de un medio alternativo de defensa judicial o administrativo, no implica la improcedencia de plano de la acción de tutela, pues el medio judicial o administrativo debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales.

2.2. SOBRE EL CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante Sentencia SU 458 de 2012, la Corte Constitucional precisa las múltiples funciones que el ordenamiento jurídico ha asignado a las bases de datos personales (entendida como acopio, tratamiento y divulgación) sobre antecedentes penales en el contexto de la administración

"(...) la información relacionada con antecedentes penales cumple una función de prueba en relación con la existencia o no de inhabilidades para el acceso a la función pública y para contratar con el Estado. Esta función de los antecedentes penales es de la mayor importancia para la protección de la moralidad administrativa, el correcto ejercicio de la función pública, y la protección en general de los bienes y de los negocios públicos...

17. De otra parte, esta Corte en Sentencia C-536 de 2006 en *obiter dicta*, al resolver una demanda contra la norma que fijaba una tasa a la expedición o acceso en línea del certificado judicial (ahora constancia de antecedentes) indicó que dicho documento, de conformidad con la legislación vigente para la época, cumplía ciertas funciones y servía, en concreto "1. Para posesionarse en cualquier empleo o cargo público y para celebrar contratos de prestación de servicios con la administración [art. 1 Ley 190 de 1995]. // 2. Para la tenencia o porte de armas de fuego [art. 33 y 34 Decreto Ley 2335 de 1993]. // 3. Para trámite de visa, siempre y cuando sea solicitado por la respectiva embajada. // 4. Para ingresar al Ecuador. // 5. Para recuperar la nacionalidad colombiana de quienes hubieren sido nacionales por adopción [art. 25 Ley 43 de 1993]. [Y] // 6. Para la adopción de menores de edad [art. 105 Decreto Ley 2737 de 1989, hoy art. 124.6 Ley 1098 de 2006]." Indicó también la Corte, en esta oportunidad, que "la presentación del certificado judicial" era exigida por numerosas empresas del sector privado para el acceso "a empleos privados".

Este *obiter* permite a la Corte reafirmar su doctrina relacionada con el principio de finalidad de las bases de datos sobre antecedentes penales. En concreto, que cualquier función que esté llamada a cumplir esta base de datos debe ser conforme con una finalidad clara, expresa, previa y legítima definida en la ley. En efecto, en relación con 4 de las funciones del certificado de antecedentes traídas a colación, la Corte nota que todas están reconocidas en normas de derecho positivo vigente, ligadas a un trámite específico, adelantado ante autoridad competente y cuya finalidad en principio está determinada de manera clara y precisa (...)"

El fundamento legal del certificado de antecedentes de la Procuraduría General de la Nación, se encuentra en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002 que prescribe:

"Artículo 174. Registro de sanciones. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

"El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1° del artículo 38 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.

"La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

"Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro".
(Subrayas de la Sala)

El inciso final de esta norma fue estudiada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1066 de 2002, declarándolo exequible "...en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se

encuentren vigentes en dicho momento.” En la parte motiva de dicha providencia, la Corte hizo estas consideraciones:

“Como una derivación importante de este derecho, la Corte Constitucional ha señalado el llamado “derecho al olvido

Corresponde al legislador, al reglamentar el habeas data, determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones. Igualmente corresponderá a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley que reglamente este derecho, establecer si el término que se fije es razonable y si las condiciones en que se puede suministrar la información se ajustan a la Constitución.

Es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, **el legislador**.

Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general.

(...)

Por tanto, el mismo debe aplicarse al registro unificado de antecedentes que por mandato del Art. 174 de la Ley 734 de 2002 lleva la Procuraduría General de la Nación, integrado por documentos públicos y accesible a todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 74 de la Constitución Nacional, mediante el señalamiento de un término de caducidad razonable, de modo que los servidores públicos, los ex servidores públicos y los particulares que ejercen o han ejercido funciones públicas o tienen o han tenido la condición de contratistas estatales no queden sometidos por tiempo indefinido a los efectos negativos de dicho registro.

...

Esta disposición es razonable, en cuanto establece como regla general un término de cinco (5) años de vigencia del registro de antecedentes, que es el mismo término señalado para la prescripción de la sanción disciplinaria en el Art. 32 de dicho código, y en cuanto mantiene la vigencia de los antecedentes que por ser de ejecución continuada o permanente no se han agotado, mientras subsista tal situación. Por consiguiente, es justificado aplicarla también al registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos para cuyo desempeño se requiere ausencia de ellos, a que se refiere la disposición acusada.

En síntesis podemos afirmar que la certificación de antecedentes debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o sea instantánea.

También contendrá las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento en que ella se expida, aunque hayan transcurrido más de cinco (5) años o sean inhabilidades intemporales como, por ejemplo, la prevista en el Art. 122 de la Constitución Política.” (Negrillas de la Sala)

2.3. SOBRE LAS INHABILIDADES GENERADAS CON OCASIÓN DE PENAS ACCESORIAS

Es importante anotar que existen penas principales y accesorias, y aunque ellas se hayan extinguido, ello no significa que la inhabilidad generada por el artículo 8º, literal d), de la Ley 80 de 1993 también se haya extinguido, pues ésta se configura por la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Dice el artículo referido:

"Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:...

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

(...)

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución"

Y más adelante precisa:

Artículo 9.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades Sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución"

El literal d) y el aparte subrayado fueron demandados ante la Corte Constitucional, que en la sentencia C-489 de 1996 los declaró exequibles con fundamento en lo siguiente:

"2.2. La inhabilidad que consagra la letra d) del ordinal 1o. del art. 8o. y la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

El Código Penal, teniendo en cuenta la importancia o entidad de las penas, las clasifica en principales (prisión, arresto y multa, art. 41), según se impongan de manera autónoma, a consecuencia de una infracción penal, y accesorias (restricción domiciliaria, pérdida de empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicas, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, suspensión de la patria potestad, expulsión del territorio nacional para los extranjeros, art. 42), cuando suponen una pena principal a la cual se unen o accede.

Estima la Corte, que la inhabilidad señalada en el literal d) del ordinal 1o. del artículo 8o, de la ley 80, aunque tiene como fuente u origen o fundamento la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, **no constituye una nueva pena. En efecto:**

Las penas principales y accesorias, por infracción de las normas penales hacen parte de un sistema normativo contenido en el Código Penal. Tal ha sido la tradición jurídica. Pero, además, las inhabilidades e incompatibilidades que, como se ha visto, obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta.

...Por consiguiente, resultan perfectamente diferenciables las sanciones penales de las inhabilidades e incompatibilidades y, en tal virtud, no puede considerarse que la inhabilidad establecida en la ley de contratación implique la existencia de un juzgamiento y de una doble sanción por un mismo hecho. Es más, cuando en un contratista concurre una causal de inhabilidad o incompatibilidad, simplemente se le priva o se le prohíbe el acceso a la contratación, pero no se le juzga penalmente por un hecho ilícito, ni mucho menos se lo sanciona.

Adicionalmente, considera la Corte que la inhabilidad que consagra uno de los apartes normativos acusados, se juzga no sólo necesaria, sino conducente y proporcionada a la finalidad que la misma persigue, cual es de **que no accedan a la contratación, en forma temporal**, como colaboradores en la consecución de los fines propios del contrato, quienes hayan cometido delitos que conlleven la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, porque de alguna manera la celebración y ejecución de contratos comporta el desarrollo de actividades anejas al ejercicio de dichas funciones.

...

Finalmente considera la Corte, consecuente con los razonamientos antes expuestos, que igualmente se declarará la exequibilidad del acápite acusado correspondiente al inciso final del ordinal 1o. del art. 8o., **porque el señalamiento de la vigencia de los efectos de la inhabilidad**, no contradice ninguna norma superior, pues el legislador no sólo puede establecer esos términos como complemento de la regulación de las medidas que constituyen inhabilidades, **sino que es su deber hacerlo a fin de impedir la vigencia de inhabilidades intemporales, con lo cual se impediría el retorno al pleno ejercicio de la capacidad del contratista y se consagraría de paso una especie de muerte civil, que adicionalmente atentaría contra el derecho al trabajo.**" (Negrillas y subrayas de la Sala)

3. CASO EN CONCRETO

En el caso de autos solicita el accionante que se ordene a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN la cancelación en el Sistema de Información SIRI del antecedente disciplinario consistente en la inhabilidad para desempeñar cargos públicos prevista en el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002. Por su parte, la entidad accionada arguye que dicha inhabilidad es aplicable al actor por haber sido condenado a pena privativa de la libertad superior a 4 años.

Ahora, según se desprende de la sentencia proferida el 13 de mayo de 2011 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí visible a folios 17/32 del plenario, al actor se le profirió sentencia condenatoria en su contra por el delito de Hurto Calificado y Agravado, imponiéndole una pena de 6 años, 1 mes y 24 días de prisión y adicionalmente se le impuso como pena accesoria, la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, de conformidad con los artículos 51 y 52 del Código Penal. Decisión confirmada por el Tribunal Superior de Medellín mediante sentencia proferida el 2 de septiembre de 2011, quedando ejecutoriada el día 9 de septiembre de 2011.

Según certificación a folios 63 emitida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión de Medellín, el día 15 de enero de 2015, se emitió paz y salvo a favor del señor [REDACTED] y se declaró el cumplida y extinguida la pena por liberación definitiva, decisión que fue comunicada el 20 de enero de 2015 a la entidad accionada.

Según se verifica a folio 67 del expediente que donde reposa el Certificado de Intendentes ordinario expedido por la Procuraduría General de la Nación, se advierte que ya no aparece reseñada la sanción penal ni la pena accesoria consistente en la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas que le fue impuesta, por haber transcurrido más de 5 años desde que la providencia que le impuso la sanción penal, conforme lo dispone no sólo en el art. 9 de la Ley 80 de 1993, sino además en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, tal y como se lo indica la entidad accionada al señor [REDACTED] en respuesta a derecho de petición visible a folio 84.

Sin embargo, en el aludido certificado a folios 67 se puede visualizar que al accionante se refleja la inhabilidad legal para desempeñar cargos públicos conforme al numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, con un tiempo de vigencia desde el 9 de septiembre de 2011 hasta el 9 de septiembre de 2011, la cual no fue impuesta en la sentencia referida, pues no se trata de una pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos o funciones públicas que ya fue cumplida por el accionante, según certificación a folios 63, sino que se trata de una inhabilidad legal para ocupar cargos públicos, estatuido en la referida norma. Y es precisamente frente a dicha inhabilidad que el accionante manifiesta su inconformidad pues aduce que no le es aplicable por no haber tenido nunca la calidad de empleado público.

Pues bien, lo primero es indicar que la inhabilidad que se refleja al accionante esta prevista en el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que reza:

“También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.(...)”

Al remitirnos al inciso final del artículo 122 de la Constitución Política encontramos que este dispone:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.” (Subraya fuera de texto.)”

De donde se desprende que con el numeral 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 el legislador quiso agregar otra inhabilidad para ejercer cargos públicos, para los servidores públicos que hubieran sido condenados a pena privativa de la libertad superior a 4 años por cualquier delito doloso, pues el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política solo incluía a quienes hubieran sido condenados por delitos contra el patrimonio del estado.

Aunado a lo anterior, es claro que dicha norma hace parte de la Ley 734 de 2002 por medio de la cual se expide el Código Único Disciplinario, normatividad que regula el servicio público. Y que fue definido por la Corte Constitucional en sentencia C-030 de 2012 así:

“Por consiguiente, el derecho disciplinario puede concebirse entonces como la forma jurídica de regular el servicio público, entendido éste como la organización política y de servicio, y el comportamiento disciplinario del servidor público, estableciendo los derechos, deberes, obligaciones, mandatos, prohibiciones, inhabilidades e

incompatibilidades, así como las sanciones y procedimientos, respecto de quienes ocupan cargos públicos." (subrayas fuera de texto)

En sentencia C-818 de 2005 la Corte se refirió a la finalidad del derecho disciplinario, en los siguientes términos:

"es la de salvaguardar la **obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos**. Es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables" (subrayas fuera de texto)

Y en sentencia C-242 de 2010 indicó la Corte:

"El derecho disciplinario regula el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, esto es, *"la facultad que hace parte del poder sancionador del Estado, en virtud de la cual aquél está legitimado para tipificar las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas y las sanciones correspondientes"*. La potestad disciplinaria ha de ejercerse con atención a los principios de la función administrativa y del servicio público, como a los fines esenciales del Estado: en efecto, la jurisprudencia constitucional ha recordado, desde una óptica administrativa, que el derecho disciplinario *"se manifiesta en la potestad de los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios, con el propósito de preservar los principios que guían la función administrativa señalados en el artículo 209 constitucional (moralidad, eficiencia, celeridad, igualdad, economía, imparcialidad y publicidad)"*¹⁵; así mismo, ha indicado la Corte que *"una indagación por los fundamentos de la imputación disciplinaria remite a los fines del Estado"*¹⁶, de modo que la orientación finalística del ejercicio del poder fija los cimientos en que se apoya la responsabilidad de los servidores públicos. En suma, el sustento de la imputación disciplinaria radica en la necesidad de hacer efectivos tanto los principios de la función administrativa como los fines estatales a que apuntan aquellos, los cuales, a su vez, determinan el ejercicio de las funciones públicas" (Subrayas fuera de texto)"

Así mismo, la Ley 734 de 2002, en sus artículos 24 y 25 establece el ámbito de aplicación y los destinatarios de dicha norma, a saber:

"ARTÍCULO 24. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DISCIPLINARIA. La ley disciplinaria se aplicará a sus destinatarios cuando incurran en falta disciplinaria dentro o fuera del territorio nacional.

ARTÍCULO 25. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria."

Por su parte el artículo 53 señala cuales son los particulares que son sujetos disciplinables, así:

ARTÍCULO 53. SUJETOS DISCIPLINABLES. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos

estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva."

Como se ve, la Ley 734 de 2002, define expresamente cuales son los destinatarios de la misma, pues es una norma dirigida exclusivamente a los servidores públicos o particulares que cumplan funciones públicas, por lo que al ser una ley de carácter sancionatorio no puede aplicarse de manera analógica a otros sujetos no contemplados en esta, porque se vulneraría el principio de legalidad. En sentencia C-030 de 2012, la Corte Constitucional resaltó la importancia que tienen los principios rectores del debido proceso en el derecho disciplinario, entre ellos el principio de legalidad. En esta oportunidad dijo la Corte:

"En el derecho disciplinario sancionador cobran vigencia los principios rectores del debido proceso, en especial los de legalidad, tipicidad, reserva de ley y proporcionalidad, como una forma de control a la potestad sancionadora del Estado en el área de la función pública, y como garantía del respeto a los derechos fundamentales del sujeto investigado.

En efecto, todas las autoridades estatales titulares de la potestad sancionadora, por expresa disposición constitucional, se encuentran obligadas a garantizar y respetar el derecho fundamental del debido proceso.

El debido proceso en materia administrativa implica entonces la garantía de los siguientes principios: "(i) del principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) del principio de publicidad, (iii) del derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) del principio de la doble instancia, (v) de la presunción de inocencia, (vi) del principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) del principio de cosa juzgada y (ix) de la prohibición de la reformatio in pejus".

En lo que concierne al *principio de legalidad*, éste exige que la conducta que se va sancionar, así como las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben estar expresa y claramente definidos por la ley, y ello con carácter previo a la aplicación e imposición de estas medidas. De conformidad con este principio, no es posible adelantar válidamente un proceso, bien sea penal, disciplinario o de naturaleza sancionadora, si el precepto -*praeceptum legis*- y su correspondiente consecuencia jurídica -*sanctio legis*- no se encuentran previamente definidos de manera clara y expresa en la ley.

En relación con este principio, la jurisprudencia constitucional ha expresado que comprende una doble garantía, "*La primera, de orden material y de alcance absoluto, conforme a la cual es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la función pública y las sanciones correspondientes por su realización. La segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la Administración*".

En el presente caso el accionante [REDACTED] según se desprende de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí visible a folios 17/32 del plenario, se le impuso pena privativa de la libertad de 6 años, 1 mes y 24 días por cometer el delito de Hurto Calificado y Agravado, en su condición de particular, pues en ninguna parte de dicho fallo se refiere que este tuviera la calidad de servidor público o que estuviera cumpliendo funciones públicas, tanto así, que como pena accesoria se le impuso una inhabilidad general para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, de conformidad con los artículos 51 y 52 del Código Penal, la cual no dependía de su condición de servidor público, sino que se derivaba de la pena principal que le fue impuesta y las cuales están debidamente extinguidas.

Por consiguiente, estima la Sala que al accionante no le es aplicable el Código Único Disciplinario, pues nunca ha sido destinatario del mismo, y por tanto no tiene ningún sustento jurídico ni fáctico que la Procuraduría General de la Nación le imponga la inhabilidad estipulada en el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que fue contemplada como una sanción para los servidores públicos, pues ello conlleva una evidente vulneración del principio de legalidad como principio rector del derecho fundamental al debido proceso, y a su vez pueden verse afectados sus derechos fundamentales a la honra y al trabajo, toda vez que en su certificado de antecedentes disciplinarios se reporta una inhabilidad que le impide el acceso a cargos públicos, pese a que la misma no les es aplicable, lo que hace procedente el amparo constitucional pues el actor no cuenta con otro mecanismo judicial para proteger sus derechos.

En consecuencia, considera la Sala que le asiste razón al accionante en su impugnación, por lo que se REVOCARÁ la decisión de primera instancia y en su lugar se TUTELARAN los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, A LA HONRA y AL TRABAJO del señor [REDACTED] por lo que se ORDENARA a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN-DIVISIÓN DE REGISTRO Y CONTROL, que en el término de 48 horas contados a partir de la presente providencia proceda a la CANCELACIÓN del antecedente disciplinario denominado "INHABILIDAD PARA DESEMPEÑAR CARGOS PÚBLICOS LEY 734 ART 38 NUM. 1".

4. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución Nacional,
DECIDE

162

PRIMERO: REVOCA la decisión de primera instancia proferida el 17 de julio de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar se **TUTELAN** los derechos fundamentales **DEBIDO PROCESO, A LA HONRA y AL TRABAJO** del señor [REDACTED] identificado con c.c. 71.292.577.

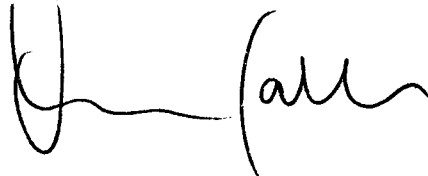
SEGUNDO: Se **ORDENA** a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN- DIVISIÓN DE REGISTRO Y CONTROL**, que en el término de 48 horas contados a partir de la presente providencia proceda a la **CANCELACIÓN** del antecedente disciplinario del señor [REDACTED] [REDACTED] identificado con c.c. 71.292.577 denominado "INHABILIDAD PARA DESEMPEÑAR CARGOS PÚBLICOS LEY 734 ART 38 NUM. 1", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes, mediante telegrama o por cualquier otro medio eficaz (Decreto 2591/91 Art. 30; Decreto 306/92 Art. 5).

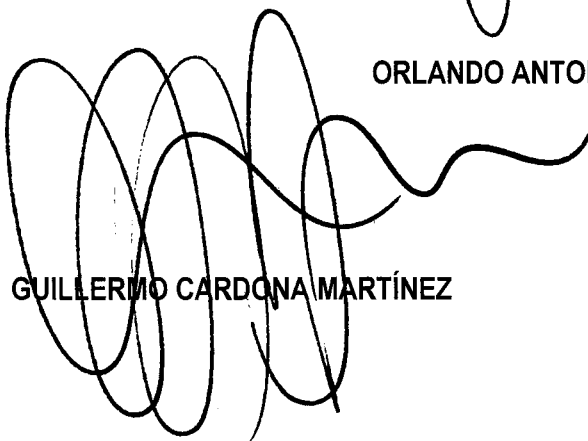
CUARTO: ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión (Art. 31 inc. 2º del Decreto 2591/91).

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma en constancia por quiénes en ella intervinieron.

Los Magistrados,



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA