



FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA DISCIPLINARIA-Confirma parcialmente sanción de la Procuraduría Provincial de Fusagasugá contra alcalde municipal de Soacha en el sentido de imponer suspensión por 15 días por incumplir cuota de género en los cargos del máximo nivel decisorio



Dependencia:	Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular
Radicado No.	IUS: E-2018-141570. IUC: D-2019-1241651
Disciplinable	ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS
Cargo	Alcalde Municipal de Soacha
Entidad	Alcaldía Municipal de Soacha
Informe de servidor público	Procuraduría delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.
Fecha del informe	12 de marzo de 2018
Fecha hechos	Año 2017
Asunto	Resuelve apelación fallo de primera instancia/Procedimiento verbal

Bogotá, D.C., 3 de marzo de 2022
Aprobado en Acta de Sala N° 008

Procurador Ponente: Carlos Andrés Guzmán Díaz

1. ASUNTO POR TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS en contra del fallo de primera Instancia, proferido el 4 de diciembre de 2019 por la Procuraduría Provincial de Fusagasugá, mediante el cual lo declaró disciplinariamente responsable y le impuso sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de treinta (30) días.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. Informe de servidor público

La presente actuación tuvo su origen en el informe de vigilancia preventiva allegado por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, en el que se reportó el incumplimiento de la Ley 581 de 2000 por parte de varias entidades públicas, entre ellas, la Alcaldía Municipal de Soacha, que al parecer no cumplió con el treinta por ciento (30%) de participación efectiva de mujeres en los cargos del máximo nivel decisorio¹.

2.2. Indagación Preliminar

El 5 de febrero de 2019, la Procuraduría Provincial de Fusagasugá dispuso la apertura de la indagación preliminar² en contra de ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, en calidad de alcalde municipal de Soacha, para el período constitucional 2016-2019, por el presunto incumplimiento de la Ley 581 de 2000, en los términos previstos en

¹ Folios 1 a 16, Cuaderno No. 1

² Folios 17-18, ibídem



el artículo 150 de la Ley 734 de 2000. La decisión fue notificada al disciplinable, por edicto, el 25 de febrero de 2019³, de conformidad con lo establecido en el artículo 107 de la Ley 734 de 2002.

2.3. Auto que declara procedencia del procedimiento verbal y cita a audiencia pública.

En auto del 3 de septiembre de 2019⁴, el funcionario de conocimiento declaró la viabilidad del procedimiento verbal previsto en el capítulo primero del título XI del libro IV de la Ley 734 de 2002 y, como consecuencia, citó a audiencia pública a ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS y le formuló el siguiente cargo:

«Usted señor ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, en su calidad de alcalde municipal, al parecer, omitió cumplir el deber dispuesto en la Ley 581 de 2000, relativo a que mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos del máximo nivel decisorio debían ser desempeñados por mujeres, pues, en los nueve cargos de secretarios de despacho existentes en la planta de personal solo se desempeñaron dos mujeres, todo lo cual puede ser constitutivo de falta disciplinaria».

La audiencia del procedimiento verbal fue debidamente instalada y se surtió en las siguientes sesiones:

2.3.1. Sesión del 15 de octubre de 2021⁵

Se inició con la lectura del auto de citación, previo reconocimiento de personería jurídica a los apoderados *-principal y suplente-*. Luego de ser escuchado en versión libre al disciplinable, el apoderado solicitó el decreto de pruebas documentales⁶ y, del mismo modo, allegó el organigrama de la Alcaldía Municipal de Soacha para la vigencia 2017⁷.

Por considerar pertinentes y necesarias las pruebas solicitadas y la aportada por la defensa, la primera instancia accedió al decreto de las pruebas y dispuso incorporar a la actuación el organigrama aportado.

³ Folio 21, ibídem.

⁴ Folios 56-64, ibídem. La decisión fue notificada de manera personal a los sujetos procesales el 25 de septiembre de 2019 (Folio 67).

⁵ Folios 69-70, Cuaderno No. 1

⁶ Nombramientos y actas de posesión de los siguientes funcionarios: Jefe de la Oficina Jurídica, Jefe Oficina Asesora Control Interno, Jefe Oficina de Control Interno Disciplinario, Dirección de Recursos Humano adscrita a la Secretaría General, Dirección de Desarrollo Ambiental y Asistencia Técnica Agropecuaria adscrita a la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial, Dirección de Participación Comunitaria y Dirección de Proyectos adscritos a la Secretaría de Desarrollo Social, Dirección del área de Calidad Educativa y Dirección del área de Cobertura adscritas a la Secretaría de Educación, Dirección de equipamiento y valorización municipal adscrita a la Secretaría de Infraestructura y, del nivel descentralizado, la Gerencia de la Empresa Social del Estado E.S.E. Municipal.

⁷ Folio 71, Cuaderno No. 1



2.3.2. Sesión de audiencia – 23 de octubre de 2019⁸

A la audiencia asistieron el investigado y sus apoderados -principal y suplente-, sesión en la cual se incorporó el certificado de antecedentes disciplinarios del disciplinable⁹ y se decretó el cierre del debate probatorio, en los términos previstos en el artículo 180 del Código Disciplinario Único (en adelante CDU); el apoderado del disciplinable renunció al término legalmente previsto en la norma y, por economía procesal, solicitó disponer el traslado para la presentación de los alegatos de conclusión.

En efecto, el apoderado rindió sus correspondientes alegatos, en la siguiente forma¹⁰:

- Indicó que el proceder de su representado ha sido recto, probo, leal y honesto, pues, siempre ha propendido porque los procesos y procedimientos para la vinculación de servidores cumplan con las finalidades para las cuales fueron establecidas.
- Con relación al principio de economía, consideró que nunca ha sido desconocido por su defendido, toda vez que, con los nombramientos y posesiones, a que alude el funcionario de primera instancia, no ha habido afectación alguna del erario municipal y tampoco han sido recibidas quejas en relación con actuaciones que pongan en riesgo las arcas del municipio por la inobservancia del principio en mención.
- Ha respetado el principio de imparcialidad, en virtud de que ha brindado oportunidades laborales, en todos los niveles de la administración, a diferentes personas sin consideración del género, raza, creencias políticas o cualquier otro factor de discriminación.
- Sus actuaciones han estado ceñidas al principio de buena fe que, en cita a Eduardo Couture, significa que ha estado ceñido *“a la calidad jurídica de la conducta legalmente exigida de actuar con probidad, con el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón”*.
- No es cierto que el actuar omisivo de su representado está enmarcado dentro de alguna de las modalidades de la culpabilidad y, mucho menos, que *“se le tilde de un proceder doloso, es decir, que conociendo la norma, de manera deliberada e intencional, la haya infringido”*; tampoco comparte que su comportamiento haya sido realizado con culpa gravísima, ya que no ha habido inobservancia de la ley, ni de la constitución, por lo tanto, ante la ausencia total de los elementos que integran el tipo o la falta, la conducta que se le endilga es inexistente.
- De manera enfática, señala que su representado sí dio participación a la mujer en los cargos de la alta gerencia pública, por lo que deberá procederse al archivo de la actuación, en los términos previstos en el artículo 73 de la Ley 734 de 2002.

⁸ Folios 146-148, Cuaderno No. 1

⁹ Folio 149, Cuaderno No. 1

¹⁰ Folios 146 a 148, Cuaderno No. 1



2.3.3. Sesión de audiencia – 4 de diciembre de 2019¹¹

El funcionario de primer nivel, luego de verificar la inexistencia de causales de nulidad, procedió a emitir el correspondiente fallo; diligencia a la que asistió el apoderado principal de González Casas.

3. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El funcionario de primera instancia identificó al disciplinable, aludió a los hechos y antecedentes del proceso, relacionó las pruebas acopiadas en la etapa de indagación, así como las allegadas y practicadas en la audiencia pública; hizo referencia a la versión libre presentada en sesión de audiencia del 15 de octubre de 2019¹², y a los alegatos de conclusión rendidos, a través de su apoderado, en audiencia del 23 de octubre de 2019.

En relación con el cargo formulado a ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, en su condición de alcalde municipal de Soacha, para una mejor comprensión de las consideraciones que tuvo el fallador de instancia para sustentar su decisión sancionatoria, la Sala procederá a transcribir el cargo formulado en el numeral 7.1. del auto de citación a audiencia del 3 de septiembre de 2019, con las pruebas que fundamentan el mismo; luego se realizará una síntesis de los argumentos centrales del fallo sobre los cuales se mantuvo el juicio de reproche.

«7.1. Descripción y determinación de la conducta investigada

Usted señor Eleázar GONZÁLEZ CASAS, en su calidad de alcalde municipal, al parecer, *omitió* cumplir el deber dispuesto en la Ley 581 de 2000, relativo a que mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos del máximo nivel decisorio debían ser desempeñados por mujeres pues el 01 de enero al 31 de diciembre de 2017, presuntamente solo el 22,22% de los cargos del máximo nivel decisorio fueron desempeñados por mujeres, pues en los nueve cargos de secretarios de despacho existentes en la planta personal solo se desempeñaron dos mujeres, todo lo cual puede ser constitutivo de falta disciplinaria»¹³.

La falta fue calificada, en esa oportunidad, como gravísima cometida a título de culpa gravísima, por desatención elemental, elemento subjetivo que así se dedujo porque, en sentir de la primera instancia, el disciplinable debió hacer algo que le correspondía y tenía la capacidad y facultad para hacerlo, pero no lo hizo.

Como pruebas que fundamentaron el cargo, la primera instancia señaló las siguientes:

- Declaración de elección, acta de posesión, hoja de vida en el formato DAFP y certificación de servicios por medio de los cuales se acredita la calidad del

¹¹ Folios 170-186, Cuaderno No. 1

¹² Folios 69-70, Cuaderno No. 1

¹³ Folio 58 (vto), Cuaderno No. 1



- disciplinable como alcalde municipal de Soacha, para la fecha de los hechos (2016-2019)¹⁴.
- Manual de funciones del alcalde municipal, para la vigencia 2017, que da cuenta de las funciones del alcalde como nominador, entre ellas, la de «Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia [...] de acuerdo con las disposiciones pertinentes».
 - Documentos que demuestran que para el 2017, en la planta de personal de la Alcaldía de Soacha, existían nueve cargos del máximo nivel decisorio, diferentes al del alcalde municipal, que corresponden a la denominación de secretario de despacho, de las siguientes dependencias: (1) Secretaría General, (2) Secretaría de Gobierno, (3) Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial, (4) Secretaría de Hacienda, Secretaría de Desarrollo Social y Participación Comunitaria, (5) Secretaría de Educación y Cultura, (6) Secretaría de la Salud, (7) Secretaría de Infraestructura, (8) Secretaría de Valorización y Servicios Públicos, y (9) Secretaría de Movilidad¹⁵.
 - Certificación laboral expedida por la directora de Recursos Humanos, el 6 de marzo de 2019, donde se pudo evidenciar que, durante el año 2017, solo hubo dos nombramientos y posesiones de mujeres para desempeñar cargos del máximo nivel decisorio: OLGA LUCÍA ACOTA CANTOR, secretaria de despacho de la Secretaría General, y MARÍA ANDREA ROZO MEDINA, secretaria de despacho de la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial¹⁶.

Una vez analizadas y valoradas las pruebas que soportaron la imputación, el a quo concluyó que, para el año 2017, en la planta de personal de la Alcaldía de Soacha, existían solo nueve cargos en el máximo nivel decisorio que correspondían a la denominación de “secretario de despacho” de las diferentes secretarías enunciadas en precedencia.

Del mismo modo, señaló que, como la Ley 581 de 2000 no define de una manera amplia el concepto de «máximo nivel decisorio»¹⁷, debe acudirse a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000, por medio de la cual se realizó la revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria N°62/98 Senado y 158/98 Cámara, "por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones".

Por otra parte, indicó que el artículo 5º de la Ley 909 de 2004¹⁸ establece la clasificación de los empleos públicos, disponiendo que son cargos de libre nombramiento y remoción, entre otros, los de secretario y subsecretarios de

¹⁴ Cd visible a folio 25

¹⁵ Cd visible a folio 25

¹⁶ Cd visible a folio 25

¹⁷ Artículo 2. Concepto de máximo nivel decisorio. Para los efectos de esta ley, entiéndase como "máximo nivel decisorio", el que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal.

¹⁸ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones»



despacho, jefe de control interno o quien haga sus veces, jefes de oficina asesoras de jurídica, de planeación, de prensa o de comunicaciones de gerente y subgerente; sin embargo, no precisa cuáles de esos cargos corresponden a los del nivel decisorio.

En este sentido, señaló que ante la inexistencia de una norma que ofreciera más elementos de juicio sobre la jerarquización de los cargos al interior de las entidades públicas, debía acudir al Decreto Ley 785 de 2005¹⁹, cuyo tenor literal dispone:

«ARTÍCULO 4º. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

[...] PARÁGRAFO. *Se entiende por alta dirección territorial*, los Diputados, Gobernadores, Concejales, Alcaldes Municipales o Distritales, Alcalde Local, Contralor Departamental, Distrital o Municipal, Personero Distrital o Municipal, Veedor Distrital, *Secretarios de Despacho*, *Directores de Departamentos Administrativos*, Gerentes de Unidades Administrativas Especiales y Directores, Gerentes o Presidentes de entidades descentralizadas».

De conformidad con lo anterior, la primera instancia precisó que los cargos de directores de la planta de personal de la Alcaldía de Soacha, descritos en el Decreto Municipal 128 de 2015, difieren de los cargos de directores de departamentos administrativos señalados en el Decreto Ley antes citado, razón por la cual no pueden ser tenidos en cuenta como cargos de la alta dirección territorial.

Aunado a lo anterior, afirmó que el organigrama de la Alcaldía Municipal de Soacha vigente para el año 2017 que dimana del Decreto Municipal No. 290 de 2002²⁰, modificado por el Decreto 365 de 2014²¹, y el Decreto Municipal 128 de 2015²², permite evidenciar que los cargos de directores dependen de los secretarios de despacho y, por tanto, no son del máximo nivel decisorio; lo cual también fue corroborado por la directora administrativa de Recursos Humanos (E), quien certificó que los cargos de máximo nivel decisorio, para la vigencia 2017, corresponden a los siguientes: alcalde municipal (código 005-grado 003) y nueve (9) cargos con la denominación de «Secretario de Despacho», (código 020- grado 02).

Ahora bien, excluidos del máximo nivel decisorio a los directores, el funcionario de primer nivel se refirió al cargo de jefe de la Oficina Asesora de Control Interno y/o jefe de Control Interno, por lo que señala que tampoco hacen parte del máximo nivel

¹⁹ «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

²⁰ «Por el cual se ajusta la estructura orgánica de la Alcaldía Municipal de Soacha»

²¹ «Por el cual se modifica la estructura orgánica de la Alcaldía Municipal de Soacha y se determinan las funciones de la dependencia»

²² «Por medio del cual se adiciona el Decreto 366 del 26 de diciembre de 2014»



decisorio por ser cargos de período, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 11 de la Ley 87 de 1993,²³ así:

«ARTÍCULO 8o. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así: [...]

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador»

Además, señaló que, conforme al Decreto 290 de 2002, modificado por el Decreto 365 de 2014, los cargos de jefe de la Oficina Asesora Jurídica y jefe de la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario están adscritos al despacho del alcalde municipal, pero no son del nivel directivo sino del nivel asesor, por consiguiente, los titulares de dichos cargos no pertenecen al máximo nivel decisorio. Tal como está consagrado, de igual forma, en el Decreto municipal No. 128 de 2015 donde se especifica que la nomenclatura correspondiente a los tres (03) cargos de jefes de Oficina Asesora corresponden al código 115 y, en efecto, el artículo 17 del Decreto Ley 785 de 2005, en forma expresa, prescribe que el nivel asesor está integrado por los empleos cuya nomenclatura corresponde a los códigos 105 y 115.

Ahora, frente al argumento relativo por los sujetos procesales en relación con otros cargos que, a su juicio, hacen parte del máximo nivel decisorio, en particular, el gerente y subgerentes de la Empresa Social del Estado ESE Municipal de Soacha, el funcionario refirió que, para el año 2017, el gerente de la Empresa de Salud del Estado ESE era un hombre y no una mujer²⁴ y, que la subgerente de servicio y subgerente administrativo no hacían parte de la planta de personal de la Alcaldía de Soacha sino de una entidad descentralizada, cuyo nominador no es el alcalde sino el gerente y/o director de tal entidad.

Finalmente, concluyó que el investigado sí incurrió en la omisión de sus deberes, frente a la aplicación de la Ley 581 de 2000, y, en cuanto a la forma de culpabilidad, señala que hubo “descuido” por cuanto no estuvo atento a cumplir la ley de cuotas en lo que respecta al máximo nivel decisorio, toda vez que, como director de la entidad, estaba en la potestad de adoptar mecanismos de seguimiento y control, puesto que si bien cumplió con el 30% en otros niveles decisorios, no lo hizo frente al 30% de los cargos del máximo nivel decisorio.

En cuanto al factor subjetivo de responsabilidad disciplinaria, el *a quo* sostiene que, de acuerdo con el material probatorio recaudado en el proceso disciplinario, la imputación debe hacerse, de manera definitiva, a título de «culpa grave», no de culpa gravísima como provisionalmente había sido calificada en el auto de citación a cargos, por considerar que se cumple el presupuesto establecido en el párrafo

²³ “Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones”

²⁴ Folio 145 C. No. 1



2 del artículo 44 del CDU, esto es, «*inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones*».

En este contexto, para el fallador de primera instancia quedó demostrado que la imputación efectuada a González Casas en el numeral 7.1. del auto de citación a audiencia del 3 de septiembre de 2019 quedó probada y no fue desvirtuada; de este modo, calificó la falta como gravísima, conforme al numeral 49 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haber omitido cumplir el deber dispuesto en la Ley 581 de 2000, que en el parágrafo del artículo 4º de la citada norma señala «*El incumplimiento de lo ordenado en este artículo constituye causal de mala conducta, que será sancionada con suspensión hasta de treinta (30) días en el ejercicio del cargo, y con la destitución del mismo en caso de persistir en la conducta, de conformidad con el régimen disciplinario vigente*».

Conforme a lo anterior, el procurador provincial de Fusagasugá impuso como sanción disciplinaria a ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, en su condición de alcalde municipal de Soacha para la época de los hechos, la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de treinta (30) días, y, en caso de no poderse ejecutar dicha suspensión, ésta se convertiría en multa equivalente a un (1) mes de salario devengado en la época de los hechos.

4. DE LA IMPUGNACIÓN DEL FALLO

Luego de notificado en legal forma el fallo de primera instancia, el apoderado del disciplinable interpuso recurso de apelación²⁵ argumentando, en suma, lo siguiente:

- ✓ El fallador de instancia no tuvo en cuenta que el disciplinable efectuó nombramientos de varias mujeres en cargos de dirección general, formulación de políticas institucionales; adopción y ejecución de planes, programas y proyectos al interior de la administración municipal.

Al respecto, señaló que la acepción “*máximo nivel decisorio*” contemplada en la Ley 581 de 2000 se contrapone al concepto desarrollado en la Ley 909 de 2004, en relación con los niveles directivos de la administración pública, y que la primera instancia solo analizó el artículo segundo de la Ley 581 en cita, desconociendo lo señalado en el artículo 3º que alude a la representación de las mujeres en “*otros niveles decisorios*”.

En lo que concierne a los nombramientos de los subdirectores de entes descentralizados señaló que, si bien, no son nominados directamente por el alcalde, deben observar la política pública de cuotas y, al respecto, existe una directiva del alcalde en ese sentido donde fijaba como lineamiento que se nombrara a las mujeres en los segundos niveles de decisión.

De otro lado, indicó que los cargos de jefes de oficinas asesora jurídica, planeación, prensa o comunicaciones son visualizados y catalogados por el

²⁵Confrontar en folios 189 a 202, cuaderno principal



Departamento Administrativo de la Función Pública como cargos que pertenecen a niveles de dirección.

- ✓ Es enfático en señalar que su representado actuó *“dentro de su íntima y firme convicción de que dándole representación a las mujeres en los otros niveles decisorios”* cumplía con la ley, puesto que de acuerdo a los manuales de funciones y la estructura orgánica la Alcaldía de Soacha se estableció que los cargos directivos tenían responsabilidades de formulación, planeación, coordinación, ejecución de acciones, implementación de políticas públicas, independiente de la nominación y clasificación del empleo.

Agregó que la participación que ha dado a las mujeres, sobrepasó lo estatuido en la ley de cuotas, por cuanto además tuvo en cuenta a la población afro, a cabildos indígenas que hacen presencia en la municipalidad y al grupo LGTBI, aunque, no acreditó esa representación en cargos de niveles decisorios de la gerencia pública del municipio de Soacha, porque consideró que su actuación estuvo ajustada a la ley, y que probablemente su comportamiento se encuentra enmarcado dentro de la causal eximente de responsabilidad de que trata el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, toda vez que actuó con la convicción íntima e invencible de que su actuación no era constitutiva de falta disciplinaria.

- ✓ La decisión de su representado para vincular y/o mantener en los niveles de la administración pública a más del 47% de mujeres en cargos de niveles decisorios obedeció a la interpretación que le dio al manual de funciones vigente para el momento de su posesión como alcalde.

En este sentido, varios secretarios de despacho venían ocupando dichos cargos desde la administración anterior, por lo tanto, la ratificación en el cargo es necesaria con el fin de dar continuidad a las políticas públicas establecidas en los planes, programas y proyectos de acuerdo al plan de desarrollo; en consecuencia, considera que el informe trasladado a la Procuraduría, por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, se presentó de manera incompleta ya que no tuvo en cuenta los nombramientos efectuados en virtud del numeral 3 de la Ley 581 de 2000.

- ✓ Las relaciones especiales de sujeción están reguladas no solo en el artículo 6 y 90 de la Constitución Política, sino también en los artículos 12, 122 y 125 ibidem y, en el presente caso, el a quo no señaló las normas violadas con ocasión del presunto incumplimiento de sus deberes funcionales.
- ✓ No le asiste razón al funcionario de primer nivel, cuando afirma que el nombramiento del jefe de control interno disciplinario no debe ser tenido en cuenta para efectos de contabilización y cumplimiento de la ley de cuotas por el solo hecho de que son cargos de periodo fijo, pues, cuando la ley 87 de 1993 estableció el control interno previó en el artículo 11 que dichos cargos deberían ser de libre nombramiento y remoción y, posteriormente, la ley 617 de 2000 varió



la norma pero siguió conservando la liberalidad en la nominación del jefe de control.

- ✓ Agrega que la modificación introducida por la ley 1474 de 2011 a la Ley 87 de 1993 se hizo para darle estabilidad al “controlador interno” con el fin de evitar que el nominador dispusiera libremente del cargo y, además, para darle mayor autonomía. Del mismo modo, señaló que no existe ninguna norma que consagre que los cargos de periodo no pueden ser tenidos en cuenta para la contabilización de nombramientos según la ley de cuotas.
- ✓ Indica, para concluir, que la conducta de su representado se enmarca en un tipo de responsabilidad objetiva, y, que el obrar de buena fe y alejado de su intención de afectar el servicio público conlleva a la inexistencia de la falta.

Culminada la sustentación, el funcionario de primer nivel concedió el recurso de apelación e informó al apoderado del disciplinable que disponía de dos días para complementarlo. En consecuencia, dispuso el envío de la actuación a la Procuraduría Regional de Cundinamarca, despacho que asumió el conocimiento de las diligencias el 6 de marzo de 2020 y ordenó correr el respectivo traslado para los alegatos de conclusión, previos al fallo de primera instancia²⁶.

Mediante escritos del 23²⁷ y 26²⁸ de diciembre de 2019, allegados a la Procuraduría Regional de Cundinamarca, el apoderado complementó los argumentos del recurso.

5. DE LA ASIGNACIÓN DEL EXPEDIENTE A LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto No. 1042 del 19 de agosto de 2021²⁹, el Procurador Regional de Cundinamarca dispuso la remisión de la actuación a esta Sala, con fundamento en la Resolución 207 de 2021³⁰ y la Circular 015 del 8 de julio de 2021, por medio de la cual se adoptan medidas internas para garantizar las atribuciones jurisdiccionales y el principio acusatorio en todas las actuaciones disciplinarias. Las diligencias fueron recibidas en esta Sala el 30 de agosto de 2021.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR

Una vez revisadas las diligencias, encuentra la Sala que no existe causal de nulidad que afecte la actuación procesal; además, se pudo evidenciar que durante el curso de la investigación se respetaron los derechos que le asisten a los sujetos procesales, quienes fueron notificados en legal y en debida forma de cada una de las decisiones adoptadas al interior del proceso disciplinario.

²⁶ Folios 203-204, Cuaderno No. 1

²⁷ Folios 189 a 202

²⁸ Folios 1-294. Cuaderno anexo “Recurso de apelación”

²⁹ Folio 214, del cuaderno No. 1

³⁰ Modificada por la Resolución 219 de 2021



Es menester señalar que, contrario a lo afirmado por el apoderado del ex burgomaestre a través de los alegatos presentados mediante escrito del 23 de diciembre de 2019³¹, en la actuación sí obra constancia de la citación enviada a su representado, mediante oficio No. PPF 0632, del 7 de febrero de 2021³² con el fin de realizar la correspondiente notificación personal del auto de indagación preliminar, tal como puede evidenciarse en la guía de Servicios Postales Nacionales 472³³, donde aparece como fecha de entrega del oficio en el despacho de la Alcaldía Municipal, el 11 de febrero de 2019 y, en virtud de su no comparecencia se procedió a la notificación por edicto, conforme a lo normado en el artículo 107 de la Ley 734 de 2002.

Precisado lo anterior, la Sala abordará previamente los siguientes tópicos: (i) La competencia para resolver el presente trámite; (ii) Planteamiento del problema jurídico. (iii) La protección de los derechos de las mujeres en el orden interno e internacional; (iv) De la reivindicación de los derechos de las mujeres (v) Antecedentes, finalidad y fundamento constitucional de la Ley 581 de 2000; (vi) Contenido y alcance de las nociones “máximo nivel decisorio” y “otros niveles decisorios” a la luz de lo señalado en la sentencia C-371 de 2000; (vii) Análisis del caso concreto y (viii) Conclusión.

6.1. De la competencia

La Constitución Política, en el artículo 277, numeral 6, otorga a la Procuraduría General de la Nación la función de

«6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular, ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley».

A su vez, la Ley 2094 de 2021, en su artículo primero, señala que:

«Se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; inclusive los de elección popular y adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la ley».

En esta medida, la Procuradora General de la Nación profirió la Resolución No. 207 del 7 de julio de 2021³⁴ por medio de la cual dispuso asignar y distribuir las funciones disciplinarias en primera instancia y segunda instancia, señalando en el inciso segundo del artículo 8º que la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular asumirá el conocimiento de los recursos de apelación y de los recursos de queja interpuestos contra las decisiones proferidas por los

³¹ Folio 189-202, del Cuaderno No. 1

³² Folio 19, del Cuaderno No. 1

³³ Folio 23, del Cuaderno No. 1

³⁴ Modificada por la Resolución No 2019 de 2021, artículo 2º



procuradores provinciales, regionales, distritales o delegados, respecto de servidores públicos de elección popular.

Debe resaltarse que con la citada ley se reitera la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y juzgar a los servidores públicos, incluyendo aquellos vinculados a la administración a través de un proceso de elección popular, tal como ya lo ha explicado esta Sala en oportunidades previas³⁵.

A este punto es necesario recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 8 de julio de 2020, declaró que los artículos 277 y 278 de la Constitución, que facultan a la Procuraduría a ejercer la facultad de vigilancia y disciplina de los servidores públicos “no son incompatibles con el artículo 23 de la Convención Americana”³⁶.

De esta forma, la Procuraduría venía ejerciendo actividades “materialmente jurisdiccionales”, por lo cual, dijo el Tribunal regional en esa misma oportunidad, que:

“Cuando la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la “determinación de sus derechos”, está refiriéndose a cualquier autoridad pública, ya sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. De esta forma, se desprende que cualquier órgano del Estado *que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional*, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana”³⁷.

Agrega, seguidamente que:

“El artículo 8.2 de la Convención establece adicionalmente las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. La Corte ha indicado que estas garantías mínimas deben respetarse *en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento* cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. En otras palabras, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”³⁸

Por lo tanto, las observaciones del tribunal internacional han estado orientadas a resaltar que quien ejerce funciones jurisdiccionales material o formalmente, debe cumplir con unos estándares cada vez más rigurosos, según la naturaleza de la

³⁵ Decisión de 25 de noviembre de 2021 aprobada en acta No. 014, proceso radicado No. IUS- E-2018-078009 – IUC D-2018-1081324. En igual sentido, decisión de 9 de noviembre de 2021, acta No. 002, proceso radicado No. IUS: E-2020-595555. IUC: D-2020-1651230.

³⁶ Numeral 112. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencias C-057 de 1998; C-946 y C-977 de 2002 y C-500 de 2014

³⁷ Numeral 120, cursiva de esta sala.

³⁸ Numeral 120. Cursiva de esta sala.



sanción a imponer. De esta forma, en el fallo de 8 de julio de 2020, la Corte Interamericana determinó que no se habían cumplido con las garantías exigidas en el trámite procesal en su momento analizado, como la separación de investigación y juzgamiento o la idoneidad de los recursos para cuestionar la validez de la decisión sancionatoria. Así, el derecho disciplinario “en la medida en que está compuesto por un conjunto de normas que permiten imponer sanciones a los destinatarios que realicen una conducta definida como falta disciplinaria (...) se acerca a las previsiones del derecho penal”³⁹.

En consecuencia, el Estado colombiano, como se indicó previamente, expidió la Ley 2094 de 2021 que, no solo separa investigación y juzgamiento, determina la existencia de doble instancia y establece la doble conformidad, sino que, además, atribuye funciones jurisdiccionales a la Procuraduría. Lo anterior con fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política que, en determinadas circunstancias, permite que se entreguen funciones jurisdiccionales específicas, tanto a ciertas autoridades administrativas, como a particulares⁴⁰. Así que, a partir de esa ley, esta entidad ya no solo ejerce funciones *materialmente*, sino también *formalmente jurisdiccionales*.

Por todo lo anterior, es evidente sostener que ya no es solo un trámite administrativo, sino que, con los ajustes normativos necesarios, se establece un procedimiento disciplinario, con naturaleza jurisdiccional y con las garantías necesarias, incluida, la posibilidad de interponer recursos ante un órgano permanente de la rama judicial, para que, de todas formas, realice un análisis de *full jurisdiction* o jurisdiccionalidad plena⁴¹.

Hay que precisar que la Corte Interamericana ya había establecido que, por ejemplo, un Tribunal Electoral, que *materialmente* ejercía funciones jurisdiccionales, podría adelantar un trámite administrativo, bajo ciertas restricciones, relacionado con la posibilidad que tenían ciertas personas de aspirar a ser elegidos⁴², con la condición de respetar las garantías del debido proceso. Sin embargo, la legislación colombiana da un paso más y reconoce facultades de naturaleza jurisdiccional a un órgano estatal, autónomo e independiente de las demás ramas del poder público⁴³, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 116 de la Constitución Colombiana, disposición que, hasta el momento, no ha recibido reproche alguno por parte de algún organismo internacional.

Por tal motivo, es impreciso afirmar, como algunos lo hacen, que este tipo de procesos solo puedan ser adelantados por un “juez penal”. En realidad, la Corte Interamericana se refiere a un juez “en un proceso penal”, es decir, con las garantías

³⁹ Ib. En igual sentido, Corte IDH, Sentencia caso Maldonado Ordóñez c. Guatemala.

⁴⁰ Situación que no es extraña en el ordenamiento interno. Al respecto, Corte Constitucional, sentencias C-145 de 2009, C-1641 de 2000; C-179 de 1994, C-649 de 2001 y C-193 de 2020. Al respecto, dijo el tribunal constitucional: “ese tipo de asignación de competencias constituye una tendencia común en el derecho comparado actual, destinada a la descongestión de la administración de justicia”, Cfr. C-156/13.

⁴¹ TEDH, caso Schmutz c. Austria.

⁴² Caso Yatama c. Nicaragua.

⁴³ Tal como lo ha reconocido varias veces la Corte Constitucional. Por ejemplo, sentencia C-178/97



mínimas de un proceso sancionatorio de esa naturaleza. Así, por ejemplo, lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-146 de 2021.

Pensar que solo un juez penal puede adelantar los procesos disciplinarios implicaría, sin más, criminalizar ciertos comportamientos que hoy son solo considerados como faltas y, por esa vía, extender los estrictos límites de un derecho penal, que debemos considerar como de naturaleza residual, a otros escenarios. Por supuesto, ciertas faltas a los deberes funcionales tampoco deben quedar impunes, esto es, sin reproche disciplinario⁴⁴.

Por el contrario, uno de los fundamentos de la Constitución de 1991 es la incorporación de un sistema de responsabilidades amplio y exigente para quienes en nombre el Estado detentan el poder, máxime cuando se trata de los servidores de elección popular, a través de la acción disciplinaria, como una de las manifestaciones más importantes del *ius puniendi*⁴⁵, la cual tiene naturaleza similar a la del derecho penal, como ha reconocido la misma Corte Interamericana⁴⁶.

Dentro de esas características hay algunas que son inherentes al proceso penal, según los propios estándares de la Corte Interamericana, entre ellas, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa (conocer los cargos, tiempo suficiente, asistencia técnica, ofrecer y controvertir prueba, doble conformidad y congruencia), el derecho a guardar silencio, el postulado de non bis in ídem, el juicio sin reservas y la legalidad.

En consecuencia, un proceso sancionatorio, con las consecuencias jurídicas como el presente, debe tener las mismas garantías mínimas esperadas de un proceso penal, entre ellas, las previamente señaladas.

Entonces, tal como se determinó por el legislador, a la Procuraduría General de la Nación se le han reconocido funciones jurisdiccionales y se han maximizado las garantías del proceso disciplinario, para equipararlas con las exigidas por el sistema interamericano para un proceso penal, por lo que se reafirma la competencia de la entidad para adelantar los procesos en casos relacionados con servidores públicos de elección popular, por faltas de naturaleza disciplinaria⁴⁷.

Por lo tanto, procede la Sala en ejercicio de las facultades legales, en los términos de los artículos 1 y 16 de la Ley 2094 de 2021, así como del artículo 8 de la

⁴⁴ De hacerlo, estaría en contra de los mandatos establecidos, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que obliga al Estado colombiano, en los términos de la Ley 970 de 2005. Además, este mandato hace parte de la necesidad de satisfacer el legítimo interés público en que sean reprochables comportamientos que pueden resultar contrarios, por ejemplo, a la eficiencia, moralidad y transparencia estatal. Al respecto, puede verse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castañeda Gutman c. México.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencias C-026/08 y C-286/96

⁴⁶ Sentencia del caso Baena Ricardo c. Panamá. Además, ese Tribunal regional también ha sostenido que los derechos políticos no son absolutos, por lo cual, cada Estado tiene la facultad de regular su ejercicio. Cfr. Yatama c. Nicaragua.

⁴⁷ En otras palabras, no se ha descartado la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y juzgar servidores elegidos popularmente. La discusión está en el tipo de sanción a imponer.



Resolución No. 207 de 2021, a pronunciarse en relación con el recurso de apelación interpuesto contra el fallo sancionatorio proferido el 4 de diciembre de 2019 por el Procurador Provincial de Fusagasugá, teniendo en cuenta que el investigado es ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, quien se desempeñó como alcalde municipal de Soacha, para la fecha de los hechos, y fue elegido por voto popular.

6.2 Problema jurídico

Consiste en establecer si ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, en su condición de alcalde municipal de Soacha, para el período constitucional 2016-2019, incurrió en falta disciplinaria por incumplimiento del deber contenido en el literal a) del artículo 4º de la Ley 581 de 2000 o Ley de Cuotas, frente al porcentaje mínimo del treinta por ciento (30%) de participación de las mujeres en los cargos del “máximo nivel decisorio” de la entidad pública de su jurisdicción y, según lo anterior, si conforme a los argumentos expuestos por su apoderado, debe ser absuelto atendiendo a que su representado actuó con la convicción errada e invencible de no estar cometiendo falta alguna.

Para el efecto, es necesario hacer algunos apuntes previos.

6.3. La protección de los derechos de las mujeres en el orden interno e internacional.

La jurisprudencia de Corte Constitucional ha sido amplia en resolver casos en los que las mujeres se han visto afectadas por la violencia, el desconocimiento de sus derechos laborales, desprotección de la mujer cabeza de hogar, entre muchos otros casos de discriminación. Así, la alta Corporación al analizar la demanda de inconstitucionalidad⁴⁸ contra el numeral 13 del artículo 108 del Decreto ley 2663 de 1950⁴⁹ (Código Sustantivo del Trabajo) declaró inexecutable la expresión “*las mujeres y*”, al considerar que las normas previstas en el ordenamiento deben deshacerse de rezagos patriarcales que reproducen la idea de supuesta incapacidad de las mujeres para definir su propio curso de protección y consideró que este es un paso ineludible en el camino que debe seguir el ordenamiento para garantizar que las mujeres construyan su identidad y la desarrollen de conformidad con sus propios planes de vida, respetando su autonomía y dignidad.

Además, en relación con la protección de las mujeres de los derechos de las mujeres en el ámbito interno e internacional, precisó:

«En Colombia las mujeres reciben una protección reforzada en dos planos que se complementan entre sí: el interno y el internacional. En el ordenamiento

⁴⁸ Sentencia C-038, del 24 de febrero de 2021. M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

⁴⁹ “Artículo 108. El reglamento debe contener disposiciones normativas de los siguientes puntos:

[...]

13. Especificaciones de las labores que no deben ejecutar las mujeres y los menores de dieciséis (16) años” (subrayado fuera del texto, señalando la disposición reprochada).



jurídico nacional la Constitución Política de 1991 reconoce la igualdad entre hombres y mujeres y confiere una protección especial a estas últimas⁵⁰. Los artículos 40 (participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública), 42 (igualdad de derechos y obligaciones en las relaciones familiares) y 53 (protección especial de la mujer en el ámbito laboral), muestran el interés de las y los constituyentes en fijar en la Carta Política los ejes esenciales del papel de la mujer en el ordenamiento jurídico actual. En particular, el artículo 43 de la Constitución, en el que se reafirma que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades y que la primera no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, ha sido interpretado en conjunto con el artículo 13 superior⁵¹, lo que ha permitido a la Corte concluir que el derecho a la igualdad de las mujeres se aplica de manera transversal en todos los aspectos de las relaciones sociales que a ellas les atañen⁵².

En general, son múltiples las sentencias proferidas por esta Corte que desarrollan las normas constitucionales encaminadas a reconocer el derecho a la igualdad de las mujeres. Esto se explica, entre otros aspectos, por el contexto histórico y social en el que se desarrolló la vida de las mujeres con anterioridad a la década de los años 70⁵³.

⁵⁰ Esto lo demuestra la participación del movimiento de mujeres en la Asamblea Nacional Constituyente y sus propuestas para que en el texto de la nueva constitución quedará explícita la protección especial a la mujer y la igualdad con los hombres en todos los ámbitos. “En muchos sentidos la nueva Constitución fue y ha sido un motor de la movilización feminista (...) con su discurso de inclusión, paz y derechos, permitió la consolidación de un nuevo marco de movilización feminista, uno en el cual los temas del movimiento se comprendían más como aspiraciones de ciudadanía, derechos humanos, democracia y justicia”. Julieta LEMAITRE RIPOLL, *El Derecho como Conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Ed. Siglo del Hombre Editores. Derecho y Sociedad, Universidad de Los Andes (2009). P. 212. Cfr. Sentencia C-203 de 2019. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵¹ Es así como muy temprano se refirió esta Corporación a la “igualdad entre los sexos”, a propósito de lo cual, precisó que hombres y mujeres gozan de los mismos derechos y prerrogativas y están obligados por sus deberes en igual forma a la luz de la Constitución, pues ninguno de los dos sexos puede ser calificado de débil o subalterno para el ejercicio de los primeros ni para el cumplimiento de los segundos, ni implica ‘per se’ una posición de desventaja frente al otro. La pertenencia al sexo masculino o al femenino tampoco debe implicar, por sí misma, una razón para obtener beneficios de la ley o para hallarse ante sus normas en inferioridad de condiciones. De allí que sean inconstitucionales las disposiciones que plasman distinciones soportadas única y exclusivamente en ese factor. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-588 de 1992. MP. José Gregorio Hernández Galindo. Reiterada en la sentencia C-203 de 2019. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵² En la sentencia C-410 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz. la Corte Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 33 parcial, 36 parcial, 61 parcial, 64 parcial, 65 parcial, 117 parcial y 133 parcial de la Ley 100 de 1993 y abordó el tanto el tema de la discriminación por razones de sexo como el de la discriminación de la mujer en el campo laboral. La Corte destacó que entre las razones de discriminación que el artículo 13 superior prohíbe se encuentra, en primer lugar, el sexo. Resaltó esta Corporación cómo las conquistas en el plano de la liberación de la mujer se reflejan en el ámbito constitucional, así como se proyectan también en el “campo de la igualdad formal y sustancial” lo que ha permitido ver, con mayor claridad, que las consecuencias de la diferenciación injustificada por razón de sexo “se extienden a insospechados espacios, lo que da cuenta de la naturaleza velada o encubierta de un sinnúmero de prácticas inequitativas que trascienden las manifestaciones más comunes de la discriminación”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Reiterada en la sentencia C-203 de 2019. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000: “No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por los menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino. // Baste recordar que bien entrado el siglo veinte, las mujeres en Colombia tenían restringida su



La misma corporación, en dicho fallo, reconoció que durante un buen tiempo se habían impuesto ciertos estereotipos. Esta concepción arbitraria e injustificada, consolidó un modelo patriarcal, donde los hombres asumieron una posición de dominación, por lo que tenían la potestad de administrar bienes y adoptar decisiones en planos privados y públicos en temas de las mujeres. Por lo cual, dice la Corte, se crearon patrones orientados a excluirlas de su participación en actividades relevantes, en planos sociales, políticos, económicos, etc. Por lo tanto:

Desde muy temprano esta Corte se propuso identificar y derribar estos estereotipos, dando cuenta de su carácter prejuicioso, del daño que han generado y de la manera como su uso se refleja también en el campo social, cultural, económico, político y jurídico. *En la sentencia C-371 de 2000⁵⁴, al analizar la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria N°62/98 Senado y 158/98 Cámara, "por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones" ilustró la Corte sobre la existencia de categorías que se consideran sospechosas, precisamente, por cuanto han estado asociadas a prácticas o cosmovisiones que tienden a subvalorar a las mujeres.*

En la *sentencia C-804 de 2006⁵⁵*, la Sala Plena examinó la evolución del rol social de la mujer. Al respecto, reiteró la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la igualdad de las mujeres en el ordenamiento jurídico. Precisó que “no tienen cabida en el ordenamiento jurídico colombiano disposiciones que establecen tratos discriminatorios aun cuando se trate de regulaciones dirigidas supuestamente a protegerlas, pero que al estar inspiradas en estereotipos sociales y culturales machistas perpetúan la desigualdad”⁵⁶. Recordó que la Corporación se ha ocupado en reiteradas ocasiones del fenómeno denominado

ciudadanía, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones”. Ver también Corte Constitucional, sentencia C-101 de 2005. MP. Alfredo Beltrán Sierra; SV Rodrigo Escobar Gil: “Ahora bien, el sometimiento de la mujer a la voluntad del hombre no solamente estaba reflejada en el ámbito familiar, cultural y social, sino que irradió el campo del derecho y, en ese sentido, las instituciones jurídicas reflejaron ese estado de cosas con la expedición de leyes que reforzaban la práctica de la discriminación de la mujer, aunque valga aclarar, también el legislador en un proceso de superar esa histórica discriminación, ha adoptado medidas legislativas tendientes a mermar los efectos de las situaciones de inferioridad y desventaja que sometían a las mujeres. Eso se puede observar con claridad, realizando una breve reseña de nuestro ordenamiento jurídico. || En efecto, hasta 1922 las mujeres no podían ser testigos porque se desconfiaba de su manera de percibir, de recordar y de relatar lo percibido, es decir, carecían de capacidad de razonamiento y deliberación; mediante la Ley 8 de 1922 se les permitió ser testigos. Solamente hasta el año de 1932 con la expedición de la Ley 28 de ese año, se les confirió a las mujeres casadas capacidad civil plena, porque antes de la expedición de esa ley eran tratadas como menores de edad y, en consecuencia, no podían ejercer actos de disposición y administración de sus bienes sino por intermedio de su cónyuge, que era su representante legal. En la Constitución de 1886 sólo los colombianos varones mayores de 21 años eran ciudadanos (...)”.

⁵⁴ MP. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-804 de 2006. MP. Humberto Antonio Sierra Porto; SV Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla; AV Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁶ *Ibíd.*



“discriminación indirecta”, declarando la inexecutable de enunciados normativos con ese efecto⁵⁷.

En el mundo laboral⁵⁸, la discriminación contra las mujeres suele provenir del intento por alterar o modificar el trato igualitario que ellas merecen, por medio de reducciones, exclusiones o restricciones sustentadas en estereotipos o generalizaciones que pretenden perpetuar patrones de dominación y sumisión inadmisibles⁵⁹. En todo caso, esta Corte ha enfatizado que las autoridades en su conjunto, incluidas las judiciales, deben contribuir a eliminar tratos diferenciales basados en estereotipos o generalizaciones discriminatorias⁶⁰.

Sin embargo, el mismo tribunal ha resaltado la importancia de tener presente que el imperativo igualitario derivado del artículo 13 de la Constitución no se circunscribe solo con la restricción de tratos discriminatorios, pues se orienta al “propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población femenina”. En consecuencia, establece la necesidad de adoptar medidas positivas “dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a

⁵⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2019. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

⁵⁸ En el terreno laboral la Corte también ha abordado situaciones generadas con fundamento en estereotipos o generalizaciones discriminatorias. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-247 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte estudió el caso de un empleador que se valió del sexo como patrón de exclusión de una mujer para trabajar en una empresa como vigilante. En aquella ocasión, reiteró la Corporación su jurisprudencia y destacó que aquellos tratos diferenciados sustentados en rasgos innatos de las personas que no dependían de su voluntad por ser parte de su propia esencia, debían presumirse discriminatorios. Señaló, sin embargo, que esto estaba lejos de significar que no pudieran presentarse tratos diferenciados fundados en esta categoría, sólo que una distinción en ese sentido debía presumirse inconstitucional, presunción que habría de ser desvirtuada “por quien tenga intereses en la utilización de dicha diferencia, demostrando que la misma busca la realización de un fin constitucionalmente valioso y que tal diferenciación resulta un medio adecuado para conseguirlo. Afirmación que respalda, entre otras, la sentencia C-534 de 2005, que refiriéndose a un caso similar expresó “la prohibición de discriminación por razón de sexo, sugiere una presunción de inconstitucionalidad de las normas que utilizan como criterio diferenciador el género en la adjudicación de protección jurídica. No obstante, al paso de lo anterior, el carácter de grupo marginado o discriminado del colectivo de las mujeres abre la posibilidad, para que el legislador utilice el criterio del género como elemento de distinción para protegerlas eficazmente” –se destaca–. Cfr. también Corte Constitucional. Sentencia T-322 de 2002 indicó que no es posible que los empleadores establezcan parámetros dentro de los cuales, sin justificación alguna, opten por contratar trabajadores solo de determinado sexo. En el fallo T-624 de 1995 amparó los derechos de una mujer que deseaba ser Oficial de Infantería de Marina en la Escuela Naval, carrera que no se ofrece en ningún otro centro docente del país. Más recientemente consultar la sentencia T-293 de 2017. MP. Alejandro Linares Cantillo, en un caso de acoso laboral contra una mujer que se desempeñaba en el cargo de copiloto B767 de la empresa. LATAM Airlines Colombia S.A.

⁵⁹ KURCZIYN VILLALOBOS, citado por Josefa MONTALVO ROMERO, “El trabajo desde la perspectiva de género” Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana de México, (49), jul-dic, 2020.

⁶⁰ Esto significa que como mínimo deben: i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; iii) no tomar decisiones con base en estereotipos discriminatorios; iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-184 de 2017. MP. María Victoria Calle Correa.



compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales”⁶¹. En efecto, uno de esos ámbitos es el laboral.

Por lo tanto, en sentencia *C-410 de 1994*, ese mismo Tribunal declaró ajustado a la carta, las disposiciones relacionadas con la edad en que las mujeres pueden alcanzar la pensión de jubilación, así sea diferente al de los hombres. Allí se estableció que el legislador podría "tomar medidas positivas dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económico y social".

En consecuencia, la Corte Constitucional ha reconocido la importancia de establecer medidas orientadas a igualar materialmente los derechos de las mujeres, para compensar la histórica discriminación sufrida en nuestro país.

6.4. De la reivindicación de los derechos de las mujeres.

En las últimas décadas en Colombia han existido importantes reivindicaciones en relación con la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres; dicho progreso se ha evidenciado no solo con la existencia de una prolífera jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino también con la expedición de leyes encaminadas a promover la igualdad de género y garantizar los derechos humanos de las mujeres⁶².

Descendiendo al caso en estudio, en la mencionada sentencia *C-371 de 2000*, en relación con las acciones afirmativas y medidas de discriminación inversa o positiva, la Corte precisó:

«Con la expresión acciones afirmativas se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. Los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas. Pero también lo son, aquellas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a

⁶¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia *C-410 de 1994*.

⁶² Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, aprobada en 2011; Ley 1257 de 2008, por medio de la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres; Ley 1719 de 2014, por medio de la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial, la violencia sexual con ocasión del conflicto armado; entre otras.



concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras». (Cursivas de la Sala)

Del mismo modo, indicó que las citadas acciones y medidas están expresamente autorizadas en la Constitución Política y, por ende, si las autoridades apelan a estas, con ocasión del sexo, raza, *pertenencia étnica*, u otra categoría sospechosa, lo deben hacer para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas en posiciones desfavorables, no para marginarlas ni para perpetuar desigualdades.

Por ello, desde el preámbulo de la Constitución, se consagra como uno de los fines del Estado el de asegurar la igualdad entre todos los habitantes por su estrecha relación con la dignidad humana. En ese sentido, el artículo 43 dispone que “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación».

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

«[...] la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras [...]»⁶³.

No obstante, a través de la historia se ha evidenciado la falta de reconocimiento y garantías de las mujeres para participar en el ámbito público, razón por la cual se justifica la adopción de esas acciones afirmativas y medidas de discriminación positiva, referidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000. Basta con mirar los datos estadísticos e históricos de la participación femenina en cargos del nivel decisorio y de mayor jerarquía en el sector público para demostrar que las mujeres han tenido una representación inferior respecto de los hombres en las más altas esferas del poder público, a nivel municipal, departamental y nacional.

Una valiosa decisión como la mencionada contribuye, no solo a reducir la discriminación laboral que de tiempo atrás ha existido contra la mujer, sino también a generar espacios donde, a partir de su idoneidad y preparación académica e intelectual, les ha permitido lograr por sí mismas una participación mayor, en condiciones de competitividad.

La Ley 581 de 2000, conocida también como la “Ley de cuotas”, no solo desarrolla los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política, sino que también permite cumplir los compromisos internacionales asumidos por Colombia en las Conferencias del

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia T-030 de 2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



Río de Janeiro y Pekín, entre otras, en las cuales se reafirmó la necesidad de lograr la igualdad de derechos y oportunidades de las mujeres en la adopción de decisiones políticas y económicas y la asignación de recursos, buscando eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres participar plenamente en la economía, logrando de esta forma la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.

La Procuraduría General de la Nación ha advertido con especial énfasis la importante responsabilidad que tiene todo servidor público en torno al cumplimiento y la reivindicación de los derechos de las mujeres y ha hecho un llamado a los funcionarios de todas las entidades del país para que garanticen una verdadera equidad para las mujeres.

Así mismo, se ha recordado que todo funcionario tiene el deber ineludible de garantizar desde sus competencias y obligaciones que a ninguna mujer se le discrimine y, respecto de la equidad a nivel laboral y político la señora Procuradora ha sido clara en advertir que propenderá por el cumplimiento de la ley de paridad, tanto a nivel del gobierno nacional como de las alcaldías y gobernaciones.

Así fue señalado en el marco de la conmemoración del día de la mujer: *“En Colombia debe haber menos celebración y sí mucha más reivindicación”*⁶⁴; de esta manera la institución reiteró su compromiso por los derechos de la mujer y advirtió la vigilancia que ha de ejercerse frente al cumplimiento estricto de la adecuada y efectiva participación de las mujeres en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder públicos.

Solo de este modo, pueden corregirse esa situación de desventaja en la que se encuentra ese importante y específico sector de la sociedad, promoviendo de esta forma una igualdad formal, real y efectiva y logrando la reivindicación de sus derechos, tal como lo señaló la propia Corte al reconocer que las mujeres en el ámbito político, como en el doméstico, han tenido que reivindicar sus derechos y les ha correspondido luchar para contar con espacios reales de participación⁶⁵.

6.5 Antecedentes, finalidad y fundamento constitucional de la Ley 581 de 2000

El Congreso de la República expidió la Ley 581, el 31 de mayo de 2000, *“Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones”*, norma que refleja el loable esfuerzo del legislador por corregir una distorsión social que se viene presentando de tiempo atrás y que tiene como directa afectada a la mujer en tanto sector de la población colombiana, que puede implicar de facto una invisibilización, no solo en

⁶⁴ Discurso de la Procuradora General de la Nación, Margarita Cabello Blanco, del 8 de marzo de 2021

⁶⁵ MP. Humberto Antonio Sierra Porto; AV Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Rodrigo Escobar Gil; SV Nilson Pinilla Pinilla. En aquella ocasión la Corporación se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 33 del Código Civil, que fue demandado con el argumento de acuerdo con el cual la palabra “hombre” en la ley civil excluía al género femenino produciéndose un trato discriminatorio.



términos cuantitativos, sino de manera cualitativa, debido al rezago a que se ha visto sometida en distintos escenarios de la vida nacional⁶⁶.

Esta ley, que también se identifica como la Ley de Cuotas, tiene como propósito promover la participación igualitaria de las mujeres en los cargos de decisión del Estado, en los diferentes niveles de la administración pública. En efecto, el artículo 1 de la citada norma, dispone:

«ARTÍCULO 1. *Finalidad.* La presente ley crea los mecanismos para que las autoridades, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, le den a la mujer la adecuada y efectiva participación a que tiene derecho en todos los niveles de las ramas y demás órganos del poder público, incluidas las entidades a que se refiere el inciso final del artículo 115 de la Constitución Política de Colombia, y además promuevan esa participación en las instancias de decisión de la sociedad civil».

Esta finalidad se deriva, no solo del tenor literal de la ley, sino de los debates que antecedieron a su aprobación, en los cuales se hicieron explícitas las razones por las cuales era necesario contar con un instrumento que permitiera promover una participación efectiva e igualitaria por parte de las mujeres en el ámbito político y, en particular, en la toma de decisiones en el Estado. De ahí, que el artículo 4, dispone:

«Artículo 4. Participación efectiva de la mujer. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2o. y 3o. de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:

- a) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2., serán desempeñados por mujeres;
- b) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisivos, de que trata el artículo 3., serán desempeñados por mujeres.

PARÁGRAFO. El incumplimiento de lo ordenado en este artículo constituye causal de mala conducta, que será sancionada con suspensión hasta de treinta (30) días en el ejercicio del cargo, y con la destitución del mismo en caso de persistir en la conducta, de conformidad con el régimen disciplinario vigente»⁶⁷.

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección quinta. Decisión de siete (7) de diciembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-24-000-2005-00961-01(4136) y 25000-23-24-000-2005-00968-01

⁶⁷ Declarado EXEQUIBLE en forma condicionada, en la sentencia C-371 de 2000, esto es, siempre que se entienda que la regla de selección que en él se consagra, se deberá aplicar en forma paulatina, es decir, en la medida en que los cargos del "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisivos" vayan quedando vacantes. Y que cuando el nombramiento de las personas que han de ocupar dichos cargos dependa de varias



De esta manera, la norma refleja medidas de discriminación positiva a favor de la mujer, acorde con lo plasmado por el constituyente, en el artículo 40 superior, que en relación con el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, precisó en su parte final que *“Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública”, compromiso institucional que adquiere mayor relieve con el artículo 43 Constitucional que expresa “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación [...]”.*

Constituye, entonces, la Ley 581 de 2000 un mecanismo idóneo para que la discriminación que han soportado las mujeres en el terreno laboral empiece a contenerse, no solo por la finalidad que persigue, sino también porque procura su ubicación en los máximos niveles decisorios de la administración pública, tanto a nivel nacional como territorial.

6.6.- Contenido y alcance de las nociones de “máximo nivel decisorio” y “otros niveles decisorios”, a la luz de lo señalado en la sentencia C-371 de 2000.

La Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales -*artículo 241, numeral 8-*, en la sentencia C-371 de 2000⁶⁸, abordó en forma previa y plena el estudio de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria No. 62/98 Senado y 158/98 Cámara, *“por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones”*,

Los artículos que consagran los conceptos de máximo nivel decisorio y otros niveles decisorios son, en su orden, los siguientes:

«Artículo 2. *Concepto de máximo nivel decisorio.* Para los efectos de esta ley, entiéndase como "máximo nivel decisorio", el que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal.

Artículo 3. *Concepto de otros niveles decisorios.* Entiéndase para los efectos de esta ley, por "otros niveles decisorios" los que correspondan a cargos de libre nombramiento y remoción, de la rama ejecutiva, del personal administrativo de la rama legislativa y de los demás órganos del poder público, diferentes a los contemplados en el artículo anterior, y que tengan atribuciones de dirección y mando en la formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, incluidos los cargos de libre nombramiento y remoción de la rama judicial».

personas o entidades, se procurará que las mujeres tengan una adecuada representación conforme a la regla de selección allí prevista, sin que éste sea un imperativo ineludible.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-376 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.



Si bien, la ley 581 de 2000 es clara al exigir que mínimo el 30% de los cargos del máximo nivel decisorio y otros niveles decisorios debe estar ocupado por mujeres, dicho texto no puede interpretarse por sí solo, pues, su interpretación sistemática incluye lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia antes enunciada, por medio de la cual, la alta Corporación consideró que la medida se ajusta la Constitución y, que la cuota allí establecida no constituía una forma de discriminación de los hombres sino una «acción afirmativa de “naturaleza rígida” y que es una cuota específica y no global. Es decir que se aplica a cada categoría de cargos y no al conjunto de empleos que conforman el "máximo nivel decisorio" y los "otros niveles decisorios."»

El alto tribunal hizo dos condicionamientos específicos frente al alcance de las disposiciones contenidas en el artículo 4º de la Ley 581 de 2000⁶⁹. Al respecto, precisó:

« [...] 1) Que la regla de selección que en él se consagra, *se deberá aplicar en forma paulatina*, es decir, en la medida en que los cargos del "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisorios" vayan quedando vacantes, y 2) que cuando en la designación de dichos cargos deban concurrir varias personas o entidades, *se procurará que las mujeres tengan una adecuada representación conforme a la regla de selección allí prevista*, sin que ésta sea inexorable; salvo la expresión "A partir del primero (1º) de septiembre de 1999", contenida en los literales a. y b. que se declarará inexecutable» (Cursivas de la Sala).

Del mismo modo, precisó:

«Por "máximo nivel decisorio" el legislador entiende que es aquél "que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles Nacional, Departamental, Regional, Provincial, Distrital y Municipal". Es decir, quienes ejercen la dirección general de los organismos respectivos.

Y por "otros niveles decisorios", "los que corresponden a cargos de libre nombramiento y remoción, de la rama ejecutiva, del personal administrativo de la rama legislativa y de los demás órganos del poder público, diferentes a los contemplados en el artículo anterior, y que tengan atribuciones de dirección y mando en la formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital".

⁶⁹ Artículo 4º. Participación efectiva de la mujer. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2º y 3º de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:

- a) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos del máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2º serán desempeñados por mujeres;
- b) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios, de que trata el artículo 3º, serán desempeñados por mujeres.



Estas definiciones buscan aclarar cuáles cargos del Estado quedan sujetos a la regla de selección que se establece en el artículo 4° (una cuota mínima del 30% para las mujeres). No obstante, su evidente ambigüedad e indeterminación, por tratarse de simples definiciones, la Corte considera que los artículos 2° y 3° no adolecen de vicios de inconstitucionalidad. Empero, frente a ellos debe hacer las siguientes precisiones:

- 1) De los empleos a los que se refieren las normas bajo examen, quedan excluidos los que pertenecen a la carrera administrativa, judicial, o a otras carreras especiales, los que se proveen por el sistema de ternas y listas, y los cargos de elección, tal y como lo dispone el artículo 5° del proyecto, que se estudiará en su momento.
- 2) A pesar de que en las normas que se revisan, no se hace una enumeración taxativa de los cargos que conforman el "máximo nivel decisorio" y los "otros niveles decisorios", y de que no corresponde hacerla a la Corte, es claro que tales empleos se deberán determinar de acuerdo con los estatutos en los que se establece la nomenclatura de los empleos, los manuales de funciones y requisitos, y las plantas de personal.
- 3) En cuanto al artículo 2°, debe señalarse que, a nivel departamental, regional, provincial, distrital y municipal, no hay tres ramas del poder público, como bien lo señala uno de los intervinientes. La norma pues, adolece de falta de técnica legislativa, lo que no significa que por ello sea inconstitucional. Simplemente, la Corte aclara que la referencia a las tres ramas del poder público debe entenderse para el nivel nacional»

Los mandatos de la Ley 581 de 2000 son, pues, un desarrollo directo de normas constitucionales en las que el constituyente primario puso de presente la necesidad de adoptar medidas reales y efectivas para garantizar a las mujeres el derecho fundamental de la igualdad, incluso en la participación efectiva en los altos niveles decisorios de la administración pública.

Dentro de los altos niveles decisorios, se encuentra el "máximo nivel decisorio"; la palabra "máximo" viene del latín "*maximus*" que, según la Real Academia de la Lengua Española, significa: i) Adj. Que tiene o ha alcanzado el mayor valor o grado posible. (ii) m. Límite más alto o extremo que puede alcanzar algo.

Así, entonces, se itera que los cargos del "máximo nivel decisorio" son aquellos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal; de manera que, los cargos de "otros niveles decisorios" corresponden a aquellos de libre nombramiento y remoción de la rama ejecutiva, del personal administrativo de la rama legislativa y de los demás órganos del poder, diferentes a los contemplados en el artículo 2° de la Ley 581 de 2000, y que tienen atribuciones de dirección y mando en la formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal.



Ahora bien, debe señalarse que, la cuota del 30% que consagra en el artículo 4º anteriormente enunciado, debe entenderse en los términos precisados por la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000, es decir, de manera “específica” y no “global”; así lo precisó la alta Corporación, al señalar:

«La cuota que se consagra en este artículo, es sin duda, una medida de acción afirmativa -de discriminación inversa-, que pretende beneficiar a las mujeres, como grupo, para remediar la baja participación que hoy en día tienen en los cargos directivos y de decisión del Estado [...] *la Corte entiende que es una cuota específica y no global. Es decir que se aplica a cada categoría de cargos y no al conjunto de empleos que conforman el “máximo nivel decisorio” y los “otros niveles decisorios”.* A manera de ejemplo, significa que 30% de los Ministerios, 30% de los Departamentos Administrativo, 30% de las Superintendencias, etc, deben estar ocupados por mujeres y no, como alguno de los intervinientes lo sugieren, que sumados todos los cargos, el 30% de ellos corresponde a la población femenina, independientemente de si se nombran solo ministras, o solo superintendentes, etc. [...]» Cursivas de la Sala.

De esta forma, si los cargos del “máximo nivel decisorio” del municipio de Soacha, para la vigencia 2017, estaba conformado por el alcalde municipal y los secretarios de despacho (09); el 30%, como mínimo, de esta categoría, debió haber sido ocupado por mujeres, situación que, en el caso concreto, no ocurrió, como pasará a exponerse a continuación.

6.7. Análisis del caso concreto

La Procuraduría Provincial de Fusagasugá, mediante decisión del 4 de septiembre de 2019, sancionó disciplinariamente a ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, alcalde municipal de Soacha para el periodo constitucional 2016-2019, por encontrarlo responsable del incumplimiento de la Ley 581 de 2000, concretamente, del literal a) del artículo 4, que prevé la participación efectiva de la mujer mínimo del treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio.

Así entonces, con el fin de dilucidar el problema jurídico planteado en el acápite 6.2 de esta determinación, la Sala procederá a verificar, en primer lugar, si se encuentra acreditado el cargo que ocupaba GONZÁLEZ CASAS, para la época de los hechos y, de ser así, si de acuerdo con el manual de funciones estaba a su cargo la función de nominador.

A la actuación, fueron allegados los siguientes documentos⁷⁰:

- ✓ Credencial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, del 30 de octubre de 2015, por medio de la cual los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal declaran que Eleázar González Casas, identificado con cédula 4.097.079, ha sido elegido alcalde de Soacha para el período 2016-2019, por la coalición “Juntos podemos”.

⁷⁰ Folio 25 del Cuaderno No. 1 (CD)



- ✓ Acta de posesión No 001, del 1º de enero de 2016, ante la Notaría Segunda del círculo de Soacha.
- ✓ Hoja de vida de ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, en el formato DAFP.
- ✓ Certificación de servicios

Del mismo modo, se anexó el manual de funciones vigente para la fecha de los hechos, el cual estaba regulado en la Resolución 529 del 29 de mayo de 2015⁷¹, modificada por la Resolución 1292, del 10 de noviembre de 2017⁷², por medio de las cuales se prevé que el alcalde ejercerá las funciones que le asignen la Constitución, la Ley, los Decretos del Gobierno, las Ordenanzas y los Acuerdos del Concejo y, en relación con la Nación, el Departamento y las autoridades jurisdiccionales, tendrá como función la de *“7. Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia y a los Gerentes y directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes”*. Se concluye, entonces, que el investigado tenía a cargo la función nominadora.

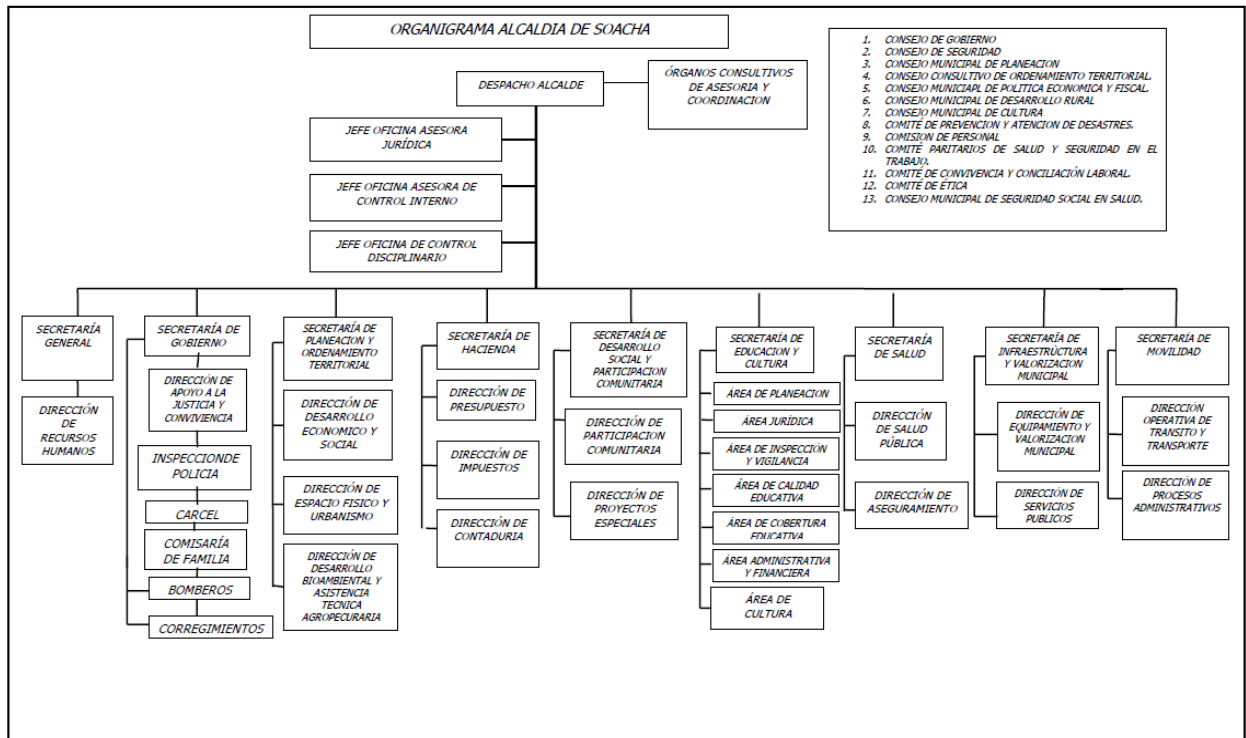
Precisado lo anterior se procederá, en segundo lugar, a establecer cuáles son los cargos que, para el año 2017, conformaban el máximo nivel decisorio en la Alcaldía Municipal de Soacha, de conformidad con las pruebas recaudadas durante la fase de indagación preliminar y la audiencia pública, así como las allegadas por el apoderado del disciplinable, a través de sus alegatos de conclusión previos al fallo de segunda instancia.

⁷¹ Folio 9, del cuaderno anexo.

⁷² Modificada por la Resolución 568 del 18 de junio de 2018 (Folio 25 C. No 1 – CD)



Para empezar, importante es traer a cita el organigrama allegado a la actuación⁷³, donde se pueden evidenciar los cargos que conforman el máximo nivel decisorio de la planta de personal del municipio de Soacha y que, como se indicó en el párrafo inmediatamente anterior, corresponden a los secretarios de despacho.



De lo anterior, se infiere que los funcionarios que, para el año 2017, dependían única y exclusivamente del alcalde municipal, estaba conformado por los secretarios de despacho (9) y los jefes de oficina (3).

Mediante oficio DRH 563/2019, del 3 de abril de 2019⁷⁴, fueron allegados los nombramientos y actas de posesión de quienes ocupaban dichos cargos, así:

Nombre del funcionario	Cargo/Dependencia	No. y fecha decreto de nombramiento	No. y fecha acta de posesión	Folio
DAVID ENRIQUE ORTIZ ⁷⁵	Secretario de Despacho. Código 020, Grado 02, Nivel Directivo de la Planta. (Secretaría de Hacienda)	030, del 6 de marzo de 2013	016, del 11 de marzo de 2013	91.

⁷³ CD folio 25, allegado por la directora de Recursos Humanos, mediante oficio 382/19, del 7 de marzo de 2019⁷³ y que también fue incorporado por el apoderado del disciplinable⁷³

⁷⁴ Folio 27. Anexo: CD folio 28.

⁷⁵ Mediante Decreto No. 007, del 25 de enero de 2019, ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, Alcalde Municipal, acepta la renuncia presentada por DAVID ENRIQUE ORTIZ REY, como Secretario de Despacho, a partir del 28 de enero de 2019 (folio 92)



MARCO FIDEL MENDIETA SIERRA ⁷⁶	Secretario de Despacho. Código 020, Grado 02, Nivel Directivo de la Planta (Secretaría de Gobierno).	009, del 05 de enero de 2016	002, del 06 de enero de 2016	93
WILLIAM ENRIQUE MAYORGA SOLÓRZANO		189, del 13 de junio de 2017	026, del 13 de junio de 2017	95
ERNESTO GARCÍA VALDERRAMA	Secretario de Despacho. Código 020, Grado 02, Nivel Directivo de la Planta (Secretaría de Infraestructura, Valorización y Servicios Públicos)	014, del 7 de enero de 2016	051, del 8 de enero de 2016	96
LUIS FERNANDO DELGADO ESPITIA ⁷⁷	Secretario de Despacho. Código 020, Grado 02, Nivel Directivo de la Planta (Secretaría de Movilidad)	015, del 7 de enero de 2016	050, del 8 de enero de 2016	97
CARLOS ALBERTO GIRALDO ESCOBAR		278, del 28 de agosto de 2017	033, del 28 de agosto de 2017	99
MARÍA ANDREA ROZO MEDINA	Secretario de Despacho. Código 020, Grado 02, Nivel Directivo de la Planta. (Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial)	071, del 25 de febrero de 2016	065, del 25 de febrero de 2016	100
REYES MURILLO HIGUERA	Secretario de Despacho. Código 020, Grado 02, Nivel Directivo de la Planta (Secretaría de Salud)	100, del 8 de marzo de 2016	069, del 8 de marzo de 2016	101
OLGA LUCÍA ACOSTA CANTOR.	Secretario de Despacho. Código 020, Grado 02, Nivel Directivo de la Planta. (Secretaría General)	101, del 8 de marzo de 2016	070, del 9 de marzo de 2016	102
MARCO FIDEL TORRES TOVAR	Secretario de Despacho. Código 020, Grado 02, Nivel Directivo de la Planta. (Secretaría de Desarrollo Social y Participación Comunitaria)	340 ⁷⁸ , del 26 de octubre de 2016	118, del 26 de octubre de 2016	103

⁷⁶Mediante Decreto No. 167, del 6 de junio de 2017, ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, alcalde municipal, acepta la renuncia presentada por MARCO FIDEL MENDIETA SIERRA, como secretario de despacho, a partir del 6 de junio de 2017. (folio 94)

⁷⁷A través del Decreto No. 213, del 14 de julio de 2017, ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, alcalde municipal, acepta la renuncia presentada por MARCO FIDEL MENDIETA SIERRA, como secretario de despacho, a partir del 6 de junio de 2017. (folio 98)

⁷⁸ Nombroamiento efectuado por Ernesto García Valderrama, alcalde municipal (E)



HERNÁN CASTELLANOS RAMÍREZ ⁷⁹	Secretario de Despacho. Código 020, Grado 02, Nivel Directivo de la Planta. (Secretaría de Educación y Cultura)	385, del 5 de diciembre de 2016	123, del 5 de diciembre de 2016	104
--	---	---------------------------------	---------------------------------	-----

De acuerdo con lo visualizado en el cuadro anterior tenemos que, para el año 2017, vigencia para la cual se presentó la conducta que le fue endilgada al disciplinable, fueron realizados por el implicado (02) nombramientos de secretarios de despacho, a saber:

- ✓ El de WILLIAM ENRIQUE MAYORGA SOLÓRZANO, como secretario de gobierno, quien fue nombrado con posterioridad a la renuncia presentada por MARCO FIDEL MENDIETA SIERRA y que fue aceptada mediante Decreto No. 167, del 6 de junio de 2017, por ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, Alcalde Municipal, a partir del 6 de junio de 2017.
- ✓ El de CARLOS ALBERTO GIRALDO ESCOBAR, como secretario de movilidad.

Sin embargo, se pudo apreciar que todos los secretarios nombrados en vigencias anteriores (2013 y 2016) fueron ratificados en sus cargos por parte del disciplinable, de los cuales, siete (07) de ellos habían sido nombrados por él:

- ✓ MARCO FIDEL MENDIETA SIERRA, secretario de gobierno
- ✓ ERNESTO GARCÍA VALDERRAMA, secretario de infraestructura, valorización y servicios públicos.
- ✓ LUIS FERNANDO DELGADO ESPITIA, secretario de movilidad
- ✓ MARÍA ANDREA ROZO MEDINA, secretaria de planeación y ordenamiento territorial.
- ✓ REYES MURILLO HIGUERA, secretario de salud
- ✓ OLGA LUCÍA ACOSTA CANTOR, secretaria general.
- ✓ HERNÁN CASTELLANOS RAMÍREZ, secretario de educación y cultura.

Igualmente, para la vigencia 2017, se encontraban laborando como jefes de oficina:

Nombre del funcionario	Cargo	No. y fecha decreto de nombramiento	No. y fecha acta de posesión	Folios
MAGDA JOHANA CÓRDOBA CUARÁN	Jefe Oficina Asesora, código 115, grado 02, del nivel asesor de la planta de personal del sector central del municipio de Soacha (Oficina Jurídica)	003, del 05 de enero de 2016	001, del 6 de enero de 2016	107
GLORIA ESPERANZA	Jefe Oficina Asesora, código 115, grado 02, del nivel asesor de la planta de personal del sector central del municipio de Soacha	004, del 7 de enero de 2014	007, del 7 de enero de 2014	109

⁷⁹ Mediante Decreto No. 303, del 25 de octubre de 2018, ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, alcalde municipal, acepta la renuncia presentada por HERNÁN CASTELLANOS RAMÍREZ, como secretario de despacho (folio 105 C. No. 1)



GARZÓN VARGAS ⁸⁰	(Control Interno)			
DIANA ROCÍO RUIZ CÁRDENAS ⁸¹	Jefe Oficina Asesora, código 115, grado 02, del nivel asesor de la planta de personal del sector central del municipio de Soacha (Control Interno Disciplinario)	182, del 18 de septiembre de 2012	001, del 1º de octubre de 2012	111

De los tres nombramientos anteriormente relacionados, uno de ellos fue efectuado por el disciplinable durante el año 2016, el cual fue ratificado durante la vigencia 2017, es el caso de MAGDA JOHANA CÓRDOBA CUARÁN como jefe de la Oficina Jurídica. Los otros dos, también fueron ratificados por el disciplinable.

Ahora bien, debe señalarse que, mediante certificación del 6 de marzo de 2019, procedente de la Dirección Administrativa de Recursos Humanos, se informó que quienes fungieron en los cargos del “máximo nivel decisorio” para la vigencia 2017, fueron el alcalde municipal y los secretarios de despacho (09).

Lo anterior, sumado a la estructura orgánica de la Alcaldía Municipal de Soacha y el manual de funciones de la dependencia, establecidos en el Decreto 290 de 2002, modificado por el Decreto 365 del 26 de diciembre de 2014, vigente para la fecha de los hechos, así como el organigrama referido en precedencia, permite concluir que los cargos que hacían parte del más alto nivel decisorio eran los secretarios de despacho, pues, tal como lo indicó la primera instancia, los jefes de oficina corresponden al nivel asesor.

Al respecto, el Decreto Ley 785 de 2000⁸², alude a los niveles jerárquicos de los empleos, y para el efecto señala:

«Artículo 3º. Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

⁸⁰ Según constancia expedida por la directora administrativa de Recursos Humanos GLORIA ESPERANZA GARZÓN VARGAS, estuvo vinculada a la Administración Municipal con nombramiento ordinario desde el 7 de enero de 2014, por un período de cuatro años hasta el 31 de diciembre de 2017 desempeñando el empleo de Jefe Oficina Asesora código 115, grado 02, en la Oficina de Control Interno. (folio 108 C. No. 1)

⁸¹ Según constancia expedida por la directora administrativa de Recursos Humanos DIANA ROCÍO RUIZ CÁRDENAS, estuvo vinculada a la Administración Municipal con nombramiento ordinario desde el 1 de octubre de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2018, desempeñando el empleo de Jefe Oficina código 115, grado 02, en la Oficina de Control Interno Disciplinario. (folio 110 C. No. 1)

⁸² “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.”



Artículo 4º. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

4.2. Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial».

En el expediente reposa copia de la Resolución No. 529 del 29 de mayo de 2015, por medio del cual se compila, ajusta, modifica y adopta el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del sector central de la Alcaldía Municipal de Soacha, en cuyo contenido se lee:

IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO	
Denominación del empleo	Jefe Oficina Asesora
Código	115
Grado	02
Nivel Jerárquico	Directivo
Número de cargos	Tres (03)
Carácter del empleo	Libre nombramiento y remoción (2) Período fijo (1)
Superior inmediato	Alcalde
Propósito principal oficina asesora control interno	Asesorar y evaluar la oportunidad, eficiencia y transparencia de las actividades de la Administración Municipal, con el fin de asegurar la ejecución de los planes, proyectos y objetivos institucionales y formular la cultura de autocontrol en todos los niveles.

Los tres cargos comprendidos dentro de la denominación del empleo antes descrito corresponden a: (i) Jefe Oficina Asesora de Control Interno⁸³, (ii) Oficina Asesora

⁸³Jefe de Control Interno

«Descripción funciones esenciales:

1. Asesorar al Alcalde en la definición de Políticas de Control Interno [...]

[...] 9. Proponer diversas iniciativas para facilitar y promover espacios orientados a que el control interno se incorpore en la administración, como una cultura hacia la búsqueda de mejores y más oportunos resultados.

[...] 12. Asesorar en la definición de planes, métodos, principios, normas, procedimientos, mecanismos de verificación y evaluación adoptados por la alcaldía [...]

[...] 16. Asesorar al alcalde para lograr un mejoramiento de las actividades con miras a alcanzar las metas, objetivos y en general los fines de la administración municipal.



Jurídica⁸⁴ y Oficina de Control Interno Disciplinario, este último cargo, a diferencia de los dos primeros que son de libre nombramiento y remoción, es de período fijo de acuerdo a lo consagrado en el artículo de la Ley 1474 de 2011, cuyo tenor literal dispone:

«ARTÍCULO 8º. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO.

Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

[...] Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. *Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador [...]*» Cursivas de la Sala.

El informe de vigilancia preventiva realizado por la Procuraduría delegada para la defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia circunscribe el incumplimiento de la denominada ley de cuotas por parte de varias entidades, entre ellas la Alcaldía Municipal de Soacha porque al parecer no cumplió con lo relativo a que mínimo el 30% de los cargos del máximo nivel decisorio fuese desempeñado por mujeres.

[...] 21. Asesorar a los directivos de la Alcaldía en el proceso de toma de decisiones y en el diseño de procesos e indicadores [...]

[...] 30. Hacer el acompañamiento en la elaboración del informe de gestión anual de la Alcaldía Municipal con la colaboración de cada una de las dependencias municipales.

[...] 31. Asistir por delegación del alcalde, a consejos o comités relacionados con asuntos de control interno.

[...] 36. Apoyar los servicios de atención al público, recepción, archivo, conservación, distribución y expedición de documentos, información y demás trámites de la Alcaldía.

[...] 49. Realizar acompañamiento en las actividades en las que sea requerido por las diferentes dependencias ...]» Folio 30. C. Anexo – Recurso de apelación.

⁸⁴ «Descripción funciones esenciales:

1. Asegurar la atención y seguimiento de cada uno de los procesos judiciales, acciones de tutela, acciones populares y de grupos, derechos de petición (...), con el fin de evitar el vencimiento de términos.

2. Asesorar la elaboración de proyectos de acuerdo a la iniciativa del Alcalde para el cumplimiento de los fines propuestos por la administración

[...] 4. Asesorar en materia legal al despacho del señor alcalde y a todas las dependencias de la Administración Municipal con el fin de dar seguridad jurídica en sus actuaciones.

[...] 8. Orientar y supervisar la elaboración de los pliegos de condiciones y minutas de contratos para la adquisición de suministros e insumos (...)

[...] 9. Orientar, aconsejar y controlar la realización de estudios y emisión de conceptos jurídicos acordes con la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

[...] 11. Revisar y verificar que se suministren los documentos requeridos para la defensa de los intereses del Municipio [...]

[...] 12. Proyectar y revisar para firma del alcalde las providencias que resuelvan recursos de reposición, apelación o revocatoria directa de los actos administrativos como resultado de sus actuaciones.

[...] 14. Orientar la respuesta oportunamente a los derechos de petición que se tramitan ante su dependencia dando cumplimiento al artículo 23 de la Constitución Política.

[...] 23. Apoyar los servicios de atención al público, recepción, archivo, conservación, distribución y expedición de documentos, información y demás trámites de la Alcaldía [...]» Folio 31. C. Anexo - Recurso de apelación.



Corresponde a esta Colegiatura, en primer lugar, determinar si los cargos anteriormente descritos y que corresponden a la denominación de «Jefe Oficina Asesora» hacen parte del máximo nivel decisorio del ente territorial y la tesis que sostendrá la Sala es que, a pesar de que inicialmente en la Resolución No. 529 de 2015 estaban ubicados dentro del nivel jerárquico “directivo”, no hacen parte del máximo nivel decisorio ni de otros niveles decisorios, veamos por qué:

Tanto en el máximo nivel decisorio como en otros niveles decisorios, los cargos son de libre nombramiento y remoción; sin embargo, la norma antes citada expresamente señala que los que tengan como función la formulación de políticas, hacen parte de “otros niveles decisorios”.

De las funciones señaladas en la Resolución No. 529 de 2015, para los cargos de Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno y Jefe de la Oficina Asesora Jurídica -que son de libre nombramiento y remoción- no se deduce que tengan poder decisorio, por cuanto los verbos rectores de sus funciones esenciales son: asesorar, verificar, medir, evaluar, aconsejar, proponer, asistir, apoyar, hacer acompañamiento a las directivas para el desarrollo de los planes y acciones encaminadas a la ejecución de políticas públicas⁸⁵.

⁸⁵ Jefe de la Oficina Asesora de control Interno.

«Descripción funciones esenciales:

2. Asesorar al alcalde en la definición de Políticas de Control Interno [...]
- [...] 9. Proponer diversas iniciativas para facilitar y promover espacios orientados a que el control interno se incorpore en la administración, como una cultura hacia la búsqueda de mejores y más oportunos resultados.
- [...] 12. Asesorar en la definición de planes, métodos, principios, normas, procedimientos, mecanismos de verificación y evaluación adoptados por la alcaldía [...]
- [...] 16. Asesorar al alcalde para lograr un mejoramiento de las actividades con miras a alcanzar las metas, objetivos y en general los fines de la administración municipal.
- [...] 21. Asesorar a los directivos de la Alcaldía en el proceso de toma de decisiones y en el diseño de procesos e indicadores [...]
- [...] 30. Hacer el acompañamiento en la elaboración del informe de gestión anual de la Alcaldía Municipal con la colaboración de cada una de las dependencias municipales.
- [...] 31. Asistir por delegación del alcalde, a consejos o comités relacionados con asuntos de control interno.
- [...] 36. Apoyar los servicios de atención al público, recepción, archivo, conservación, distribución y expedición de documentos, información y demás trámites de la Alcaldía.
- [...] 49. Realizar acompañamiento en las actividades en las que sea requerido por las diferentes dependencias ...]» Folio 30. C. Anexo – Recurso de apelación.

Jefe de la Oficina Jurídica:

«Descripción funciones esenciales:

- 1.- Asegurar la atención y seguimiento de cada uno de los procesos judiciales, acciones de tutela, acciones populares y de grupos, derechos de petición (...), con el fin de evitar el vencimiento de términos.
- 2.- Asesorar la elaboración de proyectos de acuerdo a la iniciativa del Alcalde para el cumplimiento de los fines propuestos por la administración
- [...] 4. Asesorar en materia legal al despacho del señor alcalde y a todas las dependencias de la Administración Municipal con el fin de dar seguridad jurídica en sus actuaciones.



Adicionalmente, en la Resolución No. 1292 del 10 de noviembre de 2017⁸⁶, vigente para la época de los hechos objeto de juzgamiento, los citados cargos se encuentran dentro del nivel asesor y sus propósitos principales -salvo las del Jefe de Control Interno Disciplinario- corresponden a las de orientación y asesoramiento, tal como se expone a continuación:

Jefe Oficina Asesora 115-02	Jefe Oficina Asesora de Control Interno
Orientar y brindar asesoría jurídica y asistencia legal al despacho del alcalde, a las dependencias de la Administración Central del Municipio, cuando así lo requieran.	Asesorar en asuntos de control interno a la alta dirección con el propósito de lograr la eficiencia, eficacia y transparencia en el ejercicio de las funciones de la administración municipal de Soacha.

Por lo anterior, los dos cargos anteriormente citados deben excluirse de los cargos del máximo nivel decisorio, en virtud del propósito principal y de las funciones esenciales establecidas en los manuales adoptados mediante las resoluciones 529 de 2015 y 1292 de 2017. Así mismo, respecto del cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario, debe señalarse que tampoco hace parte el máximo nivel decisorio por cuanto no corresponde a un cargo de mayor jerarquía dentro de la estructura orgánica del municipio de Soacha; pues, tal como lo certificó la directora administrativa de Recursos Humanos (E) mediante comunicación DRH 168, del 6 de marzo de 2019, para la vigencia 2017 quienes desempeñaron cargos del máximo nivel decisorio fueron el alcalde municipal y los secretarios de despacho.⁸⁷

Frente a los cargos de Jefe Oficina Asesora de Control Interno y Jefe Oficina Asesora Jurídica, los cuales son de libre nombramiento y remoción, se reitera que sus funciones son de asesoramiento, según lo consagrado en los manuales de funciones vigentes para los años 2015-2019 y que, inclusive, no cuentan con los

- [...] 8. Orientar y supervisar la elaboración de los pliegos de condiciones y minutas de contratos para la adquisición de suministros e insumos (...)
- [...] 9. Orientar, aconsejar y controlar la realización de estudios y emisión de conceptos jurídicos acordes con la ley, la doctrina y la jurisprudencia.
- [...] 11. Revisar y verificar que se suministren los documentos requeridos para la defensa de los intereses del Municipio [...]
- [...] 12. Proyectar y revisar para firma del alcalde las providencias que resuelvan recursos de reposición, apelación o revocatoria directa de los actos administrativos como resultado de sus actuaciones.
- [...] 14. Orientar la respuesta oportunamente a los derechos de petición que se tramitan ante su dependencia dando cumplimiento al artículo 23 de la Constitución Política.
- [...] 23. Apoyar los servicios de atención al público, recepción, archivo, conservación, distribución y expedición de documentos, información y demás trámites de la Alcaldía [...]» Folio 31. C. Anexo - Recurso de apelación.

⁸⁶ «Por medio de la cual se unifica, modifica y adopta a escala humana el Manual Específico de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal del nivel central de la Alcaldía Municipal de Soacha»

⁸⁷ Confrontar en disco compacto, visible a folio 25 del cuaderno principal No. 1



atributos de dirección y mando en la formulación, planeación y coordinación de políticas públicas⁸⁸ que deben deducirse, en virtud del principio de legalidad, del manual de funciones del ente territorial para los cargos que pertenecen a otros niveles decisorios.

Para concluir, debe precisarse que una vez verificados los decretos de nombramientos de Jefe Oficina Asesora se pudo establecer que la denominación del citado cargo corresponde al código 115, grado 02, del nivel asesor de la planta de personal del sector central. Así aparece consignado en el artículo 1º de la parte resolutive de los decretos 003 del 5 de enero de 2016 (fl. 107 vto.), 004 del 7 de enero de 2014 (fl. 109 vto.) y 182 del 18 de septiembre de 2012 (fl. 111 vto).

Si bien es cierto, para el año 2015, a través de la Resolución 529⁸⁹ los cargos de Jefe Oficina Asesora Jurídica, código 115, grado 02, correspondían al nivel jerárquico “directivo”, también lo es, que no hacían parte del máximo nivel decisorio ni de otros niveles decisorios, conforme se indicó en acápites precedentes y se corroboró a través de la certificación del 6 de marzo de 2019, procedente de la Dirección Administrativa de Recursos Humanos, donde se informó que quienes fungieron en los cargos del “máximo nivel decisorio” para la vigencia 2017, fueron el alcalde municipal y los secretarios de despacho (09).⁹⁰

De lo anterior, se infiere que los cargos del nivel asesor -como es el caso de los Jefes de Oficina jurídica, de Control Interno y Control Interno Disciplinario- no hacen parte del máximo nivel decisorio.

En ese orden, puede afirmarse, sin lugar a duda, que el máximo nivel decisorio, en los términos del artículo 2º de la Ley 581 de 2000⁹¹, dentro de la estructura jerárquica del municipio de Soacha, para la vigencia 2017, estaba conformado única y exclusivamente por el alcalde y los secretarios de despacho.

Y, en otros niveles decisorios -artículo 3º *ibídem*⁹²- se encontraban los directores de diferentes despachos que, a pesar de ser del nivel directivo, no están ubicados en

⁸⁸ Ley 582 de 2000 Artículo 3º. *Concepto de otros niveles decisorios*. Entiéndase para los efectos de esta ley, por "otros niveles decisorios" los que correspondan a cargos de libre nombramiento y remoción, de la rama ejecutiva, del personal administrativo de la rama legislativa y de los demás órganos del poder público, diferentes a los contemplados en el artículo anterior, y que tengan atribuciones de dirección y mando en la formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, incluidos los cargos de libre nombramiento y remoción de la rama judicial

⁸⁹ Modificada por la Resolución 1292 del 10 de noviembre de 2017

⁹⁰ CD folio 25, Cuaderno 1 principal

⁹¹ «Artículo 2. Concepto de máximo nivel decisorio. Para los efectos de esta ley, entiéndase como "máximo nivel decisorio", el que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal».

⁹² «Artículo 3. *Concepto de otros niveles decisorios*. Entiéndase para los efectos de esta ley, por “otros niveles decisorios” los que correspondan a cargos de libre nombramiento y remoción, de la rama ejecutiva, del personal administrativo de la rama legislativa y de los demás órganos del poder público, diferentes a los contemplados



la regla del literal a) del artículo 4º de la Ley 581 de 2000, sino en el literal b), en tanto, como lo señaló el funcionario de primera instancia, son subalternos de los secretarios de despacho, es decir, están en un subnivel y no en el nivel de mayor jerarquía.

De acuerdo con las pruebas recaudadas válidamente dentro de la investigación se pudo establecer que las personas nombradas como directores⁹³ y que se

en el artículo anterior, y *que tengan atribuciones de dirección y mando en la formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado*, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y *municipal*, incluidos los cargos de libre nombramiento y remoción de la rama judicial».

93

No.	Nombre del funcionario	Cargo	No. y fecha decreto de nombramiento	No. y fecha acta de posesión	Folios
1	LIDA MARITZA CANTOR NOREGA	Director Administrativo, código 009 grado 01, en la Dirección de Recursos Humanos, hasta por el término de tres años contados a partir de la fecha de posesión. (Dirección de Recursos Humanos)	038, del 10 de febrero de 2015	014, del 10 de febrero de 2015	113 (vto)- 114
2	GLADYS ESPERANZA MONTOYA BELLO	Director Técnico, código 009, Grado 01, del nivel directivo de la Planta Global Única de Personal del Sector Central (Dirección de Desarrollo Bioambiental).	037, del 19 de marzo de 2013	019, del 19 de marzo de 2013	116
3	PAOLA MARCELA DEL PILAR BALLESTEROS BERNAL	Director Técnico, código 009, Grado 01, del nivel directivo de la Planta Global Única de Personal del Sector Central (Dirección de Participación Comunitaria).	310, del 3 de octubre de 2016	114, del 3 de octubre de 2016.	118
4	DORA LILIA MESA GONZÁLEZ ⁹³	Director Técnico, código 009, Grado 01, del nivel directivo de la Planta Global Única de Personal del Sector Central. (Dirección de Proyectos Especiales).	374, del 23 de noviembre de 2016	122, del 23 de noviembre de 2016	122
5	MARÍA SUSANA MOYA MOYA	Director Técnico, código 009, Grado 01, del nivel directivo de la Planta Global Única de Personal del Sector Central. (Dirección de Proyectos Especiales).	191, del 16 de junio de 2017	027, del 16 de junio de 2017	124

38



encontraban laborando en la Alcaldía de Soacha, para la vigencia 2017, correspondían a “otros niveles decisorio” no sólo por las atribuciones de dirección y mando, sino también porque dentro de la estructura jerárquica de la administración municipal no dependían de la máxima autoridad administrativa -alcalde municipal- sino de los secretarios de despacho, es decir, se encontraban en un subnivel.

En resumen, los citados servidores, no obstante, pertenecer al nivel directivo y ser de libre nombramiento y remoción, no hacen parte del máximo nivel decisorio, sino de otros niveles decisorios, precisamente, por sus atribuciones en la *formulación, planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado*, así como las funciones previstas para dichos cargos en el manual de funciones adoptado por cada entidad territorial, en el caso particular, por la alcaldía municipal de Soacha, que, por cierto, dependen de los secretarios de despacho.

El apoderado, en sus alegatos del 23 de diciembre de 2019 envió un listado con todos los cargos del nivel directivo de la Alcaldía de Soacha para el período 2016-2019⁹⁴, así como los nombres y fecha de posesión de los funcionarios (as) que ocuparon dichos cargos; ello, con el fin de demostrar que tanto los secretarios de despacho (09), como los jefes de oficina (03) y los directores (15) hacen parte del nivel directivo y de los cargos de “nivel decisorio”, por lo tanto, insiste en el yerro en que, a su juicio, incurrió la primera instancia, derivado de excluir de dicho nivel a los directores y jefes de oficina.

Aquí, el debate no debe centrarse en la consideración de establecer si los cargos de directores hacen parte o no del nivel decisorio, puesto que no queda la menor

6	DIANA CAROLINA LOZADA MONGUÍ	Director Técnico, código 009, Grado 01, del nivel directivo de la Planta Global Única de Personal del Sector Central.	267, del 11 de septiembre de 2014	038, del 11 de septiembre de 2014	126
7	OLGA JANNETH JIMÉNEZ GARZÓN	Director Administrativo, código 009, Grado 001 (Dirección de Cobertura)	302, del 20 de septiembre de 2016	112, del 20 de septiembre de 2016	128
8	PATRICIA CARVAJAL GÓMEZ ⁹³	Director Técnico, código 009, Grado 001 del nivel directivo (Dirección de Cobertura)	008, del 13 de enero de 2013	007, del 11 de enero de 2013	130
9	SANDRA YAMILE BALLÉN MÉNDEZ	Director Técnico, código 009, Grado 001 del nivel directivo. (Dirección de Aseguramiento).	016, del 23 de enero de 2013	819, del 24 de enero de 2013	133
10	JENNY PATRICA GÓMEZ ESTUPIÑÁN	Director Técnico, código 009, Grado 001 del nivel directivo. (Dirección de Equipamiento y Valorización)	217, del 01 de noviembre de 2013	114, del 01 de noviembre de 2013	135

⁹⁴ Folios 189-202 Cuaderno No. 1



duda de que ello sea así; además, ahondar en esta divergencia nos alejaría, evidentemente, de lo que realmente debe ser objeto de análisis, esto es, dilucidar si esos cargos, hacen parte del “máximo” nivel decisorio de la entidad territorial, y la respuesta a dicho interrogante, de acuerdo a las consideraciones efectuadas por la primera instancia, las normas aplicables al caso concreto y el material probatorio recaudado, indefectiblemente, es que no hacen parte del máximo nivel decisorio sino de otros niveles decisorios.

A modo de conclusión, frente al análisis del caso concreto, la Sala precisa: (i) El cargo que se reprocha al investigado ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS se circunscribe al incumplimiento del 30% del máximo nivel decisorio; (ii) Los cargos de jefe de oficina y directores que hacían parte de la planta de personal del municipio de Soacha para la vigencia 2017, si bien nominalmente podían hacer parte del nivel directivo, según el alcance, la filosofía y la finalidad de la Ley 581 de 2000, no corresponden a los cargos del “máximo” del nivel decisorio.

Corresponde, entonces a la Sala, analizar la estructura del ilícito disciplinario, incluida la categoría dogmática de la culpabilidad, para responder el problema jurídico y los planteamientos de la defensa.

6.7.1. Tipicidad

Considera esta Colegiatura que la comisión de la falta imputada se encuentra probada, toda vez que el investigado no cumplió con la cuota mínima del treinta por ciento (30%) de participación de las mujeres en los cargos de “**máximo nivel decisorio**”, como lo establece el literal a) del artículo 4º de la Ley 581 de 2000, toda vez que de los nueve (09) cargos de secretarios de despacho -que conformaban dicho nivel-, solo dos (02) estaban ocupados por mujeres para el año 2017, lo que corresponde a un porcentaje del 22%, que está por debajo del 30%, del previsto en la norma, como se ilustrará a continuación:

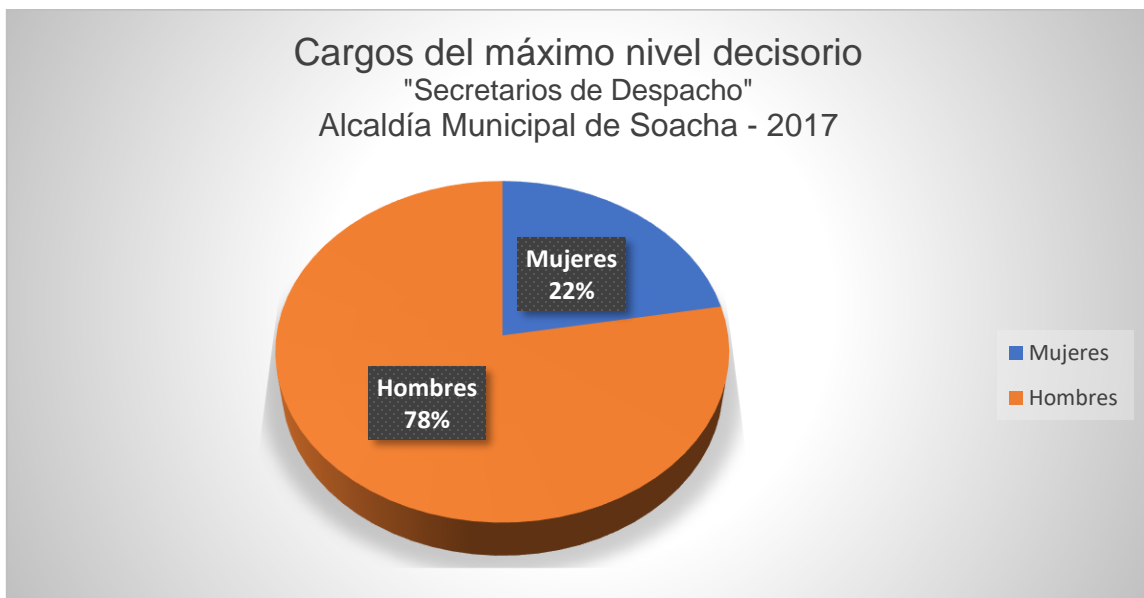


Gráfico elaborado por la Sala



Así, entonces, realizando el ejercicio propio del concepto de infracción, se colige que el acontecer fáctico encuadra con lo jurídico, sin olvidar que por parte del disciplinable se infringieron disposiciones constitucionales⁹⁵ y legales⁹⁶ que fueron advertidas por el funcionario instructor desde el auto por medio del cual adecuó el trámite del procedimiento verbal y citó a audiencia⁹⁷ a ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, en su condición de alcalde municipal de Soacha.

En efecto, la conducta definitiva imputada al disciplinable se subsume en la descripción típica consagrada en el numeral 49 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que consagra como falta gravísima *“Las demás conductas que en la Constitución o en la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución, o como causales de mala conducta”*, cometida a título de culpa grave que, conforme al numeral 9º del artículo 43 del Código Disciplinario Único, debe ser considerada como falta grave.

En el presente caso, el párrafo del artículo 4º de la Ley 581 de 2000, señala que el incumplimiento de lo ordenado en este artículo **constituye causal de mala conducta**, que será sancionada con suspensión hasta de treinta (30) días en el ejercicio del cargo, y con la destitución del mismo, en caso de persistir en la conducta, de conformidad con el régimen disciplinario vigente.

6.7.2. Ilicitud Sustancial

En lo concerniente a la ilicitud sustancial del comportamiento asumido por ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, en su condición de alcalde municipal de Soacha, descrita en el artículo 5º de la Ley 734 de 2002 y desarrollada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, se ha de reafirmar lo expuesto en la citación a audiencia, donde se indicó:

«[...] Es oportuno para este despacho, resaltar que una conducta constituye falta siempre y cuando esta genere afectación o desconocimiento a los principios de la función pública y los fines del Estado y es así que en este caso se podría materializar tal ilicitud, porque cuando el investigado, desde su

⁹⁵«Constitución Política. Artículo 315: Son atribuciones del alcalde:

[...] Nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia [...] de acuerdo con las disposiciones pertinentes [...].»

⁹⁶ Ley 734 de 2002. Artículo 34: Deberes: Son deberes de todo servidor público:

[...] Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución [...] las leyes, [...].»

Ley 136 de 1994. Artículo 91, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012. Funciones: Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueron delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

[...] d) En relación con la Administración Municipal:

2. Nombrar y remover los funcionarios de su dependencia [...], de acuerdo con las disposiciones pertinentes

Ley 581 de 2000. Artículo 4º. PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE LA MUJER. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2º y 3º de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:

a) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos del máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2º serán desempeñados por mujeres; [...]

⁹⁷ Folios 56 a 64



función como alcalde municipal-nominador, incumplió sus deberes funcionales, en tanto omitió cumplir la Ley de Cuotas en lo que respecta a los cargos del máximo nivel decisorio, afectó con ello no solo los derechos reconocidos a las mujeres y los instrumentos para hacer efectiva su participación, sino que afectó el siguiente principio que rige la función administrativa: economía»

La Sala considera que, además del principio de la función pública invocado por el funcionario de la primera instancia⁹⁸ -*economía*-, como vulnerado con ocasión del comportamiento del investigado, también se encuentra el de “eficiencia”, al cual también aludió el funcionario instructor; veamos:

«[...] Las autoridades deberán proceder con eficiencia y procurar el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas; es decir, si la eficiencia se traduce en la capacidad de realizar y cumplir una función adecuadamente, y en este caso, al parecer se omitió un deber que le correspondía al alcalde desde su rol como nominador, se concluye que el investigado no fue eficiente; además incumplir la Ley de cuotas correlativamente afecta derechos de las mujeres, pues es innato a la ley de cuotas la garantía de los derechos de las mujeres para las cuales se han tenido que crear estos instrumentos legales que las visibilicen y les abran espacio en el sector público»⁹⁹

Lo anterior, da cuenta de que el disciplinable al inobservar ese cuidado necesario que cualquier persona imprime en sus actuaciones, fue descuidado y tuvo poca diligencia, pues, no estuvo atento a cumplir lo dispuesto en el literal (a) del artículo 4º de la Ley 581 de 2000, y, con ello contrarió el principio de eficiencia, en la medida en que no garantizó la igualdad de las mujeres en materia de participación y representación en los cargos del máximo nivel decisorio.

Como puede observarse, la cuota del 30% en el máximo nivel decisorio que establece la norma, constituye un mecanismo eficiente para promover la equidad, no solo porque permite garantizar la participación y representación de sectores excluidos en dicho nivel, sino también, porque es una medida que coadyuva al cumplimiento de las obligaciones previstas en la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

En términos económicos, conforme al parámetro costo-beneficio, incluso desde el punto social, el incumplimiento de la cuota del 30% en los cargos del máximo nivel decisorio conlleva a generar menos ingresos para las mujeres, toda vez que la falta de garantías frente al acceso a dichos cargos que, por regla general, están ubicados en el nivel más alto de la escala salarial de la respectiva entidad territorial, conlleva a un desequilibrio económico para las mujeres, y se reitera, el espíritu de la

⁹⁸ Ley 734 de 2002. Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes»

⁹⁹ Folio 63 Cuaderno No. 1. Argumentos reiterados en el fallo de primera instancia (folio 182)



denominada ley de cuotas, es, precisamente, el de remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de las mujeres en la vida política, económica, social y cultural.

Dentro del plenario se demostró, respecto del hecho investigado esa falta de diligencia y eficiencia en el ejercicio del cargo de alcalde del municipio de Soacha en lo que respecta, al cumplimiento del 30% de nombramientos de mujeres en cargos del “máximo” nivel decisorio del ente territorial, actuando en contravía de la normas que contienen medidas positivas en favor de las mujeres y que fueron consagradas en la Ley 581 de 2000, respecto de las cuales la Corte Constitucional de manera minuciosa justificó su adopción en la mencionada sentencia C-371 de 2000.

En consecuencia, la Sala no acoge los argumentos de la defensa en su escrito impugnatorio, cuando al referirse a la “ilicitud sustancial” indica que no se ha quebrantado un deber funcional específico o propio del Manual de funciones¹⁰⁰, pues, se itera, el juicio de reproche que se hace al investigado surge del hecho de haber obrado en contravía del deber funcional y cuál era ese deber? nombrar y posesionar en los cargos del máximo nivel decisorio de la Administración Municipal a mujeres, en un porcentaje mínimo del 30%.

De conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 4º de la Ley 581 de 2000 recordemos que, de acuerdo con el manual de funciones, el ex burgomaestre tenía la potestad nominadora, además así lo prevé la Constitución en el artículo 315 “Son atribuciones del alcalde [...] Nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia” y el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012¹⁰¹. Así entonces, con la infracción del deber funcional, atentó contra los principios de economía y eficiencia, que fueron enunciados y desarrollados por el funcionario de primera instancia, en el auto de citación a procedimiento verbal, y reiterados en el fallo objeto de impugnación.

Por esas razones, la Sala tampoco acogerá los planteamientos de la defensa, orientados a establecer que en el fallo de primera instancia no se indicaron las normas violadas con ocasión del incumplimiento de los deberes funcionales, toda vez que, desde el auto que dispuso el trámite del procedimiento verbal y citó a audiencia hasta el fallo de primera instancia, el *a quo* fue reiterativo en señalar como normas infringidas las citadas en el párrafo inmediatamente anterior. A continuación el defensor afirmar que:

«si bien es cierto, el Alcalde como nominador por mandato legal debe designar, nombrar y posesionar en los cargos del nivel decisorio de la Administración Municipal a mujeres que copen hasta el 30% de dichos cargos, probado está que entre los previstos en los artículo 2º y 3º de la Ley de Cuotas, él cumplió a cabalidad

¹⁰⁰ Confrontar en folio 200, cuaderno No. 1

¹⁰¹ . Funciones: Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueron delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

[...] d) En relación con la Administración Municipal:

2. Nombrar y remover los funcionarios de su dependencia [...], de acuerdo con las disposiciones pertinentes



y rebasó con creces ese porcentaje [...], toda vez que en los cargos directivos de la Alta Gerencia Pública del municipio, el nombró en cargos decisorios, al 47% de esos cargos como se podrá advertir y como se demostró en la Audiencia de Cargos»¹⁰²

Sin embargo, conforme se indicó en el apartado 6.6 de este proveído, la cuota del 30% consagrada en el artículo 4º de la Ley 581 de 2000, debe entenderse en los términos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000, como “específica” y no “global”; es decir, que se aplica a cada categoría de cargos y no al conjunto de empleos que conforman el “máximo nivel decisorio” y “los otros niveles decisorios”. Por tal motivo, ese reproche al cargo no tiene prosperidad.

Finalmente, la defensa del disciplinable argumentó que el comportamiento de su representado estaba amparado en la causal de exclusión de responsabilidad contenida en el numeral 6º del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, según la cual, actuó con la convicción *errada e invencible* de que su conducta no constituía falta disciplinaria, pues, la decisión de vincular y/o mantener en niveles de la administración pública de Soacha a más del 47% de mujeres no se adecua a una conducta constitutiva de falta disciplinaria; frente a este argumento, la Sala ratifica la precisión realizada en lo concerniente a la categoría de cuota del 30% “específica” y no “global” establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-371.

6.7.3. Culpabilidad

En punto de la culpabilidad, es menester precisar que el juzgador de primera instancia, luego de analizar los argumentos presentados por la defensa, modificó el elemento subjetivo calificado provisionalmente como “*culpa gravísima por desatención elemental*” considerando que, en el caso particular, el disciplinable incurrió en la falta por “inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime en sus actuaciones”, que según lo preceptuado en el parágrafo artículo 44 de la ley 734 de 2002 corresponde a “culpa grave”, lo que comparte plenamente esta Sala.

Según lo manifestado por el apoderado del disciplinable en sus alegaciones, no hay culpabilidad como categoría de la dogmática disciplinaria, toda vez que, de acuerdo con el material probatorio válidamente recaudado dentro de la investigación, se pudo establecer que no existió voluntad por parte de ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, alcalde municipal de Soacha, de vulnerar la ley de cuotas, ni las normas disciplinarias, como tampoco está probado descuido alguno de su parte en el ejercicio de sus funciones.

Adicionalmente, indicó que su prohijado fue presentado por la primera instancia como una persona ampliamente versada en temas jurídicos y en administración pública, lo cual no es cierto, en la medida en que él no tiene formación en áreas jurídicas, administrativas y no cuenta con especialización en temas de administración pública y, que si bien fungió como concejal durante ocho (08) años

¹⁰² Confrontar en folio 200, cuaderno No. 1



“[...] conoció más y mejor los temas municipales y comprendió que desde el año 2000, que la Ley de Cuotas, se honraba, cumplía y distinguía nombrando mujeres no sólo en las Secretarías de Despacho, sino ocupando los CARGOS DIRECTIVOS previstos en los Manuales de Funciones [...] Por ello, con la convicción cierta de que al nombrar o mantener en los CUADROS DIRECTIVOS, EN LA ALTA GERENCIA PÚBLICA o NIVELES DECISORIOS, a mujeres en esos cargos y que ellos ascienden la cifra del más de un 47%, era un proceder correcto, ajustado a derecho, pero sobre todo respetuoso de ese porcentaje del que trata la ley 581 de 2000»

En relación con la teoría del error, cierto sector de la doctrina ha señalado que la conciencia de la antijuridicidad o de la ilicitud se afecta por el error sobre la naturaleza antijurídica del comportamiento. La posibilidad de actualizar el conocimiento de lo ilícito *-cognoscibilidad de la ilicitud-* basta y resulta suficiente para fundar el reproche jurídico de la culpabilidad; esto es, que el *“autor tenga, la menos la posibilidad de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción por él realizada”*, puesto que “el límite del error se halla en el deber de informarse, según lo afirman Carretero Pérez y Carretero Sánchez¹⁰³.

Así pues que, siguiendo la doctrina especializada, considera esta colegiatura que en el presente caso, nos encontramos en presencia de un error de derecho, aunque no en la categoría de invencible, sino vencible, o lo que, en criterio de otros doctrinantes y de la propia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de manera genérica, han denominado error en la interpretación de mandatos normativos¹⁰⁴, en la medida que el disciplinado realizó una falsa representación del porcentaje mínimo que debía cumplir, con ocasión del nombramiento de mujeres, en cargos del máximo nivel decisorio, lo cual hubiera podido y debido evitar o incluso superar, dada su condición de máxima autoridad política, jefe de la administración local y representante legal de la entidad territorial *-municipio de Soacha-*, de quien se exige mayor celo y responsabilidad en el ejercicio de su función.

Si bien es cierto, el disciplinable *-según lo afirma su apoderado-* tenía la convicción errada de que con el nombramiento del 47% de mujeres en cargos directivos o decisorios, cumplía con las cuotas exigidas en la Ley 581 de 2000, también lo es, que pudo haber actualizado a través de la diligencia debida ese conocimiento, pues, la relevancia del error depende del asesoramiento o información con que haya contado o con el que debía haber contado para conocer su antijuridicidad o la alta probabilidad de su antijuridicidad.

Sin embargo, en el expediente se echan de menos pruebas que conlleven a acreditar que el ex alcalde, con algún tipo de diligencia, hubiese siquiera indagado si esos porcentajes descritos en los literales a) y b) del artículo 4º de la citada Ley 581 se podían establecer de manera global, conforme quedó dilucidado en líneas precedentes.

¹⁰³ Citados por Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 22299. Sentencia del 6 de julio de 2005.



Con fundamento en lo anterior, tenemos que: (i) El disciplinable no estaba en imposibilidad de advertir el error en el que se encontraba, pues se trata de un profesional licenciado en ciencias de la educación, con más de 20 años en el ejercicio de la docencia, fundador del Instituto Pedagógico Juan Pablo II, en el mismo municipio de Soacha, concejal de Soacha durante los períodos 2008-2011 y 2012-2015 y alcalde de Soacha para el período constitucional 2016-2019, datos que coinciden con los suministrados por su apoderado en el escrito de alegaciones¹⁰⁵, de tal manera, que no podía predicarse una afectación de su entendimiento.

Por otro lado (ii), se acreditó que el disciplinable no ejerció todos los medios para salir del error en el que se encontraba, y pues de haberlo hecho, habría podido superar esa convicción errada que tenía. Al respecto, la Sala debe precisar que no basta con tener la convicción de estar obrando conforme al ordenamiento jurídico, como aconteció en el presente caso, se requiere, además, verificar a través de todos los medios existentes, como por ejemplo, la consulta a funcionarios de la entidad, en este caso, los jefes de oficina asesora -*Control Interno, Oficina Asesora Jurídica y Control Interno Disciplinario*- que dependían exclusivamente del despacho del alcalde y cuyos cargos tenían como propósito principal, según los manuales de funciones, para la época de los hechos eran de asesoría y orientación. -véanse resoluciones 529 de 2015 y 1292 de 2017 citadas en el apartado 6.7 de este proveído-

Así las cosas, a juicio de esta Sala, el disciplinable pudiendo salir del error, no lo hizo; motivo por el cual fue correcta la atribución que se hizo, tanto en el pliego de cargos, como en el fallo de primera instancia, al reprochar la falta como culposa, precisamente por esa falta de diligencia¹⁰⁶.

Ahora, en relación con otro de los planteamientos de la defensa, cuando señala el yerro en que, a su juicio, incurrió el funcionario de primer nivel al afirmar que el nombramiento del jefe de control interno disciplinario no debió tenerse en cuenta para efectos de contabilización y cumplimiento de la ley de cuotas por el solo hecho de que son cargos de periodo fijo; esta Sala observa que la defensa no tuvo en cuenta los demás argumentos señalados por la primera instancia, cuando al aludir al parágrafo 4º del Decreto Ley 785 de 2005¹⁰⁷, señaló:

¹⁰⁵ Folio 198 Cuaderno No. 1

¹⁰⁶ Es cierto que desde el punto de vista de la dogmática disciplinaria existen serias discusiones sobre los efectos del error en la conducta reprochable. Todas ellas fundamentadas en lo que se entiende por *dolo* en esta materia y su ubicación en las diferentes categorías de la estructura. Sin embargo, también hay que reconocer que esta clase de errores dan lugar a una atenuación de responsabilidad o a su tratamiento como una conducta culposa. Por eso, en un marco *orientado a las consecuencias*, es equivalente decir que se le da el tratamiento de culposo como consecuencia del reconocimiento de un error, que atribuir el comportamiento como indiligente y, por tanto, como una falta cometida con culpa.

¹⁰⁷ «Decreto Ley 785 de 2005. Artículo 4º [...] PARÁGRAFO: Se entiende por alta dirección territorial, los Diputados, Gobernadores, Concejales, Alcaldes Municipales o Distritales, Alcalde Local, Contralor Departamental, Secretarios de Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Gerentes de Unidades Administrativas Especiales y Directores, Gerentes o Presidentes de entidades descentralizadas»



«En esta norma no se incluyen Jefes de Oficina Asesora.

Es claro que la alta dirección territorial ni el nivel directivo en una entidad territorial lo integran cargos de jefe de asesor y, aunque se pretende demostrar lo contrario, es evidente que al interior de la entidad estos conceptos eran claros, pues, se insiste en que cuando se ofició a la Alcaldía de Soacha para que certificara los nombres de quienes ocupaban los cargos del máximo nivel decisorio (ver requerimiento a folio 20 co), como respuesta la entidad suministró a este ente de control una certificación que contenía solo información del Alcalde y los Secretarios de Despacho [...]

Siendo así, no le asiste razón a la defensa cuando alega que los cargos de Jefe Oficina Asesora Jurídica y Jefe de Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía de Soacha, pertenecían al máximo nivel decisorio de la entidad, pues ni siquiera hacían parte del nivel directivo de la entidad, sino del nivel asesor, que es menor al directivo»¹⁰⁸

De esta forma, quedó plenamente acreditado dentro del expediente disciplinario que los cargos de jefes de oficina asesora, que inicialmente estaban ubicados en el nivel directivo, según la Resolución 529 de 2015 y, posteriormente, en el nivel asesor de conformidad con lo establecido en la Resolución 1292 de 2017, no hacen parte del máximo nivel decisorio, situación que puede corroborarse además, con lo dispuesto en el Decreto 290 de 2002, modificado por el Decreto 365 de 2014¹⁰⁹, donde se observa claramente que los cargos de jefe de la Oficina Asesora Jurídica, de Control Interno y de la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario están adscritos al despacho del alcalde municipal, pero, no son del nivel directivo sino del nivel asesor. Por consiguiente, los titulares de los mencionados cargos no pertenecen al máximo nivel decisorio; tal como está consagrado, de igual forma, en el Decreto municipal No. 128 de 2015 donde se especifica que la nomenclatura correspondiente a los tres (03) cargos de jefes de Oficina Asesora corresponden al código 115 y, en efecto, el artículo 17 del Decreto Ley 785 de 2005, en forma expresa, prescribe que el nivel asesor está integrado por los empleos cuya nomenclatura corresponde a los códigos 105 y 115. A lo anterior, hay que aunar la certificación allegada por la directora de Recursos Humanos (E), donde señaló que los cargos de máximo nivel decisorio, para la vigencia 2017, correspondían a los del alcalde municipal (código 005-grado 003) y nueve (9) cargos con la denominación de «Secretario de Despacho», (código 020- grado 02).

6.7.4. Sanción por imponer al disciplinable

Conforme se indicó en acápites precedentes, al disciplinable le fue imputada una falta gravísima cometida con culpa grave, que según las voces del artículo 43, numeral 9 de la Ley 734 de 2002, se tendrá como falta grave: «9. *La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave*».

¹⁰⁸ Folio 179 Cuaderno No. 1

¹⁰⁹ Por el cual se ajusta la estructura orgánica de la Alcaldía Municipal de Soacha y se determinan las funciones de sus dependencias.



Las faltas graves en la modalidad de culpa grave se sancionan con suspensión en el ejercicio del cargo, según lo dispuesto en el numeral 3º. del artículo 44 de la Ley 734 de 2002; suspensión que no será inferior a un (1) mes ni superior a doce (12) meses, acorde con el artículo 46 *ibídem*.

Sin embargo, el párrafo del artículo 4º de la Ley 581 de 2000, señala que el incumplimiento de lo preceptuado en dicho artículo constituye causal de mala conducta que acarrea una sanción de suspensión hasta por treinta (30) días en el ejercicio del cargo o destitución del mismo, en caso de persistir la conducta.

Pues bien, cuando existe contradicción entre dos disposiciones jurídicas, la Corte Constitucional en la sentencia C-439 de 2016 *-traída a colación por el funcionario de primer nivel-*¹¹⁰, indicó:

6.2. Recientemente, en la Sentencia C-451 de 2015, esta Corporación hizo expresa referencia al aludido tema. En dicho fallo, basada en las previsiones que sobre la materia establecen las Leyes 57 y 153 de 1887 y lo dicho en la jurisprudencia, la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: **(i)** el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat inferiori*); **(ii)** el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (*lex posterior derogat priori*); y **(iii)** el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (*lex specialis derogat generali*). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.

6.5. Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra.

6.6. En relación con este último punto, la propia jurisprudencia constitucional ha destacado que el principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, sin que dicho principio tenga cabida entre preceptos de distinta jerarquía, como ocurre entre una la ley ordinaria y una ley estatutaria, o entre la Constitución y la ley en general, pues en tales eventos es claro que prevalece y se aplica siempre la norma superior¹¹¹.

¹¹⁰ Folio 183 Cuaderno No. 1

¹¹¹ Sentencia C-339 de 2002.



En este orden de ideas, la norma aplicable para el caso concreto es la Ley 581 de 2000 que, en el párrafo del artículo 4º, establece como sanción la suspensión hasta de treinta (30) días en el ejercicio del cargo.

Por otra parte, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 47, numeral 1 de la Ley 734 de 2002, tenemos como agravantes:

- ✓ *La afectación a derechos fundamentales -literal h-. Con el incumplimiento del deber contenido en el literal a) del artículo 4º de la Ley 581 de 2000 o «Ley de Cuotas», el disciplinable afectó el derecho fundamental previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, en tanto no garantizó a las mujeres el derecho fundamental de la igualdad y su participación efectiva en los cargos del máximo nivel decisorio -secretarios de despacho- de la entidad pública de su jurisdicción -municipio de Soacha-.*
- ✓ *Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad -literal j-. ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, ocupó el más alto grado de jerarquía de la entidad, en su condición de máxima autoridad política, jefe de la administración local y representante legal del municipio de Soacha, para la época de los hechos.*

Del mismo modo, y tal como fue esbozado en el acápite 6.7.1. -Tipicidad – ilicitud sustancial-, el disciplinable al inobservar ese cuidado necesario que cualquier persona imprime en sus actuaciones, fue descuidado y tuvo poca diligencia, pues, no estuvo atento a cumplir lo dispuesto en el literal (a) del artículo 4º de la Ley 581 de 2000, de ahí que su culpabilidad fuese variada en el fallo de primera instancia y calificada en la modalidad de “culpa grave”, no así “gravísima” como había sido calificada provisionalmente en el auto de citación a audiencia.

Quedó demostrada respecto del hecho investigado esa falta de diligencia y eficiencia en el ejercicio del cargo de alcalde del municipio de Soacha en lo que respecta, al cumplimiento del 30% de nombramientos de mujeres en cargos del “máximo” nivel decisorio del ente territorial, pues actuó en contravía de las normas que contienen medidas positivas en favor de las mujeres y que fueron consagradas en la Ley 581 de 2000.

Ahora bien, esta misma falta de diligencia fue escasamente valorada por el funcionario de primer nivel. De hecho, se observa una falta de motivación con criterio de corrección material en el caso concreto. Veamos. Si la legislación mencionada establece que este tipo de faltas puede dar lugar a sanción *hasta* de treinta (30) días de suspensión, no hay claridad de por qué se tomó el mayor criterio sancionatorio en este específico caso.

Así, esos treinta días podrían ser para alguien que cometió la falta de manera dolosa y cuya afectación a la teleología normativa sea mucho mayor. Aquí no hay que perder de vista que la falta fue calificada como culposa y, además, el porcentaje de mujeres designadas, aunque inferior al legalmente autorizado, tampoco dejó sin participación a ese género históricamente discriminado en la participación decisoria del municipio.



En ese orden, se modificará la sanción impuesta por el fallador de primera instancia y, en su lugar, se sancionará a ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, en su condición de alcalde municipal de Soacha, para la época de los hechos, con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de quince (15) días.

Sin embargo, como actualmente no se desempeña en tal calidad, la suspensión se convertirá en los salarios equivalentes a dicho periodo, por lo que, teniendo en cuenta lo devengado por el disciplinable para el momento de la comisión de la falta *-año 2017-*, se impondrá la suma de **seis millones doscientos cincuenta y tres mil ochocientos seis pesos moneda corriente (\$6'253.806)**¹¹². Este monto será cancelado a favor del Municipio de Soacha, en los términos señalados en el artículo 173 de la Ley 734 de 2002 y en el Decreto 2170 de 1992¹¹³.

6.8. Conclusión

Con fundamento en las anteriores consideraciones, esta Sala a partir del problema jurídico planteado, concluye que el cargo que le fue endilgado al disciplinable debe prosperar, pues, se itera que al interior de la actuación se acreditó el descuido y la falta de diligencia por parte del disciplinable para cumplir con el mandato consagrado en el literal a) del artículo 4º de Ley 581 de 2000, y que, no obstante haberse puesto de presente un error en su comportamiento, este pudo haber sido superado, pero no se estableció que el disciplinable haya buscado los medios para actualizar dicho conocimiento y salir de su error, por lo que no puede predicarse en su favor una causal de exclusión de responsabilidad, pero sí, una atenuación de su responsabilidad dado que obró de forma imprudente, en tanto pudo salir del error. Sanción que no obstante ser atenuada, encuentra su justificación en la protección y reivindicación de los derechos de las mujeres, conforme quedó ampliamente expuesto en los acápites 6.4 y 6.5 de esta determinación, haciendo énfasis en el deber que asiste a todos los mandatarios de los distintos niveles, de asegurar la participación plena y efectiva en las mujeres en las políticas, los programas y los procesos de adopción de decisiones, tanto en cargos del máximo nivel decisorio como en otros cargos decisorios, en los términos consagrados en la Ley 581 de 2000.

Con ello, se reafirma el papel fundamental de las mujeres y la necesidad de lograr su participación plena y en pie de igualdad y liderazgo en todos los ámbitos del sector público, eliminado cualquier forma de discriminación. Las cuotas de participación femenina son necesarias, aunque no suficientes, para restar las

¹¹²Mediante oficio No. D.R.H. 169, del 6 de marzo de 2019, suscrito por Olga Lucía Acosta Cantor, Directora Administrativa de Recursos Humanos (E), durante el año 2017, ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, percibió un salario de doce millones quinientos siete mil seiscientos doce pesos con cero centavos M/L. (\$12.507.612). CD folio 25 C. No. 1.

¹¹³ Artículo 7º. Multas por sanciones disciplinarias. Las multas por sanciones disciplinarias que se impongan a los servidores públicos, se cobrarán por cada una de las entidades a las cuales pertenezca el servidor sancionado y se destinarán para los mismos fines establecidos en el anterior artículo del presente Decreto. Para efectos del cobro de las multas pendientes en el Fondo Nacional de Bienestar Social, se remitirán los expedientes a las correspondientes entidades donde labora o laboró el servidor público sancionado.



asimetrías de poder que históricamente han padecido las mujeres en nuestro país. No basta con que aparezca en el papel, sino que son necesarias acciones positivas por parte de las personas que, como el alcalde, toman decisiones que garanticen tales derechos.

En consecuencia, esta Colegiatura, como ya lo advirtió, confirmará parcialmente el fallo de primera instancia, por medio del cual se declaró probado y no desvirtuado el único cargo imputado a ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, alcalde municipal de Soacha para la época de los hechos, con la modificación de la sanción impuesta, la cual, conforme se indicó en precedencia consiste en la suspensión el servidor público por el término de quince (15) días, que se han convertido en sanción de seis millones doscientos cincuenta y tres mil ochocientos seis pesos moneda corriente (\$6'253.806).

6.9. Otras determinaciones

Finalmente, tal como se indicó en el apartado 6.1. -Competencia-, se les han asignado formalmente funciones jurisdiccionales a algunos servidores de la Procuraduría General de la Nación. Pero ese reconocimiento normativo necesariamente trasciende a otras esferas. Así, con la expedición de la Ley 2094 de 2021 ya entraron en vigencia plena las facultades jurisdiccionales, según se lee en el parágrafo 1 del artículo 73.

Por tanto, si las decisiones que se adoptan ya no son de naturaleza administrativo sancionatorias, sino que, son material y formalmente jurisdiccionales, se sigue que el mecanismo para cuestionar este tipo de determinaciones no puede ser una demanda de nulidad que, usualmente, recae sobre actos administrativos. En consecuencia, debe decirse que, desde este momento las decisiones jurisdiccionales que se adopten hacia futuro por la Procuraduría General de la Nación han de ser susceptibles de impugnación por la vía del recurso extraordinario de revisión.

Además, para ahondar en garantías, con este reconocimiento, también es necesario indicar que la sanción a imponer no se hará efectiva hasta tanto se decida el recurso, o hasta que se venza el término de treinta (30) días para radicar la impugnación, contados desde la ejecutoria de esta decisión, sin que se hubiere radicado, dado que estamos ante un servidor elegido popularmente, en los términos del artículo 57 de la Ley 2094 de 2021.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Juzgamiento Disciplinario para Servidores Públicos de Elección Popular, en cumplimiento de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR parcialmente la decisión proferida por la Procuraduría Provincial de Fusagasugá, de cuatro (4) de diciembre de 2019, por medio de la cual



sancionó disciplinariamente a ELEÁZAR GONZALEZ CASAS, identificado con la cédula No. 4'097.079, en su calidad de alcalde municipal de Soacha (2016-2019), en el expediente con IUS: E-2018-141570/IUC: D-2019-124651, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR la sanción impuesta a ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, identificado con la cédula No. 4'097.079, en su calidad de alcalde municipal de Soacha (2016-2019), en el sentido de imponer la suspensión en el ejercicio del referido cargo por el término de quince (15) días, sanción que se convierte en seis millones doscientos cincuenta y tres mil ochocientos seis pesos moneda corriente (\$6'253.806), conforme quedó expuesto la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR, por la Secretaría de la Sala, esta decisión a los sujetos procesales, indicándoles que contra la misma procede el recurso extraordinario de revisión, según lo señalado en el numeral 6.9.

Los sujetos procesales se ubican en las siguientes direcciones¹¹⁴:

Sujeto procesal	Dirección física	Dirección electrónica/Teléfono
ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS. Disciplinable	Avenida xxxxxxxx, xxxxxxxx, xxxxxxxx, Bxxxxxxxxxxxxxxxx.	xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx@xxxxxxxxxmail.com Teléfono: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
JAIRO ENRIQUE BULLA ROMERO. Apoderado principal	Avenida xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Bxxxxxxxx.	xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx@xxxxxxxxxmail.com Teléfono: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
LUCÍA FRANCO GARCÉS, apoderada suplente.	Avenida xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Bxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.	xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx@xxxxxxxxxmail.com

CUARTO: INFORMAR, por la Secretaría de la Sala, esta decisión a la Gobernación de Cundinamarca, a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 172 de la Ley 734 de 2002, respecto de la ejecución de la sanción impuesta a ELEÁZAR GONZÁLEZ CASAS, en su condición de alcalde del municipal de Fusagasugá para la época de los hechos; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, con la advertencia hecha en el acápite de otras decisiones.

QUINTO: COMUNICAR, por la Secretaría de la Sala, las decisiones de primera y segunda instancia a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, para los fines legales pertinentes.

SEXTO: DEVOLVER, por la Secretaría de la Sala, el proceso a la Procuraduría Delegada para la Procuraduría Provincial de Fusagasugá, previos los registros y las

¹¹⁴ Folio 69, del Cuaderno No. 1



anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS HUMBERTO GARCÍA PARRADO

Procurador Delegado (C), con funciones en la Sala Disciplinaria
de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular
Presidente de la Sala

CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ

Procurador Delegado (C) con funciones en la Sala Disciplinaria
de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular

Proyectó: Liliana B. Sánchez J.
Exp. IUS: E-2018-141570/IUC: D-2019-124651
Confirma parcialmente fallo sancionatorio de primera instancia



INFORME CON NOTICIA DISCIPLINARIA-Se informan hallazgos según auditoría practicada a la Alcaldía Municipal de San Pablo de Borbur sin que se especifique o se indique la presunta afectación a la función pública

CIRCULAR CONTRALORÍA-Lineamientos para el traslado de hallazgos penales y disciplinarios

Cuando un servidor público de la CGR remita copia de unos hallazgos penales a la Fiscalía General de la Nación o disciplinarios a la Procuraduría General de la Nación, para que se investigue una conducta presuntamente ilícita o irregular, esa actuación se asimila a una denuncia, formulada por un “denunciante calificado”, por lo tanto, debe ofrecer la claridad y la precisión necesaria en relación con los hechos y la normatividad que soporta dicha denuncia

En el caso de traslado al Ministerio Público, debe tomarse en consideración los lineamientos trazados por el Procurador General de la Nación en Providencia de 22 de abril de 2004 y específicamente, señalar con claridad y precisión los aspectos fácticos y jurídicos de los hechos puestos en conocimiento de dicho organismo.

Además, debe indicarse si se incurre en cualquiera de las siguientes conductas: -Acción u omisión que comporte el quebrantamiento de una norma jurídica; -Extralimitación en el ejercicio de derechos funciones y prohibiciones; -Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses

Es de anotar, que es responsabilidad del Contralor Delegado Sectorial o del Gerente Departamental respectivo, la debida justificación y el traslado de hallazgos penales y disciplinarios, tal como lo consagra la Guía de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Audite 2.2.

DECISION DE EVALUACIÓN-No se logró establecer con claridad y precisión los reparos de la Contraloría en auditoría al Municipio de San Pablo de Borbur



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Dependencia	Procuraduría Provincial de Chiquinquirá
Radicación	IUS-E-2020-653225/IUC-D-2021-1727426
Implicados	Funcionarios por determinar
Cargo - Entidad	Alcaldía Municipal de San Pablo de Borbur
Origen	Informe de servidor público Contraloría General de Boyacá - CGB
Fecha informe	09 de diciembre de 2020
Fecha hechos	Por establecer
Hechos	Traslado del informe No. 123 del 07 de diciembre de 2020, Auditoria de la vigencia fiscal 2019. Hallazgo administrativo con alcance disciplinario.
Asunto	Auto que ordena archivo de las diligencias

Chiquinquirá, 24 de abril de 2023

I. ASUNTO

Procede el Despacho a evaluar las presentes diligencias adelantadas en contra de **FUNCIONARIOS POR DETERMINAR** del Municipio de **SAN PABLO DE BORBUR**, para la época de los hechos denunciados.

II. ANTECEDENTES

- **Informe de servidor público:** Las presentes diligencias se inician con base en el traslado efectuado por parte del Director Operativo de Control Fiscal del Informe Ejecutivo No. 123 del 07 de diciembre de 2020, como resultado de la Auditoria Modalidad Especial de Rendición de la Cuenta Vigencia Fiscal practicada a la Alcaldía Municipal de San Pablo de Borbur donde se encontraron hallazgos de tipo administrativo con alcance disciplinario.
- **Indagación preliminar:** Mediante providencia del 19 de febrero de 2021, se ordenó abrir indagación preliminar en contra de **FUNCIONARIOS POR DETERMINAR** del Municipio de **San Pablo de Borbur**, para la época de los hechos informados.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Es prioritario señalar que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 221 de Ley 1952 de 2019 modificado por la Ley 2094 de 2021, constituye falta disciplinaria y por tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en el Código Disciplinario Único que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en dicho código.

Dispone este despacho, entonces, verificar si del caudal probatorio recaudado en el proceso, se desprende la existencia de actuación que estructure falta disciplinaria o si, por el contrario, los hechos dados a conocer son ajenos a esta



área del derecho, caso en el cual se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 90, el cual establece que en cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias.

El control disciplinario, que se impone como límite al ejercicio de la potestad pública, opera cuando la administración con su actuación lesiona o menoscaba los derechos individuales, cuando abusa del poder o cuando sus representantes se exceden en el ejercicio de sus funciones, ameritando en estos casos las sanciones correspondientes.

En efecto, en el proceso disciplinario se juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a normas administrativas de carácter ético, destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración, en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo.

Se estudia en el presente caso, si existe responsabilidad disciplinaria de algún funcionario del Municipio de San Pablo de Borbur, con respecto al hallazgo de tipo administrativo con presunto alcance disciplinario encontrado por parte de la Contraloría General de Boyacá, como resultado de la Auditoria Modalidad Especial de Rendición de la Cuenta Vigencia Fiscal, trasladado en el Informe Ejecutivo No. 123 del 07 de diciembre de 2020.

El documento bajo análisis informa una serie de hallazgos administrativos con presunto alcance disciplinario, sin que se especifique o se indique la presunta afectación a la función pública como consecuencia de estos.

Al respecto cabe traer a colación la Circular 11 del 25 de Junio de 2004, Expedida por la Contraloría General de la República, que al respecto establece:

*“En consecuencia, cuando un servidor público de la CGR remita copia de unos hallazgos penales a la Fiscalía General de la Nación o **disciplinarios** a la Procuraduría General de la Nación, para que se investigue una conducta presuntamente ilícita o irregular, esa actuación se asimila a una denuncia, formulada por un “denunciante calificado”, por lo tanto, debe ofrecer la claridad y la precisión necesaria en relación con los hechos y la normatividad que soporta dicha denuncia.*

*En el caso de traslado al Ministerio Público, debe tomarse en consideración los lineamientos trazados por el Procurador General de la Nación en Providencia de 22 de abril de 2004 y específicamente, **señalar con claridad y precisión los aspectos fácticos y jurídicos de los hechos puestos en conocimiento de dicho organismo.***



Además debe indicarse si se incurre en cualquiera de las siguientes conductas:

- Acción u omisión que comporte el quebrantamiento de una norma jurídica,
- Extralimitación en el ejercicio de derechos funciones y prohibiciones
- Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

Es de anotar, que es responsabilidad del Contralor Delegado Sectorial o del Gerente Departamental respectivo, la debida justificación y el traslado de hallazgos penales y disciplinarios, tal como lo consagra la Guía de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Audite 2.2.”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Sobre este tópico la Procuraduría Auxiliar emitió el concepto No. PA-3029 el 17 de septiembre de 1996, aunque tal juicio fue en virtud de la Ley 200 de 1995, frente a la nueva normatividad disciplinaria no hubo ningún cambio sustancial en tal sentido, cuyo texto es del siguiente tenor:

*"Es válido el planteamiento por usted realizado, en el sentido de que informante y quejoso no ostentan la misma condición, en la medida en que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 47 del Código Disciplinario Único, **el primero es un servidor público a quien la ley le señala el deber de avisar la ocurrencia de una posible falta contra la administración pública**, mientras que el segundo, vale decir, el quejoso es un particular”.*

Bajo tal contexto, no se logró establecer con claridad y precisión, los reparos de la CGB con respecto al Municipio de San Pablo de Borbur durante la Auditoría Modalidad Especial de Rendición de la Cuenta Vigencia Fiscal, trasladado en el Informe Ejecutivo No. 123 del 07 de diciembre de 2020.

En efecto, de manera general se sostiene que *“como resultado del ejercicio realizado se determinaron hechos que en opinión del equipo Auditor tienen alcance disciplinario, pues contravinieron por un lado los principios de publicidad, eficacia, eficiencia y economía dispuestos en los artículos 209 de la Constitución Política, 8 de la ley 42 de 1993, concordante con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, Ley 80 de 1993, Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015”.*

Luego del análisis efectuado se lograron establecer cuatro (04) hallazgos administrativos con presunto alcance disciplinario, no porque estos se encuentren debidamente identificados y enumerados en el texto, sino porque solamente aparecen resaltados a lo largo del escrito.

Conforme a lo anterior, en el informe del servidor público se deja entrever un primer hallazgo administrativo al presunto incumplimiento del artículo 36 del Decreto 111 de 1996, por incluir el servicio de la deuda en el presupuesto para gastos de funcionamiento y de inversión; Igualmente, un segundo hallazgo por presunto incumplimiento a lo establecido en el artículo 67 del Decreto 11 de 1996, por no aportar el documento solicitado como parte de la información complementaria, lo que según el equipo auditor, deja entrever el desconocimiento de lo dispuesto en la norma referida. Un tercer hallazgo administrativo con



presunto alcance disciplinario “*probablemente*” en el incumplimiento de las normas técnicas relativas a las normas contables y un cuarto por diferencias en el número de contratos, como en el valor total contratado y en la modalidad de contratación, lo que para el auditor conlleva a confirmar una falta de veracidad transmitida a través del formato del SIA.

De acuerdo con el material probatorio recaudado (Folios 120-154), una vez el equipo auditor revisó el documento mediante el cual la administración municipal de San Pablo de Borbur ejerció su derecho de contradicción, mantuvo los hallazgos administrativos con presunto alcance disciplinario, advirtiendo en algunos que el alcalde y la secretaria de hacienda aceptan tácitamente la ocurrencia del hecho y que faltan a la verdad y se contradicen, totalizando en esta oportunidad **DIECINUEVE (19) OBSERVACIONES**, las cuales no se sabe si corresponden todas a presuntos hallazgos, puesto que en el informe de servidor público bajo el cual se iniciaron las presentes diligencias, no se mencionan ni este número ni tampoco esta denominación.

Así las cosas y bajo los preceptos de la sana crítica, se encuentra que con los elementos probatorios que obran dentro de las presentes diligencias, son suficientes para considerar que nos encontramos frente a una de las circunstancias generadoras de terminación del proceso disciplinario de que trata el Artículo 90 de la Ley 1952 de 2019, reformada por la Ley 2094 de 2021, el cual dispone:

“...**ARTICULO 90.** Terminación del proceso disciplinario. En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que **el hecho atribuido no existió**, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el disciplinado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarara y ordenara el archivo definitivo de las diligencias, la que comunicada al quejoso...”.

En mérito de lo anteriormente expuesto, El Procurador Provincial de Instrucción de Chiquinquirá, en uso de sus atribuciones legales,

V. RESUELVE:

PRIMERO: Ordenar la terminación de la presente actuación y su consiguiente **ARCHIVO**, seguida en contra de **FUNCIONARIOS POR DETERMINAR** del Municipio de San Pablo de Borbur-Boyacá, para la época de los hechos indagados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: La presente decisión no se comunica por cuanto se inició con base en informe de servidor público.

TERCERO: A través de la Secretaría de esta Provincial, súrtanse los trámites pertinentes dejando las anotaciones y constancias de rigor.

CÚMPLASE.

ORIGINAL FIRMADO



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

FABIO ENRIQUE PEDREROS PERILLA
Procurador Provincial de Instrucción de Chiquinquirá

FEPP/FJTR



ARCHIVO DE INVESTIGACIÓN EN INDAGACIÓN-No existió hecho irregular en contratación de transporte escolar en zona rural imputable a funcionarios de la administración municipal de San Luis (Tolima) que sea constitutivo de falta disciplinaria

ILICITUD SUSTANCIAL-Base sobre la cual se estructura/**ILICITUD SUSTANCIAL**-No es sinónimo de antijuridicidad formal ni tampoco implica antijuridicidad material

ILICITUD SUSTANCIAL DISCIPLINARIA-Alcance

Cuando la conducta encuadre en la descripción típica, pero tal comportamiento corresponda a un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica, Ello no puede ser objeto de la imposición de una sanción disciplinaria, porque se constituiría en responsabilidad objetiva, al aplicarse medidas sancionatorias, sin que exista una verdadera y justa razón de ser

En una palabra, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan, deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial

PUBLICACION DE CONTRATO ESTATAL-La existencia del incumplimiento del deber se encuentra desprovista de ilicitud sustancial



Dependencia:	Procuraduría Provincial de Instrucción de Ibagué
Radicación No:	IUC: D – 2020 – 1536035 IUS: E – 2020 – 241977
Disciplinado:	Averiguación de responsables
Cargo y entidad:	Municipio de San Luis Tolima
Quejoso:	Informe de servidor público
Fecha Queja:	22-03-2020
Fecha Hechos:	2019 P/E
Decisión:	Auto de evaluación de indagación preliminar

Ibagué, doce (12) de octubre de dos mil veintidós (2022)

La Procuraduría Provincial de Instrucción de Ibagué, procede a evaluar las presentes diligencias preliminares para decidir lo que en derecho corresponda, esto es, si es procedente disponer apertura de formal investigación disciplinaria o disponer el archivo, conforme lo indicado en el artículo 208 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el 34 de la Ley 2094 de 2021¹.

ANTECEDENTES

La Procuraduría General de la Nación, oficina de planeación, grupo para la vigilancia integral del SGR, el 22 de marzo de 2022 reportó presuntas acciones incumplidas detectadas por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) en el marco del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación respecto a la inversión de los recursos del SGR relacionadas con el proyecto BPIN 2019736780006, cuyo objeto se definió en la ejecución del proyecto apoyo al transporte escolar a los estudiantes en zona rural del Municipio de San Luis, por valor de \$226.323.120. Con relación a las presuntas irregularidades se señaló:

“[...] Consec PI 201901229 - Ausencia de procedimientos de contratación en la utilización de los recurso del SGR. Detalle de la presunta irregularidad

1). Extemporaneidad en la publicación en SECOP de algunos documentos de los procesos (publicación del contrato), incumpliendo lo preceptuado en el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, (Las entidades estatales están obligadas a publicar en el SECOP los documentos del proceso y los actos administrativos del proceso de contratación dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su expedición.

... En el análisis realizado al hecho presuntamente irregular, se observa que la entidad ejecutora al parecer publicó de manera extemporánea e incompleta en el sistema electrónico para la contratación pública SECOP, los documentos relacionados con los contratos mediante los cuales se ejecutó el proyecto de inversión en estudio, incumpliendo con los establecido en la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015.



¹ "Procedencia, objetivo y trámite de la indagación previa. En caso de duda sobre la identificación o individualización del posible autor de una falta disciplinaria, se adelantará indagación previa. La indagación previa tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura de investigación"



El Contrato de Prestación de Servicios se suscribió el 3 de julio de 2019 y el registro se realizó el 29 de julio de 2019, prueba de la presunta irregularidad fue allegada en el acta de visita..

Consec PI 201901230 - - Ausencia de procedimientos de contratación en la utilización de los recursos del SGR. Detalle de la presunta irregularidad

De conformidad con lo evidenciado en el acta de visita, se presumen posibles fallas en el ejercicio de la supervisión por falta de seguimiento a las condiciones de calidad y la normatividad que regula el transporte escolar y además por no contar con informes que reflejen el cumplimiento de las especificaciones técnica del proyecto en estudio, vulnerando las normas que rigen la materia.

En efecto el acta de visita refiere:

3. No cumplimiento de las condiciones de calidad (especificaciones técnicas) y normatividad aplicable respecto al transporte escolar especial.

4. No se dispone de información respecto a los vehículos de las Instituciones Educativas que den cuenta del cumplimiento de las especificaciones técnicas, así como de las garantías.

[...]

En el caso particular, se evidenciaron presuntas fallas en las labores de supervisión en el control y seguimiento del proyecto, desconociendo de esta forma las funciones y obligaciones contractuales y legales, de acuerdo con lo evidenciado en visita por el grupo de Seguimiento..."

Por otra parte, en la ficha soporte de seguimiento a proyectos financiados con recursos del SGR, entre otras conclusiones se consignó lo siguiente:

"[...] A través de la Mesa Técnica Participativa desarrollada, los ejecutores dieron a conocer las generalidades del proyecto, alcances y avances de este, así mismo realizaron las aclaraciones requeridas por parte de los distintos actores. Como resultado del ejercicio de control social, los participantes manifestaron su opinión acerca del servicio prestado y expresaron la importancia y beneficios que genera el proyecto para garantizar el acceso y permanencia de niños, niñas y jóvenes estudiantes de las I.E oficiales que viven distantes del plantel, garantizando su movilización, sin embargo manifestaron su preocupación por la falta de continuidad en la falta de prestación del servicio de transporte, teniendo en cuenta que el contrato finaliza en el mes de septiembre del año que avanza.

A partir de la revisión de los expedientes del proyecto y el ejercicio de control social realizado, no se evidencian acciones adelantadas por la entidad ejecutora orientadas a facilitar y propiciar espacios de participación ciudadana para la socialización, identificación del nivel de satisfacción y valoración del proyecto por parte de los beneficiarios, actores organizaciones sociales y sociedad civil; no se han conformado veedurías ciudadanas y aunque las Instituciones Educativas tienen conformadas asociaciones de padres de familia y comités estudiantiles, no se pudo determinar que estos realicen control y seguimiento al proyecto de



transporte escolar analizado.

Previo al desarrollo de la Mesa Técnica Participativa, no se habían adelantado acciones de control social por parte del SMSE, por tanto, no se tenían compromisos sociales pendientes de cumplimiento...

El ejercicio de Control social promovido y realizado por el SMSE-DVR-DNP facilitó un espacio de interacción crítica, constructiva y respetuosa entre los actores involucrados, en este se expusieron las inquietudes, observaciones y **recomendaciones** al proyecto de transporte escolar del periodo 2019; esto se vio traducido en respuestas y **concertación, de acciones para determinar posibilidades para mejorar el servicio**, a través de la ampliación de cupos, la celeridad en los



pagos pendientes, el análisis de tarifas por rutas y el desarrollo de un diagnóstico de vías que favorezca los procesos de planeación, así como la importancia de la promoción del control social.

[...]

OPORTUNIDADES DE MEJORA

1. En los informes de supervisión se requieren conceptos sobre la ejecución del proyecto en términos de cumplimiento de metas, porcentaje de ejecución, **cumplimiento de especificaciones técnicas** y de calidad de los bienes y servicios y no dan cuenta del seguimiento a la ejecución del contrato."

Indagación preliminar

Por auto del 25 de junio de 2020 se inició indagación preliminar contra funcionarios en averiguación de responsables del Municipio de San Luis, así como la evacuación de algunos medios probatorios encaminados a esclarecer la situación dada a conocer².

Pruebas recaudadas en la etapa preliminar

° El Municipio de San Luis Tolima, a través documento fechado 17 de septiembre de 2020, informó y a la vez documentó parte de la documentación del proceso contractual denominado *apoyo al transporte escolar a los estudiantes en zona rural del Municipio de San Luis Tolima*, aclarando que el proceso contractual figura en el sistema Secop con la denominación del contrato que es *la prestación de servicios de transporte escolar de los estudiantes de la zona rural ida y regreso a las diferentes instituciones educativas del Municipio de San Luis Tolima*, y a la vez adjuntó, entre otros documentos, captura de pantalla tomado directamente del sistema electrónico para la contratación pública Secop³.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Revisada la documentación existente en la etapa de indagación preliminar y vencido el término legalmente establecido para la misma, es pertinente evaluar la actuación conforme a una de las dos posibilidades derivadas del artículo 208 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 34 de la Ley 2094 de 2021, a efectos de determinar la procedencia de la apertura de una investigación o el archivo de la actuación.



Del acervo probatorio acopiado, se infiere que los hechos versaron sobre posibles irregularidades del proyecto BPIN 2019736780006 - "Apoyo al transporte escolar a los estudiantes en zona rural del Municipio de San Luis Tolima". Las irregularidades señaladas en el reporte a los organismos control por parte del Grupo Técnico para la Vigilancia Integral del SGR, guardan relación con: primero, la publicación extemporánea en el sistema Secop y, segundo, presuntas falencias en la labor de supervisión ante incumplimientos en las especificaciones técnicas y normatividad respecto de los vehículos usados, miremos:

² Fl. 6 - 9.

³ Fl. 11 - 13 incluido CD / 16 - 18.



Con relación a la publicación extemporánea en la página (Secop), el informe da cuenta que el contrato de prestación se habría suscrito el 03 de julio de 2019 y el registro se habría realizado el 29 de ese mismo mes y año, probándose con ello la supuesta irregularidad.

Si bien existió una publicación extemporánea del contrato de prestación de servicios, la misma sobrevino al proceso contractual adelantado por la administración municipal para la escogencia del contratista que a la postre ejecutaría la prestación del transporte escolar en esa localidad, por lo que esa sola inconsistencia no cuenta con la sustancialidad suficiente para predicar responsabilidad disciplinaria en alguno de los servidores vinculados al ente territorial.

Descendiendo a la página de contratación - Secop - se logra advertir como la administración municipal adelantó la invitación pública No. 07 - 2019 y en ella se observa publicada la actividad precontractual que iba surgiendo a raíz del adelantamiento del proceso, a saber: i). invitación pública, estudios del sector, estudios previos (22-05-2019), ii). observaciones (28-05-2019), iii). respuesta observaciones (26-05-2019), iv). adenda 1 (28-05-2019), v). recepción de ofertas (07-06-2019), vi). acta de cierre (07-06-2019), vii). adenda 2 - cronograma (07-06-2019), viii). informe de evaluación (18-06-2019), ix). observaciones realizadas al informe de evaluación (25-06-2019), x). adenda 3 (25-06-2019), xi). acta de evaluación definitiva (28-06-2019), xii). resolución de adjudicación (04-07-2019), y xiii). contrato (29-07-2019)⁴.

Documentos que en últimas reflejan el cumplimiento de las etapas del proceso contractual y por más, haber garantizado los principios de la contratación estatal, entre otros, publicidad, transparencia, selección objetiva, por lo que resulta inane a la luz del derecho disciplinario la publicación extemporánea del contrato de prestación de servicios suscrito como consecuencia del referido proceso - invitación pública No. 07

- 2019, pues, tal como ha quedado expuesto, se cumplieron todas las etapas precontractuales para llegar a la suscripción de aquel acto jurídico y en ellas se garantizó libertad de participación a los distintos oferentes, se absolvió las observaciones presentadas, se evaluó las propuestas presentadas, y se adelantó la audiencia de adjudicación que cumplió con lo exigido en la invitación.

Por lo anterior, respecto al asunto relacionado evidentemente se configura una



situación de **ausencia de ilicitud sustancial**

La Procuraduría General de la Nación, ha dejado consignado:

[...] El ilícito disciplinario comporta un quebrantamiento del deber. Empero, no es el mero quebrantamiento formal el que origina el ilícito disciplinario, sino que se requiere un quebrantamiento sustancial. Esto quedó definitivamente reconocido con la exigencia de la ilicitud sustancial como expresión de la afectación sustancial a los deberes funcionales (arts. 5° y 51 CDU).

⁴ Fl. 17 – 18 – ver CD fl. 13.



Como es obvio, la operatividad de la expresión "ilicitud sustancial", proviene con mayor fuerza del nomen iuris de la figura regulada en el principio rector consagrado en el artículo 5° del CDU.

Significa lo anterior que para entender sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no sólo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un Estado social y democrático de derecho."

Frente a este tema, la Procuraduría General de la Nación como máxima autoridad disciplinaria dijo: PGN - Sala Disciplinaria - fallo de 28 de febrero de 2013 - Radicación 161-5448 (IUS 2010-117739) - P. D. Ponente Doctor Juan Carlos Novoa Buendía.

"[...]ILICITUD SUSTANCIAL-Base sobre la cual se estructura/**ILICITUD SUSTANCIAL**-No es Sinónimo de antijuridicidad formal ni tampoco implica antijuridicidad material/**DERECHO DISCIPLINARIO**-El objeto o interés jurídico protegido es la función pública

Se identifican de la estructura de la norma antes citada los tres elementos de la ilicitud sustancial, a saber: antijuridicidad, deber funcional y justificación. De ahí que nos adentremos en estos tres aspectos, para determinar la ilicitud sustancial de la conducta de los disciplinados en este caso.

Por lo que la ilicitud sustancial no es sinónimo de antijuridicidad formal como tampoco implica antijuridicidad material, en tanto que, contrario al derecho penal, las conductas desarrolladas por el sujeto disciplinable aun cuando no produzcan un resultado pero violen un deber funcional y por ende vulneren los principios constitucionales y legales de la función pública, están inmersas en el ilícito disciplinario.

Así las cosas, el incumplimiento de dicho deber funcional es el que orienta la antijuridicidad de las conductas; sin embargo no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta, entendida esta como la conducta o comportamiento; sino la infracción sustancial de dicho deber es decir, aquella conducta que atente contra el buen funcionamiento del Estado y por consiguiente contra sus fines, la que encuentra el inicio en la antijuridicidad de la conducta.

ILICITUD SUSTANCIAL DISCIPLINARIA-Alcance

La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, por cuanto el comportamiento, más que desconocer formalmente la norma jurídica que lo prohíbe, debe ser opuesto, o cuando menos extraño a los principios que rigen la función pública.

Ahora bien, la doctrina de la Procuraduría General de la Nación ha señalado que no se trata del incumplimiento formal de los deberes, sino que los mismos deben afectarse de manera sustancial. Textualmente se señala: En otros términos, aun cuando la conducta encuadre en la descripción típica, pero tal comportamiento corresponda a un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica, Ello no puede ser objeto de la imposición de una sanción disciplinaria, porque se constituiría en responsabilidad objetiva, al aplicarse medidas sancionatorias, sin que exista una verdadera y justa razón de ser.



En una palabra, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan, deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial. [...]"

Lo esbozado permite inferir la existencia de un deber funcional como lo es la publicación de la información contractual en la página Secop; no obstante lo anterior, si no se realiza la misma dentro del término estatuido en la ley (3 días) y siempre que no se vean vulnerados los principios de la contratación estatal - como acá aconteció - debe concluirse que la conducta se encuentra desprovista de ilicitud sustancial.



Ahora, con relación a las presuntas falencias en la labor de supervisión ante incumplimientos en las especificaciones técnicas y normatividad respecto de los vehículos usados, se evidenció en la revisión documental y visita de campo lo siguiente:

[...] Especificaciones Técnicas:

En virtud de lo consignado en el informe de supervisión No. 1 del 4 de septiembre de 2019 correspondiente al periodo comprendido entre el 22 de julio y el 31 de agosto de 2019, se precisa que:

El contrato de prestación de servicio de transporte escolar que se presenta actualmente en las instituciones educativas del municipio de San Luis se presta de manera eficiente y eficaz debido a que cumple con el objeto del contrato referente a los tiempos de llegada y salida en las diferentes instituciones educativas, se mantiene el número de rutas establecidas en el pliego de condiciones de este contrato pero en tema de calidad no se cuenta con el transporte idóneo estipulado en la propuesta técnica por parte de la contratista, por lo cual se deben tomar las medidas pertinentes recomendadas en este informe.

[...] CONCEPTO TÉCNICO SOBRE LA VISITA DE CAMPO

En el marco de seguimiento se visitaron las siguientes Instituciones:

I.E. CARACOLI ubicado en la vereda Caracolí, I.E. San Miguel ubicado en el corregimiento Payande,

I.E. Ospina Pérez (sede 4) ubicado en la vereda Tomín y el I.E San Juan Bosco (sede el Limonar) ubicado en la vereda el Limonar, donde se visualizó que los vehículos que prestan el servicio de transporte no corresponden con los ofertados por el contratista ESCOLYTUR, ya que el servicio lo prestan vehículos de servicio particular y públicos tales como:

Vehículo NISSAN PATROL STATION WAGON JEEP diésel modelo 1987 de servicio particular placas FTR 150, Chevrolet Luv D'MAX camioneta modelo 1983 de servicio particular placas HMC 835, Camión Chevrolet NHR modelo 2016 de servicio público de placas TGU 930, Chevrolet blanco Galaxi NHR camioneta modelo 2016 de servicio público placas TGU 520, camión FORD 350 estacas de servicio público (cuenta con tarjeta de operación, pero no tiene póliza de seguro extra-contractual) modelo 1995 placas FTM 675.

Se puede manifestar que los vehículos no cuentan con póliza de seguro contractual ni extra-contractual, de los 5 vehículos a los cuales se les realizó la encuesta, solamente uno (el 20%) cuenta con tarjeta de operación, ningún vehículo contaba con acompañante, ninguno tenía letreros de transporte escolar especial, que uno era un JEEP camioneta de servicio particular, 2 camionetas con bancas adaptadas en la parte trasera del platón (uno de servicio público y otra particular) y dos camiones con 2 bancas en la parte trasera adaptadas en madera (ambos de servicio público).

De acuerdo con las entrevistas realizadas a las sedes estudiantiles no se cuenta con el comité de veeduría por lo cual se les requirió para que lo instalaran de acuerdo con lo manifestado a los diferentes actores tanto a los profesores, como a los padres de familia y a los alumnos que participaron en nuestras entrevistas.



[...] CALIDAD

En visita técnica se evidenció que el servicio de transporte escolar se viene realizando sin el cumplimiento de la normatividad vigente respecto al transporte escolar especial, lo anterior teniendo en cuenta que algunos vehículos no cumplen con las especificaciones técnicas para prestar el servicio: sin letreros delanteros y traseros de identificación como transportes escolar.

Los vehículos de transporte escolar deben llevar letreros colocados en la parte delantera, trasera y laterales con la leyenda Escolar, la leyenda delantera deberá estar invertida para poder ser leída a través de un retrovisor, en ningún vehículo se contaba con la presencia de un adulto como acompañante en el recorrido escolar y que tuviera conocimientos en primeros auxilios, en otros casos



se contó con vehículos con una antigüedad superior a los 20 años conforme con lo exigido en la normatividad vigente. Así mismo, se logró establecer que el proyecto de acuerdo con la información suministrada por la supervisión y a lo evidenciado en visita de inspección técnica al proyecto, ha tenido deficiencias en las condiciones de calidad (conformidad y confiabilidad) por lo cual el indicador de eficacia y calidad (IECB) del proyecto es de 0.5 (desempeño bajo)."

Se precisa en el informe del Apoyo a la supervisión No. 1 del 04/08/2019 (debe ser 4/09/2019) por el periodo comprendido entre el 1º. de julio y el 31 de agosto de 2019 para el contrato de prestación de servicio de transporte escolar que se presenta actualmente en las instituciones educativas del municipio de San Luis se presta de manera eficiente y eficaz debido a que cumple con el objeto del contrato referente a los tiempos de llegada y salida en las diferentes instituciones educativas, se mantiene el número de rutas establecidas en el pliego de condiciones de este contrato pero en tema de calidad no se cuenta con el transporte idóneo estipulado en la propuesta técnica por parte de la contratista, por lo cual se deben tomar las medidas pertinentes recomendadas en este informe (NOTA: se asume esta conclusión, ya que el informe del Supervisor no contiene ningún informe sobre la eficiencia, eficacia y calidad del proyecto)."

Con lo anterior se tiene que no todos los vehículos utilizados en el referido contrato - transporte escolar - eran aptos para la prestación del servicio, por cuanto carecían de algunos aditamentos requeridos para su especial funcionamiento y con ello, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) atendiendo el porcentaje de los avances en la ejecución de las actividades convenidas, las cantidades de obra ejecutadas, la calidad de las obras ejecutadas, determinó posible que aquellas situaciones podían ser objeto de Plan de Mejora, con la finalidad de aplicar acciones correctivas para subsanar o corregir las causas que originaron las inconsistencias; lo que a todas luces permite colegir que, las observaciones anotadas por el DNP eran susceptibles de ser corregidas, subsanadas, conforme a los compromisos pactados por las partes involucradas, como en efecto se buscó (debió buscar) con la suscripción del referido plan de mejora.

Respecto a la figura del Plan de Mejora se hace necesario precisar que con el propósito de obviamente procurar subsanar o mejorar las situaciones administrativas presentadas en la ejecución contractual, la Contraloría General de la República, a través de las resoluciones orgánicas No. 5872 de julio 11 de 2007 y 6289 de 2011 (*Por la cual se reglamenta la metodología de los Planes de Mejoramiento que presentan los sujetos de control a la Contraloría General de la República*), define como plan de mejoramiento el conjunto de las acciones correctivas o preventivas que debe adelantar un sujeto de control fiscal en un período determinado, para dar cumplimiento a la obligación de subsanar y corregir las causas que dieron origen a los hallazgos administrativos identificados.



Evidente resulta, que situaciones como estas pueden ser subsanadas o corregidas a través de un conjunto de acciones y obligaciones que adquiere la empresa y/o entidad, denominándosele como plan de mejoramiento (plan de mejora) que fue lo que debió realizar (lo realizado) en este evento por la administración municipal San Luis y en ese entender, la situación señalada inicialmente como irregular se torna superada y por ende, desprovista de ilicitud sustancial.



Cabe recordar que, la Procuraduría Provincial de Instrucción de Ibagué sobre asuntos similares a los acá investigados adelantó la actuación disciplinaria identificada internamente con la radicación IUC-D-2020-1464831 (IUS-E-2019-797034) y luego de evaluadas las pruebas acopiadas dispuso archivarles definitivamente (07-09-2022)⁵.

De lo anterior resulta procedente dar aplicación al artículo 90 de la Ley 1952 de 2019, que precisa que en cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el disciplinado no la cometió, que exista una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias.

Para el despacho las pruebas aportadas hasta el momento al proceso disciplinario demuestran que no existió hecho irregular imputable a funcionarios de la administración municipal de San Luis, que sea constitutivo de falta disciplinaria, razón por la cual se abstendrá en ordenar apertura de investigación disciplinaria y en consecuencia se dispone la terminación y archivo de la presente actuación disciplinaria.

Por lo expuesto, la Procuradora Provincial de Instrucción de Ibagué

RESUELVE:

PRIMERO: Abstenerse de continuar tramitando las presentes diligencias adelantadas contra funcionarios en averiguación de responsables del Municipio de San Luis Tolima, atendiendo las razones expresadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena el archivo definitivo de la presente actuación disciplinaria - identificada con la radicación IUC: D - 2020 - 1536035 (IUS: E - 2020 - 241977), atendiendo lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 1952 de 2019.

TERCERO: Notificar la presente determinación a los sujetos disciplinados atendiendo lo dispuesto en los artículos 120, 121, 123, 134 y demás



normatividad concordante de la Ley 1952 de 2019, modificada en lo que respecta por la Ley 2094 de 2021. No notificar la presente decisión al no existir vinculación de sujeto disciplinable alguno a las presentes preliminares.

CUARTO: Realizar la comunicación al quejoso de que trata el parágrafo primero del artículo 110 de la Ley 1952 y artículo 129 inciso segundo *ibídem* modificado por el artículo 24 de la Ley 2094 de 2021. Precisar que no se comunicará la presente decisión

⁵ Corroborado Sistema de Información Misional (SIM) PGN – Expte - IUC-D-2020-1464831 (IUS-E-2019-797034)



a quejoso alguno al haberse iniciado la actuación atendiendo la información proveniente de servidor público en ejercicio de sus deberes funcionales.

QUINTO: Por secretaría, súrtanse los trámites pertinentes para efectos de las respectivas comunicaciones, notificaciones, registros y anotaciones pertinentes, dejándose las constancias de ley.

SEXTO: Por el funcionario responsable, realizar los registros en el Sistema de Información Misional (**SIM**) de la Procuraduría General de la Nación.

SÉPTIMO: En firme esta providencia archívese definitivamente.

CÚMPLASE.

Viviana Patricia Álvarez González
Procuradora Provincial de Instrucción de Ibagué



SALA DISCIPLINARIA ORDINARIA DE JUZGAMIENTO

CONFIRMACIÓN DE ARCHIVO EN INDAGACIÓN-No existieron actos constitutivos de acoso laboral

ACOSO LABORAL-Definición según Corte Constitucional

PRESUNCIÓN DE ACOSO LABORAL-No aplicación cuando las conductas ocurren en privado

Para acreditar probatoriamente el acoso laboral, la conducta debe ser pública, repetida y demostrable, como requisitos que fijó la Ley 1010 de 2006 y que la Corte Constitucional declaró ajustados a la Carta Política; en contraste, cuando el comportamiento ocurra en privado, no aplica la presunción de acoso laboral, conforme lo preceptúa el último inciso del artículo 7° ídem; en tal caso surge la denominada “carga dinámica de la prueba”, según la cual, se le exige a la parte que posee la prueba que la presente para así cubrir los efectos que busca ante la mayor dificultad probatoria de acreditar hechos ocurridos en privado. “Dicha dificultad, sin embargo, no implica en este caso la imposibilidad jurídica de probar, pues el ordenamiento contempla un conjunto de medios que pueden ser empleados en la demostración de hechos que se consideran lesivos de bienes jurídicamente protegidos.”

PRUEBA ELECTRÓNICA-Valor probatorio de las capturas de pantalla extraídas de las aplicaciones de texto whatsapp como prueba indiciaria

La Sala aclara que califica de supuestos los mensajes de WhatsApp que según el recurrente le envió indagado, toda vez que el valor de prueba indiciaria (indirecta) que la jurisprudencia le otorga a los “pantallazos” de la aplicación de mensajería instant no son suficientes para probar directamente el hecho indicador, considerando que si bien es cierto la prueba indiciaria hace parte del sistema probatorio del derecho disciplinario, conforme lo prevé el inciso segundo del artículo 130 de la Ley 734 de 2002, también lo es que en el caso bajo estudio la inferencia lógico-jurídica fundada en los referidos pantallazos de WhatsApp no permite construir un indicio, en la medida en que no se puede demostrar el hecho indicador, pues no se ha comprobado, entre otros elementos del juicio, el origen del mensaje, la inalterabilidad y autenticidad del contenido del mensaje de la plataforma de WhatsApp; así, la sana crítica enseña que dada la informalidad de los pantallazos de la aplicación WhatsApp y la posibilidad de editarlos existen muchas dudas en torno a su autenticidad, fiabilidad e inalterabilidad, sin que en el expediente obren otras pruebas que permitan valorarlos de forma conjunta para otorgales validez y fuerza probatoria

INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA POR ACOSO LABORAL-Hecho atribuido no existió en el caso en comento

La Sala considera que tal y como lo exige la Ley 1010 de 2006, para que una conducta configure acoso laboral debe ser persistente, pública y demostrable, lo cual no ocurrió en el caso bajo estudio, toda vez que como se indicó en párrafos arriba, no se identificaron “comportamientos recurrentes y sistemáticos”, que puedan tenerse como acoso laboral. Así las cosas, es evidente que en este caso es imposible estructurar el reproche disciplinario que reclama el recurrente, considerando que no se probó que los hechos puestos en conocimiento por el quejoso constituyeran acoso laboral cometido por...; por consiguiente, se confirmará la decisión de terminar el procedimiento y archivar la indagación preliminar, dado que el artículo 73 de la Ley 734 de 2002 prevé la terminación



Radicación N° 161-8179
BALDUINO VANEGAS RINCÓN

del proceso en cualquier etapa de la actuación en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido, o denunciado, no existió

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)
Aprobado en Acta de Sala N°34

Radicación N°	IUS E-2019-289561, IUC D-2019-1318072 (161-8179)
Implicado	BALDUINO VANEGAS RINCÓN
Cargo y Entidad	Técnico III Universidad de Cundinamarca
Quejoso	CARLOS FERNANDO GÓMEZ RAMÍREZ
Fecha queja	19 de febrero de 2019
Fecha hechos	Sin determinar
Asunto	Resuelve recurso de apelación contra auto que archiva indagación preliminar – confirma archivo

PROCURADOR PONENTE: SILVANO GÓMEZ STRAUCH

I. ASUNTO A TRATAR

La Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento de la Procuraduría General de la Nación procede a **resolver el recurso de apelación que interpuso el quejoso** contra el auto del 28 de agosto de 2020, por medio del cual la Procuraduría Regional de Cundinamarca ordenó el **archivo de la indagación preliminar** en favor de BALDUINO VANEGAS RINCÓN.

II. HECHOS INVESTIGADOS

CARLOS FERNANDO GÓMEZ RAMÍREZ denunció posibles actos constitutivos de acoso laboral cometidos por BALDUINO VANEGAS RINCÓN, referidos a que estaba “buscando cualquier escenario posible” para hacerle daño, a la vez que lo denunció disciplinaria y penalmente.¹

III. ANTECEDENTES PROCESALES

Fracasada la conciliación como requisito de procedibilidad,² el 31 de octubre de 2019, la Procuraduría Regional de Cundinamarca abrió indagación preliminar en contra de BALDUINO VANEGAS RINCÓN³ y reconoció como sujeto procesal al quejoso;⁴ el 28 de agosto de 2020 ordenó el archivo de las diligencias.⁵

¹ Folios 2 y 3 del cuaderno original (en adelante c.o.) N° 1

² Folios 1 a 20 c.o. N° 1

³ Folios 22 a 24 c.o. N° 1

⁴ Ley 1010 de 2006. “Artículo 17. Sujetos procesales. Podrán intervenir en la actuación disciplinaria que se adelante por acoso laboral, el investigado y su defensor, el sujeto pasivo o su representante, el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en el Consejo Superior o Seccional de la Judicatura o en el Congreso de la República contra los funcionarios a que se refiere el artículo 174 de la Constitución Nacional.”

⁵ Folios 144 a 149 c.o. N° 1

Con memorial radicado el 24 de noviembre de 2020, el quejoso apeló la decisión de archivo.⁶ El 26 de ese mes y año, el *a quo* concedió el recurso ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa (reparto).⁷ El 18 de agosto de 2021, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia, Asuntos Sociales y Paz remitió por competencia las diligencias a esta Sala Disciplinaria,⁸ donde se recibió el expediente el 20 de agosto de 2021.⁹

IV. DECISIÓN DE ARCHIVO RECURRIDA

La Procuraduría Regional de Cundinamarca indicó que indagó posibles irregularidades cometidas por el señor BALDUINO VANEGAS RINCÓN por violación de lo normado en el artículo 2.2 de la Ley 1010 de 2006, por un presunto acoso laboral en la modalidad de “persecución laboral”, teniendo en cuenta que el inconformismo del quejoso se centró en que “el funcionario Vanegas está buscando cualquier escenario posible para hacerme daño, me siento, perseguido, acosado, calumniado y amenazado, calumniado y amenazado (sic) por el señor Vanegas.”

Con fundamento en lo anterior el *a quo*, aseguró que eran de recibo y compartía las “explicaciones jurídicas” que dio el indagado en su versión libre, transcribiendo el siguiente aparte de la diligencia:

Esto se desprendió a raíz de una serie de denuncias y principalmente que hice ante la Procuraduría General de la Nación por acoso laboral, también por denuncia penal que está radicada en la Fiscalía de Facatativá. De igual manera por unas denuncias que se colocaron en la Fiscalía 35 de paloquemao por prevaricato, contra la Directora de Control Disciplinario María Isabel Quintero, el Consejo Superior de la Judicatura, la Virreктора (sic) Financiera (...) A raíz de todas estas diligencias expuestas y la persecución del Doctor Carlos Fernando Gómez Ramírez, Director de la Extensión de Facatativá de la Universidad de Cundinamarca, puso esta queja es decir que yo lo acoso, lo amenazo, le mando pasquines. Yo en ningún momento lo puedo estar acosando ya que no tengo ningún contacto con él y además el sitio donde me traslado (sic) a laborar, la Granja, queda retirado de las instalaciones administrativas. En esta Procuraduría existe la acusación por acoso laboral del expediente IUS-2019-289182 IUC-D-2019-1318127, donde allí reposan todas las pruebas que este señor profirió contra mí”. (Subrayado de la decisión de archivo)

De la diligencia de ratificación y ampliación de la queja, el *a quo* transcribió los siguientes apartes: “«al ser preguntado» Ha recibido pasquines, correos electrónicos (sic), donde se le injurie y calumnie de parte del señor BALDUINO VANEGAS. Contesto: **De el** (sic) **No.**» «Que personas son conocedoras del acoso laboral del señor BALDUINO VANEGAS, hacia usted. Puede indicarnos su domicilio. Contesto: **No.** El delante de la gente nunca me ha acosado.” (subrayado y negrilla de la decisión de archivo)

⁶ Folios 151 a 163 c.o. N° 1

⁷ Folio 164 c.o. N° 1

⁸ Folios 169 y 170 c.o. N° 1

⁹ Folios 176 y 177 c.o. N° 1

Sostuvo que del material probatorio allegado a las diligencias no existe prueba que configure alguna conducta de acoso laboral de BALDUINO VANEGAS RINCÓN en contra de CARLOS FERNANDO GÓMEZ RAMÍREZ, máxime cuando la Ley 1010 de 2006, exige que “para que se tipifique el acoso laboral la conducta debe ser reiterativa o evidentemente arbitraria, brilla por su ausencia tal reiteración o evidencia de arbitrariedad.”

Así las cosas, la Procuraduría Regional de Cundinamarca concluyó:

De acuerdo a las anteriores consideraciones se debe colegir que el hecho atribuido no existió, porque la conducta desplegada por el señor BALDUINO VANEGAS RINCON, en su condición de Técnico II Universidad de Cundinamarca presuntamente en contra del señor CARLOS FERNANDO GÓMEZ RAMÍREZ en su condición de Director Administrativo de Extensión, Extensión Facatativá, código 2045, grado 18 de la Universidad de Cundinamarca, no se configura en ninguna de las modalidades establecidas en la Ley 1010 de 2006, porque la queja del señor GÓMEZ RAMIREZ, carece de todo fundamento razonable para considerarla “acoso Laboral”, en la modalidad de “**persecución Laboral**”, no aparecen en el proceso prueba documental o testimonial donde se le pueda endilgar al Disciplinado alguna conducta en las modalidades antes mencionadas, además no se configuro como hecho notorio la reiteración, puesto que el disciplinado fue traslado en varias ocasiones así: Mediante resolución No. 067 del 17 de marzo de 2016, a la Seccional de Girardot, a partir del 1 de abril de 2016 (fls.38 a 39); Resolución No. 104 del 14 de junio de 2016, de la seccional de Girardot a la Extensión de Facatativá, a partir del 20 de junio de 2016.(fls.40 a 41); Mediante comunicación de fecha 13 de octubre de 2017 suscrita por el Director de la Extensión de Facatativá y dirigida al señor VANEGAS RINCON, se le informa que a partir del 11 de octubre de 2017, deberá prestar sus servicios en el Vivero de la Extensión de Facatativá(fl.12).

V. RECURSO DE APELACIÓN

El quejoso-recurrente sostuvo que no entendía por qué el fallador de primera instancia indagó solamente la modalidad de persecución laboral y no los hechos, las pruebas y la forma como se ha sentido; “lo cual encaja con la conducta establecida en el artículo 2 numeral 1 de la Ley 1010 de 2006”, transcribió la norma y subrayó lo siguiente:

1. Maltrato laboral, Todo acto de violencia contra la integridad física o moral la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; **toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.** (negrilla y subrayado del recurso)

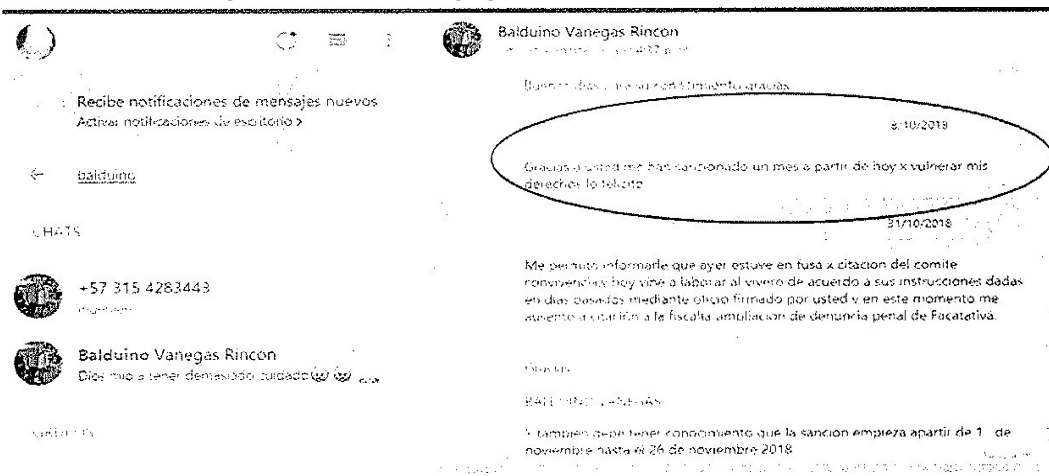
Señaló que no concibe por qué el *a quo* afirmó que “comparte las explicaciones jurídicas” dadas por el indagado en su versión libre, ya que en realidad lo que ocurrió fue que el 31 de marzo de 2017, le informó al Comité de Convivencia¹⁰ de la Universidad que “las señoras de servicios generales

¹⁰ Mediante oficio del 31 de marzo de 2017, le remitió al Comité de Convivencia el Acta 012 del 27 de marzo de 2017, con dicha información.

presentaron unos hechos por un presunto abuso sexual y acoso laboral (investigación la cual culminó con fallo sancionatorio en contra del señor BALDUINO VANEGAS); comenzó el maltrato e intimidación constante por parte del señor BALDUINO VANEGAS, con el propósito de infundirme miedo y angustia. Como se lo hice saber al Rector en la queja que presenté y en la ampliación de queja ante la primera instancia, lo cual no se tuvo en cuenta por el fallador de primera instancia”.

Agregó que el informe lo remitió en cumplimiento del deber que le imponía su condición de funcionario público, tal y como se lo manifestó al rector de la Universidad en la queja que originó la presente actuación disciplinaria y en la diligencia de ampliación y ratificación de la queja bajo juramento, en la cual también dio a conocer que el 14 de septiembre, el 8 de octubre y el 14 de noviembre de 2018, el indagado le envió los siguientes “mensajes amenazantes” vía WhatsApp:

a. Prueba de fecha 8 de octubre de 2018



Mensaje en el cual me hace responsable de su propio proceder con las señoras de servicios generales a su cargo.

El referido mensaje dice: “Gracias a usted me han sancionado un mes a partir de hoy x vulnerar mis derechos lo felicito”

b. Prueba de fecha 14 de septiembre de 2018





Imagen que representa para mí una amenaza a mi integridad, no solo moral sino física.

c. Prueba de fecha 14 de noviembre de 2018

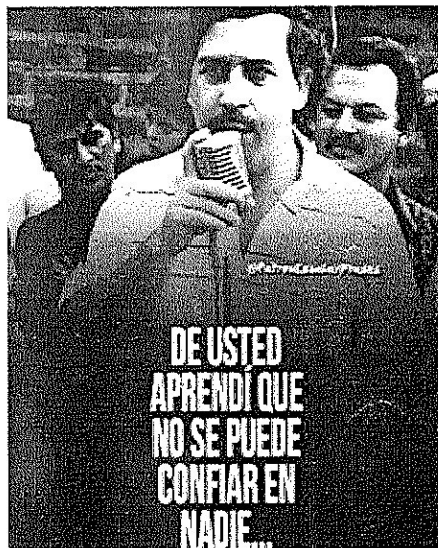


Imagen como la de PABLO ESCOBAR GAVIRIA, que a mi modo de ver es sinónimo de asesino y sicario, cuyo único propósito fue intimidar a la población colombiana y asesinar a miles de policías que representaban la ley y el orden.

Aseveró que no era dable que la primera instancia le diera valor a la versión libre del indagado por cuanto él sólo le envió al Comité de Convivencia de la Universidad el referido oficio con la queja de las señoras de servicios generales y la queja que originó la presente actuación disciplinaria.

Por su parte, BALDUINO VANEGAS RINCÓN lo denunció ante el Ministerio del Trabajo por acoso laboral; Fiscalía General de la Nación por falso testimonio (porque remitió el oficio al Comité de Convivencia y fue sancionado disciplinariamente) y ante Procuraduría General de la Nación por extralimitación en el cargo de director Administrativo, proceso que fue archivado, lo cual no tuvo en cuenta el *a quo*.

Indicó que todo se originó después de remitir el plurimencionado oficio al Comité de Convivencia de la Universidad, es decir, a partir del 31 de marzo

de 2017 incluso, que como lo informó en su declaración, amigos y compañeros del indagado empezaron a interponer una serie de quejas en su contra con copia a la Procuraduría, Fiscalía, Personería de Facatativá, Ministerio de Trabajo y Oficina de Control Disciplinario de la Universidad, refiriendo las que radicaron Pedro Ricardo Peña Ponce y Alexander Merchán, el 22 de febrero de 2018, así como la que presentó el aquí indagado el 18 de septiembre de 2018.

Sobre estas quejas el recurrente aseguró: “las cuales no considero casualidad, ya que como lo expresé en la declaración eran similares tanto por la fecha de radicado, como por los hechos; pruebas que tampoco fueron valoradas”; Igualmente, “se puede evidenciar la relación íntima entre estas personas, y la forma como se ponían de acuerdo para proceder en contra mía.”

El recurrente afirmó que la primera instancia no tuvo en cuenta lo que mencionó en su declaración en cuanto a que José Macana, quien presta sus servicios en el área de mantenimiento y dependía del indagado, le informó “el maltratado de diferentes maneras por parte del señor VANEGAS, y me solicitó que lo retirara de la coordinación del señor VANEGAS; el cual no se citó para rendir declaración; así como al señor JORGE ACOSTA quien rindió informe del apoyo deficiente y la inasistencia a trabajar del señor VANEGAS; quienes podrían indicar si a raíz de su solicitud e informe, respectivamente, conocían o presenciaron algún acto, hecho o maltrato verbal en mi contra por parte del señor VANEGAS. Ya que todos los hechos fueron por escrito como lo he evidenciado en mi narración y aportes probatorios.”

No entendió por qué en la diligencia de declaración se le preguntó si recibió pasquines o correos electrónicos por parte de BALDUINO VANEGAS RINCÓN, donde lo injuriara o calumniara, “pues de haberlos recibido directamente de él injuriándome o calumniándome lo habría puesto en conocimiento de una instancia penal. Recibí fue mensajes intimidantes a mi whatsapp (sic).” Y puntualizó:

Lo que aquí interesa es el acoso laboral, que he venido sufriendo a partir del 31 de marzo de 2017, fechas posteriores en las que demostré las PERSISTENTES conductas del señor BALDUINO VANEGAS RINCÓN, encaminadas a infundirme miedo, intimidación, terror y angustia, con los mensajes enviados a mi teléfono celular y por las quejas presentadas en mi contra sin fundamento alguno, maltratando (sic) y violentando mi integridad moral. Ya que cualquier actuación que ejerza como su jefe inmediato ha sido controvertida verbalmente, achacándome sus problemas de salud, los cuales dependen de él solamente. Así como se debe tener en cuenta las múltiples denuncias disciplinarias, cuya temeridad queda demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios.

Y como lo manifesté en el punto anterior, delante de las personas no me ha maltratado, todo ha sido por medio de escrito a través de los mensajes a mi celular y las continuas quejas en mi contra.

Cuestionó que la primera instancia indicara que “no se configuró como hecho notorio la reiteración” y relacionara a continuación traslados del indagado de 2016, los cuales nada tienen que ver con la fecha de los hechos que puso en conocimiento, “ya que como reitero nuevamente todo comenzó a partir del 31

de marzo de 2017, y como quedó DEMOSTRADO el elemento de PERSISTENTE del que trata la Ley 1010 de 2006, si se configuró como quedó plasmado en la trazabilidad de las quejas interpuestas en mi contra, y de los mensajes intimidantes y amenazantes, en el transcurso del tiempo. Lo cual no tiene nada que ver con sus traslados.” (mayúsculas del recurso)

Finalmente, recalqué que es cierto que no se propició la conducta de acoso laboral en la modalidad de persecución laboral como lo sostuvo el *a quo*, sino el acoso laboral en la modalidad de maltrato laboral.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA DISCIPLINARIA ORDINARIA DE JUZGAMIENTO

6.1. Competencia

La Ley 2094 de 2021, “[p]or medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019”, atribuyó a la Procuraduría General de la Nación el ejercicio de funciones jurisdiccionales y dispuso separar dentro de los procesos disciplinarios las funciones de instrucción y juzgamiento, razón por la que la procuradora general de la Nación adoptó medidas para reorganizar, distribuir y asignar competencias al interior de la entidad.

Con fundamento en lo anterior, a través de la Resolución 207 del 7 de julio de 2021,¹¹ se fijó la competencia y designaron los funcionarios para adelantar por separado las fases de instrucción y de juzgamiento, determinando en su artículo 7° que la Sala Disciplinaria asumiría las competencias y facultades previstas ahora como Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento, entre otras, para conocer en primera instancia el juzgamiento de los procesos disciplinarios contra los servidores públicos relacionados en el artículo 7° numerales 21 al 24, del Decreto ley 262 de 2000.

El inciso tercero del artículo 7° de la Resolución 207 de 2021, modificado por el artículo primero de la Resolución 219 del 16 de julio de 2021,¹² le asignó competencia para conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios que adelanten en etapa de instrucción las procuradurías regionales, “salvo cuando se trate de funcionarios públicos de elección popular”. Por lo tanto esta Sala es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de archivo de la indagación preliminar, teniendo en cuenta que la profirió la Procuraduría Regional de Cundinamarca.

Hecha la anterior precisión, y aclarando que a la luz del párrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, el recurso de apelación otorga

¹¹ Por medio de la cual se delegan y distribuyen transitoriamente funciones en la Procuraduría General de la Nación, para garantizar la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia y la doble conformidad en las actuaciones disciplinarias.

¹² Por medio de la cual se modifica y adiciona la Resolución 207 de 2021.

competencia para revisar únicamente los aspectos recurridos y los que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, la Sala abordará los fundamentos de la alzada en el orden que los presentó el recurrente, bajo los siguientes parámetros legales y jurisprudenciales.

De conformidad con el artículo 2° de la Ley 1010 de 2006, se entiende por acoso laboral “toda **conducta persistente y demostrable**, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, **encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.**” (negrilla y subrayado de la Sala)

Por su parte, la Corte Constitucional declaró exequible la presunción de acoso laboral cuando se acredite la ocurrencia **repetida y pública** de alguna de las conductas que preceptúa el artículo 7° *idem*, al considerar que es legítimo erigir esta presunción legal para facilitar la acreditación de un hecho que es de difícil prueba, como los actos de hostigamiento.¹³

Sobre el particular, el máximo tribunal constitucional refirió:

(L)os primeros estudios psicológicos sobre el acoso laboral o “mobbing” o “bullying” datan de la década de los ochenta. Sobre el particular, Leymann, uno de los precursores en la materia, entiende por dicho vocablo “una situación en la que una persona (o en raras ocasiones un grupo de personas) ejercen una violencia psicológica extrema, de **forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses)** sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, acabar su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.”¹⁴ (negrilla y subrayado de la Sala)

De donde resulta que para acreditar probatoriamente el acoso laboral, la conducta debe ser **pública, repetida y demostrable**, como requisitos que fijó la Ley 1010 de 2006 y que la Corte Constitucional declaró ajustados a la Carta Política; en contraste, cuando el comportamiento ocurra en privado, no aplica la presunción de acoso laboral, conforme lo preceptúa el último inciso del artículo 7° *idem*; en tal caso surge la denominada “carga dinámica de la prueba”, según la cual, se le exige a la parte que posee la prueba que la presente para así cubrir los efectos que busca ante la mayor dificultad probatoria de acreditar hechos ocurridos en privado. “Dicha dificultad, sin embargo, no implica en este caso la imposibilidad jurídica de probar, pues el ordenamiento contempla un conjunto de medios que pueden ser empleados en la demostración de hechos que se consideran lesivos de bienes jurídicamente protegidos.”¹⁵

Fijado el derrotero a seguir, la Sala procederá al estudio del recurso.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-780 del 26 de septiembre de 2007, mediante la cual declaró exequible el artículo 7° de la Ley 1010 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-882 del 26 de octubre de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵ Op. cit. Sentencia C-780 de 2007.

6.2. Caso concreto

Evaluated los argumentos de la decisión de archivo y del recurso de apelación, esta Sala considera acertada la decisión de la Procuraduría Regional al ordenar la terminación de la indagación preliminar y el consecuente archivo definitivo de las diligencias, por no existir prueba que demuestre que BALDUINO VANEGAS RINCÓN cometió las conductas constitutivas de acoso laboral denunciadas por el quejoso, conforme las siguientes razones.

Aseguró el quejoso-apelante que no entiende por qué el *a quo* indagó solamente la modalidad de persecución laboral, siendo la respuesta muy evidente: porque es el mismo quejoso quien desde la queja primigenia indicó que era “acosado y perseguido” por BALDUINO VANEGAS RINCÓN; enfáticamente informó que se sentía “perseguido, acosado, calumniado y amenazado por el señor Vanegas”,¹⁶ lo anterior significa que la Procuraduría Regional de Cundinamarca impulsó y adelantó la actuación disciplinaria con base en los supuestos fácticos que puso en conocimiento el quejoso.

Con todo, de la apreciación y valoración de las pruebas allegadas al plenario tampoco se establece la configuración de un comportamiento constitutivo de acoso laboral en la modalidad de maltrato, como lo alegó el recurrente, toda vez que no se constató una grave afectación de la salud mental del quejoso, mediante incapacidades médicas, laborales o dictamen de siquiatría, o por medidas administrativas o tomadas por salud ocupacional; menos se acreditó violencia o lesión física o moral (conductas discriminatorias o vejatorias prolongadas en el tiempo), al punto que el apelante reconoció que de haberse presentado injuria o calumnia hubiera acudido a la justicia penal.

Para finalizar este punto, tampoco se evidencia que se hubiese cometido acoso laboral en la modalidad de discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral, teniendo en cuenta que de las pruebas obrantes en el plenario no es dable concluir que por parte del indagado se halla dado un trato diferenciado negativo por raza, género, origen familiar o nacional, religión, política, situación social; que dificultara, obstaculizara o retardara labores, no le asignó funciones con menoscabo ni emitió órdenes que pusieran en riesgo la integridad y seguridad del quejoso.

Respecto a que las “explicaciones jurídicas” que dio BALDUINO VANEGAS RINCÓN y que compartió la primera instancia, no son ciertas porque todo se originó a raíz del oficio del 31 de marzo de 2017, con el que el recurrente le remitió al Comité de Convivencia de la Universidad la queja que interpusieron las señoras de servicios generales en contra del aquí indagado, es contradictoria esta premisa con el argumento de la alzada, según el cual, por ese motivo y en ese momento comenzaron las amenazas con los mensajes de WhatsApp que supuestamente le envió el indagado el 14 de septiembre, el 8 de octubre y el 14 de noviembre de 2018.

¹⁶ Folio 2 c.o. N° 1

En efecto, los supuestos mensajes de la aplicación fueron enviados en un lapso bastante lejano de la fecha que el mismo recurrente considera como punto de partida del pretendido acoso laboral, esto es, el 31 de marzo de 2017.

De este modo, al estar tan alejado el período comprendido entre el 31 de marzo de 2017 y el 14 de septiembre de 2018 (fecha del primer mensaje), hace insostenible hacer una ilación entre los hechos debido al tiempo transcurrido entre marzo de 2017 y septiembre de 2018, de ahí surge que tiene credibilidad lo que manifestó el implicado en la diligencia que legalmente¹⁷ tiene habilitada para satisfacer a plenitud su derecho de defensa y contradicción, su versión de los hechos objeto de la actuación disciplinaria, ya que, apelar a circunstancias de tiempo muy distantes entre sí, no permite constituir una relación de nexo causal entre ellas.

La Sala aclara que califica de supuestos los mensajes de WhatsApp que según el recurrente le envió indagado, toda vez que el valor de prueba indiciaria (indirecta) que la jurisprudencia le otorga a los “pantallazos” de la aplicación de mensajería instantánea,¹⁸ no son suficientes para probar directamente el hecho indicador, considerando que si bien es cierto la prueba indiciaria hace parte del sistema probatorio del derecho disciplinario, conforme lo prevé el inciso segundo del artículo 130 de la Ley 734 de 2002,¹⁹ también lo es que en el caso bajo estudio la inferencia lógico-jurídica fundada en los referidos pantallazos de WhatsApp no permite construir un indicio, en la medida en que no se puede demostrar el hecho indicador, pues no se ha comprobado, entre otros elementos el juicio, el origen del mensaje, la inalterabilidad y autenticidad del contenido del mensaje de la plataforma de WhatsApp;²⁰ así, la sana crítica enseña que dada la informalidad de los pantallazos de la aplicación WhatsApp y la posibilidad de editarlos existen muchas dudas en torno a su autenticidad, fiabilidad e inalterabilidad, sin que en el expediente obren otras pruebas que permitan valorarlos de forma conjunta para otórgales validez y fuerza probatoria.

Acerca de que el indagado y otros servidores denunciaron al quejoso ante la Procuraduría, Fiscalía, Personería de Facatativá, Ministerio de Trabajo y Oficina de Control Disciplinario de la Universidad, se debe seguir la misma aclaración que hizo el recurrente, esto es, que todos los servidores públicos tienen el deber de denunciar “los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley”, como lo dispone el artículo 34.24 *ídem*; por lo cual, este argumento para revocar la decisión de archivo no tiene fundamento legal, probatorio o fáctico.

¹⁷ El artículo 92.3 de la Ley 734 de 2002 preceptúa que el investigado, como sujeto procesal, tiene derecho a: “Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.”

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-043 del 10 de febrero de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Sobre los pantallazos como prueba indiciaria, la Corte precisó: “A manera de colofón, los avances tecnológicos que a nivel global se han dado en distintos campos (ciencia, medicina, aplicativos digitales), también han influido en el entendimiento y el ejercicio del derecho. Al efecto, en el ámbito probatorio, por ejemplo, los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantallas respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. Sobre estas últimas, la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba.” (subrayado de la Sala)

¹⁹ La norma preceptúa: “Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.”

²⁰ Op. cit. Corte Constitucional. Sentencia T-043 de 2020.

De otro lado, no era dable que la Procuraduría Regional construyera un cargo disciplinario en contra de BALDUINO VANEGAS RINCÓN con base en lo que el recurrente mencionó en su declaración sobre situaciones ocurridas entre el indagado, JOSÉ MACANA y JORGE ACOSTA, en vista de que esos hechos por sí solos no demuestran la ocurrencia de acoso laboral del aquí implicado contra CARLOS FERNANDO GÓMEZ RAMÍREZ; además, no puede perderse de vista que en dicha declaración se le preguntó al quejoso quiénes eran testigos del supuesto acoso laboral y él respondió que nadie, es decir, tampoco podía el *a quo* citar a JOSÉ MACANA y JORGE ACOSTA como testigos cuando el mismo quejoso declaró que no lo eran.

Como resultado de lo analizado, la Sala considera que tal y como lo exige la Ley 1010 de 2006, para que una conducta configure acoso laboral debe ser persistente, pública y demostrable, lo cual no ocurrió en el caso bajo estudio, toda vez que como se indicó en párrafos arriba, no se identificaron “comportamientos recurrentes y sistemáticos”,²¹ que puedan tenerse como acoso laboral.

Así las cosas, es evidente que en este caso es imposible estructurar el reproche disciplinario que reclama el recurrente, considerando que no se probó que los hechos puestos en conocimiento por el quejoso constituyeran acoso laboral cometido por BALDUINO VANEGAS RINCÓN; por consiguiente, se confirmará la decisión de terminar el procedimiento y archivar la indagación preliminar, dado que el artículo 73 de la Ley 734 de 2002 prevé la terminación del proceso en cualquier etapa de la actuación en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido, o denunciado, no existió.

En mérito de lo expuesto, la Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la decisión contenida en la providencia del 28 de agosto de 2020, por medio de la cual Procuraduría Regional de Cundinamarca decretó la terminación de todo procedimiento y ordenó el archivo definitivo de la indagación preliminar en favor de BALDUINO VANEGAS RINCÓN, identificado con cédula de ciudadanía 3.084.528, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Por la secretaría de la Sala Disciplinaria, **comunicar la presente providencia a los sujetos procesales (implicado y quejoso)**, dándoles a conocer que contra lo decidido no procede recurso alguno; para ello, remitirá copia del auto a los correos electrónicos visibles a folios 172 a 175 del cuaderno original N° 1.

TERCERO: Por la secretaría de la Sala Disciplinaria, previos los registros y anotaciones correspondientes, **devolver el expediente a la Procuraduría Regional de Cundinamarca** para el archivo definitivo de las diligencias.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-317 del 18 de agosto de 2020. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



Radicación N° 161-8179
BALDUINO VANEGAS RINCÓN

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

SILVANO GÓMEZ STRAUCH
Procurador Segundo Delegado
Presidente

LUZ ESTELLA GARCÍA FORERO
Procuradora Primera Delegada

EXPEDIENTE: IUS E-2019-289561, IUC D-2019-1318072, (161-8179)
SGS/LEGF/coo



CONFLICTO DE INTERÉSES-No se configura con aprobación de documentos CONPES y concepto para establecimiento de peajes en transversal Rio de Oro Aguaclara (Gamarra)

FALTAS GRAVÍSIMAS POR CONFLICTOS DE INTERESES-Actuar a pesar de la existencia de causal de impedimento por vínculo con hermanos y compañera permanente

SERVIDORES PÚBLICOS-Sus actuaciones son medio de expresión estatal y deben ceñirse al principio de legalidad para direccionar su actuar en procura de alcanzar cometidos estatales

PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA-Consecuencia lógica del marco de sujeción para los servidores públicos/**PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**-A partir de ellos se funda el disvalor de la conducta de los servidores públicos como sujetos disciplinables

CONFLICTO DE INTERESES-Configuración

Puede señalarse que la figura del «conflicto de intereses» se presenta cuando el interés personal, de quien ejerce una función pública, colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña. Incurre en conflicto de intereses cuando tenga un interés directo, particular y actual, ya sea de carácter moral o económico, y a pesar de ello no manifieste su impedimento y participe en la adopción de la decisión sometida a su conocimiento

Lo que la norma pretende es garantizar la imparcialidad y transparencia de un servidor público o particular que ejerce función pública, quien, adicionalmente, tiene el deber de declararse impedido cuando se encuentre incurso en una causal propia, como el conflicto de intereses, so pena de incurrir en conducta constitutiva de falta disciplinaria

IMPEDIMENTO POR CONFLICTO DE INTERESES-Es la manera honesta de reconocer la existencia de una causal para el cumplimiento de las funciones de manera transparente e imparcial

CONFLICTO DE INTERESES-Configuración según Consejo de Estado

Para que se configure el conflicto de intereses es necesario que el funcionario tenga dentro de sus funciones la actuación o la toma de la decisión respecto de la cual se atribuye el interés particular, de manera que su intervención en dicho asunto sea determinante para su resolución. No podría hablarse de conflicto de intereses si el asunto objeto de gestión o decisión no es de competencia del funcionario o no pertenece al ámbito de sus funciones. El conflicto de intereses es una conducta que atenta contra la transparencia y moralidad en la administración pública, y



constituye evidente acto de corrupción, que no solo el ordenamiento interno sino el régimen internacional ha querido prevenir

PRESUPUESTOS DE LA CAUSAL DE CONFLICTO DE INTERESES-Su deducción y aplicación debe ajustarse a lo señalado para cada causal

CONFLICTO DE INTERESES-Definición y naturaleza

Es un ejercicio de auto restricción del mismo servidor público, quien en su intimidad reconoce un potencial beneficio y luego lo transmite para que sean sus iguales quienes juzguen si dicha situación particular, en el marco de sus funciones, devela un provecho o ventaja personal. Ahora bien, esa auto restricción se expresa, en primera instancia, en el deber que tiene el servidor público de declararse impedido. Esta afirmación permite caracterizar el impedimento como el mecanismo procedimental para manifestar el conflicto de intereses y, de contera, para salvaguardar o proteger los principios esenciales de la función pública, en especial, de la independencia, imparcialidad y moralidad

Así, los impedimentos se entienden como aquellas causas, circunstancias o hechos que pueden afectar la imparcialidad del servidor al momento de la toma de una decisión, razón por la que el legislador decidió consagrarlas en una norma, de tal manera, que quien se vea incurso en una de esas situaciones, lo manifieste para que se evalúe si se justifica la separación o no del funcionario de la respectiva actuación

El impedimento debe entenderse como un acto unilateral, voluntario, oficioso y obligatorio ante la presencia de cualquiera de las causales taxativamente contempladas por la ley

Corresponde al servidor manifestar que su parcialidad está afectada para conocer y decidir determinada actuación, en tanto está en su fuero interno evaluar los hechos que la configuran

JUICIO DE TIPICIDAD-Subreglas jurisprudenciales que deben tenerse en cuenta

TIPO DISCIPLINARIO DEL CONFLICTO DE INTERESES-Elementos estructurales

VALORACIÓN Y APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS-Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente de acuerdo con las reglas de la sana crítica

La apreciación conjunta exige la confrontación y conexión de las pruebas obrantes en la actuación, sólo así se puede concluir cuáles ofrecen credibilidad, confiabilidad y atención, o cuáles rompen la coherencia o no brinda certeza. Ninguna prueba tiene señalado un valor específico a priori, pues le corresponde al operador disciplinario examinarlas de forma conjunta, bajo las reglas de la sana crítica, que no son otras que las de la lógica, la experiencia decantada de la vida, el correcto entendimiento humano, el conocimiento científico afianzado, etc. Hermenéutica que le da un contexto al juez para asignar sentido a los datos que arrojan los medios de prueba

REGLAS DE LA SANA CRÍTICA-Obliga al operador a establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia



SANA CRÍTICA-Categoría intermedia entre la rigidez de la prueba legal y la incertidumbre de la libre convicción

La sana crítica configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin la rigidez de la primera y sin la incertidumbre de la última; es una fórmula para regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Por supuesto, este será el sistema de valoración que se aplicará en el presente fallo, por expresa disposición legal. Estas reglas son las que debe tener en cuenta el funcionario que disciplina, toda vez que, de un lado, contribuye a que las conclusiones a que arribe sobre el valor o contenido de la prueba sean legalmente válidas y, de otro, impiden razonamientos discrecionales, arbitrarios en relación con el análisis y valoración de las pruebas

DOCUMENTOS CONPES-Naturaleza asesora para la formulación e implementación de políticas públicas/**DOCUMENTOS CONPES**-No son actos administrativos y para que surta efectos debe recogerse la recomendación en un decreto o resolución

Dada su naturaleza asesora, los documentos CONPES contienen directrices de política pública y, por tanto, es un instrumento para la formulación e implementación de estas, máxime cuando allí se plasman acciones específicas, objetivos propuestos. Son pues de una importancia suma en la planeación de las acciones estatales. No obstante, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, los documentos CONPES no son actos administrativos dado que no modifican el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe recogerse la recomendación en un decreto o resolución, en fin, en actos administrativos a cargo de quienes tienen en su órbita funcional el cumplimiento de la línea general que se indicó en el cuerpo colegiado

DOCUMENTOS CONPES-No modifican contrato de concesión dada su naturaleza accesoria

En relación con el CONPES 3817 del 2 de octubre de 2014, en el que participaron..., ahora como ministra de Comercio y..., como ministra de Educación, que tuvo como objeto “la modificación al documento CONPES 3571 “importancia estratégica del proyecto vial autopista Ruta del Sol” tramo 2”¹, debe precisarse que allí se incluye el tramo Ocaña-Gamarra como de importancia estratégica, lo cual permitía comprometer vigencias futuras. Sin embargo, no es el CONPES el que modifica el contrato de concesión 01 de 2010 autopista ruta del Sol- tramo 2 y no lo es porque no puede serlo, dada su naturaleza asesora. Esos otros síes ya estaban suscritos para esa fecha, el No. 03 del 15 de julio de 2013 y el No. 06 del 14 de marzo de 2014, pues habían sido acordados por la ANI, persona jurídica de derecho público, y el concesionario

DOCUMENTOS CONPES-Integrantes del órgano colegiado carecen de competencia para contratar según DNP

¹ Confrontar en DVD folio 10 cuaderno 1.



ARCHIVO DEFINITIVO-No se acreditó que exministras como compañeras permanentes tuvieran conflicto de interés en relación con algún miembro de la familia Parody D'Echeona/**CONCESIÓN PORTUARIA**-Hermanos Parody no tienen participación accionaria directa en Sociedad Cartagena II S.A. que solicitó concesión ante Cormagdalena para Terminal Fluvial Andalucía

En relación con el vínculo que unía a las exministras..., en su declaración alude a que cuando... y ... asumieron sus cargos como ministras se enfrentaron a dos situaciones: la primera, el hecho de que por primera vez una pareja homosexual llegaba al gobierno y la segunda, derivada de lo anterior, que todos pusieron sus ojos sobre ellas

Contrastado lo anterior con la fecha del 3 de septiembre de 2012, en la que se expidió el Decreto No. 1847 mediante el cual se realizó el nombramiento de... como ministra de Transporte, se colige que el referido vínculo entre ella y... existía para la época de los hechos objeto de juzgamiento

Además, en las certificaciones laborales y hojas de vida allegadas a la actuación, ambas ex ministras consignaron como dirección de correspondencia la siguiente..., apartamento Los Rosales, Bogotá. Ello permite inferir que vivían bajo el mismo techo

Así entonces, la prueba sobre el vínculo sentimental existente entre las exministras, derivado de los registros de prensa, encuentra respaldo probatorio con las manifestaciones realizadas por..., así como con la prueba documental que representa sus hojas de vida. Aunado a lo anterior debe señalarse que, durante el proceso disciplinario y con posterioridad a la formulación de cargos, las disciplinables no negaron su relación marital manifestada ante el medio de prensa

En el caso concreto, no se logró acreditar probatoriamente que algún miembro de la familia... fuera socio de la Sociedad Cartagena II S.A., la cual, se reitera, fue la que solicitó la concesión portuaria ante Cormagdalena para el Terminal Fluvial Andalucía, con el objeto de ofrecer servicios portuarios al público en general, según se desprende de la solicitud de concesión. De hecho, la referida sociedad cede su interés a la sociedad Terminal Fluvial Andalucía

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Concreción o derivación del principio de legalidad

En lo que se refiere al principio de tipicidad o taxatividad, la Corte Constitucional ha señalado que este constituye una concreción o derivación del principio de legalidad y que con base en este principio, el legislador no solo está obligado a describir las conductas que califica como hechos punibles o infracciones disciplinarias, sino además a hacerlo de forma completa, clara e inequívoca, de manera que permita a sus destinatarios tener certidumbre o certeza sobre los comportamientos ilícitos, es decir, de saber con exactitud hasta donde llega la protección jurídica de sus propios actos o actuaciones

TIPICIDAD EN LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS-Se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, orden o prohibición y la que constituye la infracción disciplinaria

ADECUACIÓN TIPICA DE LA CONDUCTA-Actividad hermenéutica del fallador en materia disciplinaria está sujeta a límites



Actividad hermenéutica está sujeta a distintos límites derivados, por una parte, del contenido material de las disposiciones disciplinarias y por otra parte de los principios y reglas que rigen la interpretación de los preceptos jurídicos en las distintas modalidades del derecho sancionador, dentro de los cuales se destaca precisamente el principio que prohíbe la interpretación extensiva de los preceptos que configuran faltas disciplinarias

CONFLICTO DE INTERESES-El interés no es directo respecto de los miembros de la familia Parody

En el proceso se acreditó que los hermanos de GINA PARODY D'ECHEONA no eran socios de la Sociedad Cartagena II, que fue la que tramitó la concesión portuaria, o de la Terminal Nueva Andalucía, beneficiaria de la concesión por decisión de Cormagdalena proferida con posterioridad a los hechos que le fueron imputados a las exministras. La relación de los hermanos PARODY con este asunto, es la de ser directivos de Egeo I y Egeo III (absorbida por Egeo I), sociedades que eran socias minoritarias de Cartagena II. En ese sentido, si en gracia de discusión hubiere algún interés, este no sería directo, calificativo exigido para que pueda señalarse una conducta como típica de un conflicto de intereses



Dependencia:	Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular
Radicado No.	IUS: E-2017-581114 / IUC: D-2017-959545
Disciplinadas	CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN GINA PARODY D' ECHEONA
Cargo	Ministra de Transporte, y de Comercio, Industria y Turismo Ministra de Educación Nacional
Entidad	Ministerios de Transporte, y de Comercio, Industria y Turismo Ministerio de Educación Nacional
Quejosos	JAIME LOMBANA VILLALBA ERNESTO MACÍAS TOVAR EMILIANO LEGUIZAMÓN VARGAS
Fecha hechos	06 de agosto de 2013 22 de julio y 2 de octubre de 2014
Asunto	Fallo de primera instancia

Bogotá, D.C., siete (07) de abril de 2022
Aprobado en Acta de Sala Ah-hoc N° 002

Procurador Ponente: Luis Francisco Casas Farfán

En Bogotá, D. C., siendo las dos de la tarde (2:00 p.m), del día siete (07) de abril de dos mil veintidós (2022), se encuentran presentes en las instalaciones de la sala de audiencias de la Torre A, de la sede central de la Procuraduría General de la Nación, el Procurador Delegado LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN, quien preside la audiencia; el doctor CARLOS HUMBERTO GARCÍA PARRADO, Presidente de la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular; LILIANA SÁNCHEZ JIMÉNEZ, quien ha sido designada en la presente actuación como secretaria *ad hoc*; la doctora ÁNGELA MARÍA BUITRAGO, en su condición de apoderada principal de GINA PARODY D' ECHEONA; el doctor GUILLERMO PUYANA RAMOS, en su condición de apoderado principal de CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN.

Se deja constancia de la no comparecencia de las disciplinables², a pesar de haber sido citadas; sin embargo, luego de interrogar a sus respectivos apoderados, estos manifestaron que sus representadas viven fuera de Colombia y les han otorgado poder para representar sus intereses en la audiencia de lectura de fallo.

² Confrontar en folios 2171 a 75 del cuaderno No. 9



Se encuentra presente en la Sala el abogado TOMÁS HOYOS DUQUE, identificado con la cédula No. 1037637051 de Medellín y T.P. 342278 del Consejo Superior de la Judicatura, quien precisa que ha sido designado como abogado suplente del doctor JAIME LOMBANA VILLALBA, quien funge además como apoderado del quejoso ERNESTO MACÍAS TOVAR, de acuerdo con el poder allegado a la diligencia suscrito por JAIME LOMBANA VILLALBA y aceptado por TOMÁS HOYOS DUQUE. El abogado HOYOS DUQUE, ratifica la aceptación del poder y, en consecuencia, el procurador que preside la audiencia le reconoce personería jurídica para actuar en la diligencia de lectura de fallo en representación de los intereses del quejoso LOMBANA VILLALBA y ERNESTO MACÍAS TOVAR.

Del mismo modo, se deja constancia de las comunicaciones de citación enviadas a quienes figuran como quejosos en la presente actuación, así:

Oficio/SIAF	Nombre del quejoso	Dirección	Folio
Oficio 259 del 1º de abril – SIAF 15675	JAIME LOMBANA VILLALBA	Calle 100, No. 8 A-55 World Trade Center, Torre C ³ . E-mail: jlombana@jaimelombana.com ⁴	2167 a 2170 C. No. 9
Oficio 261 del 1º de abril – SIAF 15679	ERNESTO MACÍAS TOVAR	Calle 100, No. 8 A-55 World Trade Center, Torre C. E-mail: jlombana@jaimelombana.com	2167 a 2170 C. No. 9
Oficio 260 del 1º de abril – SIAF 15677	EMILIANO LEGUIZAMÓN VARGAS	Calle 128 C No. 56B-30. Barrio Suba, Bogotá.	2176 C. No. 9

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la actuación adelantada mediante procedimiento verbal seguido en contra de CECILIA ÁLVAREZ-CORREA GLEN, en su condición de Ministra de Transporte y Ministra de Comercio, Industria y Turismo, y GINA PARODY D' ECHEONA, en calidad de Ministra de Educación Nacional, para la época de los hechos, advirtiendo que no se avizoran causales de nulidad que invaliden la actuación.

³ Esta dirección corresponde a la aportada en el escrito de queja presentado por JAIME LOMBANA VILLALBA y ERNESTO MACÍAS TOVAR. Folios 1-34, cuaderno de anexo No. 3

⁴ Esta dirección de correo electrónico fue suministrada por la secretaria de la Oficia Jaime Lombana Villalba & Abogados, el 1º de abril de 2022.(ver constancia folio 2167 (vto).



2. IDENTIFICACIÓN DE LAS DISCIPLINABLES

2.1. CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN: identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.027.788, expedida en Ciénaga (Magdalena), fue nombrada ministra de Transporte, mediante Decreto No. 1847 del 3 de septiembre de 2012⁵; se posesionó en el cargo el 3 de septiembre de 2012, según consta en acta de posesión No. 867⁶, cargo que desempeñó hasta el 19 de agosto de 2014, fecha en la cual se aceptó la renuncia mediante Decreto No. 1561⁷.

También se desempeñó como ministra de Comercio, Industria y Turismo, cargo para el cual fue nombrada mediante decreto 1559 del 19 de agosto de 2014⁸ y se posesionó en el cargo el 19 de agosto de 2014, según acta 1663⁹, laboró en el citado cargo hasta el 2 de mayo de 2016. Mediante decreto No. 736 del 3 de mayo de 2016, le fue aceptada la renuncia, según lo consignado en la certificación laboral expedida por la Coordinadora del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo¹⁰.

2.2. GINA PARODY D'ECHEONA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52'645.388, fue nombrada en el cargo de ministra de Educación Nacional mediante Decreto 1569 del 19 de agosto de 2014¹¹, se posesionó en el cargo el 20 de agosto de 2014, conforme a al acta de posesión No. 1670.¹²

3. RESUMEN DE LOS HECHOS

La Comisión Especial conformada para el caso Odebrecht ordenó remitir a este despacho algunas de las pruebas recaudadas dentro de sus actuaciones, con el fin de que se determinara la procedencia de iniciar, si a ello hubiere lugar, la respectiva acción disciplinaria contra CECILIA ÁLVAREZ-CORREA GLEN, en su condición de ministra de Transporte y ministra de Comercio, Industria y Turismo para la época de los hechos, por conduc-

⁵ Confrontar en folios 454-455 del cuaderno No. 4

⁶ Confrontar en folio 456 del cuaderno No. 4

⁷ Confrontar en folio 457 del cuaderno No. 4

⁸ Confrontar en folio 69 del cuaderno No. 1

⁹ Confrontar en folio 70 del cuaderno No. 1

¹⁰ Confrontar en folios 68 a 71 del cuaderno No. 1

¹¹ Confrontar en folio 480 del cuaderno No. 4

¹² Confrontar en folio 481 del cuaderno No. 4



tas que, al parecer, podían tener relevancia disciplinaria. El enunciado fáctico fue expuesto en los siguientes términos:

«La Comisión Especial Disciplinaria ha adelantado diferentes actuaciones en las cuales se han recaudado pruebas testimoniales y documentales, de la que se desprende unas presuntas irregularidades de orden disciplinario en las que ha podido incurrir la ex ministra CECILIA ÁLVAREZ-CORREA GLEN, en su condición de ministra de Transporte, al haber actuado en la aprobación y decisión del CONPES 3817 de 2014, en la decisión del CONPES 3758 de 2014, así como la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, al ordenar la creación de dos peajes sobre la ruta Ocaña-Gamarra y el incremento de los peajes existentes en la concesión ruta del sol sector 2»¹³

4. ANTECEDENTES Y ACTUACIONES PROCESALES

4.1. Del informe que dio origen a la actuación disciplinaria

Mediante auto del 24 de abril de 2017, suscrito por JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ, Viceprocurador General de la Nación y presidente de la Comisión Especial Disciplinaria¹⁴, se ordenó trasladar al despacho del señor Procurador General de la Nación copia de unas actuaciones adelantadas dentro del proceso disciplinario con radicado IUS 2010-376100/IUC: D-2014-788-650936¹⁵, consistentes en pruebas testimoniales y documentales¹⁶ relacionadas con las presuntas irregularidades en las que pudo incurrir CECILIA ÁLVAREZ CORREA-GLEN, en su condición de ministra de transporte, al haber actuado en la aprobación y decisión del CONPES 3817 de 2014, en la decisión del CONPES 3758 de 2013, así como en la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, al ordenar la creación de los peajes existentes en la concesión ruta del sol, sector 2.

¹³ Confrontar descripción realizada en auto del 26 de abril de 2017, visible a folios 26-27 del cuaderno No. 1

¹⁴ Confrontar folios 2-4 del cuaderno No. 1

¹⁵ Proceso en donde figuran como implicados: Gabriel García Morales, viceministro de Transporte; Daniel García Arizabaleta, Director de Inviás; Juan Manuel Barraza, Director de la Comisión Nacional de Regalías Y Miguel Peñalosa, alto consejero para las regiones y Participación Ciudadana.

¹⁶ (i) Declaración juramentada de CECILIA ÁLVAREZ-CORREA GLEN, y documentación aportada por la declarante respecto al contrato de concesión “Ruta del Sol sector 2”. (ii) visita administrativa realizada al Ministerio de Transporte y documentación relacionada con los peajes de la “Ruta del Sol sector 2”. (iii) Declaraciones de JUAN SEBASTIÁN CORREA ECHEVERRY, CAMILO ANDRÉS JARAMILLO BERROCAL, HARBAY JOSÉ CARRASCAL QUINTERO, YESID AUGUSTO AROCHA ACOSTA Y EDER PAOLO FERRACUTI. (iv) Visita administrativa realizada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, junto con la documentación recaudada, en lo concerniente al Confis que autorizó las vigencias futuras para el contrato de concesión “Ruta del Sol sector 2”. (v) carpeta No. 2/4 APORTADA POR Luis Fernando Andrade Moreno, en diligencia de versión libre. Confrontar discos compactos visibles en folios 5-10, del cuaderno No. 1.



Posteriormente, la secretaria jurídica de la Presidencia de la República CRISTINA PARDO SCHLESINGER, dio traslado del memorando MEM17-00001377/JMSC 110200 del 3 de febrero de 2017, en el que resolvió una consulta al señor Presidente de la República sobre una denuncia instaurada por el partido Centro Democrático contra las doctoras CECILIA ÁLVAREZ y GINA PARODY por no manifestar su impedimento.¹⁷

4.2. Apertura de investigación disciplinaria

Con fundamento en el informe de la Comisión de Investigación Disciplinaria, el Procurador General de la Nación, mediante auto del 26 de abril de 2017¹⁸, dispuso la apertura de investigación disciplinaria en contra de CECILIA ÁLVAREZ- CORREA GLEN, en su condición de exministra de Transporte y exministra de Comercio, Industria y Turismo, para la época de los hechos. La decisión fue notificada, de manera personal, el 27 de abril de 2017 al apoderado de la disciplinable ÁLVAREZ-CORREA GLEN.¹⁹

4.3. Auto que ordena vincular a la investigación a GINA PARODY D'ECHEONA

Mediante auto del 30 de junio de 2017, el señor Procurador General de la Nación dispuso la vinculación de GINA PARODY D'ECHEONA, en su condición de ministra de Educación Nacional²⁰. La decisión fue notificada el 10 de julio de 2017, a su apoderada²¹, a quien se le reconoció personería jurídica para actuar en representación de sus intereses.

Adicionalmente, en el mismo auto, se dispuso incorporar a la presente actuación la queja interpuesta por el doctor JAIME LOMBANA VILLALBA y ERNESTO MACÍAS TOVAR²², radicado IUS- E-2017-521925/ IUC-D-2017-948383, y el escrito anónimo enviado mediante comunicación OFI17-000145994/JMSC 1130300, suscrita por CAMILO

¹⁷ Confrontar en folios 14 a 25 del cuaderno 1.

¹⁸ Confrontar en folios 26 a 29, del cuaderno No. 1

¹⁹ Confrontar en folio 34, del cuaderno No. 1

²⁰ Confrontar en folios 127-132, cuaderno No. 1

²¹ Confrontar en folio 137, cuaderno No. 1. Reconocimiento Personería jurídica (folio 147 C.1)

²² Confrontar cuaderno anexo 3.



ALBERTO ENCISO VANEGAS IUS-E-2017-513477/IUC-D-2017-945967²³, por tratarse de los mismos hechos objeto de investigación.

4.4. Acumulación de la investigación disciplinaria con radicado IUS-E-2017-243126 /IUC-D-2017-1019261.²⁴

Mediante auto del 28 de septiembre de 2017, el Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios dispuso acumular la queja con radicado **IUS-E-2017-243126 /IUC-D-2017-1019261** al proceso IUS 2017-581114/IUC: D.2017-959545, bajo el argumento que aquella, instaurada por EMILIANO LEGUIZAMÓN VARGAS, en su condición de veedor ciudadano, se relaciona con los *“presuntos hechos de corrupción al haberse aprobado el Documento CONPES No. 3817 de 2014, denominado “Importancia Estratégica del Proyecto Vial Autopista Ruta del Sol-Tramo 2” la adición del contrato Constructora Ruta del Sol II -CONSOL-“*. Lo anterior, con el fin de que se tramitaran bajo la misma cuerda dichos asuntos y, de este modo, evitar duplicidad de procesos disciplinarios.

4.5. Cierre de la investigación.

Mediante proveído del 2 de mayo de 2018²⁵, aprobado en acta de Sala No. 25, la Sala Disciplinaria (hoy Sala Ordinaria de Juzgamiento)²⁶ ordenó el cierre de la investigación, auto que fue notificado por estado el 7 de mayo de 2018, contra el cual no se interpuso recurso.

4.6 Auto de citación a audiencia

La Sala Disciplinaria (hoy Sala Ordinaria de Juzgamiento), por medio del auto del 19 de junio de 2018²⁷, y de conformidad con lo establecido en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, modificado por el inciso 4º del artículo 57 de la Ley 1474 de 2011, dispuso tramitar la investigación mediante procedimiento verbal. Por lo tanto, se citó a audiencia

²³ Confrontar cuaderno anexo 4.

²⁴ Confrontar en folios 27-29, cuaderno anexo No. 2

²⁵ Confrontar folio 595 del cuaderno 4.

²⁶ Mediante Resolución 134 del de abril de 2018, el Procurador General de la Nación delegó en la Sala Disciplinaria (hoy Sala Ordinaria de Juzgamiento) la continuación del proceso.

²⁷ Folios 670 a 706 del C. No. 4. La decisión fue notificada de manera personal a GUILLERMO ALBERTO PUYANA RAMOS, en su condición de apoderado de CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN y ÁNGELA MARÍA BUITRAGO RUIZ, apoderada principal de GINA PARODY D' ECHEONA.



y se formuló cargos a CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN y GINA PARODY D' ECHEONA, en sus condiciones de ministras de Transporte; de Comercio, Industria y Turismo y de Educación Nacional, respectivamente.

4.7. Desarrollo de la audiencia pública

4.7.1. Sesión del 31 de julio de 2018²⁸

En esta sesión se realizó la lectura parcial del auto de citación a audiencia; así mismo fueron expuestos los argumentos presentados por los apoderados mediante sendos memoriales allegados, con posterioridad al auto de citación a audiencia, respecto de los cuales esta Sala se pronunciará en el apartado de los descargos presentados por los sujetos procesales.

4.7.2. Sesión del 16 de agosto de 2018²⁹

Luego de instalar formalmente la audiencia, el abogado de Cecilia Álvarez solicita la suspensión de la diligencia por un viaje que tiene pendiente a la ciudad de Cali, por lo que se accedió a su petición y se programó la continuación para el 27 de agosto de 2018.

4.7.3. Sesión del 27 de agosto de 2018³⁰

Se realizan las siguientes solicitudes probatorias por parte del defensor de Cecilia Álvarez:

Testimoniales:

Escuchar en declaración a LUIS FERNANDO MEJÍA, quien fungió como Director del DNP y también como secretario del Consejo Nacional de Política Económica y Social 3817; SIMÓN GAVIRIA, director del DNP para la época del CONPES 3817; CRISTINA PARDO, secretaria jurídica de la Presidencia de la República para la época en que se manifestaron los impedimentos; MAURICIO PERFETTI, secretario del Consejo Nacional de Política Económica y Social la sesión del CONPES 3758 del 6 de agosto de 2013; FERNANDO CARRILLO, ministro del Interior para la fecha de los hechos.

²⁸ Confrontar en folios 864-865 C. No. 5

²⁹ Confrontar en folios 881-882 C. No. 5

³⁰ Confrontar en folios 887-891 C. No. 5



Ampliar el testimonio de MARTHA CEDIEL y RUDOLF HOMMES.

Documentales:

Oficiar a la Sociedad Comunican S.A., empresa editora del diario el Espectador, para que certifique para el año 2011 la doctora CECILIA ÁLVAREZ-CORREA GLEN tenía suscripción vigente al periódico Espectador.

Visitas:

Practicar inspección al sitio en donde se ejecutaría el proyecto de concesión Portuaria en el municipio de Gamarra por parte de la Sociedad Andalucía.

Por su parte, la defensa de GINA PARODY realizó las siguientes solicitudes probatorias:

Testimoniales:

Ampliar la declaración de CRISTINA PARDO y RUDOLF HOLMES; declaraciones de MARTHA CEDIEL DE PEÑA, ANDRÉS QUINTERO, miembro de Junta de Egeo I y Egeo III, en relación con el desconocimiento de Gina Parody sobre esas sociedades, además que no tuvo relación con estas firmas.

Documentales

Solicitar a Corpocesar y a Cormagdalena, información que permita evidenciar si el puerro está construido y, de ser así, en qué fecha. Con ello se demostrará que no existe.

Requerir a Corpocesar y Cormagdalena para que certifique en dónde queda ubicado el corregimiento o jurisdicción de Puerto Viejo.

Tener como prueba los movimientos migratorios de GINA PARODY.

Requerir al Ministerio del Exterior en el tema de migración se certifique las entradas y salidas del país de GINA PARODY para el periodo 2001 al 2017.

Aunado a lo anterior, la defensora presentó solicitud de nulidad por considerar que se incurrió en una irregularidad sustancial en el adelantamiento del trámite por cuanto al haberse decretado el cierre de la investigación el 2 de mayo de 2018 el acto subsiguiente solo podría haber sido el auto archivo o el pliego de cargos, no así la citación a audiencia; considera entonces que al haber optado por una tercera



posibilidad no prevista en la ley se vulneró el debido proceso lo que, a su juicio, conllevó a la configuración de una causal de nulidad, que debió declararse de oficio con el fin de que fuese subsanada³¹.

4.7.4. Sesión 3 de septiembre de 2018³²

En esta sesión se resuelven las solicitudes de nulidad presentadas por los apoderados de las disciplinables. En resumen, se indicó que en la presente actuación no había la irregularidad enrostrada (supuesto desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 57 de la Ley 1474 de 2011) porque cuando se citó a audiencia aún no se habían proferido los cargos, único requisito que exige el inciso tercero de la señalada norma. Por lo tanto, el que se hubiese cerrado la investigación disciplinaria cuando se estaba cursando el proceso ordinario no impedía que se ordenara adelantar proceso verbal y se citara audiencia.

En la misma providencia se señaló que tampoco fue desconocido el artículo 160A de la Ley 734 de 2002, por cuanto el cierre de la investigación se encuentra contemplado dentro del procedimiento ordinario y, en la presente actuación, el artículo 175 de la ley 734 de 2002, en razón a la conducta disciplinaria presuntamente cometida, exige que se aplique el proceso verbal, lo cual necesariamente conllevó a que se tuviera que realizar un cambio en el trámite procesal, decisión que se adoptó en el auto del 19 de julio de 2018, y, en esa medida, ya no se debía continuar aplicando el proceso ordinario, con la limitación de tomar alguna de las decisiones indicadas en el artículo 160A de la Ley 734 de 2002, sino aplicar las disposiciones propias del proceso verbal.

La Sala, en dicho momento, infirió de lo expuesto que el auto emitido el 19 de junio de 2018 tomó varias decisiones: *i)* Adelantar la actuación por el procedimiento verbal; *ii)* Se citó a audiencia, y *iii)* Se formuló el cargo, lo cual no es anómalo, pues fue emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 177 de la Ley 734 de 2002, por tanto, continuar el proceso en forma verbal no es violatorio del debido proceso, porque es el procedimiento establecido por la ley para adelantar los procesos disciplinarios por la falta consagrada en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, y no se han efectuado etapas o actos procesales no previstos en la normas que los regulan.

En tanto que también se reprochó el haber incluido decreto de pruebas en el auto de citación a audiencia cuando, conforme a lo censurado, solamente debieron relacionarse y decretarse una vez instalada ésta última, la Sala, luego de constatar que en la referida

³¹ Confrontar en folio 888 (vto) del cuaderno No. 5.

³² Folios 893 a 906 cuaderno No. 5



providencia, en efecto, se decretó de oficio la práctica de algunas pruebas y de precisar que el artículo 177 de la Ley 734 de 2002 consagra que en el auto que ordena adelantar proceso verbal debe consignarse, entre otros, «*la relación de las pruebas tomadas en cuenta y de las que se van a ordenar*», arriba a la conclusión que no existe irregularidad alguna, pues claramente cuando en la misma norma se habla del desarrollo de la audiencia se hace referencia a la práctica de pruebas, pero no que las pruebas ordenadas de oficio deban decretarse exclusivamente en ese momento; por lo tanto, la norma no fue restrictiva respecto del instante en que se pueden decretar las pruebas de oficio, en tanto que ellas pueden ordenarse en el auto de citación a audiencia o dentro de la misma audiencia, lo que sí se restringe es su práctica, la cual sólo resulta procedente después de iniciada la audiencia.

En relación con la delegación realizada por el Procurador General de la Nación a la Sala Disciplinaria para conocer de la actuación, señaló como fundamento de ello el párrafo del artículo 7 y en el numeral 22 del Decreto Ley 262 de 2000.

La Sala decretó de oficio la práctica de varias pruebas documentales y la práctica de visitas al proceso que adelanta la Fiscalía General de la Nación; a la Agencia Nacional de Infraestructura; de igual forma al tramo de la carretera construida cerca a los predios adyacentes al lugar donde se desarrollará el puerto fluvial³³; del mismo modo, se pronunció frente a las solicitudes probatorias realizadas por los defensores; y se decretó el testimonio de Juan Carlos Pinzón.

4.7.5. Sesión del 24 de septiembre de 2018³⁴

Fueron escuchados en diligencias de testimonio CRISTINA PARDO SCHLESINGER Y LUIS FERNANDO MEJÍA ALZATE. La defensa de Cecilia Álvarez desiste de los testimonios de SIMÓN GAVIRIA y MAURICIO PERFETTI.

4.7.6. Sesión del 29 de octubre de 2018³⁵.

Durante el desarrollo de la sesión de audiencia del 29 de octubre de 2018, por solicitud de los apoderados de las disciplinables se suspendió el decreto de las pruebas ordenadas de oficio por la Sala Disciplinaria.

Lo anterior, atendiendo a las solicitudes de los apoderados de las disciplinables, quienes manifestaron no estar de acuerdo con las pruebas decretadas y solicitaron el respe-

³³ Confrontar en folios 902-903, cuaderno No. 5

³⁴ Confrontar en folios 1054 a 1056 C. No. 6

³⁵ Confrontar en folios 1230 a 1231 C. No. 6



to de los derechos de las sociedades que no tienen relación con la presente investigación.

El procurador delegado sustentó la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas ordenadas.

4.7.7. Auto que ordena continuar con el trámite de la audiencia de procedimiento verbal³⁶

La Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular asumió el conocimiento de la presente actuación y dispuso continuar con el trámite de la audiencia del procedimiento verbal, donde se llevaron a cabo las siguientes sesiones:

4.7.8. Sesión de audiencia del 15 de diciembre de 2021³⁷

La audiencia se instala, asiste a la misma la apoderada principal de GINA PARODY D'ECHEONA, pero no se realizó debido a la no comparecencia del apoderado principal de CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN, quien presentó excusa. En consecuencia, se reprogramó la diligencia para el día 28 de enero de 2022.

4.7.9. Sesión de audiencia del 28 de enero de 2022³⁸

Asisten a la diligencia los apoderados principales y suplente de las disciplinables. En esta sesión se hace un recuento de lo acontecido en el proceso con posterioridad al 29 de octubre de 2018 -fecha de la sesión anterior-. Así mismo, se dio traslado del concepto técnico rendido por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales y se puso en conocimiento de los defensores la información recaudada en el proceso a la fecha.

Se replanteó el auto de pruebas en el sentido de oficiar a las sociedades Compañía Transportadora, Nautiport S.A.S., "En liquidación", Intertug S.A., Port Investment S.A.S, Kompass Rose S.A.S., Arganeo S.A.S., Sextante Inversiones Portuarias S.A.S., para que certificaran si LUIS CARLOS y/o MANUEL ISAAC PARODY D'ECHEONA o cualquier otro

³⁶ Confrontar en folios 1776-1779, cuaderno No. 8

³⁷ Confrontar en folios 1796 a 1797, cuaderno No. 8

³⁸ Confrontar en folios 1829-1832, cuaderno No. 8



miembro de la familia PARODY D' ECHEONA eran socios de dichas sociedades para el 6 de agosto de 2013, 22 de julio y 2 de octubre de 2014.

A petición de los defensores, se decretaron como pruebas los testimonios de PEDRO ENRIQUE PALACIOS ROBERTO, del IGAC y HENRY ANDRÉS FORERO de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.

4.7.10 Sesión de audiencia del 21 de febrero de 2022³⁹

Se dispuso oficiar a la Dirección Nacional de Investigaciones especiales para practicar visita a las instalaciones de las sociedades renuentes -Port Investment S.A.S. y Kompass Rosse-, del mismo modo a la Superintendencia de Sociedades para verificar información de Nautiport S.A.S., con el fin de establecer si los citados miembros de la familia PARODY tuvieron alguna participación accionaria en ellas, para los días 6 de agosto de 2013, 23 de julio y 2 de octubre de 2014

En relación con los testimonios ordenados en sesiones anteriores: el defensor de Cecilia Álvarez, desistió de la declaración de JUAN CARLOS PINZÓN. Se escuchó en declaración a HENRY ANDRÉS FORERO FORERO, servidor de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales; se realizó aclaración al auto de pruebas, dado que quien se requería escuchar en testimonio, por parte del IGAC, es PEDRO ENRIQUE RAMÍREZ OSPINA.

4.7.11. Sesión del 3 de marzo de 2022⁴⁰

El procurador delegado informó que, mediante auto del 23 de febrero de 2022, aprobado en Sala No. 002 Ad hoc⁴¹, se aclaró la orden de trabajo enviada a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.

Se deja a disposición de los sujetos procesales el informe presentado por la DNIE, mediante oficio DNIE No. 0437, el 2 de marzo de 2022 (folio 88 C. Anexo No. 5), con anexos (87 folios)

³⁹ Confrontar en folios 1926-1929 del cuaderno No. 8

⁴⁰ Confrontar en folios 1933-1941 del cuaderno No. 9

⁴¹ Confrontar en folios 1896 a 1897, del cuaderno No. 8



Fueron escuchados en declaración PEDRO ENRIQUE RAMÍREZ OSPINA, perito del IGAC (Minuto 0:21:07 a 2:02:34 y el Ingeniero DARÍO LAVERDE TORRES, (Minuto 2:04:00 a 3:21:04).

Se incorporaron como pruebas documentales los dictámenes presentados por una firma de Ingeniería, Consultoría y Valoración, en relación con los informes de avalúos comerciales rurales de los predios “Andalucía”, “La Esperanza” y “La Bacana”.

4.7.12. Sesión del 15 de marzo de 2022⁴².

Los apoderados principales y suplente de las disciplinables presentaron sus alegatos de conclusión.

5. LOS CARGOS IMPUTADOS FORMULADOS Y SU CONTRADICCIÓN POR LA DEFENSA

5.1. Cargos enrostrados y la connotación jurídica otorgada

De acuerdo con los antecedentes y actuaciones procesales expuestos en epígrafe anterior, se precisa que para el 19 de junio de 2018, y bajo el procedimiento establecido en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002⁴³, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación (hoy Sala Ordinaria de Juzgamiento) con fundamento en las pruebas legalmente allegadas durante la etapa de indagación preliminar e investigación disciplinaria, citó a audiencia pública a CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN y GINA PARODY D'ECHEONA, a quienes formuló los siguientes cargos⁴⁴:

Cargo atribuido CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN	Cargo atribuido a GINA PARODY D'ECHEONA
“CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN actuó como Ministra de Transporte en la aprobación del CONPES 3758 del 6 de agosto de 2013, que trató sobre el Plan para Restablecer la Navegabilidad del Río Magdalena y las acciones	“GINA PARODY D'ECHEONA como Ministra de Educación Nacional, actuó aprobando el CONPES 3817 del 2 de octubre de 2014, que trató sobre la importancia estratégica del proyecto vial Autopista Ruta del Sol Tramo 2, en

⁴² Confrontar en folios 2060-2062 del cuaderno No. 9

⁴³ Modificado por el artículo 57 de la Ley 1474 de 2011

⁴⁴ Confrontar en folios 681 (vto) y 696 del cuaderno No. 4



Cargo atribuido CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN	Cargo atribuido a GINA PARODY D'ECHEONA
<p>complementarias orientadas al desarrollo y fortalecimiento de servicios de transporte, logísticos e intermodales, dentro de los cuales se mencionó la definición de importantes inversiones para cuatro puertos, entre ellos Gamarra, al suscribir la Resolución 2127 del 22 de julio de 2014, por la cual se emitió concepto vinculante previo al establecimiento de dos estaciones de peaje denominadas “Gamarra” y “Platanal”, en la transversal Rio de Oro -Agua Clara – Gamarra, se establecieron las tarifas a cobrar en las mencionadas estaciones, así mismo, cuando se desempeñó como Ministra de Comercio, Industria y Turismo al aprobar el CONPES 3817 del 2 de octubre de 2014, que trató sobre la importancia estratégica del proyecto vial Autopista Ruta del Sol Tramo 2, en cuanto a la declaración de importancia estratégica del corredor Ocaña (Río de Oro) – Agua Clara – Gamarra y las conexiones a los puertos fluviales al norte y sur de Gamarra, y adicionó el proyecto de inversión Mejoramiento Apoyo Estatal proyecto de concesión Ruta del Sol, sector 2 nacional, sin necesidad de fuentes de financiación adicionales de la Nación, pese a encontrarse presuntamente incurso en la causal de impedimento o conflicto de interés consagrada en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, porque sus parientes en segundo grado de afinidad, LUIS CARLOS y MANUEL PARODY D’ ECHEONA, tenían interés particular y directo en dichas</p>	<p>cuanto a la declaración de importancia estratégica del corredor Ocaña (Río de Oro) – Agua Clara – Gamarra y las conexiones a los puertos fluviales al norte y sur de Gamarra y adicionó el proyecto de inversión Mejoramiento Apoyo Estatal proyecto de concesión Ruta del Sol, sector 2 nacional, sin necesidad de fuentes de financiación adicionales de la Nación, pese a encontrarse presuntamente incurso en la causal de impedimento o conflicto de interés consagrada en el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, porque sus hermanos Luis Carlos y MANUEL PARODY D’ ECHEONA, parientes en segundo grado de consanguinidad, tenían en él interés particular y directo”</p>



Cargo atribuido CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN	Cargo atribuido a GINA PARODY D'ECHEONA
decisiones".	

Los cargos enrostrados llevaron a tipificar los comportamientos de las exministras en la conducta calificada por el legislador como gravísima y contenida en el artículo 48.17 de la Ley 734 de 2002:

“Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de [...] conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales...”

El instructor estimó que se predicaba ilicitud sustancial porque afectó, con la no declaratoria de impedimento, los principios de imparcialidad y transparencia. Adicional a lo anterior, concluyó que era culpable el actuar, en tanto se habría procedido con culpa gravísima por desatención elemental.

5.2. Descargos y alegaciones de los sujetos procesales.

Los apoderados de los disciplinados presentaron descargos y alegatos de conclusión que se pueden resumir de la siguiente manera:

5.2.1. De la apoderada principal de GINA PARODY D'ECHEONA⁴⁵.

Luego de aludir a los antecedentes procesales y los supuestos fácticos y jurídicos que soportaron los cargos formulados por el Procurador General de la Nación, delimitó la defensa de su prohijada de la siguiente manera:

- **Falta de acreditación del vínculo de unión marital de hecho entre su prohijada y CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN.**

Reprocha el hecho de que, en su sentir, la Procuraduría no demostró la existencia de la sociedad conyugal o marital de hecho para el año en que se imputan los hechos. Solo se probó con una entrevista de prensa, donde no se precisa la temporalidad de la relación, ni tampoco la fecha a partir de la cual se encontraban viviendo juntas.

No se sabe quién es CA o GP, ni tampoco se demuestra que dichas iniciales corresponden a los nombres de las disciplinables.

⁴⁵ Confrontar en folios 2119 -2148 del cuaderno No. 9



- **Falta de congruencia entre el enunciado fáctico del auto de apertura de investigación y el auto de llamamiento a juicio.**

Aduce que la apertura de investigación se decretó con fundamento en las conductas previstas en los artículos 36 y 40 de la Ley 734 de 2002 y posteriormente en el auto de llamamiento a las conductas fueron modificadas.

También predicó la falta de congruencia en la variación de imputaciones sin justificación alguna, por cuanto en la práctica de la visita a los predios ubicados en el municipio de Gamarra se aludió al “Hito 57”, el cual en momento alguno había sido mencionado por parte de la Procuraduría, ni mucho menos se indagó si hacía parte del CONPES 317 del 2 de octubre de 2014, por lo que se infiere que surgió por “iniciativa del investigador”, tal como quedó corroborado, en su sentir, en la declaración rendida por el investigador Henry Andrés Forero, en su declaración rendida en marzo de 2022.

- **Inexistencia de intervención de GINA PARODY D’ECHEONA en la preparación y presentación del CONPES 3817 de 2014.**

Su prohijada no tuvo ninguna injerencia en la construcción de vías que favorecieran algún predio; tampoco participó en los CONPES. No pueden atribuírsele actos ajenos relacionados con la suscripción, ejecución o firma de adiciones contractuales realizadas por el presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura.

- **No acreditación del conflicto de intereses – inexistencia de concurrencia de intereses antagónicos.**

Alegó la defensa que en el actuar de su prohijada no hubo culpa gravísima, ni falta del deber objetivo del cuidado; su actuar fue prudente y apegado a la normatividad. La actividad y conductas que desplegó la entonces ministra de Educación, fueron ajustadas a derecho y, en apego irrestricto de los deberes funcionales de transparencia, moralidad y ética que siempre la han acompañado.

Soporta su manifestación en el concepto jurídico MEM 17-00001377/JMSC 110200 del 3 de febrero de 2017, rendido por la entonces secretaria jurídica de la Presidencia y la declaración rendida por Cristina Pardo Schlesinger, actual magistrada de la Corte Constitucional.

- **Recopilación de información reservada / falta de competencia para el levantamiento del velo corporativo.**



Resalta la defensa la forma como se levantó el velo corporativo por parte de la Sala Disciplinaria, a pesar de que la competencia solo estaba radicada en el Procurador General de la Nación, y que fue de esta manera que se recaudó información de carácter reservado.

Consideró la defensa que debió garantizarse la información de las sociedades que directamente no estaban siendo objeto de investigación y que, en ese sentido, debía solicitarse a las sociedades que informaran si las personas respecto de las cuales se requería la información eran socios de las respectivas sociedades y, en el evento de no tener como cierta la información suministrada, debía procederse al levantamiento de la reserva en los términos de ley.

- **Los predios Andalucía, La Bacana, la Esperanza no son de propiedad de los hermanos de GINA PARODY D'ECHEONA/ No hubo un valor incrementado.**

La defensa señala en sus alegatos de conclusión que fueron allegados, el 26 y 28 de septiembre de 2018, certificados de libertad y tradición, de los siguientes inmuebles:

No. Matrícula Inmobiliaria	Nombre inmueble	Propietario	NIT
196-416	Andalucía	Fiduciaria Bancolombia S.A., como vocera. Administradora del Fideicomiso P.A.	8300545390
196-41425.	La Bacana	Cartagena II S.A.	9000087512
196-29099	La Esperanza	Fiduciaria Bancolombia S.A. como vocera y administradora del fideicomiso P.A. ÁLVAREZ ORTIZ para el 2014.	8300545390

- **La calidad de miembro de junta directiva o representante legal de sociedades por parte de los hermanos PARODY D'ECHEONA difiere la condición de accionista.**

Señala la apoderada que durante la actuación se pudo establecer que Cartagena II tiene su domicilio principal en Cartagena y su objeto se desarrolla en dicho lugar; así mismo, que los hermanos de Gina Parody no figuran como socios en esa sociedad.

Por otra parte, de acuerdo con las certificaciones enviadas por las Sociedades Kompass Rose S.A.S.; Orión del Pacífico, tampoco figuran como socios. Y, según la información suministrada por Nautiport S.A.S. *“En el sistema de información General de Sociedades SIGS NO SE ENCUENTRA registro alguno de LUIS CARLOS PARODY D'ECHEONA y DE MANUEL PARODY D'ECHEONA”*, posteriormente informan que durante los



años 1997 a 2000 figuraban como miembros de dicha sociedad integrantes de la Familia PARODY, pero para el año 2014 –fecha en que se suscribió el CONPES- no aparece ninguno como socio.

5.2.2. Apoderado principal de CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN⁴⁶.

Los descargos y alegatos presentados por el defensor de la disciplinada CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN, pueden sintetizarse así:

- **Participación de CECILIA ÁLVAREZ-CORREA GLEN, como miembro suplente de la Junta Directiva Cartagena II:**

Para el 12 de marzo de 2010, figuraba como suplente de las Juntas Directivas de Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A. como cuarta suplente numérica, y Cartagena II S.A. el 6 de abril de 2010 como suplente numérica. El ejercicio del cargo de cuarto miembro suplente numérico terminó el 15 de marzo de 2011 y el 26 de febrero de 2011, respectivamente.

La Superintendencia de Sociedades ha sido clara en precisar que los suplentes de una junta directiva tienen una simple expectativa de intervenir en su composición en los casos de ausencia temporal o definitiva de los principales.

Durante el término que prolijada estuvo en la Junta Directiva de Cartagena II, esto es, entre abril de 2010 y marzo de 2011, no surtió ninguno de los pasos necesarios ante Cormagdalena.

- **Certificaciones de las sociedades sobre Participación societaria de miembros de la familia PARODY D'ECHEONA.**

Con la prueba documental allegada al expediente se acreditó la inexistencia de la participación societaria de los miembros de la familia PARODY D'ECHEONA en la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena, Sociedad Cartagena II y Terminal Fluvial Andalucía⁴⁷.

- **Inexistencia de interés directo y de conflicto de intereses**

⁴⁶ Confrontar en folios 2063 a 2118

⁴⁷ Libro de registro de accionistas de Sociedad Portuaria Regional de Cartagena. Cuaderno 2, folios 79 a 153 Cfr., Certificación del representante legal de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A. del 1 de diciembre



Dado que Cartagena II y Terminal Fluvial Andalucía son las sociedades directamente relacionadas con la concesión portuaria de Gamarra, la hipótesis de un interés directo está totalmente excluida.

Refiere el señor defensor que se descarta la incursión en una causal legal del conflicto de intereses por la cual se formuló el cargo a CECILIA ÁLVAREZ CORREA-GLEN, descrita y delimitada a la calidad de socio del derecho o de hecho, en los términos del artículo 40 de la Ley 734 de 2002.

- **Períodos de desempeño de la disciplinable como ministra de Transporte y ministra de Comercio, Industria y Turismo.**

Indica el defensor que su prohijada fue designada como ministra de Transporte mediante Decreto 1847 del 3 de septiembre de 2012 de la Presidencia de la República, es decir, pasados más de 18 meses de haber dejado la suplencia de la Junta Directiva de Cartagena II y Sociedad Portuaria Regional de Cartagena.

El cargo de ministra de Transporte lo ejerció hasta el 19 de agosto de 2014.

Desempeñó el cargo de ministra de Comercio, Industria y Turismo, desde el 19 de agosto de 2014 hasta el 3 de mayo de 2016.

- **Trámite y decisión del impedimento presentado como ministra de Transporte.**

En este apartado, el señor defensor indica que, desde antes de tomar posesión del cargo, su prohijada puso de presente al presidente de la República que en virtud de que como tenía una relación de compañera permanente con GINA PARODY D'ECHEONA y, dado que su familia tiene dentro de sus actividades comerciales el desarrollo de actividades portuarias, se declaró impedida mediante oficio MT 2012050504021, del 19 de septiembre de 2012, indicando:

*«Tal como se lo informé al Presidente de la República **antes de tomar posesión del cargo** como Ministra de Transporte, personas con las que tengo relaciones cercanas tienen acciones en las Sociedades Portuarias regionales de Cartagena S.A y de Buenaventura S.A., lo que me impide conocer de los asuntos relacionados con las mismas (...)
(...) es mi deber declararme impedida para conocer de los siguientes asuntos en materia portuaria (...)⁴⁸.*

⁴⁸ Véase declaración de impedimento visible a folio 183 y siguientes, del Cuaderno No. 1.



La manifestación del impedimento surtió el trámite de ley, primero con el concepto de la secretaria jurídica de la Presidencia de la República, donde se indicó, entre otros aspectos que:

*«(...) en su condición de Ministra de Transporte la doctora CECILIA ÁLVAREZ CORREA-GLEN, en cumplimiento de sus funciones debe conocer y decidir sobre los temas relacionados con temas portuarios, **directamente relacionados con las Sociedades Portuarias de Cartagena S.A. y de Buenaventura S.A.** (...)*

Concluye:

*(...) es viable jurídicamente que el Consejo de Ministros declare probaba la existencia del impedimento manifestado, en lo relacionado con las decisiones que afecten **específica y directamente** a las sociedades que menciona la declaración de impedimento (...) **siempre y cuando se entienda que la señora Ministra tiene una “amistad íntima con las susodichas personas socias de las Sociedades Portuarias Regionales de Cartagena S.A y de Buenaventura S.A.»***

- **Hechos relacionados con el CONPES 3758 de 2013.**

La información que recibieron los ministros que participaron en el CONPES, en materia portuaria fluvial, estuvo relacionada con catorce (14) concesiones portuarias, sin que en momento alguno hayan aludido a las concesiones portuarias regionales de Cartagena y de Buenaventura.

- **Hechos relacionados con el CONPES 3817 de 2014.**

El 2 de octubre de 2014 se aprobó el documento CONPES 3817 que tuvo como objeto la “modificación al documento CONPES 3571 “Importancia Estratégica del Proyecto Vial Autopista Ruta del Sol. Tramo 2”.

El documento CONPES 3571 se había expedido en el año 2009 y en él se había adoptado como recomendación “Declarar como estratégico para el país el Proyecto Vial “Autopista Ruta del Sol”.

Debido a la naturaleza y magnitud del proyecto, su costo debía financiarse usando vigencias futuras, y la ley exigía que se diera el aval fiscal del Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS, para proceder a la declaratoria de importancia estratégica.



La relación de los hechos, los testimonios y pruebas documentales allegadas al expediente, demuestran que CECILIA ÁLVAREZ CORREA-GLEN en su condición de ministra de Transporte no participó en ningún trámite o actuación relacionado con estudios previos, estructuración, validación y aprobación del otrosí, ni en las reuniones preparatorias del documento CONPES de modificación de vigencias futuras.

- **Decisiones de la ministra de Transporte en relación con los peajes.**

La estructuración financiera del proyecto adicionado mediante los otrosíes 3 y 6 incluían unos peajes, que por reserva legal derivada del Decreto 087 de 2011 de la Presidencia de la República, le asignó como función al Ministerio de Transporte (numeral 6.14, artículo 6°).

Fue en ejercicio de esa función asignada en el decreto presidencial preexistente que CECILIA ÁLVAREZ expidió la Resolución 2127 del 22 de julio de 2014, autorizando la instalación de los peajes.

- **Hechos relacionados con la valoración de los lotes de terreno vinculados al proyecto de concesión portuaria.**

En el informe técnico presentado por el perito PEDRO ENRIQUE RAMÍREZ, funcionario del IGAC, se presentaron defectos sustanciales en el avalúo realizado, en primer lugar, porque se partió de unos supuestos económicos que no existían para los años 2014 y 2016, carretera construida y puertos fluviales conectados por esa carretera.

En segundo lugar, se presentaron errores graves en la comparación de otros bienes, dado que el perito no realizó una investigación de mercado porque, a su juicio, no hubo venta de inmuebles similares en el municipio de Gamarra, durante los años 2014 y 2016, sin que ofreciera evidencias sobre dicha situación, siendo su deber.

- **Conclusión de la intervención⁴⁹.**

“Objetivamente no hubo infracción disciplinaria alguna por parte de la doctora Cecilia Álvarez-Correa al intervenir en los CONPES 3758 de 2013 como Ministra de Transporte y 3817 de 2014 como Ministra de Comercio, Industria y Turismo; tampoco en la expedición de la resolución de los peajes de la vía Ocaña-Gamarra adicionada al Tramo 2 de la Ruta del Sol.

Es que subjetivamente su conducta estuvo orientada por el conocimiento de buena fe calificada de que no estaba incurso en conflicto de interés para

⁴⁹ Confrontar en folio 2094 del cuaderno No. 9



participar en las sesiones de los CONPES o para expedir el concepto previo vinculante de los peajes y por lo tanto no actuó con culpa gravísima por desatención elemental”.

5.2.3. Complemento defensivo⁵⁰.

De entrada los señores defensores señalaron que metodológicamente se cerraría sus intervenciones con una propuesta interpretativa de la falta que fuere imputada a las disciplinadas y, en ese sentido, se señaló que, en el evento de que se den por probados los aspectos fácticos de la imputación, se reconozca que ontológicamente la conducta imputada sólo admite la modalidad dolosa y no la culposa como lo expresó la Procuraduría General de la Nación, siendo entonces esto suficiente para impedir un fallo sancionatorio.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR

Con el propósito de emitir fallo en sede de primera instancia, la Sala abordará previamente los siguientes tópicos: (i) Competencia; (ii) Tránsito Legislativo; (iii) Planteamiento de los problemas jurídicos; (iv) El conflicto de intereses; (v) La facticidad probada; (vi) Enunciados fácticos no probados; (vii) Juicio de tipicidad y (viii) Conclusión.

6.1. Competencia

El Procurador General de la Nación por medio de la Resolución No. 134, del 3 de abril de 2018, delegó en la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación (hoy Sala Ordinaria de Juzgamiento) el conocimiento de la actuación radicada con el IUS: E-2017-581114 IUC: D-2017-959545, adelantado contra las ministras CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN y GINA PARODY D' ECHEONA⁵¹. El proceso se recibió en la Sala Disciplinaria el 9 de abril de 2018,⁵² procediéndose a avocar el conocimiento de la actuación y ordenar la práctica de pruebas el 17 de abril siguiente.⁵³

La Constitución Política, en el artículo 277, numeral 6, otorga a la Procuraduría General de la Nación la función de:

⁵⁰ Confrontar en folios 2149-2160 del cuaderno No. 9

⁵¹ Confrontar en folios 400-401 del cuaderno 3

⁵² Confrontar folio 405 del cuaderno 3.

⁵³ Confrontar folio 407 del cuaderno 3.



“6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular, ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”.

A su vez, la Ley 2094 de 2021, en su artículo primero, señala que:

«Se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; inclusive los de elección popular y adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la ley».

El artículo 16 de la citada norma, introdujo modificaciones a la Ley 1952 de 2019, en particular, en lo que respecta a la competencia de las salas disciplinarias, así:

«ARTÍCULO 101. Competencia de las salas disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación. La Procuraduría General de la Nación contará con tres (3) Salas Disciplinarias, encargadas de conocer, según sus competencias, de la *etapa de instrucción* y juzgamiento. Estas Salas serán competentes, en lo que les corresponda, para conocer de los procesos disciplinarios contra los siguientes servidores públicos:

El Vicepresidente de la República, los *Ministros del Despacho*, los Congresistas, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Gerente del Banco de la República y demás miembros de su Junta Directiva, el Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, el Auditor General de la República, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contador General, los Generales de la República y oficiales de rango equivalente, el Personero y el Contralor de Bogotá, D.C., los Directores de Departamentos - Administrativos del orden nacional y del Distrito Capital, los miembros de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, el Viceprocurador, los Procuradores Delegados, los Procuradores Auxiliares, el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, el Veedor, el Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público, el Director Nacional de Investigaciones Especiales y el Secretario Privado de la Procuraduría General.

También conocerán de los procesos disciplinarios de los demás servidores públicos del orden nacional de igual o superior categoría a los mencionados, siempre que la competencia no esté asignada a otra autoridad disciplinaria.



La competencia de las Salas Disciplinarias se ejercerá respecto de las faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de la calidad de los servidores enunciados en este artículo o durante su ejercicio, en este último caso, aunque hayan hecho dejación del cargo». (Cursivas de la sala).

En aras de otorgar una mayor garantía en las actuaciones disciplinarias, sin importar la calidad del disciplinable, y para dar cumplimiento a la división de las etapas de instrucción y juzgamiento consagradas en la Ley 2094 de 2021, la señora Procuradora General de la Nación expidió la Resolución No. 207 de 2021, modificada por la Resolución No. 219 de 2021, por medio de la cual se delegan y distribuyen transitoriamente funciones en la Procuraduría General de la Nación, la cual en su artículo octavo, dispuso:

«ARTÍCULO OCTAVO: Sala disciplinaria de juzgamiento de servidores públicos de elección popular. La Sala Disciplinaria de Juzgamiento de la Procuraduría General de la Nación asumirá el conocimiento de la etapa de juzgamiento y *fallará en primera instancia los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de elección popular cuya instrucción esté a cargo de la Sala Disciplinaria de Instrucción*». (Cursivas de la Sala)

Pues bien, en ese orden, la Sala Disciplinaria de Instrucción, según el artículo sexto de la referida resolución conoce:

«ARTÍCULO SEXTO: Competencia de la Sala de Instrucción. La Sala Disciplinaria de Instrucción asumirá el conocimiento de las actuaciones disciplinarias hasta la notificación del pliego de cargos o la decisión de archivo de los procesos disciplinarios contra los servidores públicos, inclusive contra los de elección popular, relacionados en el artículo 7 numerales 21 a 24 del Decreto Ley 262 de 2000, y las normas que los modifiquen».

Conforme a lo anterior, a partir de la entrada en vigor de los artículos 1 y 74 de la Ley 2094 de 2021⁵⁴, esta Sala solo conoce en etapa de juzgamiento los procesos instruidos por la Sala Disciplinaria de Instrucción, en concreto, los adelantados contra servidores de elección popular que se encuentren previstos en los numerales 21 a 24 del artículo 7, esto es, el vicepresidente de la República, los Congresistas y el Alcalde Mayor de Bogotá.

⁵⁴ Rige a partir del 29 de marzo de 2022, salvo el artículo 1 relativo a las funciones jurisdiccionales que rige a partir del 29 de junio de 2021, y el artículo 7 que rige a partir del 29 de diciembre de 2023 (Art. 73)



Complementa lo anterior, el que mediante Resolución No. 253 del 27 de agosto de 2021⁵⁵, la Procuradora General de la Nación designó como funcionario especial a la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos y a la Procuraduría Tercera delegada ante el Consejo de Estado para que, actuando como Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular, asuman en el estado en que se encuentren y hasta proferir el fallo de primera instancia, el conocimiento de la actuación disciplinaria radicada con el IUS E-2017-581114/ IUC D-2017-959545 (161-7236).

Las diligencias fueron recibidas en la Sala el 15 de septiembre de 2021, correspondiendo por reparto a CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ, Procurador Delegado para Asuntos Étnicos (C) con funciones en la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular, quien mediante auto del 27 de octubre de 2021 se declaró impedido para conocer de la presente actuación.

En auto del 8 de noviembre de 2021, la señora Procuradora General de la Nación aceptó el impedimento manifestado por y asignó el trámite del expediente con IUS E-2017-581114/IUC D-2017-959545 al Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y Judicial, en calidad de Procurador Delegado de Asuntos Étnicos con funciones transitorias en la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de servidores públicos de elección popular ad hoc, siendo recibidas el 10 de noviembre de 2021.

Por las anteriores razones, corresponde a esta Colegiatura asumir el conocimiento de la actuación adelantada contra CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN y GINA PARODY D' ECHEONA, en sus condiciones de ministra de Transporte; de Comercio, Industria y Turismo; y de Educación Nacional, respectivamente, hasta culminar la primera instancia.

6.2. Tránsito legislativo

La Sala observa que en el desarrollo del presente trámite procesal se surtió un cambio de legislación. Al comenzar la actuación, y hasta el 29 de marzo del presente año, la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, era el corpus normativo aplicable tanto en aspectos sustanciales como procesales. Desde el día mencionado a la fecha, la citada codificación ha sido derogada por la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021. El texto del artículo 265 del nuevo Código General Disciplinario preceptúa que:

“Las disposiciones previstas en la presente ley, y las contenidas en la Ley 1952 de 2019, que no son objeto de reforma, entrarán a regir nueve (9) meses después de su promulgación. Durante este período conservará su vigencia plena la Ley 734 de 2002, con sus reformas.”

⁵⁵ Folios 1653-1654 C. No. 7



El lapso señalado en el enunciado transcrito se cumplió y, por lo tanto, tal y como se indicó, entra regir la Ley 1952 de 2019 con todas sus modificaciones.

Ahora bien, el artículo 263 ibídem expresamente señala que:

“A la entrada en vigencia de esta ley, los procesos en los cuales se haya surtido la notificación del pliego de cargos o instalado la audiencia del proceso verbal, continuarán su trámite hasta finalizar bajo el procedimiento de la Ley 734 de 2002. En los demás eventos se aplicará el procedimiento previsto en esta ley.”

Siendo evidente que el caso sub examine supera con creces la limitante procesal que se menciona en la disposición citada, no cabe duda que el trámite procesal que corresponde aplicar es el contemplado en la Ley 734 de 2002.

6.3. Problemas Jurídicos

Corresponde a esta Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- (i) ¿CECILIA ÁLVAREZ-CORREA GLEN, en su condición de ministra de Transporte y Ministra de Comercio, Industria y Turismo, para la época de los hechos, al aprobar los CONPES 3758 del 6 de agosto de 2013 y 3817 del 2 de octubre de 2014, así como suscribir la Resolución 2127 del 22 de julio de 2014, incurrió en la conducta descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 -conflicto de intereses- en la medida en que con esas intervenciones habría favorecido a hermanos de su compañera permanente?
- (ii) ¿GINA PARODY D' ECHEONA, en calidad de ministra de Educación Nacional, para la época de los hechos incurrió en la conducta descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 -conflicto de intereses-, al aprobar el CONPES 3817 del 2 de octubre de 2014 en la medida en que con esa intervención habría favorecido a hermanos suyos?

La Sala desarrollará la siguiente metodología para arribar a la solución de los problemas jurídicos:

En primer lugar, efectuará un estudio del conflicto de intereses como falta disciplinaria, especialmente, delimitando su tipicidad, para lo cual tomará referentes jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.



Realizado lo anterior, se procederá a valorar el material probatorio a fin de inferir la facticidad que puede tomarse como cierta, en la medida en que cumple con el baremo criteriológico de certeza que se requiere.

Finalmente, se confrontará los hechos acreditados con el tipo imputado para colegir si hay o no tipicidad de la conducta. Si existiere ésta, obviamente se procederá al análisis de los demás elementos estructurantes de la falta disciplinaria y, de darse la totalidad de ellos, proceder a tasar la sanción. Si se infiere la atipicidad de la conducta, desde luego, la Sala simplemente declarará la absolución, como única consecuencia jurídica viable.

A manera de glosa se debe indicar que en la medida en que se desarrolle el contenido de los apartados anunciados, se irá dando respuesta a los alegatos y planteamientos defensivos, en epígrafe anterior esquematizados.

6.4. El conflicto de intereses

El artículo 1 de la Constitución Política que define al Estado colombiano como Social de Derecho preceptúa que la organización política de nuestra sociedad está fundada, entre otros principios, en la prevalencia del interés general. La Sala entiende que esta cláusula es, como lo ha reconocido expresamente la Corte Constitucional, un concepto indeterminado, por lo que su contenido tiene que explicitarse en cada caso concreto⁵⁶.

El interés general, como principio constitucional fundamental del ordenamiento jurídico colombiano, implica la supremacía del bien común y del interés colectivo sobre los individuales y, en todo caso, el interés particular o privado debe ceder ante el interés público, social, colectivo o general⁵⁷.

En el evento de las actuaciones de los servidores públicos, es evidente que, dada la caracterización anterior, su actuar debe tener como teleología esa prevalencia del interés general, máxime cuando aquellos, como medio de expresión del ente estatal, deben ceñir sus comportamientos a lo que el ordenamiento jurídico le permite hacer (legalidad) pero no como un acatamiento formal y ciego, sino como un direccionamiento de su actuar en procura de alcanzar los cometidos estatales⁵⁸ (componente axiológico).

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-053/01.

⁵⁷ Artículos 1º, 58, 118, 209, 277, 333, 336 y 355 de la Constitución Política.

⁵⁸ Art. 2 de la Constitución Política.



No es extraño entonces y, antes bien, resulta una consecuencia lógica del marco descrito, el que se consagren unos principios de la función pública como aquellos que están plasmados en el artículo 209 constitucional⁵⁹ y que, a partir de ellos, se funde el disvalor de la conducta de los servidores públicos como sujetos disciplinables.

En el mismo sentido, es armónico con lo que se ha expresado, el que en el artículo 22 de la Ley 734 de 2002 exprese:

*“el sujeto disciplinable (el servidor público como regla general) para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, este sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y **conflictos de intereses**, establecidos en la Constitución Política y en las leyes”.* (resaltado extraliterem)

De este modo, se deduce que, para garantizar el principio del interés general, el sistema jurídico ha creado el instituto jurídico del conflicto de intereses, concepto que, entonces, tiene un anclaje constitucional y legal.

El artículo 40 de la Ley 734 de 2002 define el referido instituto jurídico en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación⁶⁰, gestión⁶¹, control⁶² o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

⁵⁹ Artículo 209 ibidem: “...igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”

⁶⁰ Regulación: Régimen//ordenación//Disposición // Conjunto de reglas vigentes aplicables. Regulador. órgano o centro encargado de regular. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Tomo V. Páginas 652 y 653.

⁶¹ Gestión: Desempeño de una función o cargo //Encargo//Diligencia; trámite//intervención// Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Tomo III. Página 481.

⁶² Control: Inspección, intervención//registro//vigilancia // Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Tomo II. Página 362.



«Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.»⁶³ Subrayas de la Sala

En el mismo sentido, el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 consagra el conflicto de interés, las causales de impedimento y de recusación, señalando que, todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas o pronunciar decisiones definitivas debe declararse impedido por:

«1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho».

Así entonces, puede señalarse que la figura del «conflicto de intereses» se presenta cuando el interés personal, de quien ejerce una función pública, colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña.⁶⁴ *Incurrir en conflicto de intereses cuando tenga un interés directo, particular y actual, ya sea de carácter moral o económico, y a pesar de ello no manifieste su impedimento y participe en la adopción de la decisión sometida a su conocimiento⁶⁵.*

Lo que la norma pretende es garantizar la imparcialidad y transparencia de un servidor público o particular que ejerce función pública, quien, adicionalmente, tiene el deber de declararse impedido cuando se encuentre incurso en una causal propia, como el conflicto de intereses, so pena de incurrir en conducta constitutiva de falta disciplinaria.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

«El conflicto de intereses podría definirse como aquella conducta en que incurre un servidor público, contraria a la función pública, en la que, movido por un interés particular prevalente o ausente del interés general, sin declararse impedido, toma una decisión o realiza alguna gestión propia de sus funciones o cargo, en provecho suyo, de un familiar o un tercero y en perjuicio de la función pública. Por ello, la norma exige que, ante la pugna entre los intereses propios de la función y los particulares del funcionario, éste deba declararse impedido, pues es la manera

⁶³ Aparte subrayado condicionalmente exequible mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, '... en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo'.

⁶⁴ Guía de la Administración Pública. Conflicto de Intereses del Servidor Público <http://www.funcionpublica.gov.co/guias>

⁶⁵ Consejo de Estado. Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00442-01(PI) providencia de 23 de febrero de 2017.C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio (E)



honestamente de reconocer la existencia de esa motivación y el deseo de cumplir con las funciones del cargo de manera transparente e imparcial.

El Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha interpretado el conflicto de intereses “como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público».

Así mismo, para que se configure el conflicto de intereses es necesario que el funcionario tenga dentro de sus funciones la actuación o la toma de la decisión respecto de la cual se atribuye el interés particular, de manera que su intervención en dicho asunto sea determinante para su resolución. No podría hablarse de conflicto de intereses si el asunto objeto de gestión o decisión no es de competencia del funcionario o no pertenece al ámbito de sus funciones. El conflicto de intereses es una conducta que atenta contra la transparencia y moralidad en la administración pública, y constituye evidente acto de corrupción, que no solo el ordenamiento interno sino el régimen internacional ha querido prevenir.”⁶⁶

De otro lado, la citada corporación precisó:

*«2. El conflicto de intereses
[...]*

La jurisprudencia coincide en interpretar el conflicto de intereses como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.

En la práctica las situaciones de conflicto suelen expresarse en prohibiciones, al igual que ocurre con las inhabilidades y las incompatibilidades y, por ende, la jurisprudencia tiene dicho que “su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica.

(...)

⁶⁶ Consejo de Estado. radicación 11001-03-25-000-2005-00068-00 (IJ) C.P. César Palomino Cortés.



Es en razón de este efecto que el conflicto de intereses no puede cimentarse en definiciones ambiguas, abstractas o que permitan un margen de subjetividad en su examen.»⁶⁷

El conflicto de intereses, al igual que los impedimentos y recusaciones, tienen su fundamento en la necesidad de preservar la objetividad en la toma de decisiones, a efectos de garantizar que los destinatarios de estas vean satisfechos la igualdad, imparcialidad y transparencia en el ejercicio de la función pública.

A diferencia de los impedimentos, en el conflicto de intereses, no hay causales taxativas para su manifestación; basta con que se argumente que hay un interés personal en la actuación que puede afectar la imparcialidad a la hora de tomar la decisión, para solicitar la separación de su conocimiento.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha definido el conflicto de intereses como:

“... un ejercicio de auto restricción del mismo servidor público, quien en su intimidad reconoce un potencial beneficio y luego lo transmite para que sean sus iguales quienes juzguen si dicha situación particular, en el marco de sus funciones, devela un provecho o ventaja personal”⁶⁸.

Ahora bien, esa auto restricción se expresa, en primera instancia, en el deber que tiene el servidor público de declararse impedido. Esta afirmación permite caracterizar el impedimento como el mecanismo procedimental para manifestar el conflicto de intereses y, de contera, para salvaguardar o proteger los principios esenciales de la función pública, en especial, de la independencia, imparcialidad y moralidad (artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, inciso final artículo 40 de la Ley 734 de 2002).

Así, los impedimentos se entienden como aquellas causas, circunstancias o hechos que pueden afectar la imparcialidad del servidor al momento de la toma de una decisión, razón por la que el legislador decidió consagrarlas en una norma, de tal manera, que quien se vea incurso en una de esas situaciones, lo manifieste para que se evalúe si se justifica la separación o no del funcionario de la respectiva actuación.

El impedimento debe entenderse como un acto unilateral, voluntario, oficioso y obligatorio ante la presencia de cualquiera de las causales taxativamente contempladas por la ley⁶⁹. Corresponde al servidor manifestar que su parcialidad está afectada para

⁶⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO., Bogotá, D.C., veintitrés (23 de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045)

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 29 de mayo de 2012. Expediente 11001-03-15-000-2010-01329-00(PI). Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH.



conocer y decidir determinada actuación, en tanto está en su fuero interno evaluar los hechos que la configuran.

No obstante la cantidad de causales de impedimento, es claro que el sinnúmero de supuestos contemplados no resulta suficiente para abarcar una casuística inmensa de situaciones en las que el servidor público se ve en medio de una yuxtaposición de intereses: Los generales que corresponden a su actuar y los particulares que derivan de su concreta individualidad. Dicho de otro modo, los impedimentos están creados para salvaguardar el interés general del particular, sin embargo, no cubre todos los casos en que puede existir una oposición entre estos en cabeza del servidor público que debe adoptar una determinada decisión estatal.

Por lo anterior es que en nuestra legislación se hace referencia a la declaratoria de conflicto de intereses *ad latere* de las causales de impedimento.

La solución, sin embargo, comporta una dificultad: La indeterminación de la expresión “*conflicto de intereses*”, pues a diferencia del régimen de inhabilidades con las cuales comparte *ratio legis*, no hay una referencia a supuestos delimitados, concretos y tal situación, *a priori*, puede resultar contraria al principio de tipicidad que se predica del derecho sancionatorio en general, y del derecho disciplinario en particular.

Es verdad sabida que la tipicidad disciplinaria no tiene el mismo contenido de la penal. La Corte Constitucional⁷⁰ ha indicado sobre el particular.

“La jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Corporación ha sostenido que los dos aspectos fundamentales que marcan las diferencias entre la tipicidad en el derecho penal delictivo y en el derecho disciplinario son: (i) la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las normas disciplinarias, y (ii) la amplitud de la que dispone el fallador disciplinario para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias en los procedimientos sancionatorios”.

De hecho, en esa misma decisión, la Corte fija las subreglas jurisprudenciales que deben tenerse en cuenta a la hora de caracterizar la tipicidad disciplinaria:

“(i) Debido al carácter sancionatorio del derecho disciplinario, la producción legislativa y los trámites disciplinarios se encuentran gobernados por el principio de tipicidad, de acuerdo con el cual, las conductas que se sancionan deben ser previstas de manera clara, expresa e inequívoca, a fin de disminuir los márgenes de discrecionalidad en su interpretación.

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Auto del 19 de junio de 2014. Expediente: 11001-03-28-000-2013-00011-00. Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS.

⁷⁰ Corte Constitucional Sentencia C-392/19. Magistrada Ponente: DIANA FAJARDO RIVERA



(ii) Sin embargo, en razón de la naturaleza de las conductas sancionadas, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la sociedad, el principio de tipicidad en el derecho disciplinario no opera con el mismo rigor que en el derecho penal, sino que admite cierta flexibilidad.

(iii) La anterior flexibilidad se manifiesta a nivel de la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las faltas típicas y en el plano de la amplitud de la que dispone el operador disciplinario para llevar a cabo el proceso de adecuación típica.

(iv) En relación con la precisión que se demanda de los tipos disciplinarios, el principio constitucional de tipicidad admite tipos en blanco y conceptos jurídicos indeterminados.

(v) Los tipos en blanco consisten en descripciones incompletas de las conductas efectivamente sancionadas, pero que, en todo caso, son susceptibles de ser complementadas por otras normas a las cuales remiten, a través de interpretación sistemática. Se caracterizan porque el reenvío es claro y no subsisten dudas acerca de los deberes, mandatos o prohibiciones, que estructuran la falta. **Por su parte, los conceptos jurídicos indeterminados son aquellas expresiones o vocablos contenidos en un tipo disciplinario que, si bien en principio pueden resultar imprecisos, su significado es determinable, gracias a los parámetros de valor o de experiencia incorporados al ordenamiento jurídico o a los criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, a los que reconduce.**

(vi) Respecto al margen de apreciación en la subsunción de la conducta, debido a las finalidades de derecho disciplinario, el operador dispone de una relevante amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica, al emprender la interpretación sistemática, en aras de identificar de manera completa el contenido de los tipos en blanco y, así mismo, al llevar a cabo los razonamientos orientados a hacer determinable un concepto jurídico indeterminado” (resaltado extraliterem).

Para la Sala es una premisa verdadera asegurar que el vocablo “conflicto de intereses” se refiere a un concepto indeterminado, por lo que, siguiendo la línea de la Corte Constitucional, debe precisarse a partir de baremos axiológicos o de experiencia que se hubieren incorporado al sistema jurídico.

Pues bien, para hacer el ejercicio de precisión de la conducta de conflicto de intereses, debe partirse nuevamente de los conceptos que se utilizan normativamente para referirse a dicho fenómeno. Si se vuelve nuevamente la mirada al precepto del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, se observa que se fijan dos adjetivos (términos valorativos



por antonomasia) que califican el interés malsano: Que sea particular y directo, expresiones que también aparecen en la noción que de conflicto de intereses nos hace el artículo 11.1 de la Ley 1437 de 2011.

La Sala parte del reconocimiento del interés como expresión que denota “*provecho, utilidad, ganancia*”, “*inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración*”, “*conveniencia o beneficio en el orden moral o material*”⁷¹. Además de exigirse que la conducta exteriorizada por el servidor público muestre esa inclinación de ánimo para cierta causa o decisión, es menester que aquel cumpla con dos calificativos: que sea particular y directo.

En cuanto a lo primero, el interés debe ser propio o correspondiente a un grupo de personas que resultan cercanas al servidor público, es decir, no es el interés general que lo motiva a actuar, sino que debe ser uno ubicado en el ámbito de un grupo determinado de personas (el propio funcionario, su cónyuge, su compañero o sus parientes). He aquí, en este primer adjetivo, en el que se centra el disvalor de la conducta, pues claramente se espera que quien actúa, en nombre y representación del ente estatal, se motive a ejecutar su comportamiento en procura de alcanzar los cometidos estatales que, por obvias razones, son de alcance general, buscan el bienestar de la sociedad o del mayor grupo de personas. No puede permitirse que se use la función pública para generar réditos al círculo íntimo del funcionario.

La Sala de Servicio y Consulta Civil del Consejo de Estado, en concepto de 28 de abril de 2004, tuvo oportunidad de referirse a esa característica del interés privado que debe concurrir y sobreponerse al interés público para que se pueda hablar con propiedad de una incursión en conflicto de intereses. Si bien en este concepto se hace referencia a la figura en cabeza de los congresistas, para quienes constituye una causal de pérdida de investidura, no es menos cierto que es aplicable al caso de la falta disciplinaria de servidores públicos en general, pues al fin de cuentas su *ratio* es la misma.

“Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas

1. ***Interés privado concurrente.*** *Debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido, para lo cual la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:*

Existencia: *Se configura el interés privado cuando hay “exigencia para la satisfacción de necesidades humanas” -Messineo, Tomo II, p. 10 -, lo cual*

⁷¹ Aceptación 1, 4 y 6 Diccionario de la lengua Española. 2021.



acontece cuando surgen v. gr.: **ventajas** o **provechos** representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo (como indemnización por daños o detrimento de derechos) o negativo (reparación de gastos), o de tipo enriquecedor (como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc.), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas (exoneración de obligaciones, cargas, etc.).

Juridicidad: Se da cuando el interés privado, protegible de ordinario, pero con la aptitud de afectar la transparencia, debido a que siendo actual y estando amparado por la ley puede perturbar el ánimo del interesado a actuar en su propio favor. Para ello debe tenerse en cuenta que el interés: 1) Es actual, cuando se ha adquirido y puede afectarse. De allí que por ausencia de este requisito quede excluido el interés futuro. 2) Es jurídico, porque se encuentra amparado por la ley. Por tanto, es inaceptable interés originado en el roce meramente social (v. gr. el de comunicación o trato) para generar conflicto de interés. y, 3) Es afectable, cuando puede extinguirse o modificarse el que se tiene. En cambio, no se da cuando el interés es inalienable (v. gr. La vida).

Privado: Se da cuando el interés es de naturaleza particular de manera inequívoca y, por lo mismo, se descarta cuando se actúa movido por el interés público o general -regulación abstracta en general-. El interés puede ser individual o colectivo, referido en el primer caso, por ej., a la propiedad particular y, en el segundo, al interés común de los propietarios en una urbanización.

Titularidad: El interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero (a), pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el caso bajo estudio.

2. **El interés público concurrente.** Para que este interés público concurrente pueda verse menoscabado, también se hace indispensable tener en cuenta aquellos aspectos que puedan afectar que sea el único determinante de la decisión; lo cual implica que en la misma persona que tiene un interés privado, también concurren estos requisitos:

a. Calidad de congresista; b. intervención en las deliberaciones y votaciones; c. proyecto de decisión de interés público; d. afectación particular sobre el interés directo del congresista”.



En relación con el segundo calificativo, es decir, que el interés sea directo, debe reconocer la Sala que son varios los pronunciamientos jurisprudenciales que se refieren a este término y le precisan su alcance. Así, lo primero que se advierte es que el interés no puede ser hipotético ni aleatorio, esto significa que se requiere que de la intervención del servidor público se derive el beneficio propio o para su grupo cercano, que no dependa de otras actuaciones o decisiones pues, de ser así, es claro que el interés particular ya no sería directo.

El Consejo de Estado ha descartado que el interés sea directo en casos en que, para obtener el provecho particular, además de la decisión o intervención del funcionario implicado se requiera que otra autoridad diferente profiera también un acto administrativo o tramite un procedimiento específico.⁷²

Por su parte la Corte Constitucional también ha señalado, en torno al interés directo que:

*«(i) individualizar los hechos constitutivos del interés, (ii) establecer el vínculo entre los hechos anteriores y la esfera de los intereses del juez y su círculo cercano, (iii) determinar la relación entre el objeto de la decisión y el interés del magistrado potencialmente afectado y (iv) ponderar el deber de asegurar la imparcialidad con otros intereses constitucionales, entre los que se encuentran, por ejemplo, la preservación, en manos de los jueces titulares elegidos conforme al proceso constitucional, de las competencias de control judicial. **En particular la Corte advierte que el interés debe ser (a) específico y no general, (b) personal y no meramente institucional, (c) cierto y actual, no eventual y futuro y (d) real - patrimonial o moral- y no meramente supuesto.**».*⁷³

Unas exigencias que han sido reiteradas en múltiples pronunciamientos⁷⁴, siendo uno de ellos de una didáctica ejemplar, las sentencias SU 373/19 y la C-1040 de 2005 en donde se llegó a afirmar que:

«Existe un interés directo, cuando el provecho que se obtenga por el parlamentario, sus familiares o socios en los términos previstos en la ley, no requiera para su

⁷² Cfr. sentencias: CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-37-000-2017-00003-01(PI)., Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Sentencia de veintisiete (27) de julio de dos mil diez (2010), Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01219-00(PI); Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia del 17 de octubre de 2000. C. P. MARIO ALARIO MÉNDEZ. Expediente No. AC- 1116; Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 19 de julio de 1991, Expediente AC-1433, C.P. Dr. DIEGO YOUNES MORENO; Sentencia proferida el 23 de marzo de 2010; expediente PI 000198-00; C.P. Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS B; Sentencia PI 0584 00 del 9 de noviembre de 2004 y Sentencia AC 3300 del 19 de marzo de 1996; CP: Dr. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

⁷³ Corte Constitucional. Auto 120 de 2016.

⁷⁴ *Ibidem*. Auto 498 de 2017, Auto 084 de 2018 y Auto 368 de 2018



demostración de actos, hechos o desarrollos posteriores que lo conviertan en hipotético o aleatorio”

De esta manera, la Sala infiere que el tipo disciplinario del conflicto de intereses tiene los siguientes elementos estructurales:

- (1) Un sujeto activo cualificado.
- (2) La existencia de un interés particular y directo (no hipotético ni aleatorio) en la regulación, gestión, control o decisión, por parte del servidor público, o cónyuge, compañero o compañera permanente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.
- (3) La prevalencia del interés particular sobre el interés propio de la función pública, esto es, el interés general
- (4) La inexistencia de una manifestación de impedimento por parte del servidor público, cuando el interés general entra en conflicto con un interés particular y directo del servidor público.

6.5. La facticidad probada

6.5.1. Sana crítica como sistema de valoración en el ordenamiento jurídico disciplinario

La certeza sobre los elementos de la responsabilidad disciplinaria, como son tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad deben surgir de las pruebas legal y regularmente aportadas durante la investigación. Las reglas sustanciales con las cuales, en cada caso concreto, se determinan las categorías citadas implican el cumplimiento de los requisitos de: (i) los elementos probatorios permitidos; (ii) el régimen de análisis; y, (iii) los niveles de certeza establecidos por el legislador para acreditar los factores que constituyen la responsabilidad⁷⁵.

En cuanto al régimen de análisis, es dable afirmar que la actividad de valoración de la prueba constituye una de las más importantes exigencias en la labor de impartir justicia, en la medida que es a partir, y a través de esta, que se construye la decisión definitiva. Así, sólo sobre los hechos debidamente probados, se pueden hacer las valoraciones jurídicas.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejera PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia de 6 de octubre de 2016, Radicación 2012-00681-00, Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.



La Ley 734 de 2002 ha instaurado como sistema de valoración probatoria el de la sana crítica. En efecto, en su artículo 141 dispone:

«[!]as pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica»

La apreciación conjunta exige la confrontación y conexión de las pruebas obrantes en la actuación, sólo así se puede concluir cuáles ofrecen credibilidad, confiabilidad y atención, o cuáles rompen la coherencia o no brinda certeza. Ninguna prueba tiene señalado un valor específico *a priori*, pues le corresponde al operador disciplinario examinarlas de forma conjunta, bajo las reglas de la sana crítica, que no son otras que las de la lógica, la experiencia decantada de la vida, el correcto entendimiento humano, el conocimiento científico afianzado, etc. Hermenéutica que le da un contexto al juez para asignar sentido a los datos que arrojan los medios de prueba⁷⁶.

La Corte Constitucional sobre el sistema de la sana crítica o de persuasión racional ha dicho que obliga al operador a establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia⁷⁷.

La doctrina, refiriéndose al sistema de valoración aludido ha dicho que:

«[!]as reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio»⁷⁸, son: «las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia»⁷⁹.

De esta forma, la sana crítica configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin la rigidez de la primera y sin la incertidumbre de la última; es una fórmula para regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Por supuesto, este será el sistema de valoración que se aplicará en el presente fallo, por expresa disposición legal.

6.5.2. De la prueba documental recaudada en audiencia

⁷⁶ Corte Suprema de J. S.C. Sentencia del 28 de junio de 2017. SC9193-2017. M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

⁷⁷ Corte constitucional, sentencia C-202 de 2005.

⁷⁸ ALSINA, Hugo (1956): Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, v. I: 760 pp.

⁷⁹ COUTURE, Eduardo (1979): Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, t. II: 478 pp.



Uno de los reparos que elevaron los defensores es que se habría levantado el velo corporativo con el recaudo de la prueba documental incorporada con miras a establecer la composición accionaria de unas sociedades que eran, a su vez, socias de firmas que conformaban Cartagena II o Terminal Andalucía, las cuales están directamente relacionadas con la concesión del puerto sobre el río Magdalena a la altura de Gamarra.

Lo primero que debe precisarse es que en la argumentación presentada en este punto se hace una confusión entre reserva legal y levantamiento del velo corporativo.

En lo que respecta al primer término, esto es, la reserva se refiere a la restricción que se tiene para acceder y, por ende, conocer el contenido de ciertos documentos. En este punto, el artículo 61 del Código de Comercio preceptúa que:

“Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente”.

Ahora bien, el levantamiento del velo corporativo es una herramienta mediante la cual se desconoce la figura societaria como ente protector de los socios y, de ese modo, considerar a éstos y a aquellos potenciales responsables o imponerle las consecuencias jurídicas por actos desplegados en nombre de la sociedad. Sobre este concepto tuvo oportunidad de expresar la Corte Constitucional en Sentencia C-865/04:

«cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o “disregard of the legal entity” o “piercing the corporate veil” cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación⁸⁰. Al respecto, ha sostenido la

⁸⁰ Véase, PINZÓN, Gabino. Op.Cit. Sociedades Comerciales. NARVÁEZ, José Ignacio, Op.Cit. Teoría General de las Sociedades. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Op.Cit. Personificación jurídica de la sociedad. REYES VILLAMIZAR, Francisco. Sociedades Comerciales en Estados Unidos, Editorial Doctrina-Ley, Bogotá, 1996. MOEREMANS. Daniel. Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital.



doctrina: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso»⁸¹.

Delimitado uno y otro concepto, salta a la vista que la Sala, en ningún momento, ha pretendido romper velo corporativo alguno. Su actuar ha estado motivado por un solo objetivo: Establecer si miembros de la familia PARODY D’ECHEONA fueron socios de aquellas sociedades que tenían participación directa o indirecta en Cartagena II o en la Sociedad Terminal Fluvial Andalucía S.A. pues claramente, de resultar cierta la aseveración, se podía entonces derivar un rédito en su favor con decisiones políticas o técnicas que tuvieran impacto económico en un puerto que fue dado en concesión a la última de las personas jurídicas referidas y, con ello, podía inferirse un interés malsano de las ministras si, a sabiendas de ello, hubieron participado en la adopción de una decisión en ese sentido.

Desde luego, la reserva documental sobre libros de comercio es otra cosa distinta. La Superintendencia de Sociedades⁸² señaló que el libro de accionistas y la información sobre la participación accionaria que consta en dicho libro deben calificarse como datos reservados, la cual puede ser conocida por los accionistas y por las personas autorizadas para ello.

La jurisprudencia⁸³ ha precisado que es posible acceder a datos de naturaleza reservada cuando sea un elemento probatorio pertinente, conducente y relacionado con el objeto de la investigación previa orden judicial, teniendo en cuenta la cláusula general de reserva judicial para la restricción legítima de los derechos fundamentales.

En el inciso tercero del artículo 148 del Código Disciplinario Único, se consagró lo siguiente:

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, para efecto del ejercicio de las funciones de Policía Judicial establecidas en el inciso final del artículo 277, el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales, en desarrollo de las cuales podrá

⁸¹ NARVÁEZ, José Ignacio. Op.Cit. Teoría General de las Sociedades. Pág. 41.

⁸² Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-202471 del 4-12-2018. <https://crconsultorescolombia.com/superintendencia-de-sociedades-libro-de-registro-de-accionistas-reserva-de-los-datos-contenidos-en-el-libro-de-registro-de-accionistas.php> 9/11/2020 11:00 p.m.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C- 1011 del 16 de octubre de 2008. M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.



dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal».

El artículo 116 de la Constitución Política, establece la posibilidad de que, excepcionalmente, la ley atribuya función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

El artículo 277 de la Constitución Política dispone que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tiene dentro de sus funciones, “6. *Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.*”, para cuyo cumplimiento la Procuraduría tiene atribuciones de policía judicial.

El inciso tercero del artículo 148 de la Ley 734 de 2002 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1121 de 2005⁸⁴, señalando que de su lectura era claro que dicha disposición confirió “*atribuciones jurisdiccionales al Procurador General de la Nación para dictar providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal*”, dispuso estarse a lo decidido en la sentencia C-244 de 1996.

En la sentencia C-244 de 1996⁸⁵ la Corte Constitucional sostuvo que la misma Constitución «*otorga a la Procuraduría General de la Nación, esto es, al Procurador General y a sus agentes y delegados, la facultad de ejercer funciones de Policía Judicial. Las que, según la norma impugnada, se dirigen exclusivamente a dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas...*» (subrayado fuera de texto), concluyendo que para el aseguramiento de pruebas en procesos disciplinarios pueden realizarse «*el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc, los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se le haya atribuido a la Procuraduría, en la norma que es objeto de acusación, funciones jurisdiccionales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 del Estatuto Superior*», norma que se cumple pues la Procuraduría General de la Nación es un organismo de carácter administrativo al que se le atribuyen funciones jurisdiccionales para un asunto concreto, como es la expedición de las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el proceso disciplinario, para cuyo ejercicio se advierte al Procurador General de la Nación y a los demás funcionarios de la entidad, que en el ejercicio de dichas funciones se «*deben respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos disciplinarios, haciendo uso de las funciones de policía judicial única y exclusivamente en casos absolutamente necesarios, para asegurar o practicar las pruebas*»

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 1125 del 1 de noviembre de 2005. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996. M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.



Si bien, el artículo 148 de la Ley 734 de 2002 señaló que el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales, no por ello puede afirmarse que exclusivamente pueden ser ejercidas por quien desempeñe dicho cargo, toda vez que las funciones que consagra el artículo 277 de la Constitución Política pueden ser ejercidas directamente o a través de sus delegados y agentes. Así lo expresó la Corte Constitucional al declarar exequible la atribución de facultades jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación, en concordancia con pronunciamientos emitidos por las altas cortes⁸⁶.

Como se sabe, el presente proceso disciplinario que en principio es de competencia del Procurador General de la Nación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7, numeral 22, del Decreto 262 de 2000, ese conocimiento fue delegado en su momento a la Sala Disciplinaria (hoy Sala Ordinaria de Juzgamiento) que, como se recordará, fue quien decretó las pruebas que se señalan como irregulares. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el inciso 3 del párrafo del artículo 7 del Decreto 262 de 2000 la delegación de dicha competencia solamente puede ser efectuada en el Viceprocurador General o en la Sala Disciplinaria, con lo cual, se satisface la exigencia de predeterminación o la condición de precisión de funciones jurisdiccionales al órgano administrativo, al estar previamente definidos los funcionarios que podrán ejercerla por disposición de la ley y en virtud de la delegación de los procesos que son de su competencia.

Además, en virtud de la figura de la delegación del conocimiento de los procesos de competencia del Procurador General de la Nación en el viceprocurador y en los procuradores delegados de la Sala Disciplinaria, lo cual es autorizado directamente por la Constitución Política en el artículo 277, el delegatario hace las veces del Procurador General de la Nación, al punto que lo vincula plenamente y lo representa en el ejercicio de las actividades realizadas; por lo tanto, el delegatario tiene las mismas facultades que tiene el Procurador General en el trámite de los procesos que son su competencia, entre ellas, las facultades jurisdiccionales que le fueron atribuidas.

De este modo, se puede entonces concluir que en los procesos disciplinarios de competencia del Procurador General de la Nación delegados a la Sala Disciplinaria o a procuradores delegados, éstos tienen la facultad de decretar la práctica de pruebas que requieren facultades jurisdiccionales, como es la de solicitar información reservada atinente a la composición accionaria de las sociedades.

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-429 del 2 de mayo de 2001, M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA; Consejo Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 22 de enero de 2015. Exp. No. 11001-03-25-000-2011-00439-00 (1689-11), C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1095 del 29 de abril 1998, C.P. CÉSAR HOYOS SALAZAR.



De otro lado, no puede pasarse por alto que con la promulgación de la Ley 2094 de 2021,⁸⁷ en su artículo primero señala que:

“Se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas; inclusive los de elección popular y adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la ley”.

Y, en el artículo 74, dispuso:

“Artículo 74. Reconocimiento y ejercicio de funciones jurisdiccionales. El reconocimiento y ejercicio de las funciones jurisdiccionales que se le atribuyen a la Procuraduría General de la Nación en esta ley, comenzarán a regir al día siguiente de su promulgación. En todos los procesos en los cuales se investiguen servidores de elección popular se adoptarán las medidas internas para garantizar que el funcionario que formule el pliego de cargos no sea el mismo que profiera el fallo, mientras entra en vigencia esta ley. Los expedientes disciplinarios contra servidores públicos de elección popular que, a la entrada en vigencia de esta ley, estén en curso en las personerías municipales serán enviados inmediatamente a la Procuraduría General de la Nación. A la Procuraduría General de la Nación le compete en forma privativa: conocer de los procesos disciplinarios contra sus servidores”.

La citada Ley creó tres salas disciplinarias, necesarias para garantizar el cumplimiento del principio acusatorio, del principio de la doble instancia y del principio de la doble conformidad, las que entrarán en vigencia el 29 de marzo de 2022, por lo que la Procuradora General de la Nación, con el fin de adoptar las medidas internas que permitan hacer efectivas dichas garantías y cumplir las competencias de esta sala, expidió las Resoluciones Nos. 207 del 7 de julio de 2021 -modificada por la Resolución 219 de 2021- y 217 del 14 de julio de 2021, las cuales distribuyen y organizan las competencias al interior de la Procuraduría General de la Nación para cumplir con la referida separación de funciones.

Ante la Sala Disciplinaria, cuya denominación cambió a Sala Ordinaria de Juzgamiento en virtud del artículo séptimo de la Resolución 207 del 7 de julio de 2021⁸⁸, se adelantó la presente actuación disciplinaria y, como consecuencia de lo previsto en la Ley 2094 de 2021 y en las resoluciones 207 y 217 de 2021, está vedado a una misma dependencia proferir pliego de cargos o citar a audiencia y emitir el fallo de primera

⁸⁷ «Por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones»

⁸⁸ Modificada por la Resolución 219 de 2021



instancia, razón por la cual para preservar el principio de imparcialidad del juzgador se reasignó la competencia de esta actuación disciplinaria a la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular, mediante la Resolución 253 del 27 de agosto de 2021.

Así entonces, en virtud de la Ley 2094 de 2021, por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019, en su artículo 1º en concordancia con el artículo 74 ibídem, la Procuraduría General de la Nación fue facultada para el ejercicio de funciones jurisdiccionales a partir del 30 de junio de 2021, con lo cual, tanto en el marco normativo anterior y mucho más claro con el actual, lo cierto es que la Procuraduría tenía y tiene la potestad de solicitar información que repose en los libros de comercio que tengan reserva legal.

Si alguna duda quedare, bajo el entendido de que se pudiere estar afectando el derecho fundamental a la intimidad de los socios en la medida en que se estaría accediendo a datos personales, ésta se despeja con el contenido del artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 que indica que no se torna necesaria la autorización del titular de los datos cuando se trate de

“a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;

b) Datos de naturaleza pública”

De esta manera, resulta necesario entonces resaltar que las solicitudes en torno a la información de socios de algunas sociedades que surgieron en esta investigación fueron realizadas con estricto apego a la ley y con respeto de los derechos fundamentales; además, dichos requerimientos estaban dirigidos única y exclusivamente a la búsqueda de la verdad real, en los términos del artículo 129 de la Ley 734 de 2002.

6.5.3. Análisis y valoración conjunta de las pruebas

El artículo 141 de la Ley 734 de 2002, en relación con la apreciación de las pruebas establece lo siguiente:

“Artículo 141. Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que esta se fundamenta”

La Corte Constitucional, en sentencia C-202 de 2005, ha precisado que el sistema de la



sana crítica o persuasión racional –a diferencia de otros sistemas de valoración probatoria⁸⁹, obliga al juzgador a establecer por sí mismo el valor de las pruebas con fundamento en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Estas reglas son las que debe tener en cuenta el funcionario que disciplina, toda vez que, de un lado, contribuye a que las conclusiones a que arribe sobre el valor o contenido de la prueba sean legalmente válidas y, de otro, impiden razonamientos discrecionales, arbitrarios en relación con el análisis y valoración de las pruebas.

Descendiendo al caso concreto, y como quiera que en el auto del 19 de junio de 2018 se realizó una valoración minuciosa de las pruebas recaudadas durante la indagación preliminar y apertura de investigación, la Sala por efectos metodológicos, centrará su atención en aquellas pruebas que fueron allegadas y practicadas durante el desarrollo de la audiencia pública y, de esta forma, contrastarlas con las que sirvieron de fundamento para la formulación de cargos. Veamos:

El 17 de septiembre de 2018, la abogada **MARTHA CLEMENCIA CEDIEL DE PEÑA**⁹⁰, que en *otrora* rindió un concepto jurídico requerido por las disciplinables sobre los hechos objeto de juzgamiento, fue escuchada en declaración y, en relación con el interrogatorio efectuado por el apoderado suplente de CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN, indicó que en el mencionado concepto realizó una revisión de las normas vigentes en materia de impedimentos así como de la documentación enviada, con el fin de establecer si los hechos que se sometieron bajo su consideración tuvieron la connotación de influir en la suscripción del Otro sí No. 3 y el Otro sí No. 06 al contrato de concesión 001 de 2010 Ruta del Sol - Sector 2. Al efecto, señaló que CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN, para la fecha en que suscribió el Otro sí No. 3, no desempeñaba el cargo de ministra y, en consecuencia, esos hechos no le pueden ser imputados.

La testigo indicó que resulta trascendental tener claro que cuando se hace referencia a las operaciones o actividades desplegadas por la familia PARODY, estas corresponden a actividades relacionadas con la operación de puertos y no de carreteras, siendo uno y otro, dos asuntos totalmente diferentes. Al respecto, precisó:

«Cuando la doctora Álvarez se declaró impedida para participar en ciertos

⁸⁹ El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos o el sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

⁹⁰ Confrontar en DVD visible a folio 1038^a, cuaderno 6



CONPES, la decisión que tuvo ese CONPES fue en decir: usted lo es, en tanto aquí se traten temas de actividad portuaria, pero no en lo que se refiere a la actividad de carreteras, puesto que tener un ministro de transporte que no hable de carreteras es lo mismo que no tenerla; sin perjuicio de reconocer que también la ANI tiene bajo su obligación el manejo de los puertos. Pero ella se declaró impedida y así se le aceptó y en dos o tres ocasiones se le nombró el reemplazo cuando se tocaba la actividad portuaria». (Minuto 0:14:47 a 0:15:49)⁹¹

Además, precisó que los ministros no tienen ninguna influencia en la celebración de contratos por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura, toda vez que la responsabilidad, por ley, recae en cabeza del representante de la ANI.

Frente a lo manifestado por la declarante, debe precisarse que en el cargo formulado a las disciplinables CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN y GINA PARODY D'ECHEONA no se les realizó reproche alguno en relación con la suscripción del *Otro sí* No. 3 y No. 6. En esa oportunidad, las conductas reprochadas se circunscriben a la aprobación del CONPES 3817 del 2 de octubre de 2014, el CONPES 3758 del 6 de agosto de 2013 y a la suscripción Resolución 2127 del 22 de julio de 2014, estos dos últimos respecto de la exministra CECILIA.

En efecto, en el auto de citación a audiencia se indicó:

[...] Aunque la respuesta dada por el CONPES aclara la naturaleza vinculante de los mismos, esta no ha sido contrariada en la imputación que aquí se está efectuando a la doctora ÁLVAREZ – CORREA, pues no se le ha atribuido ninguna responsabilidad por la celebración de otros íes o adiciones de contratos, sino por no apartarse de la discusión y aprobarlos [...]⁹²

Frente al interrogatorio efectuado por la apoderada de GINA PARODY D'ECHEONA, en lo que respecta al CONPES 3817 de 2014, precisó:

«**Preguntado:** [...] Usted encontró alguna referencia que dijera que se iba a realizar un puerto en alguna parte de Colombia? **Contestó:** No [...], por eso ya hice énfasis en que la actividad de la familia PARODY es en puertos y como operadora de puerto, no es constructora de carreteras y en ninguno de esos se trata el tema portuario. [...] la doctora Álvarez dice: yo me declaro impedida y le dice el gobierno: impedida, pero para los puertos, no se puede declarar impedida para las carreteras. [Minuto 0:25:43 a 0:26:30]⁹³

⁹¹ Confrontar en DVD que obra a folio 1038^a del cuaderno 6.

⁹² Confrontar en folio 694, cuaderno 4

⁹³ Confrontar en DVD que obra a folio 1038^a del cuaderno 6



Preguntado: Indíquenos [...] qué significa para usted “interés directo”. **Contestó:** el conflicto de intereses es la cosa más difícil de definir que exista, cuando hay un conflicto de interés [...] la verdad es que si yo estoy de ministra, se me puede volver conflicto de interés cualquier cosa, pero el conflicto de interés como aquello de tener un interés directo porque yo me voy a beneficiar o se va a beneficiar alguien de mi familia de una decisión que yo tome, indudablemente en el caso de la doctora ÁLVAREZ ni la doctora PARODY, porque la doctora PARODY no es socia de sus padres, de sus hermanos o de los que tengan la sociedad, por una parte, y la doctora ÁLVAREZ ningún beneficio sacaba de la parte de las carreteras y, tal vez, creo haber dicho en la declaración pasada que llama la atención, porque aquí hay algo un poco absurdo, que se dice que la familia PARODY había estado mirando el tema de los puertos y que había mirado no sé si el de Gamarra o alguno de esos y, tal vez, le decía yo al señor procurador, a ver, si mi familia vende corbatas y la carrera séptima va a pasar por la puerta del almacén [...] eso no significa que vaya a cambiar todo el trazado de la ciudad [...] es imposible estar en el tema de carreteras y no estar visualizando, oiga qué buena comunicación tiene o qué bueno si la carretera va a llegar hasta Gamarra, pero de ahí a que ella haya dispuesto o influido en que se extendieran unos ramales que, vuelvo y repito, estaban previstos desde un proyecto de muy atrás, es decir, la doctora PARODY y la doctora CECILIA ÁLVAREZ [...] llegan en un momento, en que ya era un proyecto que iba en marcha, ya esto estaba adelantado, la ANI lo había estudiado, lo miró el interventor, tenían evaluadores desde el punto de vista financiero [...] (Minuto 0:29:12 a 0:31:48)⁹⁴

Preguntada [...] Del análisis que usted hizo como perito, con su conocimiento y con su formación, ¿podría decir si existía o si existió algún interés directo de la familia de GINA PARODY en el análisis que usted hizo? **Contestó:** No [...] la familia PARODY tenía interés en los puertos, no me cabe la menor duda, ese es su negocio [...] pero en ese momento no había ninguna concesión portuaria para ser entregada, es decir, era una mera expectativa de todos los que operan puertos, respecto de lo que iba a pasar, de si había un puerto más que operar, pero nada tenía que ver la familia PARODY frente a una concesión en particular. [0:36:40 a 0:37:46]⁹⁵

Preguntado: ¿Usted conoció a qué se dedicaba la sociedad portuaria de Cartagena? ¿A qué clase de puerto? **Contestó:** a eso no le puse atención. Luego aclara: por supuesto el de Cartagena, sobre el mar [0:37:48 a 0:38:09].

Refirió que los puertos de Cartagena no se podían confundir con los puertos sobre el Río Magdalena y que desconoce si la operación de un puerto frente al río es igual a la operación frente al mar; aclara que la familia PARODY es operadora de puertos.

⁹⁴ Confrontar en DVD que obra a folio 1038^a del cuaderno 6

⁹⁵ Confrontar en DVD que obra a folio 1038^a del cuaderno 6



Señaló que cuando alude a que el interés y conflicto de interés debe ser concreto y particular, se refiere a que el interés sea sobre un objeto concreto como, por ejemplo, el interés que pueda tener en un cargo el cónyuge por los beneficios que pueda derivar de este.

De otro lado, refiere que el interés directo y personal, hace referencia a que, quien lo tiene, vaya a derivar algo de allí, mientras ello no ocurra, no existe ningún conflicto de interés. Fue clara en afirmar que el provecho tiene que ser actual, en tanto y en cuanto, en ese momento se puede tener intereses inmediatos con respecto al beneficio que se pueda sacar.

Así mismo, en ampliación de declaración, RUDOLF MANUEL HOMMES RODRÍGUEZ⁹⁶, manifestó:

Preguntado: le podría decir a la Procuraduría General de la Nación algunos ejemplos de cargos representativos o empresas donde usted se haya desempeñado como miembro de junta directiva, sean nacionales o extranjeras. **Contestó:** Sí, en la actualidad soy miembro de la junta de Bavaria de la Junta de Aerorepública Copa Colombia, de la Junta de la Sociedad Portuaria de Cartagena y de la Junta de la Sociedad Portuaria de Buenaventura. Y en el pasado, estuve en la de Banco Central Hipotecario [...] **Preguntado:** Por su experiencia general en esos casos que nos ha mencionado [...] ¿usted recibía remuneración por participar en las reuniones de junta directiva? **Contestó:** Sí. **Preguntado:** ¿es una práctica común en las empresas? **Contestó:** es práctica [...] **Preguntado:** Usted le podría decir a la Procuraduría si el hecho de ser miembro de junta directiva le confiere al miembro de la junta directiva la calidad de socio. **Contestó:** No. **Preguntado:** [...] en relación con la sociedad portuaria y la terminal fluvial Andalucía, ¿cuál es el estado de ejecución de ese proyecto, si lo sabe? **Contestó:** (...) Yo soy miembro de la portuaria de Cartagena, está parado el proyecto desde hace tiempo. Para que proceda a hacer las inversiones y a hacer efectiva (...) la concesión; en la junta nos hemos opuesto a eso, y hay una diferencia entre socios, la última reunión [...] quedamos en que iba a haber un análisis de los socios para ver si se seguía o no, pero la posición de los socios que yo represento es en contra y también la misma familia que ha sido siempre con la administración [...] **Preguntado:** Hay algo de infraestructura portuaria en esa zona en el momento en que se resolvió no continuar con la inversión. **Contestó.** No creo, yo nunca he estado en el terreno, lo que hay es un estudio y algunos son negativos, son contrarios a la inversión [Minuto 05:30 a 10:45]

A su turno, la defensa de GINA PARODY D'ECHEONA, en relación con lo expuesto por la Procuraduría en el folio 59 del pliego de cargos, donde se indicó que los hermanos LUIS

⁹⁶ Confrontar en DVD que obra a folio 1254^a del cuaderno 7



CARLOS y MANUEL ISAAC PARODY tenían inversiones en las sociedades Egeo I y Egeo III, donde el primero actuó como representante de Inversiones Egeo III S.A.S. según las actas de asamblea general ordinaria No. 31 del 8 de marzo de 2013 y No. 33 del 7 de marzo de 2014, realizó el siguiente interrogatorio a HOMMES RODRÍGUEZ:

Preguntado: *¿Usted ha sido representante de las sociedades Egeo I y Egeo III?*

Contestó: *No sé qué sociedades son las que yo represento, pero son de la familia PARODY.*

Preguntado: *Cuando usted habla de portuario de Cartagena, de la sociedad Portuaria de Cartagena S.A. hay dos sociedades que hacen parte de esa sociedad portuaria. Sobre esa base, ¿nos puede indicar qué sociedades son?*

Contestó: *Cartagena I S.A., Contecar, Sociedad Regional Portuaria de Cartagena.*

Preguntado: *¿Cuando las actas que hemos mencionado aquí, dan fe de la inexistencia de calidad de socios de la familia PARODY en la sociedad portuaria de Cartagena S.A., usted podría decir algo contrario?*

Contestó: *No conozco, la he visto pero no estoy seguro (...) entiendo que Cartagena I es socia o al revés; creo que Cartagena I es propiedad de una de las otras dos y de alguna de las personas que no sé quiénes son, las demás sí tienen toda la propiedad pero son casi todas sociedades.*

Preguntado: *¿Es decir, las accionistas de Cartagena II son sociedades?*

Contestó: *Las de Contecar y Sociedad Portuaria son sociedades, debe haber algunos individuos, pero son pocos.*

Preguntado: *Siendo miembro de la junta directiva en muchas de las sociedades que mencionó (...) ¿usted era socio de esas sociedades? ¿Nos puede explicar que es ser miembro de junta directiva de una sociedad?*

Contestó: *en las sociedades hay una jerarquía, que son los socios, los accionistas, la máxima autoridad es la Asamblea de Accionistas, esa asamblea nombra unos accionistas, se supone que son los representantes o candidatizados por socios, pero no los representamos.*

Preguntado: *¿Usted en esos casos recibía ganancias por las negociaciones que hiciera?*

Contestó: *no.*

Preguntado: *Cuando se menciona por parte de la Procuraduría que usted afirmó que los señores LUIS CARLOS y MANUEL PARODY D'ECHEONA en las mencionadas empresas informó sobre la participación de los citados señores consta en acta que el señor LUIS CARLOS y MANUEL PARODY D'ECHEONA, uno actuó como representante legal de Inversiones Egeo S.A. y otro actuó como miembro suplente de junta directiva.*

¿Se puede homologar esto a socios de la sociedad?

Contestó: *No.*

Preguntado: *Esos cargos, en particular, ¿tienen alguna ventaja por las negociaciones que haga Egeo I o Egeo III?*

Contestó: *NO.*

Preguntado: *¿Usted conoció a Egeo I en algún momento?*

Contestó: *pues yo tuve que ver [...] le voy a hacer una aclaración [...] en la sociedad portuaria de Buenaventura sí me han dado un contrato por una gestión que hicimos, pero eso es independiente del cargo.*

Preguntado: *Si al afirmar que son miembros de junta directiva o representante legal, tenían algún beneficio extraordinario por las ganancias de las sociedades?*

Contestó: *Yo creo que no, lo tendrían los socios. Ellos es posible que tuvieran alguna remuneración, pero dudo, por lo general en empresas familiares no remuneran a los miembros.*

Preguntado: *¿Usted ha sido representante legal de sociedades dentro de Cartagena II o de la Sociedad Portuaria de Cartagena?*

Contestó: *No.*

Preguntado: *¿Usted ha sido socio de Fluvial Andalucía?*

Contestó: *No.*



Preguntado: ¿Usted ha representado a alguien dentro de Fluvial Andalucía?
Contestó: No. **Preguntado:** Es decir, ¿su participación se circunscribe solamente al tema de la representación en Cartagena II? **Contestó:** No, en las juntas, yo estoy en dos de las juntas, yo creo que en Contecar y en la sociedad portuaria, eso se maneja en una sola junta. **Preguntado:** ¿Cuando usted habla participación, se refiere a que usted tiene la calidad de socio? **Contestó:** No señora, yo soy miembro de junta. **Preguntado:** ¿Eso quiere decir, que cuando usted habla de participación, en algún momento, de Luis Carlos o del señor MANUEL PARODY, lo realizó en la misma connotación? ¿Como miembro de junta o como representante? **Contestó:** A mí no me consta que el uno haya sido, supongo que sí, pero no tengo idea; lo que sí sé es que los socios de esas compañías probablemente también son compañías, o sea, son otras sociedades. [Minuto 11:00 a 19:30]

Pregunta la Sala a este mismo testigo:

Sírvase precisar, usted manifestó que los señores MANUEL y LUIS son socios de la Sociedad Cartagena II y que usted representó los intereses de la familia PARODY en esas juntas directivas. En concreto, cuál fue la representación que hizo de ellos en forma específica. **Contestó:** Ya dije que entiendo que los socios de la sociedad portuaria y de Contecar, probablemente los de Cartagena II son sociedades, no son personas. No conozco la composición accionaria de esas sociedades para poder decir algo sobre eso; sí tienen que ver con la familia PARODY porque ellos, a través de las sociedades, me candidatizaron a mí para ser miembro de la junta, de esto hace ya casi nueve (9) años y eso me lleva a decir que, en efecto, estaba yo nombrado allí por indicación o por candidatura de la familia PARODY. **Preguntado:** usted nos puede precisar las condiciones de esa representación; es decir, cómo fue contratado. **Contestó:** eso no tiene contrato. Es un nombramiento de la sociedad que se acepta o no se acepta. No tiene ningún requisito de ley, no tiene inhabilidades (...) y hay una remuneración que ellos mismos dictan. **Preguntado:** ¿Podría precisarnos quién paga esa remuneración? **Contestó:** La sociedad portuaria. Esos son honorarios de Junta. **Preguntado:** ¿no tiene ningún documento, respecto de eso? **Contestó:** Pues la declaración de renta, que declaro todos los años. **Preguntado:** ¿las condiciones de representación, se dispusieron de qué manera? ¿De manera verbal? **Contestó:** [...] Me preguntaron si me interesaba y yo les dije que sí. [minuto 19:41 a 22:23].

Aclara posteriormente: [...] lo interesante de esto, de ser miembro de junta es que uno no representa en la junta a los que lo nombraron sino su obligación es estar velando por el interés de la compañía y eso es por ley. **Pregunta la Sala:** ¿usted nos puede precisar si usted, en particular, en la realización de las labores propias como miembro de la junta directiva conoció alguna información que, en concreto, le asegure que los hermanos PARODY eran socios de alguna de esas sociedades? **Contestó:** Yo sé, que a través de otras compañías pueden ser socios, pero no creo que sean socios directamente. **Preguntado:** ¿Conoce las condiciones actuales del



desarrollo de la vía Gamarra-Ocaña? **Contestó:** Tuvimos esa discusión en la última junta, que no sé, no quedó en acta por la decisión que se llevó a posponer, de que se ha adelantado el diseño de la carretera y de que el gobierno ya está contratando nuevos constructores. **Preguntado:** Usted habló del trámite de una concesión y que había una exigencia por parte de Cormagdalena. ¿La concesión fue otorgada? **Contestó:** No, hay que llenar un trámite, esa concesión todavía no está perfeccionada. **Preguntado:** ¿En qué grado de evolución o de trámite se encuentra? **Contestó:** No sabría decirle exactamente, pero hay que cumplir unos plazos que no se han cumplido, precisamente, ese fue el objeto de discusión, que hay socios que quieren que no se continúe. **Preguntado:** ¿Las condiciones legales y jurídicas que comprometen a quienes empezaron a tramitar la concesión en qué estado se encuentran? Es decir, qué responsabilidad existiría frente a Cormagdalena. **Contestó:** Eso es la administración y la compañía tiene una responsabilidad, la negativa a continuar podría tener consecuencias de multa pero pensando que también hay razones de fuerza mayor que podrían explicar que no se continúe. **Preguntado:** Pero existe una situación cierta sobre la concesión que obliga a la sociedad o existe apenas un trámite. **Contestó:** un trámite y obliga a la sociedad a continuar, pero no obliga a Cormagdalena a concederlo. **Preguntado:** ¿No hay derecho de desistimiento por parte de la sociedad frente a esto? **Contestó:** [...] eso dijo la administración que si nos retirábamos tendríamos que pagar una multa y algunos de los socios piensan que estarían felices de pagar la multa y no seguir con esa inversión. **Preguntado:** ¿Cuál es la razón, si se puede conocer? **Contestó:** La mayor parte porque creían que no era buen negocio. A título personal, pienso y si mi lo permiten, que sería muy inconveniente que la compañía siguiera con eso, por este proceso. [Minuto 22:50 a 27:17].

La defensa interroga al declarante de la siguiente manera:

Preguntado: ¿Dentro de la sociedad portuaria, usted ha mencionado a LUIS y a MANUEL PARODY, usted sabe qué porcentaje podrán tener las sociedades que ellos eventualmente tengan alguna relación? **Contestó:** Si no estoy mal es 24.6%. **Preguntado:** ¿Ni MANUEL ni LUIS PARODY, son socios de Cartagena II, a título personal e individual?. **Contestó:** Yo estoy casi seguro de que no. [Minuto 27:25 a 28:15].

Concluye el interrogatorio la defensa de CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN así:

Preguntado: ¿la junta directiva de estas sociedades, la elige la Asamblea, eso es de acuerdo con los estatutos que son los que rigen la vida de las sociedades, usted recuerda si los estatutos de la sociedad portuaria de Cartagena se establece la remuneración de la junta directiva? **Contestó:** pues no recuerdo, eso lo establece la asamblea. **Preguntado:** y en los estatutos dice que la Asamblea es la que fijará la remuneración de la junta y esa remuneración ¿es correcto decir que se hace a favor de todos los miembros de la junta directiva? ¿Independientemente de quién los haya postulado? **Contestó:** Así es. **Preguntado:** De acuerdo con su



experiencia, en las sociedades anónimas, ¿cómo se acredita quiénes son los socios de esas sociedades anónimas? Contestó: pues por la Cámara de Comercio. Preguntado: ¿Qué papel cumple los libros de registro de accionistas en estos casos? Contestó: deben ser los mismos de la Cámara de Comercio. Preguntado: Es decir, ¿los socios son los que están en el registro del libro de accionistas? Contestó: [...] mejor dicho, los que aparecen en la Cámara de Comercio están en el libro de accionistas. Preguntado: Usted le dijo a la procuraduría igualmente que usted había sido propuesto dentro de una plancha a la junta directiva, ¿usted recuerda quiénes más están en esa plancha de junta? Contestó: No me acuerdo de todos los nombres, [...] hay una cosa importante, aquí hay principales y suplentes y son numerarios, [...] yo no soy suplente de cualquiera que falte, del último, yo soy suplente y si falta el primero, no lo reemplazo yo soy el cuarto o quinto, [...] es para proteger a los que tienen la mayoría, ¿quiénes están? Está el doctor ANÍBAL OCHOA [Minuto 27:28]

Ahora bien, **ANDRÉS QUINTERO MÚNERA**, representante legal suplente de la sociedad Egeo I (desde el año 2015) y miembro de la junta directiva de la sociedad Egeo III, al ser interrogado por el apoderado de GINA PARODY, indicó conocer a los hermanos MANUEL PARODY y LUIS CARLOS PARODY D'ECHEONA (hijo) y LUIS ALFREDO PARODY BERMUDEZ (Padre).

Aseveró que los citados hermanos no han tenido participación accionaria en las sociedades Egeo I y Egeo III, no han recibido cesión de acciones de dicha sociedad. Sin embargo, sí han tenido alguna relación con dichas sociedades, pues, fueron en algún momento administradores de la sociedad Egeo I. Precisa que no son propietarios ni accionistas.

Asevera que el directivo o administrador no tiene participación en la sociedad. Precisa que la participación societaria se da con ocasión del aporte de un capital a la sociedad, lo que convierte al aportante en socio y, de paso, le confiere a quien participe de los derechos propios de un accionista: Algunos de carácter económico, otros como la participación en las deliberaciones de las asambleas, percibir dividendos, etc.

Es claro en afirmar que la participación en la junta directiva se da con ocasión de un contrato de prestación de servicios y que la participación del directivo en la junta permite, a través del aporte de conocimiento, contribuir a la buena marcha de la sociedad. Mientras el accionista tiene la expectativa de percibir dividendos o utilidades por tratarse de un contrato meramente oneroso; el directivo simplemente tiene la expectativa de percibir los honorarios que estatutariamente estén consagrados por su participación en la junta directiva, sin que esté vinculado en ningún momento a los resultados del desarrollo de las actividades de la sociedad.

El señor QUINTERO MÚNERA indicó que, además de ser representante legal suplente de



la Sociedad Egeo I y miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Egeo III, fue miembro de la junta directiva de la Sociedad Portuaria Cartagena II, entre los años 2010 y 2014, como también su asesor legal. Fue enfático en señalar que los hermanos PARODY D'ECHEONA no han sido socios de la Sociedad Portuaria Cartagena II.

Las manifestaciones realizadas por el declarante, en lo que concierne a la inexistencia de participación de los hermanos PARODY D'ECHEONA, encuentran respaldo probatorio con el Certificado de Existencia y Representación expedido por Cámara y Comercio de Cartagena, del 22 de marzo de 2011, el cual obra dentro de la carpeta contentiva de los documentos relacionados con el Contrato 03-0005-2015 – “TF. ANDALUCIA”, donde figuran como Representante Legal y miembros de la junta directiva de la **Sociedad Cartagena II S.A.**, los siguientes:

Representante Legal	Suplentes
ALFONSO SALAS TRUJILLO (Gerente)	ANÍBAL OCHOA ESCOBAR (primer suplente) ÁNGELA MARÍA SÁNCHEZ (Segundo

Miembros principales Junta Directiva	Suplentes
ANÍBAL OCHOA ESCOBAR	SERGIO ESPINOSA POSADA
ALFONSO SALAS TRUJILLO	ANÍBAL OCHOA CHÁVEZ
GERARDO RUMIE SOSSA	JAIRO ESPITIA PARRA
LUIS GENARO MUÑOZ	CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN
RUDOLF HOMMES	ANDRÉS QUINTERO MÚNERA

En el mismo sentido, se pudo acreditar probatoriamente que los hermanos PARODY D'ECHEONA⁹⁷, no tienen participación accionaria directa en la sociedad Cartagena II S.A. (Nit. 900087151-2). Así, si se verifica con los respectivos libros de socios se obtiene como información accionaria de esta persona jurídica la siguiente:

Accionista	%Participación
Alcaldía de Cartagena	2,11275
La Nación	1,81629
Fiduciaria Davivienda S.A.	1,83997
Bustamante Restrepo y Cía S en C	0,00003
Cartagenera de desarrollo Espinosa Dávila y Cía S en C	0,00003
FJ Rumie y Cia S en C	0,00003

⁹⁷Ver registros civiles de nacimiento. Folios 574-576 del cuaderno No. 4



Accionista	%Participación
Ingeniería y asesorías integrales Inverlyn SAS	0,00003
Promotora de inversiones catageneras ltda -Promincar ltda	0,00003
Inversiones Cubita ltda	0,00003
Inversiones Cavalier Hernández y Cía S en C	0,00003
Cesar Rojas Franco	0,00003
Banco Popular SA	0,18207
Alpopular	0,25731
Espitia Roman y Cía S en C	0,00003
Dimarco Enterprises Ltda	0,00003
Romen INC	2,10278
Finaciera Alghero S.A.	2,24461
Inversiones Egeo I S.A.S	10,91208
Arganeo SAS	5,45605
Sextante Inversiones Portuarias S.A.S	5,45605
Kompass Rose S.A.S	0,76625
Atelia Global Corp.	0,00003
Inversiones Mobex SAS	6,29999
Interconnect Port Investmens Inc	0,00003
Inversiones Cangrejo Azul SAS	60,55346

En relación con la **Firma Terminal Fluvial Andalucía**, el deponente QUINTERO MÚNERA indicó que solo conoce el proceso de su formación y sus socios. Dice que nació a la vida jurídica por una solicitud que en su momento hizo la sociedad Cartagena II a Cormagdalena en relación con la solicitud de una concesión fluvial en el Río Magdalena, la cual terminó siendo constituida mayoritariamente por la Sociedad Cartagena II, cerca del 94 o 95% y, el 5% restante repartido entre cuatro empresas más del grupo de la sociedad portuaria de Cartagena. No hacían parte de dicha terminal las sociedades Egeo I y Egeo III.

De acuerdo con las pruebas documentales allegadas al expediente, se pudo constatar que la Junta directiva de la Sociedad Portuaria de Cartagena II S.A, en sesión del 25 de marzo de 2011, autorizó al Representante Legal de la citada sociedad para adelantar el trámite correspondiente ante Cormagdalena y para constituir una sociedad donde radique la titularidad de la concesión portuaria.

Debe señalarse que, para la fecha en que se realizó la solicitud de la concesión portuaria -25 de marzo de 2011-, CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN quien había sido designada como miembro suplente de la Junta Directiva de la citada Sociedad Portuaria Cartagena II S.A., ya no se encontraba en la Junta, situación que puede evidenciarse en el acta de Junta Directiva No. 46.⁹⁸

⁹⁸ Miembros principales: ANÍBAL OCHOA, ALFONSO SALAS TRUJILLO, GERARDO RUMIE SOSSA, RUDOLF HOMMES y



En relación con la calidad de “socio” dentro de una sociedad, el señor ANDRÉS QUINTERO MÚNERA señaló lo siguiente:

«El único socio de una sociedad es la persona que se ha vinculado a través de un aporte de capital a la misma, puede que esta persona que se haya vinculado sea una persona jurídica, caso en el cual, una persona jurídica es socia de otra persona jurídica, que es perfectamente viable, o cuando una persona natural lo ha hecho (...) De ahí para atrás, si la persona jurídica tiene a su vez socios suyos, ellos son sus socios, pero no hay a la vez una transmisión de la condición de socio, no por ser yo socio de una sociedad de una persona jurídica, mis socios terminan siéndolo. La definición de socio se limita al contacto directo, relación jurídica directa entre socio y sociedad [Minuto 1:09:38 a 1:10:39]⁹⁹

Aseveró que la Sociedad Portuaria de Cartagena y la Terminal Fluvial Andalucía no tienen como socios a personas naturales. Al respecto, esta Sala pudo verificar que en las Asambleas Generales Ordinarias de Accionistas de la Sociedad Cartagena II S.A.¹⁰⁰, que a continuación se relacionan, no figuran como accionistas miembros de la FAMILIA PARODY D'ECHEONA, sino las sociedades que MANUEL PARODY representaba en ese momento:

Accionista	% Participación
Fideicomiso Fiducor S.A.	0.61
Inversiones Egeo I S.A.S.	10.61
Inversiones Egeo III S.A.S.	1.71
Inversiones Mobex S.A.S.	6.03
Inversiones Portuarias Cartagena S.A.S.	9.67

Asamblea General Ordinaria de Accionistas No. 11 7 de marzo de 2014		
Accionista	Representante	% Participación
Inversiones Egeo III S.A.S.	MANUEL PARODY	1.71%

Asamblea General Ordinaria de Accionistas No. 15 11 de marzo de 2016		
Accionista	Representante	% Participación

como suplentes: Primer suplente, SERGIO ESPINOSA POSADA; segundo suplente, ANÍBAL OCHOA CHÁVEZ; tercer suplente, JAIRO ESPITIA; cuarto suplente, ANDRÉS FLÓREZ y quinto suplente, ANDRÉS QUINTERO.

⁹⁹ Confrontar en DVD que obra a folio 1038ª del cuaderno 6

¹⁰⁰ Confrontar en DVD que obra a folio 2 del cuaderno anexo No. 1



Alpopular	MANUEL ISAAC PARODY	0.26%
Banco Popular S.A.	MANUEL ISAAC PARODY	0.18%
Inversiones Egeo I S.A.S.	MANUEL ISAAC PARODY	10.91%

Asamblea General Ordinaria de Accionistas No. 15 11 de marzo de 2016		
Accionista	Representante	% Participación
Alpopular	MANUEL ISAAC PARODY	0.26%
Banco Popular S.A.	MANUEL ISAAC PARODY	0.18%
Inversiones Egeo I S.A.S.	MANUEL ISAAC PARODY	10.91%

Ahora bien, esta información se complementa con los libros de socios que indican que la composición accionaria de esta sociedad era la siguiente para noviembre de 2017:

Accionista	% Participación
o Cartagena II SA 900087152-2 94%	94
o Sociedad Portuaria Regional de Cartagena SA 800200969-1 1%	1
o Terminal de contenedores de Cartagena SA 800116164-0 1%	1
o Sociedad portuaria operadora internacional SA (antes IMPOXMAR SA) 890401435-0 2%	2
o Cía Estibadora Colombiana SAS 806013873-3 2%	2

Como puede observarse, MANUEL ISAAC PARODY, para la fecha en que fue suscrito el CONPES 3817 del 2 de octubre de 2014, representaba a la Sociedad Inversiones Egeo III S.A.S., la cual era accionista de la Sociedad Portuaria Cartagena II, precisando que, conforme a las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, su participación fue como Representante Legal. De hecho, la máxima participación accionaria de las sociedades que él llegó a representar en una asamblea general fue el 28,63% de las acciones (Asamblea del 25 de febrero de 2011)

Debe señalarse que, en virtud de lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008¹⁰¹, a falta de estipulaciones, se entenderá que el representante legal podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos contenidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Lo anterior, para mencionar que, si bien es cierto MANUEL PARODY D'ECHEONA, como

¹⁰¹ Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificadas



directivo de la sociedad Inversiones Egeo III S.A.S. podía celebrar actos y contratos, estos solo se podían circunscribir a los que tuvieran relación con el objeto social de la sociedad bajo su representación, no así, en relación con aquellos actos y contratos que tuviesen relación con el objeto social de la Sociedad Portuaria de Cartagena II, pues, no era su representante legal, ni tampoco se demostró que haya fungido como miembro de la junta directiva o socio, tal como pudo evidenciarse con los certificados de existencia y representación de la Cámara de Comercio allegados a la actuación.

En el cuestionamiento que se realiza por el tema de interés directo frente a las inhabilidades e incompatibilidades, QUINTERO MÚNERA señaló que la expresión “interés directo” tiene múltiples entendimientos; cuando se habla normalmente de interés, se hace alusión a una relación de importancia, de atracción de un sujeto (el interesado) respecto de una situación o de un objeto que, precisamente, atrae ese interés o esa importancia que se le confiere.

Además, refirió que jurídicamente se habla de “interés”, cuando existe una relación entre un sujeto y una circunstancia que se vinculan de una forma determinada, esa vinculación será en tanto y cuanto en ella no medien ni sujetos ni objetos que alteren la ruta de contacto entre el sujeto interesado y el objeto en el cual recae el interés.

Contextualizándolo, al caso en particular, el declarante indicó:

«Hay interés directo, en el ámbito jurídico, por ejemplo, en una concesión es el que tiene quien aspira a recibir dicha concesión, a que le sea adjudicada esa concesión» (Minuto 1:13:05 a 1:13:29)¹⁰²;

Interrogado sobre la existencia de algún interés en alguna concesión portuaria por parte de los hermanos PARODY D'ECHEONA, manifestó que a ellos no les asistía ningún interés.

Concretamente, precisó que las sociedades Egeo I y Egeo III no fueron beneficiarios de ninguna concesión portuaria, ni pudieron haberlo sido, dado que su objeto social estaba delimitado a la inversión.

Agregó que, en materia de concesiones, en este país se requiere que el objeto especial de la sociedad aspirante o ejecutora de un proyecto de concesión portuaria o fluvial, tenga dentro de su capacidad jurídica el desarrollo de esa actividad.

Aseveró que los hermanos PARODY D'ECHEONA, en su condición de directivos, no tenían

¹⁰² Confrontar en DVD que obra a folio 1038^a del cuaderno 6



interés directo en la concesión de la Terminal Fluvial Andalucía, apoyando su manifestación en lo que entiende por interés directo, toda vez que para un directivo de una sociedad como Egeo sería imposible predicar un interés directo de “quien es un directivo de una sociedad que, a su vez es accionista de otra sociedad y en un escalonamiento, que lo que hace es fracturar evidentemente la relación directa del interés”.

También precisó que Egeo I y Egeo III, originalmente eran S.A.S de manera separada y, posteriormente, para el año 2014, en virtud de un proceso de fusión Egeo I absorbió a Egeo III, subsistiendo únicamente Egeo I.

La anterior afirmación se pudo confirmar a través del Registro Único Empresarial y Social “RUES”, de la Cámara de Comercio de Bogotá, recaudado en la visita practicada por la Procuraduría a Confecámaras el 24 de abril de 2018. En dicho certificado consta:

«Que por documento privado de accionista único del 11 de diciembre de 2009, inscrita el 11 de diciembre de 2009 bajo el número 01346840 del Libro IX, se constituyó la Sociedad Comercial denominada Inversiones Egeo III S.A.S.

Que por escritura pública No. 805 de la Notaría 26 de Bogotá, D.C., del 30 de mayo de 2014, inscrita el 16 de junio de 2014 bajo el número 01844382 del Libro XI, la sociedad Inversiones I Egeo S.A.S. (absorbente) absorbe mediante fusión a las sociedades Inversiones Egeo III SAS, Stalbein Investments S.A., Franklin & Garamond Corp. Sociedad extranjera (absorbidas) la cual se disuelve sin liquidarse.

[...] Que por acta No 39 de Asamblea de Accionistas del 30 de enero de 2015, inscrita el 6 de marzo de 2015, bajo el No. 01918167 del libro IX, fue nombrado:

Nombre	Identificación
Primer renglón PARODY D'ECHEONA MANUEL ISAAC	C.C. 000000079156473
Segundo renglón QUINTERO MÚNERA ANDRÉS	C.C. 000000019439884
Tercer renglón SUÁREZ LATORRE MARÍA CAROLINA	C.C. 000000039783993

[...]»

El declarante QUINTERO MÚNERA, señaló también que la vinculación de los hermanos PARODY a la sociedad Inversiones Egeo I continúa siendo en el nivel “directivo”, y hace énfasis en que estos nunca han sido socios ni al momento de su constitución, ni en la vida simultánea de las dos sociedades, ni después de la absorción. Aclara que LUIS



CARLOS PARODY fue miembro de la junta directiva de Egeo I por un corto período, y que MANUEL PARODY lo fue por más tiempo y aún lo es -a la fecha declaración 17.09.2018-.

La apoderada de GINA PARODY D'ECHEONA, dentro del interrogatorio que viene realizando a ANDRÉS QUINTERO MÚNERA, hace lectura del siguiente aparte del pliego de cargos:

«La participación de los hermanos LUIS CARLOS y Manuel PARODY D' ECHEONA en las sociedades Cartagena II S.A. y Sociedad Portuaria de Cartagena S.A., a través de las empresas Egeo I S.A.S y Egeo III S.A.S, las cuales a su vez eran accionistas de la sociedad Terminal Fluvial Andalucía S.A.»¹⁰³

Frente a ello, el deponente QUINTERO MÚNERA respondió:

«Aquí la cadena tiene que distinguir naturaleza jurídica de sus eslabones, para decirlo de alguna forma y voy a arrancar del extremo final y me devuelvo porque es más fácil entenderlo así, la sociedad Terminal Fluvial Andalucía es una sociedad que tiene por socios a Cartagena II y cuatro sociedades restantes [...]. Hay una persona jurídica: Terminal Fluvial Andalucía, que tiene cinco (05) socios que son esas sociedades; dos de ellas: Cartagena II y Sociedad Portuaria de Cartagena que son sus controlantes tiene; a su vez, dentro de su composición accionaria -estoy hablando de la relación ya explicada de socio- no de directivo, tienen dentro de su composición hoy, a la sociedad Egeo I y antes en el binomio antes de la absorción Egeo I y Egeo III, hasta ahí la línea es de participación accionaria.

Cuando vamos ya a las Egeos, los señores PARODY no son accionistas, de ahí se rompe o cambia la calidad del eslabón, porque ya no es la naturaleza jurídica de participación societaria. Los señores PARODY, como lo he expuesto largamente en mi intervención son o fueron directivos de Egeo. Luego, los dos primeros tramos son: uno vinculación accionaria y el segundo es una vinculación de prestación civil de servicios en calidad de directivo.

En ese orden de ideas no puede afirmarse, sería un exabrupto jurídico que un directivo de una sociedad termine siendo por vía indirecta accionista de la sociedad en la que la sociedad de la que él es directivo es a su vez socia.

¹⁰³ Página 33 auto de citación a audiencia pública. Cuaderno No. 4



Ahí no puede haber esa cadena, ni siquiera a título indirecto, simplemente, el directivo es directivo, podrá ser lo que sea, la sociedad donde él esté podrá armar la telaraña más compleja de participación societaria, pero nunca su condición de directivo le va a dar jurídicamente la condición, ni directa ni indirecta, ni el interés para hablar en la terminología que se me acaba de preguntar [...] en las sociedades en las que participe aquella sociedad de la que es directivo. [minuto 1:19:04 a 1:21:57]¹⁰⁴

En este punto vale la pena señalar que la prueba documental nos permitió conocer la composición accionaria de las sociedades mencionadas por este testigo en tres momentos diferentes: 6 de agosto de 2013, 22 de julio de 2014 y 2 de octubre de 2014 y en efecto, como lo refiere el declarante, en ninguno de esos instantes, algún miembro de la familia PARODY aparece como accionista.

Composición accionaria 6 de agosto de 2013

Accionista	% Participación
Stalbein Investment SA	97,73
Cía. Transportadora SAS	1,55
Nautiport SAS	0,36
Port Investment SAS	0,36

Composición accionaria del 22 de julio de 2014

Accionista	% Participación
Trerice Investment Corp.	48,598
Carol corporation	48,598
Sverige investment inc	2,8
Nautiservicios sas	0,004

Composición accionaria del 2 de octubre de 2014

Accionista	% Participación
Trerice Investment Corp.	48,6
Carol Corporation	48,6
Sverige Investment Inc	2,8

¹⁰⁴ Confrontar en DVD que obra a folio 1038^a del cuaderno 6



Finalmente, al ser preguntado el testigo por los predios Andalucía, La Bacana y La Esperanza, señaló que Egeo I no tiene activos inmobiliarios. Y frente a la pregunta de la apoderada en relación con predios en Aguachica, Agua Clara, Gamarra y Puerto Viejo, el declarante insiste que no hacen parte de la sociedad Egeo I, toda vez que esta sociedad no tiene activos inmobiliarios.

El procurador delegado que presidía la audiencia realizó la siguiente pregunta:

*Preguntado: ¿Egeo III ha tenido activos inmobiliarios? Contestó: No.
Preguntado: Los señores LUIS CARLOS Y MANUEL PARODY han sido socios de la sociedad portuaria de Cartagena y/o de Cartagena II? Contestó: NO
[Minuto: 1:23:32 a 1:24:03].*

En este punto de las composiciones accionarias, la Sala observa que se pudo constatar por este tema en todas y cada una de las sociedades que, a su vez, son accionistas de Terminal Fluvial Andalucía y, en efecto, en ninguna de ellas aparecen miembros de la familia PARODY como socios directos.

La relación de miembros de esta familia con las sociedades citadas es la de haber sido representante de una persona jurídica (Egeo I) que tienen participación accionaria minoritaria en una sociedad (Cartagena II) que, a su vez, tiene participación en otra sociedad (Terminal Nueva Andalucía) que, finalmente, es la beneficiaria de una concesión portuaria sobre el río Magdalena.

En párrafos precedentes reflejábamos la composición accionaria de Cartagena II, pero también se obtuvo esta información respecto de Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A, Terminal de Contenedores de Cartagena S.A., Sociedad Portuaria operadora internacional S.A. (antes IMPOXMAR) y la compañía Estibadora Colombiana SAS.

En la sesión del 24 de septiembre 2018, fueron escuchados CRISTINA PARDO SCHLESINGER y LUIS FERNANDO MEJÍA ALZATE, quienes aludieron al tema de impedimentos. Veamos:

La doctora PARDO SCHELSINGER, al ser interrogada por el abogado principal de CECILIA ÁLVAREZ CORRE-GLEN, en relación con el concepto rendido el 3 de febrero de 2017¹⁰⁵ en calidad de secretaria jurídica de la Presidencia de la República, indicó¹⁰⁶:

¹⁰⁵ Confrontar en folios 15-25 del cuaderno No. 1

¹⁰⁶ Confrontar en DVD que obra a folio 1059 del cuaderno No. 7



«[...] en los folios 18 y 19 se hacen una serie de consideraciones de carácter jurídico en relación con la naturaleza restrictiva de las causales de impedimento y recusación. **Preguntado:** ¿esas consideraciones jurídicas, esas bases jurisprudenciales y normativas que están citadas en ese concepto, usted podría decirle a la Procuraduría si era las que estaban vigentes para los años 2012 a 2016? **Contestó:** yo creo que sí eran las que estaban vigentes [...] en general, fueron unas consideraciones que nosotros usamos en muchos impedimentos y recusaciones, no durante todo el tiempo en que fui secretaria jurídica sino como que a partir de un momento en adelante [...] entonces hicimos como un esfuerzo de recopilar toda la jurisprudencia [...] que se ponía antes de analizar el caso concreto en los conceptos que yo llevaba al Consejo de Ministros sobre impedimentos y Recusaciones, este no era el caso, este es el caso de una consulta que me hizo el señor presidente Santos [...]. **Preguntado:** ¿Esas bases normativas y jurisprudenciales estaban, no obstante que el concepto es del 2017, vigentes para los años 2012-2016? **Contestó:** Pues, creo que sí, pues tomaban fundamento en la Ley 1437, CPACA, en el Código Disciplinario Único y en la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, yo creo que era la vigente en ese momento, es más creo que aún sigue siendo jurisprudencia vigente. [Minuto 0:22:23 a 0:24:45]¹⁰⁷.

Más adelante la declarante agrega:

«[...] a partir de la página 22, estábamos en el análisis del caso concreto y, pues, obviamente, para que una persona pueda declararse impedida tiene que tener conocimiento del conflicto de intereses en que está incurso y mientras no tenga conocimiento no es posible que manifieste ese conflicto de intereses». [Minuto: 0:25:20 a 0:25:46].

Señala: “[...] Al ser además una cuestión que compete al fuero interno de la persona, [...] si no conoce que hay una situación de hecho que lo pone en un conflicto de intereses, pues, mal puede hacer y nada para manifestar el conflicto de intereses» [Minuto 0:26:00 a 0:26:23]

En relación con la carga de la prueba de negaciones indefinidas, o frente a la actualidad de carácter inmediato y concreto, no hipotético del conflicto de interés, expresó que, desde la época en que rindió el concepto al día de su declaración, no han existido cambios a nivel normativo ni jurisprudencial frente al tema.

¹⁰⁷ Confrontar en DVD que obra a folio 1059 del cuaderno No. 7



«Es la jurisprudencia reiteradísima y pacífica, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, sobre el carácter directo de los impedimentos; es decir, que el beneficio en la esfera de los intereses de funcionarios se produzca inmediatamente a consecuencia de su actuación y no dependa de actuaciones posteriores. La jurisprudencia sobre el carácter general y actual, no hipotético ni futuro [...] es una jurisprudencia absolutamente pacífica, el carácter también restrictivo de las causales de impedimento y recusación. Es una jurisprudencia absolutamente uniforme, pacífica. [Minuto 0:27:05 a 027:50]

Sobre lo primero que me indicaba referente a la prueba de las negaciones indefinidas, pues, prácticamente es un principio general de derecho probatorio que las negativas indefinidas rebotan la carga de la prueba a la parte contraria porque no son susceptibles de ser probadas, como uno no puede por ejemplo probar que no ha entrado nunca al edificio de la Procuraduría, lo que corresponde es probar que sí ha entrado a quien afirma que sí ha entrado, porque no es posible probar que no ha entrado; o tal vez, ese ejemplo no es bueno porque la procuraduría aquí tiene un registro de entradas, pero si uno dice que no ha entrado nunca a la iglesia ... , pues no es posible probar que nunca se ha entrado sino que es necesario más bien que la contraparte aduzca la prueba de que sí ha entrado, a través de una fotografía o de un testimonio, cuando uno afirma negativamente, si las negativas indefinidas es de conocimiento general de todos los abogados, que no pueden probarse por lo cual rebota la carga de la prueba en la parte contraria» (Minuto 0:28:00 a 0:29:08)

El defensor de GINA PARODY D'ECHEONA realizó varias preguntas, de las cuales se destacan las siguientes:

*«**Preguntado:** ¿Usted indicó, en declaraciones pasadas, que la doctora Gina siempre manifestó su inhabilidad cuando existían temas relacionados con puertos, puede indicarnos qué hechos de esta naturaleza conoció? **Contestó:** [...] para esta audiencia yo tuve que solicitarle a la secretaría jurídica de la Presidencia de la República que me enviara todos los documentos relativos a impedimentos presentados por la doctora Gina, entonces me mandaron algunos, dentro de los cuales no encontré ninguno que se refiriera específicamente al tema de puertos [...] pero, digamos, en mi memoria sí existe como que ella tenía la intención de declararse y probablemente lo expresó en algún consejo de ministros pero yo no encontré un impedimento concreto respecto de eso, seguramente hizo la manifestación verbalmente en alguna reunión, bien del consejo de ministros o bien del Conpes, pero un impedimento formalmente presentado no encontré [Minuto: 0:31:09 a 0:32:18]*

No encontré ningún impedimento presentado por escrito en materia portuaria, lo cual no quiere decir que no exista [...] muy posiblemente ella se declaró impedida en cualquier un asunto que tuviera que ver con política portuaria en el mismo momento en que se presentó y, seguramente, pudo haberse retirado del recinto y



expresado en forma verbal y en ese momento haber sido aprobado. [Minuto 0:32:50 a 0:33:24]

Preguntado: [...] la referencia que hizo la doctora GINA fue respecto de puertos marítimos o a puertos fluviales? **Contestó:** no recuerdo, creo que ella se declaró impedida sobre asuntos portuarios, en general, hubo algunos Conpes, tal vez, había un Conpes sobre expansión portuaria, en trámite, es lo que recuerdo. [Minuto 0:33:47 a 0:34:16]

Indique cuáles son los requisitos legales para que alguien se declare impedido de conocer como ministro un asunto. **Contestó:** la imposición de los impedimentos y de las recusaciones busca es la prevalencia del interés general sobre el interés particular, de manera que cuando esos intereses entren en conflicto en la órbita interna de un funcionario, este, o bien lo manifieste, o bien un tercero lo recuse por esas razones, todas las causales de impedimentos o recusaciones corresponden a situaciones de conflicto de interés [Minuto 0:34:21 a 0:35:20]

[...] intereses absolutamente generales no pueden ser tenidos como un impedimento, uno no puede considerar que el ministro de Hacienda está impedido para todo lo que tiene que ver con el impuesto de renta porque paga renta, porque de esa manera no habría nadie en el país decidir asuntos relativos al impuesto de renta [...] tienen que ser particulares y directos, producir un beneficio digamos particular y especial en cabeza del funcionario; los impedimentos no pueden ser tampoco hipotéticos, sino tienen que ser actuales, el funcionario tiene que estar frente a una causal de impedimento que se presenta en el momento preciso y no que podría llegar a presentarse. Los impedimentos tienen que ser directos [...] el beneficio en la esfera de los intereses personales tiene que producirse de manera inmediata a la actuación del funcionario, sin necesidad de que sucedan otras decisiones u otras circunstancias de hecho o de derecho [Minuto 0:36:04 a 0:37:07]

«[...] son interpretación restringida, pues, se trata de no separar a los funcionarios innecesariamente del cargo, no caben interpretaciones analógicas de la ley ni interpretaciones extensivas [Minuto: 0:37:10 a 0:37:27]

Preguntado: ¿Usted, así fuese implícitamente o insinudamente en la documentación, aparece algún dato, así sea mínimo, que indicara que algún familiar de la doctora GINA PARODY tenía interés en estos temas? **Contestó:** en los impedimentos de la doctora CECILIA ÁLVAREZ CORREA dice que personas cercanas a ella, no las menciona, pero digamos que en el contexto de los hechos uno entiende que se refiera a la doctora GINA PARODY tiene intereses en las sociedades portuarias de Cartagena y Buenaventura, entonces de ahí es donde yo, digamos, conocí que existían esos intereses de la familia PARODY en esos asuntos portuarios. **Preguntado:** ¿es usted magistrada actual de la Corte Constitucional y, de ser positiva, desde cuándo? **Contestó:** desde el día 15 de mayo de 2017. (Minuto 0:37:30 a 0:38:47)



Del mismo modo fue escuchado en declaración **LUIS FERNANDO MEJÍA ALZATE**, quien fungió como Director Nacional de Planeación¹⁰⁸, para la época de los hechos, a quien el defensor de CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN realizó el siguiente interrogatorio:

Preguntado: *El 2 de octubre de 2014 se realizó una sesión del Conpes en la que usted actuó como secretario técnico, ¿usted puede decirle a la procuraduría qué documentos previos se llevaron a consideración para aprobación en la misma?*
Contestó: *así es, en esa sesión se llevaron a consideración del Consejo de Política Económica Social cuatro documentos: (1) El concepto favorable a la Nación para un cupo de endeudamiento en operaciones realizadas en crédito público externo hasta por 3.000 millones de dólares; (2) la declaración de importancia estratégica del proyecto de inversiones de operador público ETV para garantizar el servicio de televisión, (3) documento CONPES de mejora normativa de análisis de impacto y (4) La modificación al documento CONPES 3571 “importancia estratégica del proyecto vial autopista ruta al Sol tramo II” (Minuto 0:39:37 a 0:50:43)*

Señaló que en una misma sesión del CONPES se pueden discutir diferentes documentos que involucren temas de declaratoria de importancia estratégica de diferentes proyectos, por cuanto es un consejo en el que tiene presencia el señor Presidente de la República y todos los ministros del gabinete. Señala que la sesión inició el 2 de octubre a las 5:15 p.m. y se levantó a las 7:10 p.m. del mismo día.

Luego de dar lectura al documento CONPES 3817, en la página 18, capítulo “Recomendaciones”, pregunta:

Explíqueme a la Procuraduría ¿qué contiene esa parte del documento? Contestó: todos los documentos CONPES tienen una serie de recomendaciones donde se le solicita a los ministerios entidades adscritas, tomar algunas decisiones, alguna recomendación. En este caso hay un tema particular y es que usualmente los CONPES no son actos administrativos, excepto en algunos casos, específicamente, donde la ley así lo obliga; en este caso la declaratoria de importancia estratégica está fundamentada en la Ley 1687 de 2013, en donde se obliga en el trámite la otorgación de unas vigencias futuras, vigencias que pasan el periodo de gobierno, hacer una declaración de importancia estratégica del consejo de política económica y social, en este caso esa es la primera recomendación que está plasmada en este documento [...] hay otras tres que hacen parte de la estructuración financiera. [Minuto 0:53:13 a 0:54:32]

Preguntado: *En ese capítulo de recomendaciones, ¿hay alguna recomendación que esté originada o dirigida al ministerio de comercio, industria y turismo?*
Contestó: *No, de la lectura de las cuatro recomendaciones, se hacen*

¹⁰⁸ Confrontar en DVD que obra a folio 1059 del Cuaderno No. 7



recomendaciones al Ministerio de Transporte, a la Agencia Nacional de Infraestructura, al DNP, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público [...] no está de ninguna manera el ministerio de Comercio. [Minuto 0:54:34 a 0:55:13].

Frente a las preguntas realizadas por el apoderado de GINA PARODY D'ECHEONA sobre el grado de detalle en que se lleva a cabo la discusión en el CONPES y, en especial, si los documentos que hacen parte del mismo, tienen que ver con temas relacionados con propietarios, poseedores algún predio o de personas que estén aspirando a alguna construcción cercana, trámite de licencias para construir o llevar a cabo proyectos de importancia dentro de su área de influencia, contestó:

«No, usualmente, ese es un detalle que no va al CONPES, usualmente ese tipo de cosas se maneja más a nivel de los ministerios sectoriales, en los documentos plantean usualmente líneas de políticas generales, justificaciones acerca de los proyectos, pero sin entrar en ese nivel de detalles (minuto 0:56:32 a 0:56:52)

Preguntado: *Podríamos decir que en las decisiones que se toman en el Conpes o en las recomendaciones están de por medio declaratorias de intereses directos y personales, o solamente son políticas en abstracto. Contestó:* *Me ciño a lo que dice la ley y es que en el caso donde haya que declarar de importancia estratégica un proyecto de inversión que ocurre cuando la audiencia de ese proyecto exceda en el periodo de gobierno, se debe llevar un documento técnico de política pública que justifique ante el consejo la necesidad de tomar esa decisión. (Minuto 0:56:53 a 0:57:36)*

Preguntado: *¿Podría usted decirnos si en ese Conpes 3817 del 2 de octubre de 2014, se mencionó algo, se discutió, si quiera, se insinuó que estaba involucrado algún proyecto relacionado con construcción de puertos fluviales? Contestó:* *en el documento se hace una alusión y también se hace en algunas de las gráficas que se muestran que la zona de influencia de Ocaña Gamarra naturalmente está conectando con algunos puertos al norte y al sur, no se entran al detalle de revisar cada uno de esos puertos, es una cosa muy general, haciendo énfasis especialmente en la importancia de esta carretera, por dos razones: la primera, para evacuar carga que proviene de la frontera de Venezuela, conectando con Cúcuta y, por otro lado, el proyecto de una navegabilidad del Río Magdalena, en la visión de poder fomentar la fluviabilidad del país.*

Preguntado: *¿se mencionó alguna empresa particular en concreto? Contestó:* *No, ninguna. Preguntado:* *¿usted informó sobre alguna concesión de puertos en esa sesión de octubre de 2014 para el Conpes? Contestó:* *No, no hablamos de ninguna concesión, en particular, de puertos.*

Preguntado: *particularmente usted tuvo algún contacto con la doctora GINA PARODY antes de ese Conpes que tuviera que ver con algunos detalles en particular*



o relacionados con algunos intereses que tuvieran algunas empresas en particular o algunos hermanos o familiares de GINA en particular? **Contestó:** No, si bien, mantuve contacto con otros miembros del gabinete, en general, incluyendo a la doctora GINA PARODY, no tuvimos una discusión en particular de lo que usted me está preguntado.

Preguntado: ¿podría informarle a la Sala qué tipo de discusión tuvo? **Contestó:** Temas de política pública, en ese momento estábamos recién llegados en el nuevo gobierno y el tema más importante del punto de vista de política pública era la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo (Minuto 0:57:36 a 1:00:30)

Pregunta la Sala: ¿Nos podría ilustrar acerca de cuál es el procedimiento que se sigue para la elaboración previa, la discusión previa, y luego llevarlo a discusión de CONPES ante el Presidente de la República? **Contestó:** tenemos un procedimiento reglado, donde hay una serie de pasos que se deben surtir antes de llevar a aprobación un documento Conpes en una sesión presencial o virtual del consejo de política económica y social, lo primero que debe haber es naturalmente una solicitud del ministro o ministra que está a cargo del tema, en este caso, debe haber una solicitud particular del Ministerio de Transporte, también deben allegar por supuesto una versión preliminar de lo que sería ese documento CONPES que se pondría en consideración del consejo, ese documento surte una serie de discusiones y de cambios al interior de planeación nacional en la medida en que se van generando comentarios a esos documentos. También se debe surtir una sesión de Preconpes, que, como su nombre lo indica es una sesión en donde usualmente hacen presencia los viceministros relacionados con el sector y también las partes interesadas» [1:00:30 a 1:01:57].

En sesión del 29 de octubre de 2018¹⁰⁹, **JUAN CARLOS PINZÓN**, quien se desempeñó para la época de los hechos como ministro de Defensa, fue interrogado por parte de la Sala sobre el desarrollo del CONPES 3758 de 2013.

Preguntado: De acuerdo con las competencias que le correspondían como ministro, en el desarrollo y aprobación de los CONPES qué funciones como ministro de defensa recuerda que desarrollaba funcionalmente dentro del mismo y si dentro de ellos conoce sobre la declaración de impedimento de alguno de los miembros integrantes del CONPES o allí invitados. **Contestó:** En términos generales quiénes ejercen funciones en el gabinete, pues, un listado importante de esos ministros tienen la responsabilidad de ser también miembros del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, en esos sentido cuando estas reuniones del consejo se presentan envían a los ministros los documentos para que hagan su lectura y si es que en los documentos que se presentan hay temas asociados a las funciones propias de la cartera se envían comentarios o se emiten comentarios durante el Consejo, esas son las funciones generales [...]

¹⁰⁹ Confrontar en DVD que obra a folio 1059 del cuaderno 7



Preguntado: Por su participación como secretario privado de la Presidencia y como ministro conoció de declaraciones de impedimentos de los miembros integrantes del CONPES? **Contestó:** No fui secretario privado de la Presidencia, le corrijo, fui secretario general de la Presidencia. Esa fue la función que ejercí, y no recuerdo casos específicos, pero también puedo decir que presentes en consejos o reuniones es posible que alguno de los ministros haya manifestado sus intereses de declararse impedido por alguna circunstancia de conflicto de intereses o cosas similares, entonces, sí recuerdo haber vivido este tipo de casos o episodios [a minuto 12:10].

Preguntado: Con relación al CONPES 3758 sobre el plan para el plan para reestablecer la navegabilidad del Río Magdalena y con relación al CONPES 3817 que modificó el CONPES 3571 que hace relación a la importancia estratégica vía a la Ruta del Sol Tramo II, usted recuerda como ministro de defensa haber intervenido en los mismos y, en desarrollo de los mismos, ... **Contestó:** [...] sí quiero precisarle con respecto al CONPES 3817, no asistí a ese CONPES . Aquí traigo algunos documentos que pretendo dejarlos a disposición de la Sala [...] traigo mi agenda, la delegación que hice ese día [...] Frente al primer CONPES que se refiere, sí tendría que entrar a precisar si tuve alguna participación durante la reunión o no [...] si en el Conpes no había algún tema puntual sobre la cartera del Ministerio de Defensa, lo más probable es que no se hubiera hecho manifestación [...] Se incorporaron a la diligencia documentos aportados por el declarante, los cuales fueron puestos a disposición de la defensa. (Minuto 12:11 a 16:20).

La abogada defensora de GINA PARODY requirió al declarante para que expusiera la forma como se desarrollan los CONPES, frente a lo cual precisó que los Preconpes, ocurren antes de la sesión del CONPES, allí algún sector expresa su posición respecto de algún desacuerdo o algún tema a nivel técnico, donde asisten directores, viceministros, las unidades técnicas, una vez eso se da, los CONPES se convierten en un documento que generalmente lo presenta el director de Planeación Nacional y acompañado, usualmente, del ministerio que tiene el interés específico de llevar adelante una política pública. [Minuto 18:03 a 22:30]

Con respecto a la relación que tuvo con la ministra GINA PARODY señaló que, para el año 2014, en el gobierno de JUAN MANUEL SANTOS, fue nombrada ministra de Educación y, en virtud de ello, se encontraron en diversos foros propios de un gabinete, reuniones de gobierno en diferentes oportunidades y también en los CONPES.

Preguntado: ¿Usted, particularmente, en algún CONPES se declaró impedido? **Contestó:** De pronto en uno, pero tengo que hacer memoria [...] no estoy seguro [...] **Preguntado:** Cuáles son los elementos que usted tenía en cuenta en consideración para **declararse impedido**. **Contestó:** [...] yo creo que son temas en donde uno sienta que hay un conflicto de interés en relación a un tema directamente



*por hecho personal o por hecho institucional y yo creo que ese es el tema, por ejemplo, los ministros vienen de tener una carrera en su vida y es posible que alguno provenga de una empresa o grupo económico, o tenga un interés económico personal o haya diligenciado como asesor, consultor algún asunto, en estos casos típicamente, diría yo, que se declaraba la gente impedida . **Preguntado:** Usted conoció algún impedimento de la doctora GINA PARODY, en concreto. **Contestó:** Objetivamente le recuerdo no haber escuchado eso. [Minuto 23:59. a. 25:06].*

Posteriormente, al ser interrogado por el otro defensor, en relación con el CONPES 3758 de 2013, sin embargo, el declarante manifestó no recordar.

En torno al CONPES, al que se refieren estos testigos, es importante señalar que, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 627 1974 aquel se define como «*el organismo asesor principal del Gobierno Nacional en todos aquellos aspectos que se relacionan con el desarrollo económico y social del país*».

Dada su naturaleza asesora, los documentos CONPES contienen directrices de política pública y, por tanto, es un instrumento para la formulación e implementación de estas, máxime cuando allí se plasman acciones específicas, objetivos propuestos. Son pues de una importancia suma en la planeación de las acciones estatales. No obstante, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado¹¹⁰, los documentos CONPES no son actos administrativos dado que no modifican el ordenamiento jurídico. Para que surta efectos debe recogerse la recomendación en un decreto o resolución, en fin, en actos administrativos a cargo de quienes tienen en su órbita funcional el cumplimiento de la línea general que se indicó en el cuerpo colegiado.

Efectuada esta precisión, debe indicarse que al plenario se allegó copia del documento CONPES 3758 del 6 de agosto de 2013 en el que participó CECILIA ÁLVAREZ CORREA-GLEN¹¹¹, el cual tuvo como objetivo fijar un plan para restablecer la navegabilidad del Río Magdalena. Es claro el texto del documento en lo que respecta a la inexistencia de referencia a puertos marítimos, donde se infiere que todo está orientado a acreditar la importancia histórica del Río Magdalena y que su navegabilidad es una prioridad que, además, está enmarcada en el «*documento de política sectorial “visión Colombia 2019-segundo centenario”*». En dicho documento se indica que en ese momento se registraba una «*limitada dotación de infraestructura portuaria fluvial y de servicios de transporte y logística*», pese a que se contaba con «*38 concesiones portuarias en el río Magdalena, éstas no ofrecen la mayoría de los servicios que un puerto fluvial debe proporcionar*». Sin embargo, se anota también que de acuerdo con la información suministrada por Cormagdalena «*actualmente se están definiendo importantes*

¹¹⁰ Consejo de estado, sala de lo contencioso Administrativo. Sentencia 3661 del 16 de mayo de 2007

¹¹¹ Confrontar en DVD que obra a folio 10 cuaderno 1.



inversiones para cuatro puertos¹¹² ubicados en Gamarra, Cesar, además del puerto localizado en Barrancabermeja».

Esta última aseveración es relevante, pues debemos cruzar ese dato con la línea de tiempo del trámite de concesión que había iniciado Cartagena II S.A:

En ese sentido, tenemos prueba documental que permite colegir estos hitos históricos:

- El oficio del 29 de marzo de 2011 [con recibido del 30 de marzo] mediante el cual Cartagena II SA solicita a Cormagdalena concesión portuaria fluvial en *“la margen derecha del rio Magdalena, en el Departamento del Cesar, Municipio de Gamarra, a la altura del km 490 desde la desembocadura en Bocas de cenizas...”*¹¹³
- El 15 de septiembre de 2011 Cartagena II SA solicita a Corpocesar *“licencia ambiental para desarrollar un centro logístico de servicios a la carga y a la comunidad portuaria sobre la extensión de los predios Andalucía y la Esperanza (365,5 ha) dentro del cual operará la sociedad futura TERMINAL FLUVIAL ANDALUCIA SA...”*¹¹⁴
- Resolución 0026 del 24 de enero de 2013 de Corpocesar por medio del cual se otorga a la sociedad TERMINAL FLUVIAL ANDALUCIA S A *“la licencia ambiental para el proyecto denominado construcción y operación de puerto fluvial sobre el rio Magdalena en jurisdicción de Puerto Viejo municipio de Gamarra, Cesar”*¹¹⁵
- Resolución 000422 del 12 de diciembre de 2014 de Cormagdalena *“por medio de la cual se otorga una concesión portuaria a la sociedad Terminal fluvial Andalucía SA”*¹¹⁶
- Contrato de concesión portuaria 3-0005-2015 del 24 de enero de 2015 suscrito por Cormagdalena y Sociedad Terminal Fluvial Andalucía SA¹¹⁷

De manera que si se analiza en conjunto estas probanzas documentales se obtiene como conclusión que para el momento en que se llevó a cabo el CONPES 3758 de 2013, en el que no hay referencia expresa a puertos marítimos, tan solo fluviales, Cartagena II S.A. ya había solicitado la concesión del puerto en Gamarra como también

¹¹² No se indica quiénes o en qué estado están los procesos de concesión.

¹¹³ Confrontar DVD que obra a folio 10 del cuaderno 1, marcado como «Documentos digitalizados», carpeta anexo 4, archivo 2017042115025918 páginas 12 y 13 del cuaderno 1

¹¹⁴ Confrontar DVD que obra a folio 10 del cuaderno 1, marcado como «Documentos digitalizados», carpeta anexo 4, archivo 2017042115025918 páginas 14 a 33, del cuaderno 1.

¹¹⁵ Confrontar DVD que obra a folio 10 del cuaderno 1, marcado como «Documentos digitalizados», carpeta anexo 4, archivo 2017042115025918 páginas 34 a 93, del cuaderno 1.

¹¹⁶ Confrontar DVD que obra a folio 10 del cuaderno 1, marcado como «Documentos digitalizados», carpeta del anexo 4, archivo 2017042115025918 páginas 94 a 108, del cuaderno 1

¹¹⁷ Confrontar DVD que obra a folio 10 del cuaderno 1, marcado como «Documentos digitalizados», carpeta anexo 4, archivo 2017042115025918 páginas 109 a 158 del cuaderno 1.



la licencia ambiental a Corpocesar e incluso esta entidad ya había otorgado dicha licencia, pero aún no se había obtenido la concesión, pues obsérvese que faltaba un año y 4 meses para que ello aconteciera.

En relación con el CONPES 3817 del 2 de octubre de 2014, en el que participaron CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN, ahora como ministra de Comercio y GINA PARODY D'ECHEONA, como ministra de Educación, que tuvo como objeto "la modificación al documento CONPES 3571 *"importancia estratégica del proyecto vial autopista Ruta del Sol" tramo 2*"¹¹⁸, debe precisarse que allí se incluye el tramo Ocaña-Gamarra como de importancia estratégica, lo cual permitía comprometer vigencias futuras. Sin embargo, no es el CONPES el que modifica el contrato de concesión 01 de 2010 autopista ruta del Sol- tramo 2 y no lo es porque no puede serlo, dada su naturaleza asesora. Esos otrosíes ya estaban suscritos para esa fecha, el No. 03 del 15 de julio de 2013 y el No. 06 del 14 de marzo de 2014, pues habían sido acordados por la ANI, persona jurídica de derecho público, y el concesionario.

Esta conclusión a la que arriba la Sala coincide con lo expresado por el DNP en Oficio 2017510021302 del 5 de abril 2017 del DNP, elaborado a propósito de derecho de petición elevado por Néstor Humberto Martínez:

"Es pertinente indicar que los integrantes del CONPES, como órgano colegiado, carecen de competencia alguna para definir, aprobar o suscribir contratos, otrosí o cualquier otro mecanismo de ejecución contractual de obras que pudieran desarrollarse a partir de la declaratoria de importancia estratégica del nuevo tramo del proyecto de infraestructura vial...

[...]

*En síntesis, el documento CONPES 3817 de 2014 declara de importancia estratégica un nuevo tramo del proyecto de infraestructura vial ruta del sol Tramo 2, y precisa con las citadas referencias, que el único competente para fijar el mecanismo jurídico de ejecución contractual del proyecto es la Agencia Nacional de Infraestructura y, en este sentido, en dicha sesión el CONPES como órgano colegiado no aprobó el otrosí referido en la pregunta"*¹¹⁹

6.5.4. Conclusiones frente al análisis probatorio:

Tal y como se indicó en el pliego de cargos, la relación entre las dos disciplinadas, compañeras permanentes, es un hecho probado. Sobre este punto la defensa de GINA PARODY D'ECHEONA efectúa unas críticas en torno a que es indeterminada la referencia

¹¹⁸ Confrontar en DVD folio 10 cuaderno 1.

¹¹⁹ Confrontar en USB que obra a folio 60 cuaderno 1.



que se hace en la entrevista que sirvió de soporte para llegar a esta afirmación, amén que allí no se concreta desde cuando estaría la unión marital establecida.

Contrario a lo señalado por la defensora, la Sala precisa que en la entrevista rendida el 19 de junio de 2016, se determina claramente que GINA PARODY D'ECHEONA y CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN, convivían como pareja desde hacía nueve años aproximadamente, con anterioridad a la fecha de la entrevista, por manifestación que ellas suministrarán de manera expresa en ese sentido; es decir, los albores de su relación datan del año 2007.¹²⁰

Las iniciales GP y CA permiten identificar a las ex ministras en el artículo que reposa en el archivo digital de Noticias Colombia y el Mundo –eltiempo.com–¹²¹, donde al iniciar la entrevista se consignan los nombres completos, así:

“Esta semana se conocieron mensajes muy desagradables por las redes sociales deseando que GINA PARODY, por su tendencia sexual, hubiera estado en la masacre de Orlando. ¿Eso duele?

GINA PARODY: me tocó releer y releer, releer y releer, para ver si era cierto. Inmediatamente se lo mandé a CECILIA. Y CECILIA reaccionó”

CECILIA ÁLVAREZ: Inclusive mi familia llorando llamó, me dijeron que cuidara a Gina. Y los papás de Gina también. Entonces por eso yo puse ese tuit diciendo que mientras el deseaba la muerte de estas dos personas, yo rezaba por su vida”¹²²

En relación con el vínculo que unía a las ex ministras, MARTHA CLEMENCIA CEDIEL DE PEÑA, en su declaración alude a que cuando GINA PARODY y CECILIA ÁLVAREZ asumieron sus cargos como ministras se enfrentaron a dos situaciones: la primera, el hecho de que por primera vez una pareja homosexual llegaba al gobierno y la segunda, derivada de lo anterior, que todos pusieron sus ojos sobre ellas. [Minuto 0:32:16 a 0:33.07].

Contrastado lo anterior con la fecha del 3 de septiembre de 2012, en la que se expidió el Decreto No. 1847 mediante el cual se realizó el nombramiento de CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN como ministra de Transporte, se colige que el referido vínculo entre ella y GINA PARODY existía para la época de los hechos objeto de juzgamiento.

Además, en las certificaciones laborales y hojas de vida allegadas a la actuación,

¹²⁰ Confrontar en folio 416 del Cuaderno No. 3

¹²¹ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16624792> (el link fue consignado en el auto de citación a audiencia pública, folio 16).

¹²² Confrontar en folio 414 del Cuaderno No. 3



ambas ex ministras consignaron como dirección de correspondencia la siguiente: Carrera 6 No. 81-25, apartamento Los Rosales, Bogotá. Ello permite inferir que vivían bajo el mismo techo.

Así entonces, la prueba sobre el vínculo sentimental existente entre las exministras, derivado de los registros de prensa, encuentra respaldo probatorio con las manifestaciones realizadas por MARTHA CEDIEL, así como con la prueba documental que representa sus hojas de vida. Aunado a lo anterior debe señalarse que, durante el proceso disciplinario y con posterioridad a la formulación de cargos, las disciplinables no negaron su relación marital manifestada ante el medio de prensa.

Quedó establecido fehacientemente en el proceso todo lo relacionado con los antecedentes y actuaciones que fundamentaron la solicitud de concesión portuaria por parte de la sociedad Cartagena II SA a Cormagdalena; la construcción del puerto en el municipio de Gamarra¹²³ y el contrato de concesión al Terminal Fluvial Andalucía, a saber:

- Solicitud del 29 de marzo de 2011 realizada por la sociedad Cartagena II S.A. ante Cormagdalena para el otorgamiento de una concesión portuaria fluvial¹²⁴.
- Resolución 309 del 3 de octubre de 2011, por medio de la cual Cormagdalena aprobó la solicitud de Concesión Portuaria presentada por la Sociedad Cartagena II S.A.¹²⁵
- Solicitud realizada el 16 de enero de 2012 por Cartagena II S.A. a Cormagdalena, en relación con la cesión del trámite de la solicitud de concesión portuaria a la sociedad Terminal Fluvial Andalucía S.A., constituida por escritura pública 3597 del 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 1 de Cartagena.¹²⁶
- Resolución 0026 del 24 de enero de 2013, por medio de la cual Corpocesar otorgó a la sociedad Terminal Fluvial Andalucía S.A., licencia ambiental,¹²⁷ y Resolución 203 del 11 de marzo de 2013 por la cual se adicionó la anterior.¹²⁸

¹²³ Confrontar en folios 51 y 52, cuaderno No. 1. DVD-R que contiene una carpeta denominada “Contrato 03-0005-2015 TF Andalucía”.

¹²⁴ Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 1, páginas 1 a 5, 7 a 76, 91, 107, 117 y 127, 143, 152, 153, 170, 144 a 148.

¹²⁵ Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 2, páginas 148 a 154.

¹²⁶ Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 4, páginas 11 a 19.

¹²⁷ Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 4, páginas 44 a 104.

¹²⁸ Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 4, páginas 106 a 112.



- El 31 de mayo de 2013 la sociedad Terminal Fluvial Andalucía respondió a Cormagdalena el requerimiento de cumplimiento de las obligaciones señaladas en la Resolución 309 de 2011.¹²⁹
- Presentación de documentación por parte de la Sociedad Terminal Fluvial Andalucía S.A. a Cormagdalena – el 12 de agosto de 2013- sobre información predial del proyecto y avalúos de los precios.¹³⁰
- Contrato 36 de marzo de 2014 celebrado entre Cartagena II y Terminal Fluvial Andalucía por medio del cual la primera se obliga con la segunda a garantizar la conectividad de la Concesión Portuaria con la ruta 45 de la red vial nacional en el Cesar a través de la vía al corregimiento de Palenquillo, mediante la constitución de un derecho de paso.¹³¹
- Resolución 422 del 12 de diciembre de 2014 por la cual Cormagdalena otorgó concesión portuaria a la sociedad Terminal Fluvial Andalu Lucía.¹³²
- Contrato de concesión portuaria 3 – 0005- 2015 del 24 de enero de 2015, suscrito entre Cormagdalena y la sociedad Terminal Fluvial Andalucía.¹³³
- Otro sí N° 1 al contrato de concesión mediante el cual se establecieron las coordenadas de las zonas de uso público y de la zona adyacente.¹³⁴

Se probó que el Terminal Fluvial Andalucía SA., entre sus accionistas tiene a Cartagena II S.A. y a la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A.

Se pudo establecer que las áreas solicitadas en concesión, están ubicadas en la margen derecha del Río Magdalena, en el Departamento de Cesar, municipio de Gamarra, ente territorial en el que se encuentran ubicados los predios Andalucía, la

¹²⁹ Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 4, páginas 188 a 210.

¹³⁰ Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 4, páginas 212 a 290.

¹³¹ Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 5, páginas 37 a 42.

¹³² Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 6, páginas 36 a 51.

¹³³ Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 6, páginas 101 a 150.

¹³⁴ Confrontar DVD que obra a folio 52 del cuaderno 1, en el archivo Contrato N.º 3-0005-2015 T.F. Andalucía carpeta 7, páginas 7 a 14.



Bacana y La Esperanza, zona rural, vereda Palenquillo, de propiedad de Cartagena II, con Nit 9000871512.

Se acreditó que en las sociedades Compañía Transportadora, Nautiport S.A.S., “En liquidación”, Intertug S.A., Port Investment S.A.S –absorbida por Orión del Pacífico-¹³⁵, Kompass Rose S.A.S., Arganeo S.A.S., Sextante Inversiones Portuarias S.A.S., los hermanos Luis Carlos y/o Manuel Isaac Parody D’Echeona, u otro miembro de la familia Parody D’ Echeona no eran socios de las citadas sociedades para el 6 de agosto de 2013, 22 de julio y 2 de octubre de 2014.

6.6. Enunciados fácticos no probados

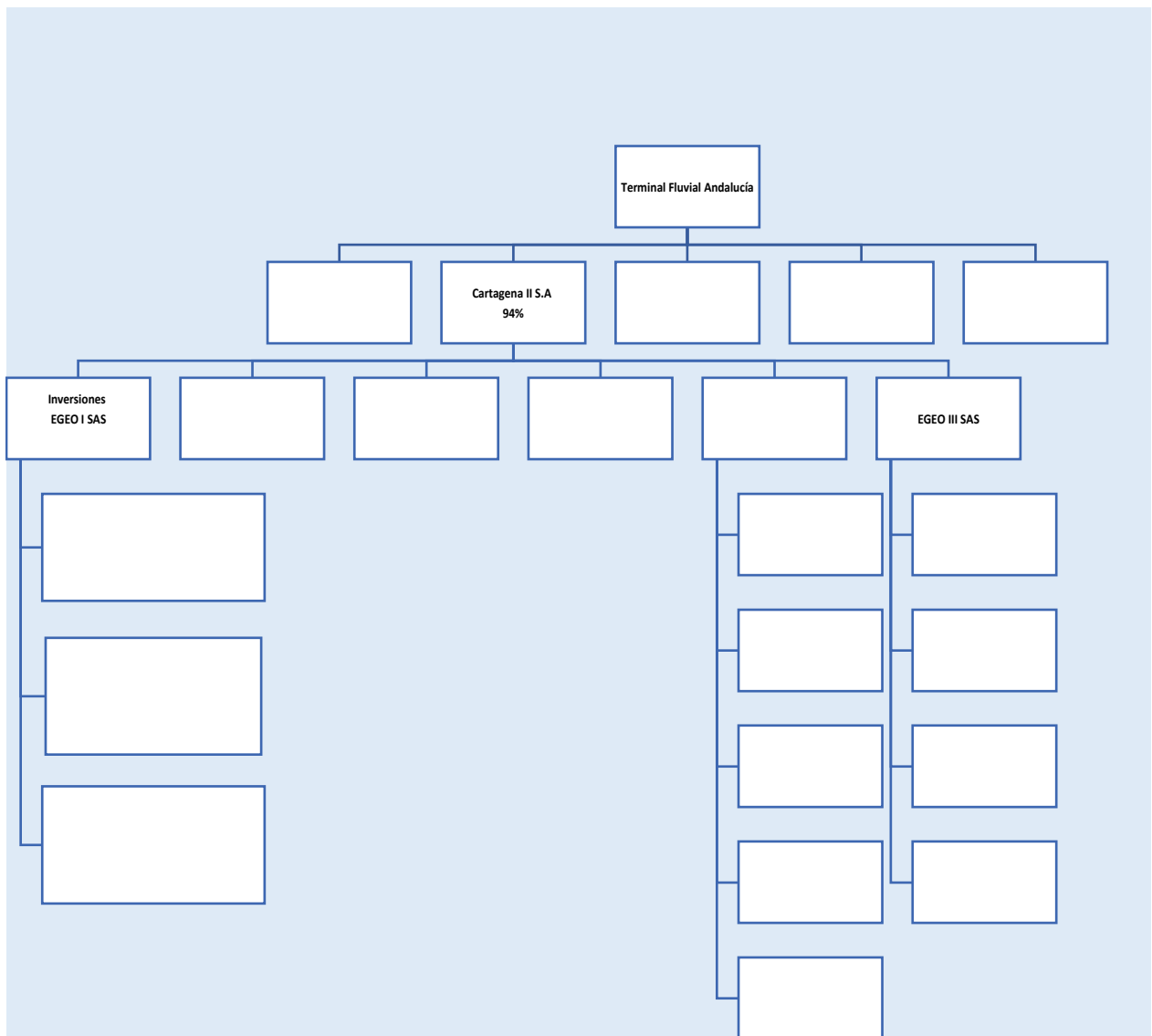
En el Certificado de Existencia y Representación, expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena, del 22 de marzo de 2011, no se evidencia que alguno de los miembros de la familia PARODY D’ECHEONA figure como miembro de la junta directiva de la Sociedad Cartagena II. Igualmente, los libros de socios nos muestran que tampoco han tenido la calidad de socios.

Se precisa, además, que en dicho certificado consta que CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN, fue designada como miembro suplente de la junta directiva por designación efectuada por la Asamblea General de Accionistas mediante acta No. 04 del 6 de abril de 2010, pero, para la fecha en que la Sociedad Cartagena II solicitó la concesión portuaria a Cormagdalena, 25 de marzo de 2011, ya no hacía parte de la junta directiva.

No se acreditó probatoriamente que ÁLVAREZ CORREA GLEN haya sido socia de la Sociedad Cartagena II; además, con las certificaciones allegadas a la actuación se pudo establecer que, para la fecha en que se solicitó la concesión portuaria por parte de la Sociedad Cartagena II a Cormagdalena, CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN y GINA PARODY D’ECHEONA no se encontraban laborando en los respectivos ministerios que ocupaban para la fecha en que ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento.

En el siguiente cuadro, se ilustrarán las sociedades que fueron fusionadas o absorbidas por Cartagena II S.A., sociedad que, de acuerdo con el certificado de Existencia y Representación expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena, el 22 de marzo de 2011, estuvo representada legalmente por ALFONSO SALAS TRUJILLO, en su calidad de Gerente, donde fungieron además como suplentes: ANÍBAL OCHOA ESCOBAR –primer suplente- y ÁNGELA MARÍA SÁNCHEZ –segundo suplente-:

¹³⁵ Confrontar en folio 82 del cuaderno de anexo No. 5



Con las declaraciones vertidas por ANDRÉS QUINTERO MÚNERA, en su condición de directivo de Inversiones Egeo III y RUDOLF MANUEL HOMMES RODRÍGUEZ, en su condición de representante legal de la Sociedad Cartagena II, así como también de la información consignada en los certificados de existencia y representación de la Cámara de Comercio y demás documentos soportados en el registro de libros de socios, se evidencia que la participación que tuvieron los hermanos LUIS CARLOS y MANUEL PARODY D' ECHEONA, a través de las empresas Egeo I S.A.S y Egeo III S.A.S, esta última absorbida por Egeo I, fue en condición de directivos, administradores o miembros de junta directiva, no así de “socios” o accionistas.

El artículo 150 del Código de Comercio consagra las reglas generales para la distribución de utilidades, disponiendo que deberá hacerse en proporción a la parte



pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.

En el caso concreto, no se logró acreditar probatoriamente que algún miembro de la familia PARODY D'ECHEONA fuera socio de la Sociedad Cartagena II S.A., la cual, se reitera, fue la que solicitó la concesión portuaria ante Cormagdalena para el Terminal Fluvial Andalucía, con el objeto de ofrecer servicios portuarios al público en general, según se desprende de la solicitud de concesión. De hecho, la referida sociedad cede su interés a la sociedad Terminal Fluvial Andalucía.

Con la prueba testimonial aludida se demostró que RUDOLF MANUEL HOMMES RODRÍGUEZ representaba los intereses de la familia PARODY en la Sociedad Cartagena II SA, en calidad de miembro de la Junta Directiva y, que su participación en la junta directiva no les reportó beneficio diferente a los honorarios percibidos por su participación en la junta directiva, pues, los dividendos o utilidades solo eran percibidos por los accionistas, calidad que los hermanos PARODY D'ECHEONA no ostentaban.

6.7. Juicio de tipicidad.

En lo que se refiere al principio de tipicidad o taxatividad, la Corte Constitucional ha señalado que este constituye una concreción o derivación del principio de legalidad y que con base en este principio, el legislador no solo está obligado a describir las conductas que califica como hechos punibles o infracciones disciplinarias, sino además a hacerlo de forma completa, clara e inequívoca, de manera que permita a sus destinatarios tener certidumbre o certeza sobre los comportamientos ilícitos, es decir, de saber con exactitud hasta donde llega la protección jurídica de sus propios actos o actuaciones¹³⁶.

Así, «la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria»¹³⁷.

«No obstante, lo anterior no significa que el fallador en materia disciplinaria pueda actuar de manera discrecional en la adecuación típica de las conductas de los servidores públicos investigados a los tipos sancionadores porque en todo caso su actividad hermenéutica está sujeta a distintos límites derivados, por una parte, del contenido material de las

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-796 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-4997.

¹³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-404 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3218



disposiciones disciplinarias y por otra parte de los principios y reglas que rigen la interpretación de los preceptos jurídicos en las distintas modalidades del derecho sancionador, dentro de los cuales se destaca precisamente el principio que prohíbe la interpretación extensiva de los preceptos que configuran faltas disciplinarias»¹³⁸

Bajo estos conceptos, corresponde a la Sala realizar la subsunción entre los hechos acreditados y la conducta enrostrada a las disciplinadas.

Sea lo primero recordar que el cargo que se formuló fue preciso y, contrario a lo expresado por la defensa, no ha sufrido mutación alguna.

En efecto, siempre ha sido el tema de prueba establecer si las disciplinadas incurrieron en conflicto de intereses en el momento en que participaron en la elaboración de dos documentos CONPES y en la suscripción de una resolución que emitía concepto vinculante previo al establecimiento de unas estaciones de peajes en la transversal Río de Oro-Aguaclara -Gamarra.

El interés particular estaría en cabeza de los hermanos de la exministra GINA PARODY que, de acuerdo con el pliego de cargos, tenían *“un interés particular y directo en la aprobación del CONPES 3758 del 6 de agosto de 2013 ...al tener participación en las sociedades Inversiones Egeo I SAS... e inversiones EGEO III SAS..., las cuales eran accionistas de las sociedades Cartagena II SA y Sociedad Terminal Fluvial Andalucía”*.

Pues bien, las pruebas recaudadas en su conjunto permiten colegir que, si por participación se entiende ser socios, eso está descartado totalmente, pues la abundante prueba documental descarta esa vinculación. De hecho, se pudo constatar que la composición accionaria de Terminal Fluvial Andalucía, sociedad a la que finalmente se le otorgó la concesión portuaria, no tiene entre sus socios ni a miembros de la familia PARODY ni a las empresas Egeo I o Egeo III.

Si por participación se entiende tener representación de sociedades, es claro que los señores PARODY fueron representantes de las citadas sociedades Egeo I y Egeo III que eran socias minoritarias de Cartagena II, la cual figuraba como solicitante de la concesión y, a su vez, socia mayoritaria de Terminal Fluvial Andalucía.

Si bien es cierto la composición accionaria de las sociedades muestra que estamos ante un conglomerado social y, de hecho, en los certificados de Cámara de Comercio se advierte que unas sociedades están controladas por otras, no es menos cierto que la prueba documental no permite señalar a la familia PARODY como la accionista mayoritaria de dicho grupo ni tampoco que sus miembros tuvieron cargos directivos en

¹³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T- 1039 de 2006. Corte Constitucional.



Terminal Fluvial Andalucía o en Cartagena II, que son las sociedades que directamente tienen un interés en la concesión portuaria.

De otra parte, es cierto que cuando se suscribieron los documentos CONPES y la resolución aludidos en los cargos a las disciplinadas, ya se había solicitado la concesión portuaria; empero, no puede desconocerse que el material probatorio permitió también demostrar que esa concesión no se verificó sino meses después y que ese acto no tenía condicionamiento alguno en lo que se decidiera en los CONPES o en los actos administrativos expedidos por quien fuere ministra de Transporte.

Esas precisiones son suficientes para que la Sala arribe a la conclusión de que no estamos ante un interés personal y directo, en los términos que se han precisado jurisprudencialmente.

En efecto, el impacto favorable que podría tener lo decidido en los CONPES se predicaría de la Sociedad Nueva Andalucía y aquel sólo se concretaría hasta tanto se le concediere el contrato de concesión sobre el puerto ubicado en Gamarra, algo que sólo se dio con posterioridad a aquellos y por decisión de una autoridad diferente y autónoma: Cormagdalena.

En otros términos: El interés no es directo respecto de los miembros de la familia PARODY y, siendo este calificativo esencial para predicar el conflicto de intereses, la única conclusión que deviene es que no hay tipicidad de la conducta.

La misma línea argumentativa permite descartar el conflicto de interés cuando se revisa el tema de la resolución que emitió concepto vinculante previo para la instalación de peajes en la transversal Rio de Oro- Aguacalara- Gamarra, pues para ese instante ya se había suscrito por la ANI y el concesionario los otros sí que tenían como objeto la construcción de esa transversal, luego entonces, si el compromiso económico ya se había generado, es evidente que esos conceptos expedidos por la entonces ministra CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN descartan los calificativos del interés personal y directo enunciados en precedencia, por cuanto para ese momento, ya se tenía unas obligaciones contractuales que de hecho fueron contraídas por una entidad autónoma y con personería jurídica propia como la ANI.

6.8. Conclusión

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala concluye que los cargos que le fueron endilgados a las disciplinables no prosperan pues, se itera, el conflicto requiere un interés particular y directo de los funcionarios que en este caso no se predica.



En el proceso se acreditó que los hermanos de GINA PARODY D'ECHEONA no eran socios de la Sociedad Cartagena II, que fue la que tramitó la concesión portuaria, o de la Terminal Nueva Andalucía, beneficiaria de la concesión por decisión de Cormagdalena proferida con posterioridad a los hechos que le fueron imputados a las exministras. La relación de los hermanos PARODY con este asunto, es la de ser directivos de Egeo I y Egeo III (absorbida por Egeo I), sociedades que eran socias minoritarias de Cartagena II. En ese sentido, si en gracia de discusión hubiere algún interés, este no sería directo, calificativo exigido para que pueda señalarse una conducta como típica de un conflicto de intereses.

Debe recordarse que los cargos elevados en contra de la disciplinada CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN en su condición de ministra de Transporte y ministra de Comercio, Industria y Turismo y GINA PARODY D'ECHEONA, en calidad de ministra de Educación, para la época de los hechos, partieron de los siguientes supuestos:

- (I) CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN al aprobar los CONPES 3758 del 6 de agosto de 2013 y 3817 del 2 de octubre de 2014, así como suscribir la Resolución 2127 del 22 de julio de 2014 incurrió en conflicto de intereses, descrito en el artículo 48, numeral 17 de la Ley 734 de 2002, en la medida en que con esas intervenciones habría favorecido presuntamente a hermanos de su compañera permanente.
- (II) GINA PARODY D'ECHEONA al aprobar el CONPES 3817 del 2 de octubre de 2014 incurrió en conflicto de intereses, descrito en el artículo 48, numeral 17 de la Ley 734 de 2002, en la medida en que con esa intervención habría favorecido a hermanos suyos.

Al confrontar el análisis fáctico con la conducta que les fue imputada a las disciplinables, y teniendo en cuenta el abundante material probatorio allegado a la actuación no se logró realizar la subsunción entre los hechos acreditados y la conducta enrostrada a aquellas, de donde se deduce la atipicidad de los hechos investigados, que de antemano hace innecesario el análisis de la categoría de la culpabilidad y de la ilicitud sustancial.

Por esta razón, emerge con claridad que, con el comportamiento que les fue reprochado a CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN y GINA PARODY D'ECHEONA, no se desconocieron los



artículos 40¹³⁹ y 48, numeral 17 de la Ley 734 de 2002¹⁴⁰, ni el artículo 11, numeral 1º de la Ley 1437 de 2011¹⁴¹

En consecuencia, frente a los problemas jurídicos planteados *ab initio* la Sala, de acuerdo con las pruebas recaudadas en la actuación, responde que las disciplinadas no incurrieron en conflicto de intereses, su proceder es atípico y, por tanto, la única decisión consecuente es la absolución.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Juzgamiento Disciplinario de Servidores Públicos de Elección Popular, en cumplimiento de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADOS y DESVIRTUADOS los cargos imputados, mediante auto del 19 de junio de 2018, a CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.027.788, expedida en Ciénaga (Magdalena), en su condición de ministra de Transporte y de ministra de Comercio, Industria y Turismo, y GINA PARODY D'ECHEONA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52'645.388, en su condición de ministra de Educación, para la época de los hechos, de conformidad con la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: ABSOLVER, como consecuencia de lo anterior, a CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.027.788, expedida en

¹³⁹ **ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES.** Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

¹⁴⁰ «Actuar u omitir, a pesar de la existencia de [...] conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales»

¹⁴¹ **ARTÍCULO 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación.** Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. [...]



Ciénaga (Magdalena), en su condición de ministra de Transporte y de ministra de Comercio, Industria y Turismo, y GINA PARODY D'ECHEONA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52'645.388, en su condición de ministra de Educación, para la época de los hechos,
en los términos previstos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR en estrados a las disciplinadas y a sus defensores¹⁴²; y **COMUNICAR** a los quejosos¹⁴³ la presente decisión, indicándoles que contra la misma procede el recurso de apelación en los términos establecidos en el artículo 180 Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, el cual, en el evento de interponerse, deberá ser sustentado verbalmente en esta diligencia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 180 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011.

CUARTO: CONCEDER, de conformidad con lo establecido en el artículo 180 de la Ley 734 de 2002, el uso de la palabra a los sujetos procesales y al quejoso, para que manifiesten si desean impugnar la decisión, en acatamiento del derecho que les asiste.

Una vez concedido el uso de la palabra tanto a los defensores de las disciplinables como al quejoso, estos manifestaron de manera clara y expresa que NO recurrían la decisión.

QUINTO: DECLARAR que la presente decisión queda en firme en virtud de lo establecido en el artículo 179 de la Ley 734 de 2002 como quiera que defensores de las disciplinables ni el quejoso impugnaron la decisión.

SEXTO: REALIZAR, por la Secretaría de la Sala, los correspondientes registros en el Sistema de Información Misional SIM y en el sitio de Relatoría de la página web de la entidad, de conformidad con las directrices impartidas en la Resolución 447 de 2020 y Circular 26 de 2009.

¹⁴² CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN, GINA PARDOY D'ECHEONA, en su condición de disciplinables; ÁNGELA MARÍA BUITRAGO RUIZ, Apoderada principal de GINA PARODY D'ECHEONA; GUILLERMO PUYANA RAMOS, Apoderado Principal de CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN; CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Apoderado suplente de GINA PARODY D'ECHEONA Y CECILIA ÁLVAREZ CORREA GLEN.

¹⁴³ JAIME LOMBANA VILLALBA, ERNESTO MACÍAS TOVAR, EMILIANO LEGUIZAMÓN VARGAS



SÉPTIMO: ARCHIVAR, por la Secretaría de la Sala, el expediente, una vez cumplido lo anterior.

En este estado, se levanta la sesión de audiencia siendo las 4:52 p.m.

(Original firmado)

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN

Procurador Delegado (C) con funciones transitorias en la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular

(Original firmado)

CARLOS HUMBERTO GARCÍA PARRADO

Procurador Delegado (C), con funciones en la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular
Presidente de la Sala

(Original firmado)

LILIANA B. SÁNCHEZ JIMÉNEZ

Secretaria Ad-hoc

Exp. IUS: E2017-581114/IUC: D-2017-959545
Acta sesión de audiencia pública No. 14, del 7 de abril de 2022

ACTUACIÓN DISCIPLINARIA CONTRA PERSONERO-Omisión de despacho comisorio dentro de proceso contra presidente del Concejo de La Jagua del Pilar (Guajira)

DERECHO DE DEFENSA EN PROCESO DISCIPLINARIO-Se vulnera si de forma arbitraria se deniega ser oído en versión libre o se priva en absoluto el derecho a presentar pruebas

DERECHO A VERSIÓN LIBRE Y ESPONTANEA EN PROCESO DISCIPLINARIO-Se ejerce de manera voluntaria por tanto la iniciativa debe partir del investigado

La versión libre es un derecho que se ejerce de manera voluntaria, motivo por el cual la iniciativa para ejercer este derecho debe partir del propio investigado

Sin embargo, hay que indicar que en el caso del proceso especial verbal, existe una oportunidad procesal específica en la que es el funcionario de conocimiento quien toma la iniciativa para invitar al investigado a que haga uso de este derecho. Este momento es en el inicio de la audiencia, como lo prescribe el artículo 177 de la Ley 734 de 2002...

Se aclara que pese a esa oportunidad procesal que tiene la administración para que el disciplinado haga uso de su derecho a rendir versión libre y espontánea, esto no es óbice para que anterior o posteriormente pueda hacer uso de él, pero ya haciendo una manifestación expresa y voluntaria de su deseo de rendir la diligencia

DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS EN INDAGACIÓN DISCIPLINARIA-Necesidad y alcance en garantía de los derechos del disciplinable

DEFECTO FÁCTICO POR VALORACIÓN PROBATORIA-Se da cuando no existe soporte probatorio que apoye el supuesto legal de la decisión

DEFECTO FÁCTICO POR VALORACIÓN PROBATORIA-Modalidades según Corte Constitucional

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA-Perspectivas de análisis

El principio de legalidad en el derecho disciplinario y en el Estado de derecho tiene que ser analizado desde dos perspectiva: i) una desde el poder, que exige que las facultades, funciones o actos que desarrolle un servidor público estén expresamente establecidos, ii) y por otra parte, de aplicación en el derecho sancionatorio, que requiere que las conductas que se consideren faltas disciplinarias se encuentren expresamente contenidas en una norma, así como las sanciones a imponer, con la respectiva preexistencia al acto que se imputa...

Es clara la necesidad que las conductas descritas como falta disciplinaria sean preexistentes a la conducta irregular reprochable, razón que da lugar a que se acuda al

principio de tipicidad, que se encuentra implícito en el principio de legalidad

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD-Obligación del legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de conducta disciplinaria

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Exige descripción específica y precisa en la norma que contempla las infracciones, sanciones y conductas

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Es menos estricto en el derecho disciplinario ante la imposibilidad del legislador de contemplar todas las conductas

TIPOS ABIERTOS-Definición en materia disciplinaria según jurisprudencia y doctrina/**TIPO ABIERTO**-Descripción general de la conducta que el legislador determina como falta disciplinaria/**TIPO ABIERTO**-Atipicidad exige además de la descripción general en la ley la descripción de la conducta clara y precisa en otra norma

En atención a lo denominado como tipos abiertos, la jurisprudencia y la doctrina han tenido una posición pacífica y uniforme en lo que respecta a su definición y sobre las implicaciones que conlleva utilizar estas disposiciones en el derecho disciplinario

El tipo abierto debe entenderse como una descripción general de la conducta que el legislador determina como falta disciplinaria, obligando a quien aplica estas normas, en este caso las disposiciones de tipo disciplinario, a remitirse a otras normas para complementar el tipo

La estructura del tipo disciplinario no solo lo compone la norma disciplinaria de la Ley 734 de 2002, sino que también hace parte de ella la descripción que contienen las otras normas a las cuales se debe remitir para cumplir con los criterios de precisión y complementación. El no hacer la debida complementación normativa da lugar a que la adecuación típica no sea correcta, pues los elementos descriptivos concretos y precisos no están señalados en los tipos abiertos

Es por ello que adicional a las descripciones generales, la tipificación de la conducta debe tener una descripción de la conducta concreta y precisa, elementos que se encuentran en la norma que complementa el tipo abierto

Es decir, si se hace alusión a la violación de la ley o la constitución, lo pertinente es remitirse a la disposición legal o constitucional que contenga la descripción de la conducta. A nivel de ejemplo, si un funcionario se le indicara la incursión en la violación del régimen de inhabilidades, tal como lo señala el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, solo se lograría determinar la configuración de la falta disciplinaria si acudimos a las normas que contemplan las señaladas inhabilidades

FUNCIONES DE MINISTERIO PÚBLICO-Afinidad en Personería y PGN no involucra jerarquía ni superioridad funcional

PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA-En lo que respecta a la comisión para la práctica de pruebas/**PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA**-Personero comisionado tiene el deber de practicar pruebas sin que se requiera superioridad jerárquica o funcional de autoridad disciplinaria de la

COMISIÓN DE PRÁCTICA DE PRUEBAS A PERSONERO-Genera el deber funcional de ejecución al comisionado bajo principios de eficiencia y eficacia

ATIPICIDAD RELATIVA-Presupuestos fácticos no se adecúan a los normativos pudiendo encuadrar en otros tipos disciplinarios

La primera instancia citó una norma en la cual se configura una irregularidad por no atender una orden de superior jerárquico. Cuestión que no se configura, por no existir superioridad

Es decir, al señalar esta norma como infringida, la misma se torna atípica, teniendo en cuenta que los presupuestos fácticos de no coinciden con los presupuestos normativos, para que la conducta descrita encuadre, pero pueden encuadrar en otros tipos disciplinarios

En este caso, es factible hablar que existe una atipicidad relativa, pues si bien no encuadra en la norma que se citó por la primera instancia es factible que pueda hacerse en otros tipos disciplinarios

Los supuestos parten principalmente en que exista superioridad jerárquica. Esta no existe, pues allí lo que hay es la creación de un deber funcional, en virtud de una disposición legal, que obliga al servidor público a que guarde los principios de la función pública en el asunto que fue puesto a su cargo

La comisión para la práctica de pruebas que se generó con el despacho comisorio N° 037 del 1 del 9 de octubre de 2015 no se fundó en ninguna orden de superior, sino que se generó en una herramienta habilitada por el legislador, para ser aplicada en las averiguaciones disciplinarias que requieran su uso

COMISIÓN PRÁCTICA DE PRUEBAS-Carácter y alcance del deber de realización en procesos disciplinarios según Corte Constitucional

COMISIÓN PRÁCTICA DE PRUEBAS-Incumplimiento no produce inobservancia a órdenes de un superior jerárquico o funcional

COMISIÓN DE PRÁCTICA DE PRUEBAS A PERSONERO-Calificación de la conducta no se ajusta a una omisión sino un hacer tardío

La conducta no fue omisiva, pues si bien se presentó una dilación en el trámite del despacho comisorio, el cual fijaba cinco (5) días para gestionarlo, en dicha diligencia no se trató de un no hacer, sino de un hacer tardío, que obligaba a que la tipificación de la falta disciplinaria fuera diferente, más relacionado con la violación del principio de celeridad al que está sometido el proceso disciplinario, como principio rector del Código Único Disciplinario o con la diligencia del servidor público en el cumplimiento del encargo...

Igualmente, el servidor público sancionado posiblemente pudo haber incurrido en una omisión al no cumplir con su deber de adelantar las diligencias necesarias para denunciar la pérdida de los documentos y de realizar lo que la ley le impone para la reconstrucción de los documentos extraviados, cuestión sobre lo cual no se indagó en

esta actuación y que no se tiene certeza sobre la fecha en que el Personero Municipal de la Jagua del Pilar conoció de la pérdida documental...

Se colige que la modalidad de la conducta no se ajusta a la calificada inicialmente por parte de la primera instancia, pues no se trató de una conducta omisiva, sino que la misma obedeció a una acción tardía, al no respetar los términos para el cumplimiento de la comisión ordenada...

Se concluye que la sanción impuesta al señor XXXX, para la época de los hechos Personero Municipal de La Jagua del Pilar (La Guajira) debe ser revocada, en atención a que la conducta irregular reprochada no corresponde a la modalidad omisiva, de acuerdo a las pruebas que reposan en el expediente, donde se evidencia el actuar por parte del servidor público, aunque el mismo en su momento debió ser calificado como tardío

Esto produjo que la calificación jurídica fuera errónea, sin que pueda trasladársele este error al sancionado y en consecuencia se procederá absolver al disciplinado del cargo imputado



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

**PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA
y JUDICIAL**

Radicación N°:	IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475
Sancionado:	XXXXX
Cargo y Entidad:	Personero Municipal de la Jagua del Pilar (La Guajira)
Quejoso:	De oficio
Fecha hechos	29 de febrero de 2016
Hechos:	Omisión en el trámite del despacho comisorio N° 037 del 19 de octubre de 2015
Asunto:	Fallo de Segunda Instancia

Bogotá, D. C., marzo dieciocho (18) de dos mil veintiuno (2021)

I. ASUNTO A TRATAR

Procede la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y Judicial a resolver el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado del señor XXXX, Personero municipal de la Jagua del Pilar (La Guajira) para la época de los hechos, contra el fallo proferido el 17 de julio de 2018 por la Procuraduría Regional de La Guajira, por medio del cual lo declaró disciplinariamente responsable del cargo formulado y le impuso sanción de suspensión e inhabilidad especial por el término de nueve (9) meses.¹

II. HECHOS

Los hechos por los cuales se investigó al señor XXXX, personero municipal de la Jagua del Pilar (La Guajira), se relacionan con la presunta omisión en el trámite del despacho comisorio N° 037 del 19 de octubre de 2015, ordenado con el fin que el comisionado allegara algunas pruebas documentales dentro del proceso con radicación Ius 2011-290851 y Iuc D-2014-62-428654², que se adelantó en contra de XXXX en su condición de Presidente del Concejo Municipal de La Jagua del Pilar (La Guajira).

¹ Folio 114 del cuaderno original.
² Folios 2 a 11 del cuaderno original



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

III. ANTECEDENTES PROCESALES

La Procuraduría Regional de La Guajira conoció en primera instancia de la presente actuación y adelantó las siguientes actividades:

3.1. El 6 de marzo de 2016, la Procuraduría Regional de La Guajira profirió auto de archivo definitivo en el proceso Ius 2011-290851 Iuc 2014-62-428654, que se adelantó en contra de XXXX, en su condición de Concejal – Presidente del Concejo Municipal de La Jagua del Pilar (Guajira), ordenando expedir copia de varios folios para investigar la conducta omisiva de XXXX.³

3.2. El 29 de abril de 2016, la Procuraduría Regional de La Guajira ordenó una indagación preliminar, en contra de XXXX, para la época de los hechos Personero Municipal de la Jagua del Pilar (Guajira), en razón a que a la fecha del auto de archivo mencionado en el numeral anterior no se había remitido la comisión solicitada con el despacho comisorio N° 037 del 19 de octubre de 2015, que tenía como finalidad el aporte de pruebas documentales, pese a que se hicieron los requerimientos telefónicos y que dicha comisión fue otorgada por el término de cinco (5) días.⁴

3.3. El 30 de junio de 2016, fue notificado el señor XXXX del auto de fecha 29 de abril de 2016, dentro del proceso disciplinario Ius 2016-166929 Iuc 2016-62-855475.⁵

3.4. El 29 de enero de 2018, se profirió el auto que declara la procedencia del procedimiento verbal y citación a audiencia, en el que se le imputo el siguiente cargo único:

El señor XXXX, en su condición de Personero del Municipio de La Jagua del Pilar – La Guajira, pudo haber comprometido su responsabilidad, al no tramitar el despacho comisorio Nos 037 del 19 de octubre de 2015, en cumplimiento a lo ordenado en auto del 31 de agosto de 2015, proferido dentro del proceso disciplinario radicado bajo el número IUS 2011-290851 IUC D-2014-62-428654, a través del cual se comisionó para la práctica de las pruebas allí relacionadas en el que se dejó constancia que era por el término perentorio de 5 días, a partir , a partir del

recibo del citado Comisario (26-10-2017), además de los requerimientos vía telefónica que le hiciera la Procuraduría Regional a través de la secretaría de

³ Folios 9 a 11 del cuaderno original.

⁴ Folios 12 a 14 del cuaderno original.

⁵ Folio 22 del cuaderno original



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

esta Regional, tal como consta en el auto de archivo del 16-03-2017, lo que originó que este ente de control, tuviera que ordenar la terminación del proceso referenciado en este cargo, y en consecuencia el archivo definitivo de las diligencias, al no poderse continuar la investigación, porque no se allegó en ningún tiempo, la documentación requerida en aquel comisorio para proseguir la mencionada investigación.

Así mismo, se citaron como normas violadas las

siguientes: Ley 734 de 2002.

Artículo 34. Son deberes de todo servidor público:

1. “Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, las leyes...”
7. “Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes, y atender los requerimientos de las autoridades competentes”.

Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. “Incumplir los deberes, contenidos en la Constitución, ...,las leyes...”
7. “Omitir,..., los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado.

En lo que respecta a la modalidad de la conducta fue calificada como omisión y calificada provisionalmente como FALTA GRAVE, de acuerdo a los criterios establecidos en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002. Citando específicamente el grado de culpabilidad, la jerarquía y mando del servidor público y *“la trascendencia de perjuicio causado social de la falta”*.

Finalmente, se calificó la forma de culpabilidad a título de CULPA GRAVE por no haber tramitado o no dar cuenta del trámite dado a la comisión

ordenada por autoridad competente, argumentando la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.⁶

3.5. El 3 de mayo de 2018, se notificó por edicto el auto que declara la procedencia del procedimiento verbal y cita a audiencia, ante la no concurrencia

⁶ Folios 26 a 38 del cuaderno original.



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

del disciplinado a la notificación personal.⁷

3.6. Por auto del 8 de mayo de 2018, se designó al doctor XXXX como abogado de oficio del señor XXXX⁸. El 11 de mayo de 2008 el doctor XXXX tomó posesión y se le notificó personalmente el auto que declara la procedencia del procedimiento verbal y cita a audiencia.⁹

3.7. Se fijó estado el 22 de mayo de 2018, para notificación del disciplinado.¹⁰

3.8. El 18 de junio de 2018, se instala la audiencia pública en el proceso verbal Ius 2016-1166929 Iuc D-2016-62-855475, sin la presencia del investigado y con la manifestación del doctor XXXX de haber recibido poder para actuar como defensor de confianza. El apoderado presenta solicitud de nulidad, por lo que el despacho suspende la diligencia para resolver.¹¹

El contenido de la nulidad presentada por el apoderado se sintetiza en lo siguiente:

- El investigado no fue llamado a rendir versión libre y espontánea en ningún momento.
- No se allegó la prueba del recibido de la Personería de La Jagua del Pilar del despacho comisorio N° 037 del 19 de octubre de 2015.
- La Procuraduría no allegó prueba alguna en la etapa de indagación preliminar que sirviera de soporte para citar a audiencia.
- El cargo imputado es difuso y sin claridad, pues las normas consideradas no corresponden a la presunta falta u omisión al deber funcional, en razón a que no se explica cual fue la disposición constitucional o legal posiblemente vulnerada; y el Procurador Regional no es “superior funcional” de un Personero Municipal.
- La argumentación del cargo alude a una supervigilancia en el trámite de las investigaciones, en cabeza de la Procuraduría Regional, olvidando que se trataba de una comisión para la práctica de pruebas.
- La falta de validez de las pruebas, al considerar la defensa que no fueron practicadas legalmente dentro de la indagación preliminar, lo que considera una violación al debido proceso.

- La citación de tipos abiertos como violados, de manera general.¹²

⁷ Folio 42 del cuaderno original

⁸ Folio 43 del cuaderno original

⁹ Folios 44 y 45 del cuaderno original.

¹⁰ Folio 48 del cuaderno original

¹¹ Folios 49 y 50 del cuaderno original

¹² Folios 51 a 55 del cuaderno original.



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

3.9. Se profiere el auto del 19 de junio de 2018, mediante el cual se resuelve la solicitud de nulidad, declarándola improcedente, al desvirtuarse el argumento que las pruebas decretadas en la indagación preliminar no fueron *ordenadas* (sic).

3.10. El 25 de junio de 2018, se reanuda la audiencia pública con la resolución de la solicitud de nulidad y la notificación de su negativa. En la misma diligencia se concede la palabra para los alegatos de conclusión¹³. Se aporta a la diligencia copia de la denuncia del señor XXXX, del día 4 de diciembre de 2015, por la pérdida de unos documentos que tenían destino la Procuraduría Regional de La Guajira, provenientes de la Personería Municipal de La Jagua del Pilar (La Guajira).¹⁴

3.11. El 17 de julio de 2018, la Procuraduría Regional de La Guajira profiere el fallo verbal de primera instancia¹⁵. Esta decisión fue apelada por la defensa, siendo concedido en el efecto suspensivo, el día 23 de julio de 2018¹⁶.

3.12. El 10 de octubre de 2018, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y Judicial corre traslado para alegatos de conclusión en fallo de segunda instancia¹⁷. Este auto es notificado por Estado del 16 de octubre de 2018¹⁸.

3.13. El 26 de octubre de 2018, el señor XXXX, en su calidad de apoderado del señor XXXX, presenta los respectivos alegatos de conclusión previos al fallo de segunda instancia.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Procuraduría Regional de La Guajira profirió fallo de primera instancia el 17 de julio de 2018, mediante el cual sancionó al señor XXXX, Personero Municipal de la Jagua del Pilar (La Guajira) con suspensión e inhabilidad especial por el término de nueve (9) meses, al encontrarlo responsable disciplinariamente por la omisión en el trámite del despacho comisorio N° 037 del 19 de octubre de 2015, librado por la Procuraduría Regional de La Guajira.

El análisis de la providencia se hará en la medida que se haga el análisis de los

¹³ Folios 73 y 74 del cuaderno original

¹⁴ Folio 75 del cuaderno original

¹⁵ Folios 81 a 115 del cuaderno original

¹⁶ Folio 117 del cuaderno original

¹⁷ Folios 119 y 120 del cuaderno original

¹⁸ Folio 123 del cuaderno original



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

argumentos de la impugnación presentada por el apoderado del investigado.

V. RECURSO DE APELACION Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado del sancionado en primera instancia es reiterativo en sus argumentos, respecto de la inconformidad sobre la decisión sancionatoria, que puede resumirse de la siguiente manera:

- 5.1. No fue llamado el disciplinado a rendir versión libre y espontánea dentro de la indagación preliminar.
- 5.2. Dentro de la etapa de indagación preliminar no se allegó ninguna prueba que sirviera de soporte para citar a audiencia.
- 5.3. En el desarrollo del proceso adelantado por la Procuraduría Regional existieron irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, resumiendo este despacho tales argumentaciones de la siguiente manera:

Ausencia de un acto administrativo que incorporara las copias del proceso Ius 2011-290851 Iuc 2014-62-428654, que dieron origen a la acción, como pruebas al momento de iniciar la indagación preliminar;

Uso de tipos abiertos o en blanco contenidos en los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002, sin que se le citara al disciplinado la disposición legal o constitucional que posiblemente se vulneró;

La calificación de la falta como grave a título de culpa grave, bajo la argumentación de la afectación sustancial de los deberes, al no cumplir con la orden de la Procuraduría Regional, quien ejerce la supervigilancia en el trámite de las investigaciones que adelanta el Personero, olvidando que la investigación hace referencia es a una omisión en la práctica de unas pruebas ordenadas en el despacho comisorio N° 037 de 2015;

La mora del proceso, que se inició ya en riesgo de prescripción

Página 6 de 29



Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= (Válido URL

es responsabilidad de la Procuraduría Regional; v) desconocimiento de las pruebas en la audiencia; Anuncia la Procuraduría Regional, como prueba de las llamadas realizadas por la Secretaría solicitando la devolución de la comisión, pero no presenta el registro de dichas llamadas; Dosificación de la sanción es infundada y debe ser reconsiderada.

Varios de los aspectos planteados por la defensa fueron resueltos por la primera



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

instancia en sede de nulidad, sin embargo se retomarán como argumentos de impugnación y se harán los pronunciamientos del caso.

VI. CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURÍA DELEGADA.

6.1. Competencia.

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y Judicial, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000 y concordante con la Resolución 138 del 4 de abril de 2018 proferida por el Procurador General de la Nación, es competente para revisar por vía de apelación el fallo de primera instancia proferido el 17 de julio de 2018 por la Procuraduría Regional de La Guajira, en razón a la naturaleza del asunto y la calidad del disciplinado, como personero municipal de La Jagua del Pilar (La Guajira).

Igualmente, se señala que el artículo 171 de la Ley 734 de 2002 dispone, en su párrafo, que: «el recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación».

6.2. Análisis de los argumentos expuestos por la defensa del disciplinado

Esta Procuraduría Delegada resolverá los siguientes temas planteados en el recurso de apelación presentado el 17 de julio de 2018 y en el escrito de alegatos de conclusión previo al fallo de segunda instancia del 26 de octubre de 2018: I. Momentos procesales de la versión libre; II. Práctica de pruebas en indagación preliminar; III. Defecto fáctico por valoración probatoria IV. Los tipos abiertos v. superioridad del Procurador Regional sobre el Personero Municipal. vi. La omisión en la conducta enrostrada.

6.2.1. Momentos procesales de la versión libre.

Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGoo= Válido
URL

6.2.1.1. Argumento de la defensa.



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

Anuncia la defensa que, aunque se notificó del auto de indagación preliminar el 30 de junio de 2016, nunca fue llamado a rendir versión libre y espontánea.¹⁹

6.2.1.2. Consideraciones de la Procuraduría Delegada.

La versión libre y espontánea es considerada jurídicamente como un mecanismo de defensa, que está a alcance de quien está sometido a un proceso, en este caso disciplinario, para que haga uso de esta dentro de las diferentes etapas procesales. Se cuenta como un derecho del investigado, al cual la administración accede, bajo las condiciones que indique la ley.

Es equivoco pensar en esta como un deber que está a cargo del funcionario de conocimiento disciplinario en cualquier etapa del proceso, pues la realidad es que se cuenta como una herramienta a voluntad del investigado, quien está en la posibilidad de solicitarla en cualquier momento, hasta antes del fallo, como lo estipula el artículo 92 de la Ley 734 de 2002²⁰.

En este sentido, se explica el porque de la ausencia de la versión libre y espontánea en algunos procesos disciplinarios no deviene como una violación al debido proceso, pues si el investigado decide no hacer uso de este mecanismo de defensa, está en su pleno derecho de no adelantar esta diligencia.

Cosa diferente se presenta en el evento en el que el investigado solicita ser escuchado en diligencia de versión libre y espontánea y el funcionario de conocimiento, de manera arbitraria, le niega este derecho. Al respecto, la Corte Constitucional señaló:

Para satisfacer a plenitud el derecho de defensa, resulta claro que si en forma arbitraria se deniega la solicitud de comparecer desde el comienzo a la indagación preliminar a quien solicitó ser oído en versión libre, o se le priva en absoluto del derecho a presentar pruebas que puedan serle favorables a la indagación de los hechos en esta etapa, se vulneraría el derecho al debido proceso, razón esta por la cual el afectado con ese proceder

autoritario tendría a su disposición la posibilidad de alegar la existencia de una nulidad en el proceso disciplinario, nulidades que, aún no alegadas, deben ser declaradas de oficio, en cualquier etapa del proceso en que se adviertan por el funcionario encargado de la tramitación del mismo.²¹

¹⁹ Folios 116 y 132 del cuaderno original

²⁰ **ARTÍCULO 92. DERECHOS DEL INVESTIGADO.** Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

(...) 3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.

²¹ C. Const., Sent. C-175, feb. 14/01. M.P. Alfredo Beltrán Sierra



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

Ahora, queda absolutamente claro en el tema que la versión libre es un derecho que se ejerce de manera voluntaria, motivo por el cual la iniciativa para ejercer este derecho debe partir del propio investigado.

Sin embargo, hay que indicar que en el caso del proceso especial verbal, existe una oportunidad procesal específica en la que es el funcionario de conocimiento quien toma la iniciativa para invitar al investigado a que haga uso de este derecho. Este momento es en el inicio de la audiencia, como lo prescribe el artículo 177 de la Ley 734 de 2002, al indicar:

Artículo 177. Procedimiento Verbal (...) Al inicio de la audiencia, a la que el investigado puede asistir solo o asistido de abogado, podrá dar su propia versión de los hechos y aportar y solicitar pruebas,..

Se aclara que pese a esa oportunidad procesal que tiene la administración para que el disciplinado haga uso de su derecho a rendir versión libre y espontánea, esto no es óbice para que anterior o posteriormente pueda hacer uso de él, pero ya haciendo una manifestación expresa y voluntaria de su deseo de rendir la diligencia.

6.2.1.3. El caso concreto.

En el presente caso, se observa que el señor XXXX se notificó de la indagación preliminar el día 30 de junio de 2016²², pero posterior a dicho evento no hizo pronunciamiento alguno sobre la intención de rendir la diligencia de versión libre y espontánea.

Tan cierto es esto, que no volvió a realizar ningún tipo de actuación o solicitud en el proceso, al punto que pese a que se profirió el auto que declaró la procedencia del procedimiento verbal y citación a audiencia, no se presentó a notificarse de este proveído, lo que generó que se tuviera que acudir al nombramiento y posesión de un defensor de oficio, como mecanismo para garantizar su derecho a la defensa y contradicción²³.

Esta situación se extendió al inicio de la audiencia, a la cual no se presentó

el investigado, pero otorgando un poder al doctor XXXX, para que actuara como su defensor de confianza. La ausencia del disciplinado es muestra que el disciplinado no estaba interesado en hacer uso de su mecanismo de defensa, lo que es absolutamente válido ya que, como se advirtió anteriormente,

²² Folio 22 del cuaderno original.

²³ Folios 43 y 45 del cuaderno original.



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

se trata de un derecho que se ejerce de manera voluntaria.

Posterior a esto pudo hacer uso de su derecho, pues como se ha explicado, no existe ningún obstáculo para que pudiera ejercerlo, pero ya condicionado a su manifestación expresa de la voluntad que tenía para hacerlo. Prueba de lo dicho es que presentó su versión libre y espontánea por escrito, conforme al documento que aparece en el expediente con radicado E-2018-320605 del 11 de julio de 2018.²⁴

En estas circunstancias, no se aceptan los argumentos de la defensa, en los que plantea una posible violación al debido proceso, por lo que no tienen prosperidad y no serán aceptados por esta instancia.

6.2.2. Práctica de pruebas en indagación preliminar

6.2.2.1. Argumentos de la defensa.

En este punto la defensa hace dos planteamientos concretos: i) No existe acto a través del cual el Ministerio Público incorporó legalmente las pruebas para iniciar la indagación preliminar y ii) no se practicó o allegó ninguna otra prueba, siquiera sumaria, durante la indagación preliminar.

6.2.2.2. Consideraciones de la Procuraduría Delegada.

Conforme a lo manifestado por el artículo 69 de la Ley 734 de 2002, la acción disciplinaria se inicia a través de la información de las siguientes fuentes:

La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de Ley 190 de 1995 y 27 de la Ley 24 de 1992

Al referirse la norma a la posibilidad que la acción disciplinaria se inicie de oficio se hace referencia a que es la autoridad la que actúa en razón a los



Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= (Válido

URL

deberes que le atañen y no requieren de la participación de un tercero para iniciar esta actuación. En materia disciplinaria este deber de oficio se da cuando la autoridad percibe la existencia de un hecho que pueda tener incidencia disciplinaria.

²⁴ Folios 76 y 77 del cuaderno original



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

Es la misma ley 734 de 2002 la que señala la obligatoriedad de la autoridad para dar inicio a la acción disciplinaria, como quiera que establece que si es competente debe dar inicio a la misma y si no lo es debe remitir el asunto a quien tenga la competencia para ello. Aquí podemos observar la determinación del deber legal que tiene la autoridad para iniciar la acción, en conocimiento de un hecho presuntamente irregular.²⁵

Es importante tener claridad que el conocimiento por cualquier medio está acompañado, generalmente, por elementos que así lo sustenten, por lo que estos deben hacer parte del inicio de la actuación. Entonces, el servidor público que adquiere el conocimiento debe aportar todos los elementos a su alcance para que se evalúe y eventualmente se inicie la actuación correspondiente.

Ahora, al momento de evaluar puede optar por iniciar la acción o abstenerse de ella a través de un auto inhibitorio. Si opta por iniciar la acción disciplinaria, se nos presentan varias alternativas para ello: ordenar una indagación preliminar, ordenar la apertura de investigación disciplinaria o declarar la procedencia del proceso verbal y citar a audiencia.

Cada una de estas alternativas tiene unas características propias, que permiten se opte por una u otra: i) En el caso de la indagación preliminar es procedente en aquellos eventos de duda sobre la individualización e identificación del autor de la falta disciplinaria o en la procedencia de la investigación disciplinaria²⁶; ii) para la investigación disciplinaria, esta procede si está identificado e individualizado el presunto autor de la falta disciplinaria, y por sustracción de materia, que no exista duda de la procedencia de la investigación disciplinaria²⁷; y iii) en el caso del proceso verbal, es posible su aplicación en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y cuando la falta sea leve. Igualmente, en todo caso, cuando al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos²⁸.

Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= (Válido
URL

La etapa de indagación preliminar es de carácter eventual, es decir no se constituye como obligatoria, pues, como se dijo anteriormente, solo es procedente en caso de duda en la individualización e identificación del presunto autor o de la procedencia de la investigación disciplinaria, por lo que los esfuerzos probatorios en este momento son menos exigentes que en las demás

²⁵ L. 734/2002. **Artículo 70.** El servidor público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, si fuere competente, iniciará inmediatamente la acción correspondiente. Si no lo fuere, pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad competente, adjuntando las pruebas que tuviere.

²⁶ Ibidem. Artículo 150

²⁷ Ibidem. Artículo 152

²⁸ Ibidem. Artículo 175



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

oportunidades procesales para practicar pruebas y, aunque es posible decretar pruebas en todos los aspectos requeridos en razón a los fines de esta etapa²⁹, solo es necesario que se prueben aspectos mínimos para ordenar la investigación disciplinaria o para desestimarla, por lo que el agotamiento probatorio pleno no es necesario.

Pero si se logra un avance significativo en esta etapa, desde el punto de vista probatorio, y estén dados los elementos necesarios para proferir los cargos, la ley permite que la actuación se adelante por el procedimiento verbal, sin que se evalúe si están o no dadas alguna de las circunstancias taxativas estimadas en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, ya arriba señaladas.

6.2.2.3. Caso concreto

Haciendo referencia a la argumentación de la defensa, la primera parte se perfila a la inexistencia del acto administrativo de incorporación de las pruebas. Sin embargo, olvida la defensa dos aspectos fundamentales: El primero de ellos es que la decisión de remisión de copias del proceso se originó en otro proceso disciplinario, en el cual se ordenó que se remitieran copia de varios folios de la actuación.

Esto se da en razón a que el servidor público a cargo del expediente (Procurador Regional de La Guajira), tuvo conocimiento de la irregularidad y al tener la competencia para investigar el hecho, conforme lo señal el Decreto - Ley 262 de 2000, artículo 75, numeral 2³⁰; y artículo 76, numeral 1, literal a)³¹, en concordancia con el artículo 70 de la Ley 734 de 2002, dispuso la remisión de copias y la apertura de indagación preliminar, en su legítimo deber de iniciar la acción disciplinaria.

²⁹ L. 734/02. **ARTÍCULO 150. PROCEDENCIA, FINES Y TRÁMITE DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR.** En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar. La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

³⁰ 2. Conocer en primera instancia los procesos disciplinarios cuya competencia corresponda a las procuradurías distritales o provinciales, en las circunscripciones territoriales en donde éstas no existan.

³¹ **ARTÍCULO 76. Funciones.** Las procuradurías distritales y provinciales, dentro de su circunscripción territorial, Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y Judicial, Carrera 5 No. 15 - 80 Bogotá D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750.. www.procuraduria.gov.co. NIT.



Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= (Válido

URL

tienen las siguientes funciones, cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este decreto:

1. Conocer en primera instancia, salvo que la competencia esté asignada a otra dependencia de la Procuraduría, los procesos disciplinarios que se adelanten contra:

a) Los alcaldes de municipios que no sean capital de departamento, los concejales de éstos, los personeros, personeros delegados, ediles de juntas administradoras locales, rectores, directores o gerentes de las entidades y organismos descentralizados del orden distrital o municipal, los miembros de sus juntas o consejos directivos, y contra servidores públicos del orden distrital o municipal, según el caso.



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

Efectivamente, en el auto de archivo en el proceso Ius 2011-290851 Iuc D-2014- 62-428654 se ordenó expedir copia de los folios 168 a 172, 180 y 181 para que por radicación separada se investigara la conducta del señor XXXX, para la época de los hechos personero municipal de La Jagua del Pilar (Guajira)³².

Ahora, al momento en que se profirió el auto de indagación preliminar, el 29 de abril de 2016, se hizo referencia expresa al motivo del inicio de la acción y de los folios que fueron aportados como soporte del inicio de la acción disciplinaria, por lo que no se comparte con la defensa la exigencia de un formalismo que a leguas es innecesario y que no aparece reglado dentro del Código Único Disciplinario.

Esto reforzado por el conocimiento que tuvo el investigado sobre la apertura de indagación preliminar y del auto en el que se le señaló los soportes documentales que se harían valer, como quiera que fue notificado personalmente de esta etapa procesal³³.

En segundo lugar, la argumentación de la defensa se dirige a indicar que no se allegó ninguna prueba en el transcurso de la etapa de indagación preliminar. Esta afirmación debe ser rechazada de plano, pues en el auto de indagación preliminar, en su parte resolutive, se dejó plasmado el decreto de la prueba del recibo del despacho comisorio N° 037 del 19 de octubre de 2015 y de su cumplimiento³⁴. La respuesta de este requerimiento se dio con el oficio del 12 de julio de 2016, suscrito por la Personera Municipal de La Jagua del Pilar, en 64 folios³⁵.

En estas circunstancias, no se acepta la argumentación de la defensa, en lo que refiere a los cuestionamientos sobre las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar.

6.2.3. Defecto fáctico por valoración probatoria.

6.2.3.1. Argumentación de la defensa.

La defensa afirma que la Procuraduría Regional no aportó ninguna prueba de las llamadas realizadas por la Secretaría, solicitando la devolución de la comisión a la Personería Municipal de La Jagua del Pilar (La Guajira).

6.2.3.2. Consideraciones de la Procuraduría Delegada.

³² Folio 11 del cuaderno original.

³³ Folio 22 del cuaderno original

³⁴ Folio 13 del cuaderno original

³⁵ Folios 1 a 64 del cuaderno anexo.



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

El defecto fáctico en una providencia se da cuando no existe el soporte probatorio que pueda apoyar el supuesto legal que apoya la decisión del funcionario de conocimiento.

La Corte Constitucional definió el defecto fáctico de la siguiente manera:

El defecto fáctico ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como aquel que surge o se presenta por omisión en el decreto y la práctica de las pruebas; la no valoración del acervo probatorio y el desconocimiento de las reglas de la sana crítica; por último, la Corte también lo ha llegado a derivar de problemas intrínsecos relacionados con los soportes probatorios³⁶

Pero este defecto fáctico se presenta en diferentes modalidades, como lo son: i) por la aceptación de una prueba ilícita; ii) por dar por probados hechos carentes de prueba; iii) por la negación al decreto o práctica de pruebas determinantes; iv) por omisión en la valoración de la prueba; y v) por valoración defectuosa del material probatorio.³⁷

El que se incurra en este tipo de defecto tiene como consecuencia que no se realice un análisis lógico y razonable del asunto a cargo del funcionario de conocimiento, afectando con ello lo que se denomina la sana crítica, entendido esto como el ejercicio del correcto entendimiento humano.

6.2.3.3. Caso concreto.

En el presente caso la defensa hace alusión a la falta de requerimientos para que se devolviera cumplido el despacho comisorio N° 037 del 19 de octubre de 2015.

En el análisis hecho en el fallo de primera instancia aducen que esto no fue una “mera excusa o invento” teniendo en cuenta que dicho hecho se dejó plasmado en el auto de archivo del 16 de marzo de 2016, dentro de proceso Ius 2011- 290851, dejando esta afirmación simple complementada con el cuidado con el que maneja los asuntos la Procuraduría Regional de La Guajira³⁸.

En este caso, se considera que el auto de archivo no se puede constituir como prueba de las llamadas que la Procuraduría Regional hizo con el fin de requerir el cumplimiento del despacho comisorio, por lo que indudablemente el hacer la afirmación sobre la verdad de este hecho sería entrar en lo que se ha identificado

³⁶ C. Constitucional. Sent. T-464/11. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

³⁷ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *Vías de hecho. Acción de Tutela Contra Providencias*. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. P. 180 a 197.

³⁸ Folio 99 del cuaderno original.



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

en este aparte como el defecto fáctico, pues el hecho afirmado carece de prueba.

Se debe señalar que debía existir alguna constancia secretarial de la fecha o una prueba testimonial por parte del funcionario que realizó las llamadas, o cualquier otro medio que pudiera dar certeza de la afirmación que hiciera la Procuraduría Regional en el fallo de primera instancia.

Sin embargo, también se tiene que si bien no está probado este hecho, debe darse la razón a la primera instancia cuando afirma en la providencia que el despacho comisorio es por si solo una orden completa que no necesita que haya un requerimiento para que el funcionario comisionado le dé cumplimiento³⁹.

En conclusión, pese a que el hecho de los requerimientos no está debidamente probado en el expediente, con lo cual se puede generar el defecto fáctico en el fallo de primera instancia sobre este hecho específico, este aspecto no tiene el alcance necesario para desvirtuar el tema materia de investigación, por lo que si bien se debe dar la razón a la defensa, no genera un cambio en la prueba del hecho irregular investigado.

6.2.4. Tipos abiertos

6.2.4.1. Argumentos de la defensa.

La defensa afirma que la Procuraduría Regional juzgó y sancionó utilizando los tipos abiertos contenidos en los artículos 34, numerales 1 y 7; y 35, numerales 1 y 7, de la Ley 734 de 2002, sin que se citara la disposición legal o constitucional posiblemente vulnerada por el disciplinado, debiendo encuadrar la conducta en el manual de funciones o en la Ley 136 de 1994.

6.2.4.2. Consideraciones de la Procuraduría Delegada.

El principio de legalidad en el derecho disciplinario y en el Estado de derecho tiene que ser analizado desde dos perspectiva: i) una desde el poder, que exige que las facultades, funciones o actos que desarrolle un servidor público estén expresamente establecidos, ii) y por otra parte, de aplicación en el derecho sancionatorio, que requiere que las conductas que

se consideren faltas disciplinarias se encuentren expresamente contenidas en una norma, así como las sanciones a imponer, con la respectiva preexistencia al acto que se imputa.

En el Código Único Disciplinario se hace alusión a este principio desde la perspectiva sancionatoria, indicado la norma que:

³⁹ Folio 99 del cuaderno original.



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

ARTÍCULO 4o. LEGALIDAD. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.

Es clara la necesidad que las conductas descritas como falta disciplinaria sean preexistentes a la conducta irregular reprochable, razón que da lugar a que se acuda al principio de tipicidad, que se encuentra implícito en el principio de legalidad. La Corte Constitucional señala:

Por su parte, el principio de tipicidad implícito en el de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión.^[74] Sobre el alcance de este principio, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-343 de 2006, se pronunció en los siguientes términos:

“Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la “exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras.”⁴⁰

Pero este principio en el derecho disciplinario es menos estricto que en el derecho penal, pues admite algunas flexibilidades ante la imposibilidad del legislador de contemplar en un catálogo de faltas todas las conductas que tienen vocación de ser reprochadas. Una de estas flexibilidades es el uso en la normatividad de tipos abiertos.

En atención a lo denominado como tipos abiertos, la jurisprudencia y la doctrina han tenido una posición pacífica y uniforme en lo que respecta a

su definición y sobre las implicaciones que conlleva utilizar estas disposiciones en el derecho disciplinario.

El tipo abierto debe entenderse como una descripción general de la conducta que el legislador determina como falta disciplinaria, obligando a quien aplica

⁴⁰ C. Const. Sent. C-699/15. M.P. Alberto Rojas Ríos



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

estas normas, en este caso las disposiciones de tipo disciplinario, a remitirse a otras normas para complementar el tipo.

La estructura del tipo disciplinario no solo lo compone la norma disciplinaria de la Ley 734 de 2002, sino que también hace parte de ella la descripción que contienen las otras normas a las cuales se debe remitir para cumplir con los criterios de precisión y complementación. El no hacer la debida complementación normativa da lugar a que la adecuación típica no sea correcta, pues los elementos descriptivos concretos y precisos no están señalados en los tipos abiertos.

Es por ello que adicional a las descripciones generales, la tipificación de la conducta debe tener una descripción de la conducta concreta y precisa, elementos que se encuentran en la norma que complementa el tipo abierto.

Es decir, si se hace alusión a la violación de la ley o la constitución, lo pertinente es remitirse a la disposición legal o constitucional que contenga la descripción de la conducta. A nivel de ejemplo, si un funcionario se le indicara la incursión en la violación del régimen de inhabilidades, tal como lo señala el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, solo se lograría determinar la configuración de la falta disciplinaria si acudimos a las normas que contemplan las señaladas inhabilidades.

6.2.4.3. Caso concreto.

En el fallo disciplinario objeto de contradicción, se ve la cita de las siguientes normas como violadas:

Artículo 34. Deberes

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de

Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= (Válido)
URL

trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

(...)

7. Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes, y atender los



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

requerimientos y citaciones de las autoridades competentes.

Artículo 35. Prohibiciones

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

(...)

7. Omitir, negar, retardar o entrabar el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado.

De las normas aquí señaladas se hace referencia a los artículos 34, numeral 1, y 35, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, pues estos son el típico caso de los tipos abiertos, en lo cuales se requiere necesariamente la disposición de complementación tratándose de una norma constitucional o legal, decreto, ordenanza, etc, a fin de poder estructurar el tipo disciplinario.

En este sentido, al hacer uso de estos tipos, el funcionario de conocimiento está obligado a citar la norma donde radique el deber, mandato o la prohibición que se está cuestionando como incumplido.

Es importante citar que la Corte Constitucional advirtió sobre el uso de los tipos abiertos en materia disciplinaria, así:

Corresponde al concepto jurídico de “tipos abiertos”, aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo,

Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= Válido
URL

integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

una infracción disciplinaria.⁴¹

La Procuraduría Regional, en su fallo de primera instancia, explicó la ausencia de estas normas complementarias, argumentando que los dos tipos abiertos citados se complementaban con las normas de los artículos 34 y 35 , numerales 7, de la misma Ley 734 de 2002, procediendo a recalcar sobre las circunstancias fácticas de la conducta⁴².

Las normas disciplinarias citadas no requerían que se soportaran por un tipo abierto, pues su estructura permite que por si mismas se constituyan en tipos disciplinarios completos.

Si bien se considera que hubo una imprecisión en la cita de los tipos abiertos, pues si dentro de las normas disciplinarias existen las conductas que son objeto de reproche no hay necesidad de citar ningún tipo abierto, que solo son exigibles cuando se deba acudir a disposiciones que están por fuera de la normativa disciplinaria y que requieren complementación en otras normas ajenas al Código Único Disciplinario, esto se ampara en un principio de trascendencia, en el que señalar estos tipos abiertos no conlleva a que el principio de tipicidad se afectara, porque en la actuación se hizo uso de otros tipos, que son los que en este momento tienen validez.

La validez en las otras dos normas citadas, numerales 7 de los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002, tienen la completitud necesaria para cumplir con el requisito de tipicidad que se exige para estructurar la falta disciplinaria.

Ahora, lo que debe analizarse es si en la presente averiguación estos tipos eran los indicados para generar el reproche disciplinario.

6.2.5. Superioridad de la Procuraduría Regional sobre las Personerías Municipales.

6.2.5.1. Argumentos de la defensa.

La defensa hace alusión a dos circunstancias: i) el Procurador Regional no es superior jerárquico del Personero Municipal, y; ii) la equivocada sustentación de la primera instancia al referirse a “...*que no cumplió con la orden dada por la Procuraduría Regional de La Guajira, entidad que ejerce la supervigilancia en el*

⁴¹ C. Const. Sent. C-818/05. M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁴² Folios 97 y 98 del cuaderno original



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

*trámite de las investigaciones que adelante el Personero según lo dispuesto en el artículo 178 de la Ley 136 de 1994*⁴³

6.2.5.2. Consideraciones de la Procuraduría Regional.

Dentro de la estructura de la estructura del estado se pueden encontrar el concepto de superioridad desde dos perspectivas diferentes: una superioridad jerárquica y una superioridad funcional. En este punto debe establecerse las diferencias entre una y otra.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado hizo el siguiente análisis sobre la diferencia entre superior jerárquico y funcional:

Es superior jerárquico en el sentido tradicional, el servidor que dentro de una organización regida por grados detenta poderes de control, dirección y supervisión sobre servidores de rango inferior dentro de la estructura. Esta sujeción en virtud de la cual los superiores gozan de una posición de mando y dirección, implica correlativamente un deber de subordinación y obediencia por parte de los inferiores. Por otra parte, el superior funcional hace referencia a aquella autoridad a la que la ley atribuye competencia para conocer y definir, en segunda instancia, incidentes o recursos dentro de un procedimiento o actuación que no necesariamente tiene que haberse surtido dentro de la misma organización o entidad. Esta competencia, que nace de la afinidad funcional ínsita en la asignación hecha por la ley, puede configurar la superioridad funcional incluso en relación con particulares que ejercen función administrativa.⁴⁴

Es decir, en la superioridad jerárquica se da una relación entre servidores de rango superior e inferior dentro de una estructura definida, mientras que la superioridad funcional se presenta en asignaciones hechas por la ley que no son necesariamente dadas dentro de la misma estructura organizacional.

Siendo así, para el caso del Ministerio Público, la Constitución Política tiene dos tipos de estructuras que dan lugar a definir si entre Procuraduría y Personería existe superioridad jerárquica o funcional. Se parte de dos

normas específicas de la Constitución: artículos 118 y 277.

Artículo 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los

⁴³ Folio 133 del cuaderno original.

⁴⁴ C.E., S. de Consulta, Conc. 2266, junio 8/2016. M.P. Germán Alberto Bula Escobar



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas

Artículo 276. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

En estas disposiciones se ve de una parte una parte funcional de quienes ejercen el Ministerio Público y una parte jerárquica ceñida a las funciones que cumple la Procuraduría General de la Nación. En este caso se nota que existe una afinidad funcional entre la Personería y la Procuraduría General de la Nación, pero sin que sean involucrados en una jerarquía. Quedando en manos del legislador la definición de esta superioridad.

En efecto, en el artículo 75 del Decreto 262 de 2000, se indica lo siguiente:

ARTÍCULO 75. Funciones. Las procuradurías regionales tienen, dentro de su circunscripción territorial, las siguientes funciones, cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este decreto.

2. Conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios decididos en primera por los personeros, los procuradores provinciales y judiciales I.

6. Revocar, de oficio o a solicitud de parte, sus propios actos y los actos administrativos de naturaleza disciplinaria expedidos por los personeros y los procuradores distritales o provinciales, cuando sea procedente de acuerdo con la ley.

9. Dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre los personeros y los procuradores provinciales.

Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGoo= Válido
URL

16. Conocer y resolver los impedimentos manifestados por los funcionarios de su dependencia, los personeros y los procuradores provinciales, así como las recusaciones que contra ellos se formulen y designar los servidores que deban reemplazarlos.



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

En estas normas se puede observar que hacen parte de una superioridad funcional en su mayoría, con la determinación de funciones específicas, a excepción de lo señalado para los conflictos de competencia, que por su propia naturaleza se requiere que si surge conflictos entre procuradores provinciales y personeros municipales sea resuelto por el superior jerárquico común.

Por esta razón, el Consejo de Estado⁴⁵ hizo la salvedad para que en estos casos específicos y excepcionalmente, la Procuraduría Regional actuara como superior jerárquico:

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la competencia legal para resolver el conflicto entre los Procuradores Provinciales y los Personeros Municipales es de los Procuradores Regionales, la Sala se declarará inhibida para desatar el conflicto de la referencia. Por ello, ordenará su traslado a la Procuraduría Regional de Boyacá, como superior jerárquico del Procurador Provincial de Chiquinquirá⁴⁶

En lo que respecta a las demás funciones, es claro que se trata de superioridad funcional, en las cuales no es posible aplicar los conceptos de jerarquía.

En lo que respecta a la comisión para la práctica de pruebas sucede algo diferente a los conceptos antes anunciados, pues se trata de un ejercicio basado en el principio de colaboración entre autoridades, en el cual el legislador dispuso en el artículo 133:

El funcionario competente podrá comisionar para la práctica de pruebas a otro servidor público de igual o inferior categoría de la misma entidad o de las personerías distritales o municipales.

(...)

El Procurador General de la Nación podrá comisionar a cualquier funcionario para la práctica de pruebas, los demás servidores públicos de la Procuraduría sólo podrán hacerlo cuando la

prueba deba practicarse fuera de su sede, salvo que el comisionado pertenezca a su dependencia.

Es decir, bajo este principio se genera un deber del servidor público comisionado, indicando la norma que la comisión, para el caso de la Procuraduría, puede

⁴⁵ C.E., S. de Consulta, **11001-03-06-000-2018-00123-00**, agosto 22/2018. M.P. Edgar González López

⁴⁶ Lo anterior, de acuerdo con el artículo 2º del Decreto-Ley 262 de 2000, que establece la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación.



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

ordenarse a cualquier servidor público, sin que para esto se requiera la existencia de alguna superioridad jerárquica o funcional.

Entonces, lo que en virtud de la ley se genera es un deber funcional a cargo del servidor público comisionado que debe ejecutar bajo principios de eficiencia y eficacia, pues, de lo contrario, se puede configurar una irregularidad con consecuencias disciplinarias.

6.2.5.3. Caso concreto.

En el caso que nos ocupa, la primera instancia citó una norma en la cual se configura una irregularidad por no atender una orden de superior jerárquico. Cuestión que no se configura, por no existir superioridad.

Es decir, al señalar esta norma como infringida, la misma se torna atípica, teniendo en cuenta que los presupuestos fácticos de no coinciden con los presupuestos normativos, para que la conducta descrita encuadre, pero pueden encuadrar en otros tipos disciplinarios.

En este caso, es factible hablar que existe una atipicidad relativa, pues si bien no encuadra en la norma que se citó por la primera instancia es factible que pueda hacerse en otros tipos disciplinarios.

Los supuestos parten principalmente en que exista superioridad jerárquica. Esta no existe, pues allí lo que hay es la creación de un deber funcional, en virtud de una disposición legal, que obliga al servidor público a que guarde los principios de la función pública en el asunto que fue puesto a su cargo.

La comisión para la práctica de pruebas que se generó con el despacho comisorio N° 037 del 1 del 9 de octubre de 2015 no se fundó en ninguna orden de superior, sino que se generó en una herramienta habilitada por el legislador, para ser aplicada en las averiguaciones disciplinarias que requieran su uso.

Al respecto, la Corte Constitucional se manifestó sobre el carácter de la comisión para la práctica de pruebas así:



Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= (Válido

URL

Ha de entenderse que la práctica de pruebas por comisión obedece a muy diversas razones, generalmente de orden fáctico, como la necesidad de llevar a cabo la actuación respectiva fuera del territorio jurisdiccional del comitente, la acumulación de trabajo en el despacho de quien comisiona, la urgencia de la prueba y la aplicación de los principios de eficacia y economía procesal. Es claro que, dadas esas condiciones, la comisión es un instrumento para alcanzar los fines de

Página 23 de 29



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

la justicia, cuyo uso debe enmarcarse dentro de los presupuestos e hipótesis que la respectiva norma legal consagre...⁴⁷.

Entonces, la comisión para la práctica de pruebas, como instrumento para alcanzar los fines de la justicia, no se puede interpretar como la generación de una estructura jerárquica o funcional de superioridad, pues esto excedería los presupuestos contenidos en la norma legal que permite aplicarla.

Por esta razón, se da la razón a la defensa sobre el error en la imputación de la norma en la que se involucra a las órdenes de un superior jerárquico, teniendo en cuenta que en la práctica de pruebas no hay estructura de superior jerárquico o funcional.

6.2.6. La omisión en la conducta enrostrada

6.2.6.1. Argumentos de la defensa.

En cuanto a la omisión, la defensa hace alusión a esta norma, simplemente afirmando de manera genérica que las normas consideradas violadas no corresponden a la presunta falta u omisión del deber funcional que aduce el Ministerio Público⁴⁸.

6.2.6.2. Consideraciones de la Procuraduría Delegada.

En el artículo 27 de la Ley 734 de 2002 se plasma expresamente que las formas de realizar el comportamiento con incidencia disciplinaria, es por acción, omisión o por extralimitación de funciones.

Las dos figuras principales difieren en el momento en que se analiza la conducta, teniéndose que una es positiva (acción) y la otra es negativa (omisión), con lo que la definición de si se encuentra configurada una u otra conducta depende totalmente de la norma, en la cual se define este aspecto.

Si se infringe una norma prohibitiva estaremos ante una conducta activa, pero si lo que se infringe es un mandato estaremos hablando de una



Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= (Válido

URL

conducta omisiva. En palabras simples: es la determinación de un hacer o un no hacer. Si hablamos del mandato se vería afectado si no se cumple dicho deber (omisión). En el caso de las conductas prohibitivas, se reprocha es hacer aquello que se pone como limitación de actuar (acción).

⁴⁷ C. Constitucional. Sent. 396/94. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

⁴⁸ Folio 98 del cuaderno original



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

Estas acciones u omisiones generan reprochabilidad disciplinaria en aquellos eventos en los cuales se presente una infracción del deber funcional y que este no tenga justificación alguna. En este sentido la Corte Constitucional afirmó:

Esto quiere decir que, desde la perspectiva constitucional, solamente podrán ser clasificadas como faltas disciplinarias aquellas conductas u omisiones que interfieran en el adecuado ejercicio de la función asignada por el ordenamiento jurídico al servidor público respectivo. En términos de la sentencia en comento y a partir de la reiteración de decisiones sobre el mismo tópico “[l]as conductas que pertenecen al ámbito del derecho disciplinario, en general, son aquellas que comportan quebrantamiento del deber funcional por parte del servidor público. En cuanto al contenido del deber funcional, la jurisprudencia¹³¹ ha señalado que se encuentra integrado por (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones. El incumplimiento al deber funcional es lo que configura la ilicitud sustancial que circunscribe la libertad configurativa del legislador, al momento de definir las faltas disciplinarias.”⁴⁹

Entonces, se requiere que ese comportamiento por acción o por omisión, este ligado a que exista una afectación del deber funcional, para que tenga incidencia disciplinaria, pues en caso contrario estaremos ante una conducta que no tendrá el carácter de sustancial y por tanto no sería objeto de reproche.

6.2.6.3. Caso concreto.

Para el tema de la falta que se imputa en el presente proceso disciplinario, se citó como violada la prohibición del artículo 35, numeral 7, de la Ley 734 de 2002, que indica:

Omitir... el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación

Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y Judicial, Carrera 5 No. 15 - 80 Bogotá D.C.,
Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750.. www.procuraduria.gov.co. NIT.

del servicio a que está obligado

⁴⁹ C. Const. Sent C-452/16. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

Indicó el fallador de primera instancia que la conducta es omisiva, como quiera que se manifestó la omisión en el ejercicio de sus funciones, materializada en el incumplimiento de un deber y por ende en la transgresión de una prohibición⁵⁰.

Si bien la redacción es algo confusa al dar por sentado que la infracción a un deber trae como consecuencia la incursión en una prohibición, cuestión que no se argumentó debidamente en la decisión, y sin la precisión en la manera en que esto se produjo en el trámite del despacho comisorio N° 037 de 2015, se dejó expresamente señalada que la modalidad del comportamiento valorado por el funcionario de primera instancia es omisión.

En este entendido no se comparte esta apreciación, pues en la actuación hay piezas probatorias que desvirtúan la presencia de una omisión en la gestión del despacho comisorio.

Entonces, se tiene en cuenta que el despacho comisorio se libró con oficio 003880 del 16 de octubre de 2015, firmado por la Secretaría de la Procuraduría Regional, y que de acuerdo con la copia aportada por la Personería Municipal de La Jagua del Pilar (La Guajira), fue recibida por este despacho el 26 de octubre de 2015.⁵¹

Así mismo, en las diligencias aparece el oficio del 26 de noviembre de 2015, suscrito por el señor XXXX, Personero Municipal de La Jagua del Pilar, mediante el cual se solicitaba el agendamiento de una visita especial en la Secretaría de Gobierno Municipal y al Jefe de Recursos Humanos del municipio, para cumplir con la comisión ordenada por la Procuraduría, dentro del proceso Ius 2011 290851 Iuc 2014 62 428654⁵². Este documento debió tenerse en cuenta como inicio de la actividad del comisionado para el cumplimiento de la comisión ordenada.

Igualmente, se aportó el acta de visita especial firmada el 2 de diciembre de 2015 por el Personero Municipal y el Secretario de Gobierno Municipal y Jefe de Recursos Humanos del mismo municipio, en el que el funcionario visitado dejó constancia de no encontrar la documentación requerida⁵³. Esto como prueba de las condiciones en que se iba desarrollando la comisión.

Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= (Válido
URL

Ahora, es importante el hecho que se presentó con la pérdida de los documentos, lo cual consta en la denuncia presentada ante la Inspección Central de Policía de la Alcaldía Municipal de Urumita (La Guajira), el día 4 de diciembre de 2015,

⁵⁰ Folios 84 y 85 del cuaderno original

⁵¹ Folio 1 del cuaderno anexo

⁵² Folio 78 del cuaderno original

⁵³ Folio 79 del cuaderno original



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

por parte del señor XXXX, quien los transportaba, con destino a la Procuraduría Regional de La Guajira⁵⁴.

Además de lo anterior, se observa que las pruebas ordenadas con el despacho comisorio N°037 del 19 de octubre de 2015, se referían a la visita especial a la Alcaldía Municipal de La Jagua del Pilar (La Guajira)⁵⁵, sin relación con el oficio librado el 25 de enero de 2015 por el Personero comisionado, pues, conforme a lo determinado en el auto de apertura de investigación disciplinaria del 31 de agosto de 2015, proferido en la averiguación disciplinaria Ius 2011-290851 Iuc D-2014-62-428654, esta actividad se había ordenado a la Secretaria de la Procuraduría Regional para que hiciera ese requerimiento a la Jefatura de Personal o Talento Humano de la mencionada Alcaldía Municipal⁵⁶. Por esto no se entiende la razón del porque este documento se tomó como prueba del incumplimiento del despacho comisorio N° 037 del 19 de octubre de 2015⁵⁷.

Sobre la anotación que alude la primera instancia, que aparece en el oficio del 25 de enero de 2016, sobre el cual se basa la primera instancia para asumir que la visita especial ordenada en el despacho comisorio no se practicó⁵⁸, no tiene la suficiente fuerza probatoria para dejar sin piso un documento oficial, firmado por el Personero Municipal de La Jagua del Pilar y el Secretario de Gobierno Municipal y Jefe de Recursos Humanos⁵⁹, por dos simples hechos: i) es una anotación a mano alzada sin que en el proceso se indique su autor y las razones por las cuales se plasmó allí dicha anotación; y ii) En ningún momento se acudió al Secretario de Gobierno Municipal y Jefe de Recursos Humanos para establecer si el documento aportado, el cual lleva estampada su firma, es verídico, por lo que este documento guarda una presunción de autenticidad que no puede dejarse sin efecto por una simple anotación a mano alzada, sin responsable determinado.

La realidad sobre las pruebas que reposan en el proceso, es la conclusión que la conducta no fue omisiva, pues si bien se presentó una dilación en el trámite del despacho comisorio, el cual fijaba cinco (5) días para gestionarlo, en dicha diligencia no se trató de un no hacer, sino de un hacer tardío, que obligaba a que la tipificación de la falta disciplinaria fuera

diferente, más relacionado con la violación del principio de celeridad al que está sometido el proceso disciplinario,

⁵⁴ Folio 75 del cuaderno original

⁵⁵ Folios 3, 4 y 5 del cuaderno anexo

⁵⁶ Folio 6 del cuaderno original

⁵⁷ Folio 83 del cuaderno original

⁵⁸ Folio 25 del cuaderno anexo

⁵⁹ Folio 79 del cuaderno original



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

como principio rector del Código Único Disciplinario⁶⁰ o con la diligencia del servidor público en el cumplimiento del encargo.

Se reitera que en el proceso se aportó por la defensa la prueba de la solicitud de agendamiento de la visita especial a la Alcaldía municipal de La Jagua del Pilar (La Guajira), el desarrollo de la visita como tal y la denuncia de la pérdida de los documentos, por parte de quien tenía encomendada la misión de entregar los documentos al comisionante.

Igualmente, el servidor público sancionado posiblemente pudo haber incurrido en una omisión al no cumplir con su deber de adelantar las diligencias necesarias para denunciar la pérdida de los documentos y de realizar lo que la ley le impone para la reconstrucción de los documentos extraviados, cuestión sobre lo cual no se indagó en esta actuación y que no se tiene certeza sobre la fecha en que el Personero Municipal de la Jagua del Pilar conoció de la pérdida documental.

Por lo dicho, se colige que la modalidad de la conducta no se ajusta a la calificada inicialmente por parte de la primera instancia, pues no se trató de una conducta omisiva, sino que la misma obedeció a una acción tardía, al no respetar los términos para el cumplimiento de la comisión ordenada.

En este punto se advierte que ante el análisis anterior no es necesario entrar a examinar el tema de la dosificación de la sanción, que se hace inocuo en este punto de la providencia.

6.3. Conclusión.

Una vez hechas las consideraciones del caso, se concluye que la sanción impuesta al señor XXXX, para la época de los hechos Personero Municipal de La Jagua del Pilar (La Guajira) debe ser revocada, en atención a que la conducta irregular reprochada no corresponde a la modalidad omisiva, de acuerdo a las pruebas que reposan en el expediente, donde se evidencia el actuar por parte del servidor público, aunque el mismo en su momento debió ser calificado como tardío.

Esto produjo que la calificación jurídica fuera errónea, sin que pueda

Identificador LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= (Válido
URL

trasladársele este error al sancionado y en consecuencia se procederá absolver al disciplinado del cargo imputado.

⁶⁰ **ARTÍCULO 12. CELERIDAD DE LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA.** El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código.

Página 28 de 29



IUS 2016 – 166929 - IUC 2016-62-855475

En mérito de lo expuesto, el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y Judicial, en uso de sus facultades legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo sancionatorio del 17 de julio de 2018, proferido por la Procuraduría Regional de La Guajira, dentro del proceso disciplinario Ius 2016 – 166929 Iuc 2016-62-855475, por lo expuesto en la parte considerativa de esa providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER al señor XXXX, para la época de los hechos Personero Municipal de la Jagua del Pilar (La Guajira), por la supuesta conducta omisiva en el trámite del despacho comisorio N° 037 del 19 de octubre de 2015, librado por la Procuraduría Regional de La Guajira.

TERCERO: NOTIFICAR PERSONALMENTE esta providencia al disciplinado y su apoderado, advirtiendo que contra la misma no proceden recursos por la vía administrativa.

TERCERO: DEVOLVER, por la secretaría de la Delegada, el proceso al despacho de la primera instancia para que allí se realicen las notificaciones, comunicaciones y anotaciones de rigor.

CUARTO: REGISTRAR en el Sistema de Información Misional de la Procuraduría General de la Nación, SIM, la presente providencia.

NOTIFÍQUESE COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN

Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y Judicial

(C)

Proyectó OYTC

Identificador: LACm 7COi qtBF gNEL aPTZ UbQt ZGo= (Válido
URL

Firmado digitalmente por: LUIS FRANCISCO CASAS FARFAN

PROCURADOR DELEGADO

PROC 52 JUD II PENAL BUCARAMANGA

Página 29 de 29



PROCESOS DISCIPLINARIOS CONTRA SERVIDORES PUBLICOS DE ELECCION POPULAR-Participación en política de Alcalde de Tabio Cundinamarca durante proceso electoral exaltando cualidades a favor de candidata a la Alcaldía

PARTICIPACION EN POLITICA DE SERVIDORES PUBLICOS-Proscrita en el Código Penal como delito

FALTA DISCIPLINARIA GRAVISIMA POR INTERVENCION EN POLITICA-Atribuida a título de dolo

PRUEBA ILICITA-Toda infracción de normas procesales sobre obtención y práctica de la prueba/**PRUEBA ILICITA**-En sentido específico es aquella prueba obtenida o practicada con violación de las garantías constitucionales

PRUEBA ILICITA-En relación con la violación de la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad e infracción a DH según CSJ

La misma jurisprudencia ha destacado que la prueba ilícita puede tener su génesis en varias causas a saber: (i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1.º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política). (ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal). (iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)

PRUEBA ILICITA-No invalida todo el proceso sino que no puede ser tomada en cuenta al sustentar una decisión según CSJ/**PRUEBA ILICITA**-Flagrante desconocimiento de la dignidad y los DH puede motivar invalidez del proceso según Corte Interamericana

MEDIOS DE PRUEBA-Los documentos se presumen auténticos cuando el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifiesta su inconformidad



Dependencia:	Procuraduría Regional de Cundinamarca
Radicación No.:	IUS 2015-397053
Disciplinado:	OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO.
Cargos y Entidad:	Alcalde municipal de Tabio
Quejoso:	De oficio
Fecha Hechos:	Octubre 2015
Asunto:	Fallo de Segunda Instancia (ARTÍCULO 180 - LEY 734 DE 2002) PROCEDIMIENTO VERBAL

DOCUMENTO AUTENTICO-Videos se presumen auténticos mientras no hayan sido tachados de falsos o desconocidos conforme Art 224 del CGP

CINTAS DE VIDEO-Verificación de la legalidad de su incorporación y su valor probatorio conforme parágrafo del Art 90 de la Ley 734/02

UTILIZACIÓN DE CARGO DE ELECCIÓN POPULAR PARA PARTICIPAR EN POLITICA-Justificación constitucional de la calificación como falta gravísima según Sentencia C-794/14 de la Corte Constitucional

FALTA GRAVÍSIMA DOLOSA DE SERVIDOR PÚBLICO DE ELECCIÓN POPULAR-Grado de certeza del actuar del mandatario para imposición de la sanción fundada en el marco legal

En ese orden de ideas, se encuentra que el cargo formulado por la primera instancia sobre la base de la configuración de la falta disciplinaria contenida en el numeral 39° del artículo 48 del CDU se encuentra probado y como el legislador ha definido que esa clase de falta es GRAVÍSIMA no puede este despacho acceder a la solicitud de la defensa sobre la modificación de la falta, al grado de considerarla atípica, toda vez como se ha sostenido en precedencia ésta debidamente demostrado, en grado de certeza que, el actuar del primer mandatario de Tabio –Cundinamarca-, para la época de los hechos encuadra dentro de la disposiciones contenidas en el numeral antes mencionado, como tampoco de la sanción a imponer puesto que en el plenario está probado que se cometió a título de DOLO, lo que por virtud de la ley, artículo 44 numeral 1° del CDU, se ha previsto la DESTITUCIÓN e INHABILIDAD GENERAL, ésta última entre 10 a 20 años, por lo tanto, no se trata de algo que vulnera los derechos del investigado como alega la defensa, ni de una apreciación drástica, en la medida en que se trata del acatamiento de normas de orden público definidas por el legislador para castigar y sancionar los comportamientos que han sido establecidos en la Ley de forma taxativa como faltas gravísimas dolosas

Bogotá D.C., 3 de octubre de 2019.

AUTO No.



Aprobada la decisión sometida a la Sala Territorial Disciplinaria No. 16 integrada por los Procuradores Regionales de Caldas y Cundinamarca mediante Acta No. 77 de fecha tres (3) de Octubre de 2019, con fundamento en las atribuciones conferidas en el numeral 3 del artículo 75 del Decreto-Ley 262 de 2000 y la Resolución No. 0074 del 21 de marzo de 2017, proferida por el Procurador General de la Nación.

I. ASUNTO

La Procuraduría Regional de Cundinamarca, con fundamento en la atribución conferida en el numeral 3º del artículo 75 del Decreto Ley 262 de 2000, resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada del disciplinado señor **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, en su condición de Alcalde del municipio de Tabio – Cundinamarca, contra la providencia proferida dentro de la audiencia pública celebrada el 19 de julio de 2019 por la Procuraduría Provincial de Zipaquirá, por medio de la cual lo declaró disciplinariamente responsable del cargo único formulado, imponiéndole sanción consistente en **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE DOCE (12) AÑOS**¹.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Origen de la actuación disciplinaria.

La Secretario de Gobierno de la Gobernación de Cundinamarca remitió un video como archivo adjunto a la Procuraduría Regional de Cundinamarca mediante el cual dio a conocer hechos presuntamente irregulares durante el proceso electoral que tuvieron lugar en octubre de 2015, en las que pudo incurrir el señor **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, en su condición de Alcalde del municipio de Tabio – Cundinamarca. (folio 1).

2. Indagación Preliminar.

La Procuraduría Provincial de Zipaquirá, ordenó el 18 de diciembre de 2015, el inicio de la etapa de indagación preliminar contra el señor **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, en su condición de Alcalde del municipio de Tabio – Cundinamarca, por presunta participación en política durante el proceso electoral de la elección de alcaldes (periodo 2016-2019) que tuvo lugar en octubre de 2015, toda vez que, en el video emitió por el noticiero nacional (RCN) se observó al servidor público **RODRIGUEZ LOZANO** conversando con varias personas y solicitándoles el apoyo a favor de la candidata **LUZ HELENA MORALES**, “*por ser una mujer y necesitar el apoyo de la mujer, ser honesta y buena*”.

Por auto del 21 de enero de 2016, se dispuso la acumulación de las diligencias surgidas por la queja presentada por el señor **RUBÉN DARIO ACERO GARCIA**, en la que se consignó que “*es un hecho notorio que el alcalde Rodriguez Lozano*

¹ Confrontar folios 457 a 476 c. ppal.2



apoye la candidatura de su exsecretaria de Gobierno Luz Elena (sic) Morales y que ha intervenido activa e indebidamente en la actual campaña política, pero además organizando reuniones y salidas que generan inquietud entre la comunidad, como un paseo de navidad para 400 ancianos realizado el 15 de octubre con el evidente intentar influir (sic) en la decisión del voto de personas altamente vulnerables situación de la cual se dará cuenta a los organismos de Control” (folios 3-5)

Se envió el oficio N.3461 del 18 de diciembre de 2015, al señor Alcalde del Municipio de Tabio -Cundinamarca - informado sobre la apertura de la indagación preliminar (folio 6).

En esta etapa procesal se recibieron las declaraciones de los señores DIEGO FERNANDO RODRIGUEZ BENAVIDES; JUAN MANUEL SANCHEZ VAZQUEZ y JAIRO IGNACIO CORTES DIAZ. (folios 9-14)

La Procuraduría Provincial de Zipaquirá, mediante auto del 21 de enero de 2016, ordenó la acumulación de la queja radicada bajo el No.2018-1968-3 a la actuación No. 2015-397053. (folios 20-22)

Mediante notificación personal al señor **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO** del día 25 de enero de 2016, se notificó sobre la apertura de la indagación preliminar. (folio 35).

3. Investigación disciplinaria.

La Procuraduría Provincial de Zipaquirá mediante providencia del 29 de junio de 2016, dispuso la apertura de investigación en contra del señor **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, en su condición de Alcalde del municipio de Tabio -Cundinamarca-, con el propósito de investigar si durante la época para elecciones de alcaldes de 2015, en Tabio (Cundinamarca), le solicito a varias personas de ese municipio dar el apoyo político con su voto, en las elecciones de alcalde 2015, en favor de la candidata a la alcaldía de Tabio (Cundinamarca) señora Luz Helena, indicando *“que es una mujer, que necesita el apoyo de la mujer, que es honesta y buena, y además de solicitar el voto y apoyo a cada uno, le solicita el voto de su gallada.* (folios 43-48)

3.1. La Procuraduría Provincial de Zipaquirá, ordenó el **cierre de la investigación** con auto del 11 de julio de 2018. (folio 173)

3.2 Mediante notificación personal del 23 de julio de 2018, se notificó del cierre de investigación disciplinaria al señor **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**. (folio 177).

La Procuraduría Provincial de Zipaquirá, mediante auto del 9 de agosto 2018, revocó el cierre de la investigación disciplinaria, al establecer que la falta por el cual se adelanta la presente actuación, *está contemplada en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 57 de la Ley 1474 de 2011, es decir, se trataba de una falta que se tramita por proceso verbal.* (folio 179).



Decisión que fue notificada personalmente el día 21 agosto de 2018. (folio 182)

4. Formulación De Cargos y Citación Audiencia Pública.

4.1 Mediante decisión del 31 de agosto de 2018, la Provincial encontró procedente adecuar la actuación por el trámite del procedimiento verbal, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 175 del CDU, al tratarse de una falta gravísima contemplada en el numeral 39 del artículo 48 ibídem.

El cargo endilgado se reprochó en los siguientes términos:

El servidor público OSCAR EDUARDO RODRÍGUEZ LOZANO identificado con número de cédula 11.235.980 expedida en Tabio, en su condición de Alcalde del Municipio de Tabio-Cundinamarca del periodo 2012-2015, al parecer utilizando su investidura participó en política al solicitar apoyo a particulares en los alrededores del plan de vivienda de interés prioritario "Villa Olga" ubicado en la vereda Juaica de Tabio – Cundinamarca, para la jornada electoral del 25 de octubre de 2015, a favor de la aspirante Luz Helena Morales, candidata al cargo público de alcalde periodo (2016-2019) del mismo municipio, exaltando sus calidades humanas y profesionales, según vídeo publicado por noticias del canal RCN en emisión del día 25 de octubre de 2015, en el cual se observa al señor alcalde Oscar Eduardo Rodríguez Lozano expresar "ayúdenme con la vieja el día de las urnas es lo que se necesita ... Luz Helena primero que todo es una vieja honesta, segundo necesita el apoyo de las mujeres, tercero es la más capacitada después de elecciones, después de elecciones, le arreglo eso Mi compromiso yo me le comprometo y le cumplo (folio 188).

Se consideró que presuntamente se transgredieron los artículos 6, 123 inciso 2, 124, 127 y 209 209 constitucionales, el artículo 35 numerales 1 y e igualmente se incurrió en la falta gravísima contemplada en el numeral 39 del artículo 48 ídem, en concordancia con la descripción típica contenida en el artículo 422 de la Ley 599 de 2000 Código Penal que proscribe la intervención en política. Se atribuyó provisionalmente la falta a título de DOLO, al considerarse que de los elementos probatorios hasta ese momento recopilados, se podía apreciar que el servidor tenía la capacidad de discernimiento en conocer y saber que tenía prohibido intervenir en política y que su comportamiento era contrario al orden disciplinario y penal; además, se estimó que tenía conciencia en su actuar y por ello, sabía y comprendía que no era correcto su proceder y aun así, quiso su consumación, elementos propios volitivos que se dan en conductas dolosas. Para efectos de la calificación de la falta se tuvo en cuenta el numeral 39º del artículo 48 CDU, y por lo tanto, en el caso sub examine se trataba de un comportamiento Gravísimo. En consecuencia, se calificó provisionalmente como FALTA GRAVÍSIMA a título de DOLO.

Mediante Edicto del 18 de septiembre de 2018, se notificó la decisión del adelantar la actuación mediante el procedimiento verbal y la correspondiente citación a audiencia (folio 214)



Mediante auto de 4 de octubre de 2018, se fijó para el día 9 de octubre de 2018 a las 9 de la mañana, para iniciar la audiencia pública. (folio 1 Cuaderno 2). Posteriormente, mediante auto del 8 de octubre de 2018, se fijó nueva fecha para adelantar la audiencia para el día 17 de octubre de 2018 a las 9 de la mañana en las instalaciones de la Procuraduría Provincial.(folios 8 y 9 Cuaderno2)

El señor **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, radicó el 11 de octubre de 2018, el poder conferido a su defensora, solicitando el reconocimiento de personería jurídica. (folio 12 Cuaderno 2). Por auto del 16 de octubre de 2018 la Procuraduría Provincial realiza el reconocimiento de personería jurídica. (folio 14)

Por auto del 17 de octubre de 2018, se fijó la fecha del 25 de octubre de 2018. (folio 15 Cuaderno 2).

En sesión del 25 de octubre de 2018, se inició la audiencia pública con la asistencia de la apoderada y se recibió una solicitud de nulidad, se suspende hasta el 14 de noviembre de la misma anualidad para resolver la nulidad solicitada. (folio 20 Cuaderno 2)

En sesión del 14 de noviembre de 2018, se resolvió sobre la solicitud de nulidad y sobre su recurso. Igualmente, se solicitaron la práctica de las pruebas, el investigado relacionó algunos puntos adicionales a la versión libre presentada por escrito, en 10 folios. (folios 25-29 cuaderno 2)

En sesión del 27 de noviembre de 2019, se recibió la declaración de la señora **ARACELY JURADO DIAZ**. (folios 45 y 46 Cuaderno 2).

En sesión del 27 de noviembre de 2018, se recibió la declaración de la señora **LUZ HELENA MORALES MALAVER**. (folios 47 y 48 Cuaderno 2).

Por auto del 28 de noviembre 2018, se ordenó enviar el DVD a la Dirección de Fiscalías de Cundinamarca, para que se realice una prueba pericial de acústica. (folio 83 Cuaderno 2)

En sesión del 10 de diciembre de 2018, la Procuraduría Provincial ordenó la práctica de las siguientes pruebas: ampliación del testimonio de la señora **ARACELY JURADO DIAZ**, el testimonio del señor **JULIO ROBERTO ORTIZ**, y de dispuso solicitar al canal **RCN** certificara si el DVD, enviado el 9 de agosto de 2016, fue editado y en caso afirmativo se precise que parte fue objeto de edición. (folio 85 Cuaderno 2).

En sesión del 15 de enero de 2019, no se hacen presente los testigos citados a la audiencia, razón por la cual se reprograma para el día 18 de enero de 2019. (folio 94 Cuaderno2).

En sesión del 18 de enero de 2019, se allegó CERTIFICACION de CANAL RCN en la cual afirma *Que la copia que se encuentra en este DVD del día 25 de octubre de 2015. Es fiel copia de la que reposa en los archivos del CANAL RCN TELEVISION.* (folio 103 cuaderno 2)



En sesión del 25 de febrero de 2019, se hizo presente el investigado y los testigos **JULIO ROBERTO ORTIZ** y **ARACELY JURADO DIAZ**, y ante la ausencia de la apoderada se programó nuevamente para el 1° de marzo de 2019. (folios 112 Cuaderno 2)

En sesión del 1° de marzo se recepcionó los testimonios decretados a los testigos **JULIO ROBERTO ORTIZ** y **ARACELLY JURADO DIAZ**. (folios 118 al 120 Cuaderno 2).

En sesión del 6 de mayo de 2019, se dio traslado de las pruebas decretadas y de dejó constancia que por parte del investigado y su apoderada se revisó el material probatorio recaudado, que se encuentra en los folios 124 al 136 de las presentes diligencias. (folio 137 Cuaderno2)

En sesión del 21 de mayo de 2019, la apoderada presentó alegatos de conclusión solicitando la absolución de su defendido. (folio 138 Cuaderno 2).

III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sesión del 19 de julio de 2019, la Procuraduría Provincial de Zipaquirá² emitió la Resolución No. 18, mediante la cual declaró disciplinariamente responsable al Dr. **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, al haber considerado que existían elementos probatorios que demostraban la comisión del comportamiento reprochado como falta disciplinaria. En síntesis los fundamentos de la decisión sancionatoria son los siguientes:

La primera instancia advierte que está acreditada la calidad de servidor público del investigado como Alcalde de Tabio – Cundinamarca, cargo que desempeñó desde 1° de Enero de 2012 hasta el 31 de Diciembre de 2015³ y que conforme al análisis del material probatorio recopilado está demostrada la existencia de un video que contienen el diálogo entre el servidor público y la señora **ARACELY JURADO DIAZ**, donde se solicita a varias personas de ese municipio a dar apoyo político con su voto en favor de la candidata a la Alcaldía **LUZ HELENA**.

Se sostiene que lo anterior controvierte lo alegado por la apoderada del investigado a la falta de prueba que acredite la imputación; y frente a los demás argumentos esbozados en los alegatos de conclusión.

Inicialmente el *a quo* de cara a la exclusión del video por considerar que existe vulneración al derecho a la intimidad, la Provincial Sostuvo:

La defensa solicita la exclusión por ilícita (...) Ya que se realizó sin el conocimiento, ni consentimiento de la señora Jurado Díaz y menos del señor Oscar Eduardo Rodríguez Lozano.(...) La defensa aduce que el video que es utilizado para sustentar el proceso disciplinario tiene carácter ilícito por captar imágenes o la voz de una persona sin su debida autorización lo que implica la trasgresión de su órbita de

² Folios 173 al 207 Cuaderno 2.

³ Folio 39



privacidad y. por ende, la vulneración del derecho fundamental a la intimidad.(...)El video constituyó una injerencia arbitraria e injustificada de una persona anónima que no pudo ser identificada por parte de la Procuraduría Provincial, desconociendo las razones que lo llevaron a realizar un acto subrepticio y clandestino que no puede ser valorado como elemento probatorio Sostiene la defensa que el lugar donde se realizó la grabación no es público, porque la Urbanización Villa Olga no había sido entregada formalmente a los usuarios, siendo un espacio privado propiedad del contratista.(...) no comparte el Despacho, pues el video aportado al acervo como pieza probatoria no fue captado con violación al derecho a la intimidad, por las siguientes razones:

La Corte Constitucional, ha indicado respecto al derecho a la intimidad, las formas en que se vulnera, los ámbitos en que se desarrolla, los grados y los espacios para su protección En primer lugar, señala que el derecho a la intimidad se vulnera:

- Cuando en un espacio material, físico que se ha reservado el titular del derecho hay una intromisión de un tercero*
- En el caso que se divulguen hechos privados, que pueden ser ciertos o veraces pero que no son susceptibles de ser compartidos a no ser que medie autorización de! titular del derecho o de autoridad competente*
- La presentación falsa de aparentes hechos íntimos que no corresponden con la realidad*

(...) se observa en el contenido de la grabación, que el servidor público revela autónoma y voluntariamente para conocimiento de otros, las siguientes palabras "ayúdenme con la vieja el día de las urnas es lo que se necesita... Luz Helena primero que todo es una vieja honesta, segundo necesita el apoyo de las mujeres, tercero es la más capacitada. ... después de elecciones, después de elecciones, le arreglo eso. Mi compromiso, yo me le comprometo y le cumplo", como se advierte, las palabras del disciplinado Rodríguez Lozano, no hacen alusión a sus relaciones familiares, costumbres, salud, creencias religiosas y demás con connotación íntima; debe resaltarse que la forma de pensar respecto de la candidata fue exteriorizada o revelada al público en una calle de manera autónoma y voluntaria por parte del disciplinado, hecho que indudablemente no se puede concebir como violación del derecho a la intimidad, pues fue su querer que terceros tuvieran acceso o conocieran su postura política respecto de la candidata a la alcaldía del municipio de Tabio 2016-2019. Luz Helena Morales, es decir, que su forma de pensar, llevo al conocimiento de otros, porque fue el servidor público quien reveló libremente dicha información al público, tan soberano fue el actuar del investigado que poco importo su condición de servidor público para obrar en pro de sus posturas políticas. De suerte que dicho actuar surge reprochable y tal reproche a la luz del derecho disciplinario no configura violación a su intimidad, sino una consecuencia frente a un actuar apartado de los patrones de imparcialidad, transparencia que debían regir las posturas públicas de quien representaba a toda una comunidad y no a un partido político en plena contienda electoral.

(...) En este orden de ideas, no se evidencia que lo registrado en el video, contenga alguna intromisión indebida del ciudadano quien lo graba, en lo que debe y puede ser parte del derecho a la intimidad, contrario a lo alegado por la defensa, se insiste que en el contenido del video divulgado por un medio de comunicación, se observa al servidor público Rodríguez Lozano, emitiendo voluntariamente afirmaciones de carácter proselitista a sus receptores en la calle de cara al proceso electoral de alcaldes que tuvo lugar para el mes de octubre del año 2015. aserciones autónomas dadas a conocer en un espacio público de libre acceso a la ciudadanía, en tal sentido, este hecho no puede ser catalogado como una actividad propia de la intimidad del disciplinado,



más aún, cuando hace manifestaciones de tipo político frente a terceros como primera autoridad del municipio de Tabío y menos podría considerarse como una intromisión indebida e ilegal del ciudadano quien realiza el video, cuando fue el disciplinado quien de manera libre dispuso hacer públicas sus preferencias políticas. No puede olvidarse que su actuar fue en pleno ejercicio de su rol institucional, portando distintivos propios del ente territorial que en ese entonces regentaba, circunstancias que le impedían expresar sus preferencias electorales, pues estaba inmerso en su condición de servidor público de quien se espera actuar en pro del interés general y no se su candidata de preferencia (...)

Frente a la solicitud de la ineficacia de las pruebas porque no fueron decretadas o practicadas legalmente, la Procuraduría Provincial de Zipaquirá argumento que:

del análisis de las normas invocadas y del trámite disciplinario transcrito, el Despacho a la luz del postulado de oficiosidad, decretó las pruebas que cumplían con los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad y que consideró necesarias para el esclarecimiento de la verdad dado que en el transcurrir de ésta etapa probatoria se derivaron circunstancias que debían ser aclaradas y máxime cuando guardaban relación con las circunstancias tácticas y/o legales de tiempo, modo y lugar señalados en los testimonios practicados. Ahora bien, la etapa probatoria culminó el día 21 de mayo de 2019, fecha, en que el disciplinado por intermedio de su apoderada, ejerció su derecho a presentar alegatos de conclusión,

Respecto a la solicitud de la aplicación del numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, referido a la causal de justificación, toda vez que consideró que su prohijado actuó amparado en una causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria, la Provincial sostuvo:

que corno (sic) primera autoridad del municipio, estaba llamado a cumplir con el principio de imparcialidad en el marco de una contienda electoral, incluso la legislación que regula el tema de los deberes y prohibiciones para los servidores públicos en materia de participación en política en las elecciones territoriales, bien pudo haberse consultado por el aquí cuestionado mandatario municipal para salir del presunto error, es decir, para establecer que de manera clara sus deberes, funciones y prohibiciones en cuanto a no realizar conductas con este fin. Más aun cuando, el servidor cuestionado cuenta con estudios profesionales en Derecho, resulta más que forzado el agreste camino de tratar de edificar un error invencible en quien profesional y académicamente contaba con la facultad de comprender que su actuar era parcializado, que cuando opto por hacer parte del ámbito del servicio público su único interés era el general y al hacer proselitismo político, solicitando apoyo en las urnas para su candidata y exaltarla, dista de aquel interés y desequilibra la balanza de imparcialidad que debía procurar en cada uno de sus actos.

Respecto a la modalidad de la conducta, consideró la defensa que la Procuraduría Provincial de Zipaquirá, realizó su análisis a partir de supuestos, al suponer conocimiento y voluntad, por considerar que cualquier incumplimiento esta precedido de la motivación interna del servidor público, frente a éste argumento, se dijo:

ante las postulaciones reiteradas de la defensa respecto que su prohijado no incurrió en falta disciplinaria ya que estaba solo emitiendo una opinión, no debe perderse de vista que la prohibición de participar en política dirigida a los empleados del Estado se apoya en importantes



razones constitucionales que se desprenden de una lectura sistemática de la Carta En efecto, dicha restricción tiene por objeto (i) preservar el principio de imparcialidad de la función pública, de la apropiación del Estado por uno o varios partidos: (ti) asegurar la prevalencia del interés general sobre el interés particular, grupista, sectorial o partidista; (jii) garantizar la igualdad de los ciudadanos y organizaciones políticas, del trato privilegiado e injustificado que autoridades o funcionarios puedan dispensar a personas, movimientos o partidos de su preferencia; (iv) proteger la libertad política del elector y del ciudadano del clientelismo (sic) o la coacción por parte de servidores del Estado, mediante el uso abusivo de la investidura oficial y la utilización de los recursos del público: y (v) defender la moralidad pública de la utilización o destinación abusiva de bienes y dineros públicos, favorecimiento a de un tercero. En suma, tales principios, valores y derechos constitucionales explican y justifican la limitación de derechos de participación política de que son objeto los servidores del Estado

(...) Así las cosas, emerge con claridad que el Alcalde OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO, en su rol funcional, cuando decidió solicitar apoyo y enaltecer las cualidades de la candidata a la alcaldía Luz Helena Morales frente a los ciudadanos con el fin de ganar partidarios a su inclinación política estaba participando en actividades políticas con entidad partidista y no en temas de política entendida en aspectos de interés general a los que obviamente su rol funcional bien le permitían e incluso le demandaban ejercer, a manera de ejemplo, en la formulación de políticas públicas, de salud, educación; resulta claro que, en el asunto bajo análisis, el entonces alcalde municipal decidió inclinar la balanza electoral en favor de la candidata de su preferencia, actuar este, alejado del ejercicio transparente e imparcial que como primera autoridad le era imperativo cumplir.

De cara a la tipicidad se afirmó por parte de la Procuraduría Provincial:

(...) En conclusión, de las pruebas arrojadas al proceso, se tiene certeza que el disciplinado Rodríguez Lozano, utilizó el cargo de Alcalde Municipal para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos de manera irregular, conducta materializada al ejercer proselitismo político en calidad de primera autoridad del municipio a favor de quien fuera aspirante a la Alcaldía 2016-2019, Luz Helena Morales. Acto que no deja margen de duda acerca de su inclinación y apoyo a la candidatura de Luz Helena Morales a la alcaldía del municipio de Tabio Cundinamarca (2016-2019), por la organización política Cambio radical, con su opinión pretendía persuadir a la comunidad, si se tiene en cuenta su autoridad e investidura como Alcalde Municipal y que ya había ostentado el cargo de concejal por elección popular, siendo una persona ampliamente conocida en ese sector como líder político, hacían evidente la parcialidad amen de su expresión pública sobre su preferencia política, solicitando apoyo en las urnas a favor de su candidata. Con dicho proceder vislumbra sin duda alguna, la utilización del cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos a favor de unos intereses partidistas, reiterando que hizo público el respaldo a una candidata que además apoyaba su propio partido político⁴,

Frente a la ilicitud sustancial, el a quo, sostuvo:

⁴ La Corte Constitucional hizo énfasis en impedir el abuso del ejercicio del poder derivado del funcionario público o la utilización del cargo o del empleo a favor de unos intereses partidistas. Si bien es cierto el concepto de participación en actividades partidistas denota una pluralidad de acciones con las que un servidor público puede llegar a materializar el tipo disciplinario, el texto normativo ofrece al operador disciplinario un marco de referencia que permite precisar con claridad la conducta reprochada, pues lo que se prohíbe es la instrumentalización del cargo propio de la función pública con fines partidistas



En el caso bajo examen, el exalcalde Oscar Eduardo Rodríguez Lozano, incurrió en la falta gravísima descrita en la Ley Disciplinaria artículo 48-39 al utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos, entendida esta en la solicitud de apoyo en las urnas a favor de la aspirante a la alcaldía de Tabio Luz Helena Morales y en hacer proselitismo político con la intención de persuadir a los electores a respaldar sus afines políticos, manifestaciones hechas, se recalca, en su rol como alcalde. Actuación que denota un proceder parcializado, respecto a los demás candidatos que para la época de los hechos se habían postulado al cargo de elección popular a la alcaldía de Tabio, ya que siendo la primera autoridad municipal, le dio crédito y enalteció las calidades humanas y profesionales de la candidata de su predilección Luz Helena Morales, influenciando así a la comunidad a que apoyaran su causa política; lo cual lo condujo al resquebrajamiento de la prohibición en cita. Cabe decir, que el servidor público Rodríguez Lozano no solo trasgredió el principio de imparcialidad sino además contravino el principio de moralidad administrativa, al poner su cargo público como Alcalde al servicio de fines políticos, de partidos políticos y generando desventaja entre los candidatos en contienda.

Falta calificada como gravísima a título de dolo.

(...) Se presume que el señor OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO era consciente que dentro de sus deberes como servidor público debía cumplir la Constitución y la Ley. y que es premisa normativa vinculante que el disciplinado, dada su calidad de Alcalde, ostentaba pleno conocimiento de las normas jurídicas y éticas que orientan su comportamiento como servidor público, así como para entender el significado de la ética y en especial de la ética de lo público, conocedor del funcionamiento del aparato estatal y de las implicaciones de cada uno de sus actos, lo cual le impone el acatamiento de un contenido axiológico manifiesto en valores y principios éticos que optó por transgredir

(...) Y es que al investigado Oscar Eduardo Rodríguez Lozano, se le imputa la falta disciplinaria endilgada a título de DOLO, como quiera que se encuentran confirmados los elementos que lo conforman, como es el elemento cognoscitivo (conocimiento) y el elemento volitivo (voluntad) que determinaron el actuar del alcalde municipal de Tabio al hacer proselitismo político, se reitera que voluntaria y públicamente solicitó apoyo en las urnas a favor de la candidata Luz Helena Morales, quien fuera avalada por su mismo partido político, y además exaltó las calidades profesionales y humanas de la aspirante a la alcaldía, influyendo en la contienda política.

Igualmente, el encartado tenía conocimiento que, el desconocer los postulados de orden Constitucional y legal, arrastra una responsabilidad de carácter disciplinario, ya que fueron esos mismos postulados los que se comprometió salvaguardar, a través del cumplimiento de los deberes y el respeto a las prohibiciones que ellos consagran cuando tomó posesión del cargo, constituyendo esa conducta en un acto contrario a derecho, razón para señalar que el servidor público Oscar Eduardo Rodríguez Lozano comprendía que su comportamiento era constitutivo de falta disciplinaria.

Pese al conocimiento de la norma y principios que rigen la función pública el exalcalde, Oscar Eduardo Rodríguez Lozano ordenó su conducta de tal manera que solicitó apoyo en las urnas y exalto a la candidata de su preferencia política, lo que en efecto, trasmite un

Procuraduría Regional de Cundinamarca,
Carrera 10 No. 16-82 piso 9
Teléfono 5878750 14165 14169



mensaje de respaldo e incita a la comunidad a que apoyen a la aspirante de sus afines políticos, quien se resalta era, la candidata de su mismo partido político, utilizando para ello su empleo como alcalde y adentrándose de manera consiente y voluntaria en la conducta antijurídica reprochada. Recuérdesse que el vinculado es abogado de profesión (ver folio 41-41 cuaderno 1) con experiencia en el sector público como concejal y alcalde municipal

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Notificado el fallo en estrados, la defensa interpuso apelación⁵ con el fin de obtener la absolución de defendido, bajo los siguientes argumentos de impugnación que se relacionan con los siguientes aspectos:

- La apoderada sustenta su apelación en que la prueba en la que se sustenta el proceso disciplinario se realizó sin el consentimiento de la señora **JURADO DIAZ** y mucho menos con la autorización o consentimiento del Dr. **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, lo que hace la que prueba obtenida con violación a un derecho fundamental, esto es, al derecho a la intimidad.
- Considera que la grabación constituye una injerencia arbitraria e injustificada por parte de una persona anónima y que no pudo ser identificada por parte de la Procuraduría Provincial de Zipaquirá, desconociendo las razones que la llevaron a realizar un acto subrepticio y clandestino que no puede ser valorado como elemento probatorio.
- Que como fue tomada en un lugar abierto no público ello carece de certeza, como se indicó con anterioridad, y baja el nivel de protección al derecho de la intimidad, pero no necesariamente se elimina o se descarta como derecho fundamental digno de protección.
- Que no fue una conversación pública pese a que se realizó en un lugar abierto, que la condición de alcalde y de reconocimiento público no le quita el derecho la intimidad que tiene. Que el video y contexto, era una conversación entre la señor Jurado Diaz y el señor Rodriguez Lozano y no en un escenario de evento público u oficial, y su derecho a la intimidad debía protegerse.
- Que el video se realizó sin el consentimiento de las dos personas que interactúan en el video y no existía orden judicial que así lo dispusiera.
- Que los requisitos de que no existía víctima, que la grabación no hace parte de un actuar criminoso y no se sabía cuál era la intención al tomar ese video.

⁵ Folios 208 -215 Cuaderno 2



- Alegan igualmente la causal de responsabilidad establecida en el numeral 6 del artículo 28 de la ley 734 de 2002. Que la teoría del error se basa en consentimiento que el sujeto posea sobre una situación fáctica en concreto y el conocimiento sobre que su actuar no constituye ilícito disciplinario.
- La doctrina ha expresado que para que el error no genere responsabilidad *“es indispensable que posea la nota de la insuperabilidad, es decir, que no le haya sido humanamente posible evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actúo en el caso concreto”*
- La ineficacia de las pruebas decretadas y practicadas y la ineficacia de la declaración rendida por la señora Aracely Jurado Diaz y Julio Roberto Ortiz en la diligencia del 1 de marzo de 2019.
- Inexistencia de medios prueba lícitos o legales que sustenten los hechos endilgados en el auto de cargos.
- Atipicidad de la conducta por cuanto las normas seleccionada como vulnerada no describen de manera puntual los elementos fácticos expuestos en la determinación y modalidad de la conducta desplegada lo que conduce a la imposibilidad de la subsunción de las mismas en los tipos disciplinarios.

V. CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURIA REGIONAL DE CUNDINAMARCA

1. Competencia.

La Procuraduría Regional de Cundinamarca, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 75 del Decreto 262 de 2000, es competente para revisar por vía de apelación, la providencia proferida el 19 de julio de 2019 por la Procuraduría Provincial de Zipaquirá, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y la calidad del investigado como servidor público.

2. Análisis de los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Como se advierte en precedencia los argumentos con los cuales la apelante pretende que el fallo de instancia sea revocado se circunscriben a:

- **Inexistencia del video por presuntamente vulnerar el derecho a la intimidad.**
- **Inexistencia de los medios probatorios con los cuales se sustenta el cargo.**



- **Atipicidad de la conducta**
- **Exclusión de responsabilidad por convicción errada e invencible.**
- **Que la comisión de la falta se realizó no con el conocimiento y voluntad de incurrir en los elementos objetivos de la falta disciplinaria**

Como la defensa plantea que la decisión sancionatoria se está basando en un video que, en su sentir debía ser excluido del material probatorio, lo cual constituye el núcleo de análisis estructural del fallo, se procede a revisar lo que se encuentra probado en el plenario para determinar si le asiste o no razón.

Sobre la incorporación a la actuación de pruebas calificada por la defensa como ineficaces e inexistentes, ilícitos o ilegales.

Dentro de los argumentos de defensa se expone que el video el cual se utilizó para sustentar el proceso disciplinario que nos ocupa, se realizó sin el consentimiento y la autorización del investigado, lo que en su criterio es una prueba obtenida con violación a un derecho fundamental, esto es, al derecho a la intimidad, por lo que constituye una prueba ilícita.

Al respecto es importante traer a colación los fundamentos jurídicos esbozados dentro del radicado 161-6569 – IUS 2015-374948 - IUC D – 2015-816079, en la decisión de segunda instancia – Audiencia – Procedimiento Verbal, proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación P.D PONENTE: Dr. JAIME MEJÍA OSSMAN, el siete (7) de julio de dos mil diecisiete (2017) Aprobado en Acta de Sala Extraordinaria n.º 25, donde claramente se sostuvo que en la doctrina se han utilizado sin distinción diversas expresiones que inicialmente podrían generar confusiones, por cuanto se usan expresiones como prueba prohibida o prohibición probatoria, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso prueba clandestina. Lo que genera en diferentes oportunidades que esta diferencia terminológica implique divergencias conceptuales.

Al referirnos a prueba ilícita puede ser entendido en un sentido amplio como toda infracción de las normas procesales sobre obtención y práctica de la prueba y también lo puede ser en un sentido específico, como aquella que es obtenida o practicada con violación de las garantías constitucionales, en este último evento también se le cataloga como prueba inconstitucional y en la doctrina y la jurisprudencia nacional se le llama prueba ilícita. Así por, ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sobre la categoría de prueba ilícita ha manifestado:

En ese contexto, la jurisprudencia de la Sala, ha definido que prueba ilícita es aquella que “se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.”⁶

⁶ Cfr. sentencia de casación del 7 de septiembre de 2006, radicación No.21529.



La misma jurisprudencia ha destacado que la prueba ilícita puede tener su génesis en varias causas a saber:

“(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1.º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

“(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

“(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)”

Así las cosas, en nuestro medio, la prueba ilícita se identifica con la prueba inconstitucional y ésta se identifica como toda prueba que viola derechos fundamentales.

Ahora bien, cuando la prueba en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales será ilegal, por su parte, en esta circunstancia, corresponde al juez disciplinario determinar si el requisito legal ignorado es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba⁸.

Entonces si al revisar la actuación el juez disciplinario evidencia que el medio solicitado no es idóneo, por inconstitucional o ilegal, deberá ordenar la negación de su práctica, su exclusión y en casos extremos la nulidad de toda la actuación. Es decir, la prueba ilícita e ilegal, se reafirma, por regla general, no genera la nulidad de la actuación, solamente daría lugar cuando la producción de la prueba se ha demostrado, se generó por actos de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial; la Corte Constitucional de cara a este asunto ha señalado lo siguiente:

Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es

⁷ Auto del 10 de septiembre de 2008, radicado No. 29152.

⁸ Cfr. sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado No. 18103.



trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

*En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso⁹, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “**motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza**”¹⁰*

Con fundamento en lo anterior y frente al caso objeto de investigación, tenemos que la defensa refiere que la prueba, se incorporó sin el lleno de los requisitos legales, refiriéndose especialmente al video, pues no se contó con el consentimiento o autorización de las personas que aparecen en el mismo. En tal sentido, el escenario que plantea la defensa es el de la existencia de prueba ilegal, Ahora bien, para verificar si se debe excluir o no este medio probatorio, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, como se ha descrito, en el caso de la prueba que refiere la defensa como aquella que fue recaudada sin el lleno de los requisitos legales, tenemos que se aportó por el quejoso un video, en estas condiciones, el ingreso del misma al proceso tuvo lugar en uso de la facultad prevista en el parágrafo del artículo 90 de la Ley 734 de 2002, que dispone: «La intervención del quejoso se limita únicamente a [...] a aportar pruebas que tenga en su poder».

En segundo lugar, es preciso indicar que en materia probatoria el derecho disciplinario se rige por las disposiciones establecidas en la Ley 600 de 2000, conforme a lo consagrado en el artículo 130 del Código Disciplinario Único, que dice:

ARTÍCULO 130. Medios de prueba. «Inciso 1.º modificado por el artículo 50 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:»
Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro medio

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005. M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
Procuraduría Regional de Cundinamarca,
Carrera 10 No. 16-82 piso 9
Teléfono 5878750 14165 14169



técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales [Negrillas fuera del texto original]

A su vez, la Ley 600 de 2000 se refiere a la prueba documental en los artículos 259 a 265, señalando en su artículo 259, lo siguiente: «**Aporte.** Los documentos se aportarán en original o copia auténtica. En caso de no ser posible, se reconocerán en inspección, dentro de la cual se obtendrá copia. Si fuere indispensable, se tomará el original y se dejará copia auténtica» y por su parte el artículo 262 preceptúa: «Se presumen auténticos los documentos cuando el sujeto procesal contra el cual se aducen **no manifieste su inconformidad con los hechos o las cosas que expresan**, antes de la finalización de la audiencia pública». [Negrilla fuera del texto original]

Conforme a las normas en precedencia, se logra advertir que uno de los medios probatorios aceptados por el derecho disciplinario es el documento, el cual debe aducirse en original o copia auténtica y que se presume auténtico los documentos cuando el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifiesta su inconformidad con los hechos o las cosas que expresan.

Es importante tener presente, que la prueba documental clásica ha sufrido una evolución producto de los avances tecnológicos. El documento escrito, cuya autenticidad se demostraba con la verificación de las firmas de los que lo suscribían ha sido complementado con las fotografías, las grabaciones de audio y video y los mensajes de datos, que, por su misma naturaleza, su autenticidad no quedaba supeditada a la firma de quien la realizó.

Los anteriores avances han obligado al legislador a ponerse a tono con estos documentos modernos, lo cual lo ha hecho continuamente, a través de unas leyes y decretos, entre los cuales se destaca la Ley 527 de 1999 «Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones», normatividad que se refirió a los documentos contenidos en mensajes de datos, en sus artículos 2.º y 5.º, al señalar que:

Artículo 2.º Definiciones. *Para los efectos de la presente ley se entenderá por:*

a) **Mensajes de datos.** *La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax [...]*



Artículo 5.º. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Las fotografías y grabaciones de audio y video, como documentos, también han sido materia de regulación en el Código General del Proceso, que en su artículo 244 señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 244. Documento auténtico. *Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.*

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso [...]

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones [Negritas fuera del texto Original]

Acorde con esta disposición, los documentos privados que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, **se presumen auténticos**, mientras no hayan sido tachados de falsos o desconocidos, según el caso. Ahora bien, el instituto jurídico de la tacha de falsedad es un mecanismo para controvertir la prueba, pero no es un instrumento para debatir **la legalidad de su aducción**, sino de su valor probatorio.

De acuerdo a lo anterior, el video que se incorporó a la actuación, al momento de su aducción se presumía auténtico, conforme a los lineamientos señalados en el artículo 224 del Código General del Proceso,

Ahora el debate que se debe dar y que en efecto se dio, no era sobre su legalidad en su incorporación sino sobre su valor probatorio, no existiendo por tanto ningún motivo para excluir de la actuación el video por ilegal o ilícito y el funcionario de primera instancia estaba habilitado para su estudio.

Luego entonces, el video en referencia, aportado por el quejoso no pueden ser considerados como una prueba ilegal pues fue allegado por el quejoso, a quien conforme el parágrafo del artículo 90 de la Ley 734 de 2002 le asiste la facultad de aportar pruebas que tengan en su poder, por tanto, en lo que a ello se relaciona no se evidencia la existencia de irregularidad alguna que constituya y genere desconocimiento del debido proceso y que hubiera dado lugar a su exclusión por ilegal.

Adicional a lo anterior, en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se sostuvo que:

Frente a los documentos amparados con presunción de autenticidad, la parte interesada en desvirtuar esa presunción tiene la



carga de demostrar que no son auténticos, acudiendo a su vez a cualquiera de los medios probatorios admisibles. El silencio deja esa presunción incólume.

2.3.13 Frente a los documentos privados que se llevan a juicio, elaborados por la parte que los aduce o por un tercero, con la finalidad de hacerlos valer en perjuicio de la contraparte, pueden ocurrir tres situaciones: i) Que la parte contra la cual se aducen los acepte como auténticos; en este caso el tema no tiene discusión y el mérito que pudiere concederse al contenido del documento se determina en la sentencia. ii) Que la parte contra la cual se aducen impugne su autenticidad; en este evento puede utilizarse cualquier medio probatorio o método adicional para dirimir el punto dentro del mismo debate. iii) Que la parte contra la cual se aducen guarde silencio, hipótesis en que la autenticidad como tema especial no tiene discusión y todo queda reducido al aspecto valorativo o persuasorio de los documentos.

(...)

En el mismo orden de ideas, si esa publicación de prensa se recoge en una cinta de video, como filmación o grabación electrónica o magnetofónica de voz o imagen, o por cualquier medio audio visual, la presunción de autenticidad permanece incólume, mientras no se demuestre lo contrario.

Ahora bien, esa presunción de autenticidad se refiere esencialmente al medio físico o electrónico continente de la información –revista, libro, periódico, video casete de la emisión de un noticiero, grabación de un programa radial, etc., y en ningún caso equivale a afirmar que el contenido de esa información es verdadero, pues este tema, como se ha reiterado, es discutible por cualquiera de los medios de convicción y sobre su eficacia demostrativa se decidirá en sana crítica.

Sentencia No. 25920 de febrero 21 de 2007, Magistrado Ponente Dr. **JAVIER ZAPATA ORTIZ**, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Verificada la validez de la incorporación del video, procede el despacho a realizar la valoración probatoria correspondiente.

Se tiene dentro de la actuación que el señor **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, ostentaba la calidad de alcalde del municipio de Tabio Cundinamarca elegido popularmente conforme se demostró mediante las copias del formulario E-27 de la Registraduría Nacional del Estado Civil y del Acta No. 001 en la que consta la posesión para el periodo constitucional del 2012 -2015.

Conforme a las declaraciones recibidas por el *a-quo* se logró determinar con claridad la posible fecha de la ocurrencia de los hechos materia de investigación, señalándose como octubre de 2015, fecha anterior a las elecciones de ese año electoral, asimismo demostró que la actividad que se desarrollaba por parte del mandatario, para aquella época, era oficial, descartándose actividades privadas.



Al revisar el video, que como en reiteradas oportunidades lo ha sustentado la primera instancia y que este despacho considera que no vulnera ningún derecho a la intimidad, se advierte la presencia del señor alcalde **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, ataviado con el chaleco que la entidad territorial, suele utilizar para eventos oficiales, conforme las declaraciones de **DIEGO FERNANDO BENAVIDES** y **JUAN MANUEL SANCHEZ**, con lo que se descarta la actividad privada tantas veces alegada por la defensa.

Adicional a lo anterior, el disciplinado en la sesión del 14 de noviembre de 2018, fue claro, enfático y preciso en indicar que la “*conversación privada que estaba sosteniendo con una amiga*”, y que es la que precisamente se advierte en el video, que fuera publicado por el Canal RCN y por el cual se inician las presentes diligencias, si se llevó a cabo, es decir, su contenido fue debidamente reconocido por el señor **RODRIGUEZ LOZANO**. (folio 33 vuelto Cuaderno2).

Para corroborar la manifestación del implicado y no dejar únicamente la versión del investigado, la primera instancia decreto y recibió la declaración de la señora **ARAELY JURADO DIAZ**, quien ratifico la existencia de la mencionada conversación y dio detalles de la misma y de la ubicación donde se llevó acabo la mencionada plática. (folio 45 vuelto Cuaderno 2)

Así las cosas, este despacho observa que dentro de las garantías al debido proceso y al derecho de defensa se le otorgo la oportunidad al procesado de refutar la autenticidad del video que contenía una “conversación” que lo tiene encartado dentro de la actuación disciplinaria, sin que se advierta por su parte recriminación frente a la realidad filmada en época preelectoral octubre de 2015, por el contrario se reitera, que se aceptó su contenido, es decir, su valor probatorio se encuentra incólume.

Ahora bien, descartado como se encuentra la posible vulneración de derechos fundamentales en la aducción de la prueba en la que se demuestra claramente el proceder del señor alcalde junto a la señora **ARACELY JURADO DIAZ**, entramos a verificar, si su comportamiento se encuadra dentro de lo que la norma disciplinaria ha catalogado como falta gravísima como participación en política.

En el video se observa el dialogo sostenido entre el señor alcalde **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO** y la señora **ARACELY JURADO DIAZ**, el primero efectivamente solicita apoyo a la candidata señora **LUZ ELENA** “*por ser mujer y necesitar apoyo de la mujer por ser honesta y buena*”. Como quedo plenamente demostrado el señor **RODRIGUEZ LOZANO**, ostentaba, para la época de los hechos la investidura de primera autoridad administrativa dentro del municipio de Tabio -Cundinamarca-, dentro de las declaraciones que se recibieron, los testigos apuntaban sin dubitación y con claridad meridiana en señalar que una de las personas que se encontraban en el video era el señor Alcalde del municipio de Tabio, que igualmente si realizó la invitación para apoyar a la candidata **LUZ ELENA**, que dicha conversación se efectuó dentro del desarrollo del marco de las actividades propias de la primera autoridad de la entidad territorial, y que dicha invitación le resultaba prohibida al burgomaestre, por cuanto, utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos configura una falta gravísima, contenida en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.



Adicional a lo anterior, la defensa no atacó el contenido del video como mentiroso falas, adulterado o alejado de la realidad, lo que atacó fue la posibilidad de la vulneración al derecho a la intimidad, al considerar que ante la ausencia de consentimiento, este era violatorio del mencionado derecho. Razón le asiste al *a quo* en considerar y dar el valor probatorio que se merece el video prueba reina donde claramente se advierte la petición que realizara el primer mandatario del municipio de Tabio-Cundinamarca, claramente vulnerando la norma que califica tal proceder como una falta gravísima.

Es sentencia C-794/14 del 29 de octubre de 2014, se dijo:

11. Razón de decisión. (i) *La prohibición general a los empleados del Estado de tomar parte “en las actividades de partidos o movimientos y en las controversias políticas” es de raíz constitucional, pudiendo el legislador estatutario reconocer tal derecho de participación solamente a algunos de ellos en los términos del artículo 127 de la Constitución -modificado por el AL 2/04-.* (ii) *La prohibición a los empleados del Estado de tomar parte en “controversias políticas” prevista en el artículo 127 constitucional, hace referencia a controversias de tipo partidista o en el marco de procesos electorales y no a deliberaciones o discusiones sobre temas públicos de interés general.* (iii) *La calificación como “falta gravísima” disciplinariamente sancionable, de la utilización del cargo por empleados del Estado para participar “en las controversias políticas” de tipo partidista o electoral, encuentra justificación constitucional en la necesidad de preservar el principio de imparcialidad de la función pública, asegurar la prevalencia del interés general sobre el particular, garantizar la igualdad de los ciudadanos y organizaciones políticas, proteger la libertad política del elector y del ciudadano y defender la moralidad pública -arts. 2, 13, 40, 107, 209 y 258 de la Constitución-.* [Negrilla fuera del texto original]

De cara al segundo argumento de defensa el despacho considera que con el material probatorio, quedo plenamente demostrado que la adecuación típica corresponde al actuar demostrado con los acervo probatorio legalmente incorporado al plenario.

Ahora dentro de los otros argumentos de defensa, se encuentra el alegar que el investigado se encontraba amparado por una causal de exclusión de responsabilidad más precisamente con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria, resulta oportuno indicar que esta causal exige no solamente su alusión sino que exige su demostración, es decir, se debe probar, que el procesado se encontraba en esta situación y que utilizó todos mecanismos para superarlo. Al revisar la totalidad de las pruebas no se encuentra ninguna que nos permita tan siquiera insinuar que se pretendió demostrar esta circunstancia. Por el contrario, las pruebas apuntan a demostrar en grado de certeza, que el señor **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, tenía un grado de instrucción, que le permitía comprender que su actuar estaba alejado de los lineamientos señalados por la Constitución y la Ley.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en decisión emitida dentro del radicado 11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12), en acción



de nulidad y restablecimiento del derecho, al negar las pretensiones de la demanda presentada con ocasión de una sanción disciplinaria impuesta, refirió sobre el error de derecho, lo siguiente:

El artículo 28 de la Ley 734 de 2002, dispuso respecto de las causales de exclusión de responsabilidad, lo siguiente:

“(...) Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta: (...)

6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria. (...).

Para que opere la exención de responsabilidad establecida en el numeral 6.º del citado artículo, es obligatorio además de la existencia del error, que éste sea invencible.

Es necesario que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico, y adicionalmente, que el error de apreciación no era humanamente superable dadas las condiciones personales del procesado y las circunstancias en que éste se realizó, eventos en los cuales, la conducta no es reprochable a título de dolo, porque en el encartado no hay la conciencia de la ilicitud de su acción, sin el cual el fenómeno no se estructura. Tampoco le puede ser reprochable a título de culpa porque actuó con el cuidado y diligencia para determinar que su conducta no era contraria a la ley.

Vistas así las cosas, solo se puede eximir de responsabilidad cuando el ilícito disciplinario se comete de buena fe¹¹ por ignorancia invencible, requisitos estos que no se cumplen en el sub-lite, por cuanto tenía que cumplir con todos los protocolos establecidos por la Ley para asumir las funciones en cargo del Director de la División de Liquidación de la Administración Local de Cali.

Precisamente, “(...) el cumplimiento de funciones públicas implica la asunción de cargas especiales (...), de allí que todo servidor público esté sometido no solo al imperio de la Ley sino a un catálogo de deberes y prohibiciones, a más de un régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, con lo que se pretende evitar la extralimitación en el ejercicio de funciones públicas y preservar la igualdad material que debe imperar en un Estado Social de Derecho.

Bajo la anterior consideración vale la pena destacar, que la conducta reprochada era totalmente evitable, en la medida en que, al demandante le correspondía estar seguro de la existencia del acto administrativo que le otorgara la competencia para suscribir la Resolución n.º 163 de 22 de octubre de 2001, es decir, debía estar atento a la suscripción del acto o adelantar las diligencias necesarias que lo llevaran a obtener la certeza de que estaba debidamente facultado para ejercer esa función y no sólo limitarse a cumplirla de manera verbal sin el lleno de los requisitos, (...).

¹¹ Consejo de Estado, sentencia de 7 de febrero de 2008, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-11811-01(2941-05), C. P. Dr. **Alfonso Vargas Rincón**



Entonces, no es factible creer que el señor (...) actuó bajo la convicción errada e invencible, puesto que, primero, el error era totalmente evitable y dominable, siempre y cuando hubiese sido precavido; segundo, estaba obligado a conocer la ley, en razón a que no puede invocarse su ignorancia como excusa ni realizar interpretaciones ajenas, como quiera que existen una serie de disposiciones que regulan las actuaciones de los funcionarios públicos; y por último, ya en varias oportunidades había ejercido el cargo de Jefe a título de encargo, mediando acto administrativo.

En ese orden de ideas, se encuentra que el cargo formulado por la primera instancia sobre la base de la configuración de la falta disciplinaria contenida en el numeral 39° del artículo 48 del CDU se encuentra probado y como el legislador ha definido que esa clase de falta es GRAVÍSIMA no puede este despacho acceder a la solicitud de la defensa sobre la modificación de la falta, al grado de considerarla atípica, toda vez como se ha sostenido en precedencia ésta debidamente demostrado, en grado de certeza que, el actuar del primer mandatario de Tabio – Cundinamarca-, para la época de los hechos encuadra dentro de la disposiciones contenidas en el numeral antes mencionado, como tampoco de la sanción a imponer puesto que en el plenario está probado que se cometió a título de DOLO, lo que por virtud de la ley, artículo 44 numeral 1° del CDU, se ha previsto la DESTITUCIÓN e INHABILIDAD GENERAL, ésta última entre 10 a 20 años, por lo tanto, no se trata de algo que vulnera los derechos del investigado como alega la defensa, ni de una apreciación drástica, en la medida en que se trata del acatamiento de normas de orden público definidas por el legislador para castigar y sancionar los comportamientos que han sido establecidos en la Ley de forma taxativa como faltas gravísimas dolosas.

Respetando el principio de no reformatio in pejus, el despacho encuentra procedente confirmar la sanción impuesta por la primera instancia, la cual ha tenido como criterio para fijar el término de inhabilidad, la ausencia de antecedentes disciplinarios del servidor público investigado, como atenuante y por lo tanto, se determinó una INHABILIDAD GENERAL DE 12 AÑOS, atendiendo los criterios contenidos en los literales g) j) e i) del artículo 47 del CDU. Por lo tanto, la primera instancia tuvo en consideración criterios para la dosificación de la sanción y aplicó el mínimo contemplado por la norma.

Por lo anterior, el despacho encuentra que habiendo sido abordado cada uno de los puntos de la alzada no se considera que le asista razón a la recurrente para absolver a su prohijado, ni para hacer variaciones sobre la imputación de la falta tendiente a imponer un sanción menos gravosa, toda vez que del análisis de los elementos probatorios y de juicio allegados en debida forma al plenario, está acreditado que el Dr. **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO** incurrió en la falta disciplinaria contenida en el numeral 39° del artículo 48 del CDU, a título de DOLO, y por lo tanto, se encuentra procedente confirmar la decisión emitida en audiencia pública del 19 de Julio de 2019, donde se le declaró disciplinariamente responsable y se le impuso sanción de DESTITUCIÓN e INHABILIDAD GENERAL por el término de 12 años.



En mérito de lo expuesto, la Procuraduría Regional de Cundinamarca, en ejercicio de sus facultades legales,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el artículo primero del fallo de primera instancia proferido el 19 de julio de 2019 por la Procuraduría Provincial de Zipaquirá, en virtud del cual, declaró disciplinariamente responsable del único cargo atribuido al señor **OSCAR EDUARDO RODRIGUEZ LOZANO**, identificado con la cédula de ciudadanía número 11.235.980, expedida en Tabio- Cundinamarca, en su condición de alcalde del municipio de Tabio, y le impuso la sanción consistente en **DESTITUCIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO e INHABILIDAD GENERAL PARA DESEMPEÑAR FUNCIONES PÚBLICAS POR EL TÉRMINO DE DOCE (12) AÑOS**. Lo anterior, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO. NOTIFICAR el contenido de la presente decisión a la apoderada y al disciplinado, de conformidad con lo establecido en los artículos 101 y siguientes de la Ley 734 de 2002, a las direcciones registradas en el escrito de apelación visible a folio 206 -216 Cuaderno 2, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno.

TERCERO. INFORMAR de la presente decisión a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, para los fines pertinentes.

Este trámite se efectuará por intermedio de la Procuraduría provincial de Zipaquirá.

CUARTO. DEVOLVER el proceso a la primera instancia, diligencia que se llevará a cabo por intermedio de la Secretaría de la Procuraduría Provincial de Zipaquirá, una vez realizada la notificación de esta providencia a los sujetos procesales, se efectúen los registros y las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO CAMACHO GARCIA
Procurador Regional de Cundinamarca

RCG/

Dos (2) Cuadernos con 223 y 224 folios respectivamente.
DVDs contenidos en los folios 36 y folio 56 del Cuaderno 1.
DVDs contenidos en los folios 104 y 129 del Cuaderno 2.



Procuraduría Regional de Nariño

INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA POR INCUMPLIR RÉGIMEN DE INHABILIDADES-Alcalde Municipal de Arboleda (Nariño) continúa desempeñándose a pesar de ser separado del cargo por fallo de responsabilidad fiscal

ERROR INVENCIBLE-Vulneración al régimen de inhabilidades no lo constituye

El objeto de reproche al investigado radica en que vulneró al régimen de inhabilidades, por cuánto a pesar de haber sido declarado fiscalmente responsable por parte de la Contraloría General de la República, no dio aviso inmediato de dicha situación y continuó ejerciendo el cargo de alcalde municipal de Arboleda, encontrándose inhabilitado para ejercer cargos públicos

De la revisión del proceso, no se observa que el investigado se haya encontrado en una situación invencible, por el contrario, al haber sido declarado fiscalmente responsable, mediante decisión debidamente ejecutoriada y considerando que dicha situación le generaba una inhabilidad sobreviniente que le impedía ejercer el cargo de alcalde municipal, lo que debía hacer simplemente era dar aviso de dicha situación al Gobernador de Nariño, pero no lo hizo

También debe advertirse que el investigado, no demostró en el proceso haber realizado actuación alguna para salir del error, como por ejemplo haber solicitado un concepto jurídico, haberse asesorado o haberse informado sobre las consecuencias jurídicas de la declaratoria de responsabilidad fiscal, etc...

En ese orden, no puede ser de recibo la causal de exclusión de responsabilidad alegada

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Su finalidad es salvaguardar la obediencia, disciplina, rectitud y eficiencia de los servidores públicos

COMPETENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL PARA IMPONER SANCIÓN DISCIPLINARIA A SERVIDOR PÚBLICO-Potestad incluye los de elección popular/**CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**-No se opone a que legislador establezca sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos

COMPETENCIA PARA INVESTIGAR Y SANCIONAR FUNCIONARIOS DE ELECCIÓN POPULAR-Según jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado

De la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se puede concluir que la Procuraduría General de la Nación tiene vigente la competencia para investigar y sancionar a los servidores públicos, inclusive aquellos de elección popular, por actos de corrupción

Debe referirse además que el fallo proferido por el Consejo de Estado, en el caso del señor Samuel Moreno Rojas, es posterior inclusive al proferido por la CIDH del 8 de julio de 2020, en el caso de Gustavo Petro Urrego vs Colombia. En dicha decisión el máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, mantiene la línea jurisprudencial, en relación a la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y



Procuraduría Regional de Nariño

sancionar a funcionarios de elección popular por actos de corrupción

ALCANCE SENTENCIA CORTE IDH CASO PETRO-Fallo debe armonizarse con el marco convencional del Estado colombiano

TIPICIDAD EN DERECHO DISCIPLINARIO-Salvaguarda la seguridad jurídica al dar a conocer anticipadamente las conductas reprochables y las sanciones aplicables

INHABILIDAD POR DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Alcalde no da aviso de fallo y continúa ejerciendo el cargo público

Conforme a ello, el señor..., si bien al momento de tomar posesión del cargo de Alcalde Municipal de Arboleda, no presentaba ninguna restricción para ejercer cargos públicos, al momento de haber sido declarado fiscalmente responsable por parte de la Contraloría General de la República, le sobrevino una inhabilidad, que le impedía ejercer cargos públicos, por ende continuar desempeñándose como primera autoridad del municipio de Arboleda, debiendo además de manera inmediata informar dicha situación, pero no lo hizo

ILICITUD SUSTANCIAL DE LA CONDUCTA DEL DISCIPLINADO-No comunicar la declaratoria de responsabilidad fiscal afecta los principios de moralidad, responsabilidad y transparencia

El señor..., al momento de haber sido declarado fiscalmente responsable, por parte de la Contraloría General de la República, mediante decisión debidamente ejecutoriada (16 de febrero de 2018), debía actuar con rectitud, honestidad y transparencia, en el sentido de que inmediatamente debía dar aviso al Gobernador de Nariño de esa situación, que según las disposiciones legales señaladas, le generaba una inhabilidad sobreviniente que le impedía continuar ejerciendo cargos públicos y por ende el cargo de alcalde municipal de Arboleda, sin embargo no lo hizo y continuó ejerciendo el cargo hasta tanto se produjera su desvinculación por parte del Gobernador de Nariño, mediante la expedición del Decreto N° 324 del 23 de julio de 2018

Dicha actuación es sin duda reprochable y afecta el principio de moralidad, por cuanto a pesar de que el disciplinado se encontraba inmerso en una prohibición legal para continuar ejerciendo el cargo público que desempeñaba, continuo en el mismo...

Con un actuar responsable y transparente del disciplinado, de manera inmediata debió comunicar la declaratoria de responsabilidad fiscal que se le hiciera en su contra, ya que ello constituía una limitación para poder continuar ejerciendo el cargo de mandatario local, pero no lo hizo, desconociendo esos principios que rigen la función administrativa, por eso indudablemente con su proceder afectó la buena marcha de la administración y en ese orden debe asumir las consecuencias por su actuar

Por tanto, el comportamiento que se esperaba del disciplinado era que actuara conforme a los principios de moralidad, responsabilidad y transparencia y conforme a los fines esenciales del estado, previstos en el artículo 2 Constitucional, sin embargo no lo hizo

Así las cosas, la conducta desplegada por el implicado es sustancialmente ilícita, toda vez que con la misma transgredió el ordenamiento jurídico, en particular los principios de moralidad, responsabilidad y transparencia consagrados en el artículo 209 constitucional y 3 de la Ley 1437 de 2011



Procuraduría Regional de Nariño

SUSPENSIÓN E INHABILIDAD ESPECIAL-Por fatas graves cometidas a título de culpa con agravación por acreditación de antecedentes fiscales y disciplinarios



Procuraduría Regional de Nariño

DEPENDENCIA:	Procuraduría Regional de Nariño.
IUS N°:	E-2020-667985. E-2018-229138.
IUC N°:	D-2018-1121124.
DISCIPLINADO:	Ciro Rafael Delgado Gaviria.
CARGO:	Alcalde Municipal.
ENTIDAD:	Alcaldía Municipal de Arboleda - Nariño.
QUEJOSO:	Pablo Antonio Zarama y Otros.
FECHA QUEJA:	Mayo 18 de 2018.
FECHA HECHOS:	Febrero 16 a Julio 23 de 2018.
ASUNTO:	Violación al régimen de inhabilidades.
AUTO:	Fallo de Segunda Instancia en Proceso Verbal (Artículo 180 de la ley 734 de 2002, modificado por el artículo 59 de la ley 1474 de 2011).

Pasto, 9 de febrero de 2021

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA N° _____

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Con fundamento en las atribuciones conferidas por el numeral 3 del artículo 75 del Decreto Ley 262 de 2000, la Procuraduría Regional de Nariño, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado JAIME ENRIQUEZ GUERRON, defensor de confianza del señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda – Nariño, en contra del fallo de primera instancia N° 0013 proferido por la Procuraduría Provincial de Pasto, en fecha 18 de septiembre de 2020, por medio del cual lo sancionó con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de Doce (12) meses, convertida en salarios devengados.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

- El señor PABLO ANTONIO ZARAMA y otros integrantes del Comité Cívico del municipio de Arboleda – Nariño, mediante escritos fechados 18/08/2018, 21/05/2018 y 25/05/2018, radicados con los N° E-2018-225257; E-2018-238261 y E-2018- 238261, manifestaron su preocupación por la inhabilidad en la que podía estar incurso el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde de ese municipio, por cuanto al parecer continuó ejerciendo el cargo, a pesar de haber sido declarado fiscalmente responsable por parte de la Contraloría General de la República. (fs. 1-202 cuaderno 1 y 1-21 cuaderno 2).

- De acuerdo a lo anterior, la Procuraduría Provincial de Pasto – Nariño, mediante auto del 25 de julio de 2018, ordenó el inicio de indagación preliminar en contra del señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda – Nariño. (fs. 22-23 cuaderno 2).

- Dicho auto fue notificado personalmente al implicado, en fecha 24 de agosto de 2018, por parte de la Personería Municipal de Arboleda – Nariño. (fs. 39-40 cuaderno 2).

- Mediante auto de fecha 6 de diciembre de 2018, la Procuraduría Provincial de Pasto, decretó la práctica de algunas pruebas de oficio. (fs. 128 cuaderno 2).



Procuraduría Regional de Nariño

- Culminada la indagación preliminar, la Procuraduría Provincial de Pasto – Nariño, mediante auto del 12 de junio de 2020, ordenó proseguir las diligencias a través del procedimiento verbal previsto en el Título XI, Capítulo I, artículo 175 de la ley 734 de 2002, modificado por el artículo 57 de la ley 1474 de 2011 y citó a audiencia pública al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda – Nariño. (fs. 146-150 cuaderno 2).
- Dicho auto fue notificado de manera electrónica al investigado, en fecha 30 de julio de 2020, en atención a las directrices señaladas por la Resolución 216 de 2020, expedida por el Procurador General de la Nación, en virtud de la emergencia sanitaria generada por el COVID 19. (fs. 154-155 cuaderno 2).
- La audiencia pública inició el 27 de agosto de 2020, donde el investigado asistió con su defensor de confianza, quien a su vez presentó los respectivos descargos, solicitó la práctica de pruebas, mismas que fueron decretadas. (fs. 169-172 cuaderno 2).
- La audiencia se reanudó el 4 de septiembre de 2020, donde se verificó la práctica de pruebas. (fs. 174 cuaderno 2).
- Al continuar la audiencia el 16 de septiembre de 2020, se presentaron los alegatos de conclusión y se suspendió para proferir fallo de primera instancia (fs. 175-179 cuaderno 2).
- El 18 de septiembre de 2020, la Procuraduría Provincial de Pasto, profirió fallo de primera instancia, declarando disciplinariamente responsable al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda – Nariño, imponiéndole sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 12 meses, convertida en salarios devengados. (fs. 180-198 cuaderno 2).
- En la misma fecha, el abogado JAIME ENRIQUEZ GUERRON, inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación contra el fallo reseñado, el cual fue sustentado y concedido. (fs. 194-198 cuaderno 2).
- Recibido el asunto en esta Regional y en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 59 de la ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 180 de la ley 734 de 2002, mediante auto del 14 de octubre de 2020, se corrió traslado a los sujetos procesales por el término de 2 días para que presentaran sus alegatos de conclusión en segunda instancia, mismos que fueron presentados por el abogado del disciplinado. (fs. 203, 205-216 cuaderno 2).
- Mediante auto del 27 de octubre de 2020, el señor Procurador Regional de Nariño, se declaró impedido para conocer el proceso en segunda instancia. (fs. 217-220 cuaderno 2).
- La Procuraduría Segunda Delegada Para la Vigilancia Administrativa, al resolver el impedimento, mediante auto del 27 de noviembre de 2020, decidió no aceptar el mismo, devolviendo el proceso a esta Regional. (fs. 223-226 cuaderno 2).

3. CARGO FORMULADO



Procuraduría Regional de Nariño

Mediante providencia del 12 de junio de 2020, la Procuraduría Provincial de Pasto – Nariño, formuló al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda – Nariño, el siguiente cargo:

“Eventual violación al régimen de inhabilidades, al continuar desempeñando el cargo de Alcalde Municipal de Arboleda (N), desde el 16/02/2018 fecha en que el auto de responsabilidad fiscal proferido por la Contraloría General de la República quedó en firme hasta el 23/07/2018, cuando el señor Gobernador de Nariño, a través del decreto 324 lo separó inmediatamente de cargo, por haber sido declarado responsable fiscal y solidariamente en cuantía de Setecientos Cuarenta y Nueve Millones Ciento Treinta y Ocho Mil Quinientos Setenta y Cinco Pesos M/CTE (\$749.138.575 M/CTE), indexado, por la Contraloría, sin informar de la situación fiscal que pesaba en su contra en forma inmediata al Gobernador de Nariño, como lo preceptúa la ley 190 de 1995 en su artículo 6”.

Se le señalaron como normas presuntamente infringidas las siguientes:

Ley 734 de 2002, artículos 22, 23, 34 numeral 1, 35 numeral 1, 38 numeral 4, 48 numeral 17, Ley 190 de 1995 artículo 6.

La falta se calificó provisionalmente como GRAVISIMA y se imputó a título de DOLO.

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 18 de septiembre de 2020, la Procuraduría Provincial de Pasto – Nariño, declaró disciplinariamente responsable al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda – Nariño, imponiéndole como sanción la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 12 meses, considerando lo siguiente:

- Que las pruebas aportadas por la defensa, dejan de presente que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda, período 2016-2018, no ostentaba el título de abogado y que en el lapso comprendido entre el 16/02/2018 al 23/07/2018, desempeñó normalmente sus funciones como primera autoridad del municipio.

- Que en el período del 16/02/2018 al 23/07/2018, el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, celebró como representante legal del municipio 91 contratos, expidió 19 decretos y 5 resoluciones, es decir que se desempeñó como primera autoridad del Municipio de Arboleda, a pesar de estar inhabilitado.

- Que frente al argumento de la defensa, en el sentido de que la actuación del disciplinado fue con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria (numeral 6 del artículo 28 de la ley 734 de 2002), señaló que para que prospere la causal del error invencible, se debe demostrar que el investigado, realizó actuaciones tendientes a disipar sus dudas, tales como consultas a un profesional del derecho, en este caso sobre si estaba inhabilitado o no para continuar en el cargo de alcalde municipal, luego de la sanción impuesta por la Contraloría General de la República, solicitar a la entidad sancionadora información si ello le inhabilitaba para ejercer el cargo, en fin buscar información



Procuraduría Regional de Nariño

que en su momento le hubiesen permitido aclarar sus dudas y aportar dentro de este proceso pruebas que demostrar su actitud diligente para salir del error pero no lo hizo.

- Que el hecho de presentar una acción de tutela, no es indicativo de que realizara actuaciones para salir del error en que se encontraba, sino que estaba utilizando los mecanismos que en su momento considero oportunos para que el fallo del ente de control fiscal no se haga efectivo, al igual que la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho.

- Que el investigado no intento nada para salir del error, en el caso era perfectamente superable.

- Frente a la causal de exclusión de responsabilidad, "*estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado*", el a quo indicó que no era de recibo por cuanto los requisitos exigidos hacen relación a la existencia de deberes de servidor público y no a una inhabilidad que constituye una limitación para que una persona ejerza un cargo.

- Que la inhabilidad sobreviniente le impedía al disciplinado seguir ejerciendo el cargo de Alcalde Municipal de Arboleda, por ser una medida restrictiva, que le había impuesto la Contraloría, que no se equipara a un deber, y por lo tanto esta causal no es aplicable en el presente asunto.

- Que el investigado actuó con culpa grave, por cuanto no realizó lo que era común hacer a una persona que se posesiona en un empleo como el de Alcalde Municipal de Arboleda.

- Que si bien es cierto al tomar posesión del cargo, no se encontraba inhabilitado, el fallo de responsabilidad fiscal, expedido por la Contraloría General de la República, posterior a su posesión, configuró una inhabilidad sobreviviente que le exigía la precaución o cautela más elemental, de consultar y verificar las consecuencias del mismo, dado que de conformidad con el artículo 6 de la ley 190 de 1995, la configuración de una inhabilidad sobreviviente le exigía su separación inmediata del cargo, lo cual por esta negligencia no ocurrió pues siguió desempeñando el empleo desde el 16/02/2018 a 23/07/2018.

- Que la falta cometida por el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, se encuentra tipificada como gravísima, en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

- Que las actuaciones endilgadas al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, no se cometieron en forma intencional, es decir, con la voluntad de transgredir el orden jurídico, sino que fue negligente en su actuar para salir del error que era vencible.

- Que omitió el debido cuidado de averiguar las implicaciones del mismo, dado que de conformidad con el artículo 6 de la Ley 190 de 1995, la configuración de una inhabilidad sobreviviente le exigía su separación inmediata del cargo, lo cual por su negligencia no ocurrió y siguió desempeñando el empleo desde 16/02/2018 a 23/07/2018.



Procuraduría Regional de Nariño

- Que el nivel directivo del empleo público ocupado por el investigado, le imponía el deber de conocer las inhabilidades estipuladas en la ley para continuar ejerciendo el cargo. No en vano juró conocer las funciones y acatar el ordenamiento cuando tomó posesión de dicho empleo.
- Al haber atribuido definitivamente la falta cometida por el disciplinado a título de culpa grave, dio aplicación a lo señalado en el numeral 9 del artículo 43 de la ley 734 de 2002, y considero la falta cometida por el investigado como GRAVE.
- Acudiendo a los criterios señalados en el artículo 47 de la ley 734 de 2002, en especial el daño social de la falta, que el investigado pertenecía al nivel directivo en la entidad, existencia de antecedentes fiscales, fijó la suspensión en el ejercicio del cargo, en el término de 12 meses, convertida en salarios devengados, en la suma de Cuarenta y Cuatro Millones Doscientos Noventa y Nueve Mil Noventa y Dos Pesos M/Cte (\$44.299.092), en atención a que el investigado ya no ejercía el cargo.
- Que en grado de certeza, el actuar del investigado amerita sanción disciplinaria, toda vez que la conducta asumida en cumplimiento de sus funciones, no estuvo enmarcada en los principios constitucionales, legales y reglamentarios que rigen la función pública y la función administrativa.
- Que una conducta es típica cuando está descrita de manera previa en norma legal como falta, que la ilicitud sustancial, consiste en que la conducta debe afectar el deber funcional sin justificación alguna, lo cual existe en el presente caso, ya que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, desconoció los deberes consignados en la Ley 734 de 2002, señalados en el pliego de cargos.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro del término legal, el defensor de confianza del disciplinado, presentó recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que el a quo, determina que su defendido fue negligente por cuanto ni siquiera consultó a la autoridad administrativa si podía o no fungir como alcalde, pero era obvio que tanto la Contraloría como la Procuraduría hubieran dicho que no podía ejercer el cargo público.
- Que para que proceda el eximente (numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002), independientemente de la clase de error en el que se incida, lo principal es que se trate de un error invencible.
- Que para la aplicación de cualquier tipo de sanción administrativa, es preciso, dar aplicación a la interpretación restrictiva de las normas, que conforme lo hace el a quo, sobre una de ellas, el artículo 6 de la ley 190 de 1.995; lo propio, no hace referencia a lo preceptuado en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto a los derechos políticos a elegir y ser elegido, mismo que relaciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia CASO GUSTAVO PETRO CONTRA EL ESTADO COLOMBIANO; igualmente lo hace el Consejo de Estado en la sentencia de Nulidad y



Procuraduría Regional de Nariño

Restablecimiento del Derecho, producto de la Acción que interpuso Gustavo Petro, y que la misma Corte IDH, defendió en dicha decisión.

- Que el actuar de su defendido se dio con el convencimiento que se encontraba libre de toda responsabilidad fiscal, en consecuencia, no debía informar la sanción fiscal al Gobernador del Departamento, al contrario decidió presentar tutela en contra del acto de la sanción fiscal, para que se suspenda y no surta los efectos hasta tanto se decida la legalidad del mismo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, lo que efectivamente sucedió en el fallo de tutela de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, de fecha 28 de mayo de 2018, tutelando de manera transitoria el derecho a “elegir y ser elegido” y suspendiendo la ejecución del acto administrativo o auto 1930 del 26 de octubre de 2017, emitido por la Contraloría General de la República.

- Que en ese orden, su actuación fue con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria, además que su defendido para la época de los hechos no era abogado, tal como lo certifica el Secretario de Gobierno de Arboleda y no tenía experiencia o conocimientos de derecho administrativo.

- Que para que opere la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria establecida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, es obligatorio además de la existencia del error, que éste sea invencible. Su defendido por el hecho de ostentar la calidad de Alcalde estaba plenamente convencido de que estaba amparado por los derechos políticos a elegir y ser elegido, en consecuencia, a permanecer en el cargo.

- Que la conducta no es reprochable ni a título de dolo ni culpa, por cuanto no existe la conciencia de la ilicitud de su acción y actuó con el cuidado y diligencia para determinar que su conducta no era contraria a la ley.

- Que el carácter invencible del error demandará un análisis de las circunstancias particulares de cada caso, con especial énfasis en las condiciones personales de quien lo alega y de sus posibilidades efectivas de previsión y conocimiento, toda vez que no es lo mismo, por ejemplo, el error que esgrime una persona con formación profesional de aquella que no la tiene.

- Que su defendido agoto los medios idóneos para lograr el pleno convencimiento de que no se va a infringir la ley, realizó todos los esfuerzos posibles y suficientes para cerciorarse de la antijuridicidad de la conducta, precisamente, con la presentación y trámite de la acción de tutela y la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que se encuentra en trámite en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, radicación No. 250002341000201800773, Magistrado Ponente: Dr. Felipe Alirio Solarte.

- Que si bien contravino el régimen de inhabilidades, no fue su voluntad o intención hacerlo, en consecuencia, pudo afectar el deber funcional, pero con justa causa.

- Que respecto a la responsabilidad de cumplirle a los electores y comunidad en general, a través de la ejecución del Plan de Desarrollo Municipal, con inversión



Procuraduría Regional de Nariño

social en beneficio del pueblo; reposan dos declaraciones juramentadas representantes de las Juntas de Acción Comunal de Arboleda Berruecos.

- Que la conducta de su defendido también se enmarca en el numeral 2 del artículo 28 de la ley 734 de 2002, (*En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado*).

- Que un debido proceso administrativo sancionatorio, no es posible realizar interpretaciones extensivas para efectos de responsabilizar disciplinariamente, al contrario, la jurisprudencia ha dicho que se debe aplicar la norma en forma restrictiva y no adecuar el actuar de mi defendido bajo una tipicidad inexistente.

- Que su defendido con su comportamiento no afectó los principios de la administración pública, señalados en el artículo 209 de la norma superior.

- Que el operador disciplinario debe analizar el grado de lesión o de afectación al bien jurídico para concluir la gravedad o levedad de la falta, así como el correspondiente grado en que se causó el perjuicio, con miras a determinar qué clase de sanción debe imponerse.

- Que no hay lugar a discusión en torno a la tipicidad, no cabe duda que existió la inhabilidad y que no obstante su defendido continuó ejerciendo el cargo de alcalde municipal.

- Que existe el convencimiento de su defendido de que su periodo constitucional para el cual fue elegido como alcalde, es de cuatro años, así mismo, que su credencial no ha sido anulada ni suspendida, que tampoco ha sido destituido o suspendido por la Procuraduría General de la Nación, ni condenado por delito de alguna naturaleza, como tampoco ha renunciado, ni que se encuentra en ninguna de las causales de falta absoluta, lo que conduce a decir en su opinión que le están desconociendo el derecho político de elegir y ser elegido, consagrados en el art. 40 de la Constitución Nacional.

- Termina solicitando revocar la providencia de primer grado y absolver de responsabilidad disciplinaria a su defendido.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término legal, el defensor de confianza del disciplinado, presentó alegatos en segunda instancia, los cuales son similares a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, por ello no es necesario volver hacer referencia a ellos.

Como nuevos argumentos expuestos en esta etapa procesal, se pueden resumir los siguientes:

- Que debe darse aplicación al numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, "*Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria*", ya que se defendido tenía el convencimiento errada e invencible de que no debía desvincularse del cargo de elección popular por haber sido inhabilitado por una entidad de carácter administrativo y no judicial, más ahora



Procuraduría Regional de Nariño

con el CASO PETRO, debe darse aplicación a las normas internacionales que protegen los derechos fundamentales de los ciudadanos.

- Que el "Caso Petro" es, el resultado práctico de la falta de adecuación del sistema normativo colombiano al sistema normativo interamericano. La Constitución Política de 1991, así como el ordenamiento jurídico, en algunos de sus apartados no se ajusta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- Que la Procuraduría General de la Nación ha impuesto la sanción de destitución, suspensión e inhabilidad a diversos funcionarios elegidos por voto popular, como gobernadores, alcaldes y congresistas, por ello se debe analizar si la facultad del Procurador General de la Nación de destituir e inhabilitar a un funcionario público elegido popularmente a través del voto, es o no contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- Termina solicitando revocar la decisión de primer grado y absolver a su defendido de toda responsabilidad disciplinaria.

7. CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURIA REGIONAL

7.1 Competencia.

El numeral 3 del artículo 75 del Decreto Ley 262 de 2000, establece que es función de las Procuradurías Regionales "*Conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios decididos en primera por los personeros, los procuradores provinciales y judiciales I*". (Subrayado fuera de texto).

Atendiendo que la decisión de primera instancia fue proferida por la Procuraduría Provincial de Pasto – Nariño y en armonía con lo previsto en la Resolución N° 213 del 6 de mayo de 2003, proferida por el Procurador General de la Nación, "*Por la cual se define la competencia territorial de las Procuradurías Regionales, Provinciales y distritales y se establece el mapa territorial de competencias de la Procuraduría General de la Nación*", esta Procuraduría Regional, es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del disciplinado.

7.2 Consideraciones.

No observándose causal de nulidad que pueda afectar o invalidar la actuación procesal, se procede a desatar el recurso de alzada.

La segunda instancia es un control que garantiza la corrección del juicio si hubiere lugar a ello, cuando en debida forma se impugne la decisión de primera instancia, que se considera defectuosa y afecta el interés de la parte que lo refuta, para lograr de esta manera una respuesta definitiva apegada al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, de conformidad con el parágrafo del Artículo 171 de la Ley 734 de 2002, el recurso de apelación, otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.



Procuraduría Regional de Nariño

Dentro de ese marco normativo, esta Procuraduría procede a pronunciarse frente a los argumentos que sustentan el recurso de apelación interpuesto por el abogado JAIME ENRIQUEZ GUERRON, en contra del fallo de primera instancia, proferido por la Procuraduría Provincial de Pasto, analizando jurídicamente las pruebas aportadas, el cargo no desvirtuado en el fallo de primera instancia y las inconformidades planteadas por la recurrente.

7.3 Análisis y valoración jurídica de las pruebas y del recurso de apelación.

Para entrar a analizar los argumentos de la defensa, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el cargo formulado al disciplinado y por el cual fue sancionado, radica en que vulneró el régimen de inhabilidades, al continuar desempeñando el cargo de Alcalde Municipal de Arboleda (N), desde el 16/02/2018 hasta el 23/07/2018, fecha última en que fue separado del cargo por el Gobernador de Nariño, a pesar de haber sido declarado fiscal y solidariamente responsable por parte de la Contraloría General de la República, en la suma de Setecientos Cuarenta y Nueve Millones Ciento Treinta y Ocho Mil Quinientos Setenta y Cinco Pesos M/CTE (\$749.138.575 M/CTE) y sin informar de manera inmediata dicha situación al Gobernador del Departamento, tal como lo señala el artículo 6 de la ley 190 de 1995.

De conformidad con el material probatorio aportado al proceso y sobre lo cual no ha existido inconformidad por la defensa, se tiene lo siguiente:

- El señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, el 1 de enero de 2016, ante la Notaría Unica del Círculo de la Unión – Nariño, tomó posesión del cargo de Alcalde Municipal de Arboleda (N), para el periodo 2016-2019. (fs. 158-159 cuaderno 2).

- De acuerdo a la constancia expedida por el señor LUIS ALEXANDER ARCOS GOMEZ, Secretario de Gobierno del Municipio de Arboleda, en fecha 13 de junio de 2020, el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, se desempeñó como alcalde de ese municipio desde el 1 de enero de 2016 hasta el 22 de julio de 2018. (fs. 162 cuaderno 2).

- Mediante Auto N° 1930 del 26 de octubre de 2017, proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF ordinario N° UCC-PRF-061-2013, por la señora LUZ MARIA ARBELAEZ GALVEZ, Contralora Delegada Intersectorial N° 17 Grupo Para el Conocimiento y Trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, se falló con responsabilidad fiscal y se declaró solidariamente responsables en cuantía de \$749.138.575 indexado a septiembre de 2017, a los señores CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, MIGUEL ANGEL REVELO BOLAÑOS, MARY ISADORA BOLAÑOS ALVEAR y LA COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO, por las irregularidades presentadas en el contrato N° 154 de 2009, cuyo objeto era *“Reforestación de 150 hectáreas en las microcuencas de la quebrada San Pedro y la Cascada con especies nativas protectoras productoras municipio de Arboleda Departamento de Nariño”*. (fs. 59-171 cuaderno 1).

- Dicho auto fue notificado de manera personal al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, el 11 de diciembre de 2017, por parte de la Secretaría



Procuraduría Regional de Nariño

Común de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, siendo impugnado en el término legal. (fs. 65 cuaderno 2)

- Con Auto N° ORD-80112-0028-2018 del 16 de febrero de 2018, proferido por el señor EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON, Contralor General de la República, mediante el cual resuelve unos recursos de apelación interpuesto contra el auto N° 1930 del 26 de octubre de 2017, por medio del cual se falla con responsabilidad fiscal dentro del PRF ordinario N° UCC-PRF-061-2013 municipio de Arboleda – Nariño, se decidió confirmar la decisión adoptada en el Auto N° 1930 del 26 de octubre de 2017, expedido por la Contralora Delegada Intersectorial N° 17 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción y en consecuencia no accedió a las pretensiones plasmadas en los recursos interpuestos por los señores CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, MIGUEL ANGEL REVELO BOLAÑOS, MARY ISADORA BOLAÑOS ALVEAR y LA COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO. (fs. 14-58 cuaderno 1).

- Constancia secretarial de notificación por anotación en el estado N° 035 del 21 de febrero de 2018, del auto N° ORD-80112-0028-2018 del 16 de febrero de 2018, proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° UCC-PRF-061-2013. (fs. 62 cuaderno 2).

- Mediante constancia secretarial de ejecutoria N° 035 del 2 de marzo de 2018, la señora SANDRA DEL PILAR LLANOS MAYOR, Profesional Universitario asignado a Secretaría Común Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, señala que los autos N° 1930 del 26 de octubre de 2017 y ORD-80112-0028-2018, quedaron en firme y cobraron fuerza ejecutoria el 16 de febrero de 2018. (fs. 61 cuaderno 2).

- Mediante oficio 2018EE0040704 del 9 de abril de 2018, la señora LUZ MARIA ARBELAEZ GALVEZ, Contralora Delegada Intersectorial N° 17 de la Contraloría General de la República, le informa al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda (N), que dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° UCC-PRF-061-2013, mediante auto N° 1930 del 26 de octubre de 2017, se falló con responsabilidad fiscal, le indica además que dicho auto fue confirmado en segunda instancia mediante auto N° ORD-80112-0028-2018 del 16 de febrero de 2018. (fs. 50 cuaderno 2).

- Fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito, en fecha 28 de mayo de 2018, dentro de la acción de tutela N° 2018-00090, propuesta por el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, en contra de la Contraloría General de la República, donde se resolvió tutelar de manera transitoria el derecho a elegir y ser elegido del accionante y en consecuencia suspender la ejecución del Auto N° 1930 del 26 de octubre de 2017, proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° UCC-PRF-061-2013. (fs. 5-9 cuaderno 2).

- Mediante oficio de fecha 10 de diciembre de 2018, el señor PEDRO ANDRES RODRIGUEZ MELO, Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación de Nariño, informa que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda (N), mediante oficio recibido el 21 de junio de 2018, comunicó a la Gobernación de Nariño, el fallo proferido el 28 de mayo de 2018, por el Juzgado



Procuraduría Regional de Nariño

Tercero Civil del Circuito de Pasto, dentro de la Acción de Tutela N° 2018-00090, donde resolvió tutelar de manera transitoria el derecho a elegir y ser elegido y en consecuencia suspender la ejecución del Auto N° 1930 del 26 de octubre de 2017, proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° UCC-PRF-061-2013. (fs. 133 cuaderno 2).

- Oficio N° 3658 del 6 de julio de 2018, suscrito por el señor NESTOR GABRIEL CABRERA, Secretario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Civil Familia, donde notifica la sentencia de fecha 4 de julio de 2018, dictada dentro de la acción de tutela N° 2018-00090, propuesta por el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, en contra de la Contraloría General de la República, en la que se resolvió revocar el fallo del 28 de mayo de 2018, dictado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto y en su lugar declarar improcedente el amparo constitucional deprecado. (fs. Cd anexo a folio 134 cuaderno 2).

- Decreto N° 324 del 23 de julio de 2018, suscrito por el señor CAMILO ERNESTO ROMERO GALEANO, Gobernador de Nariño, mediante el cual se retira del servicio al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda (N). (fs. 29-31 cuaderno 2)

Precisado lo anterior, es pertinente indicar que el artículo 6 de la ley 190 de 1995, establece:

En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 38 de la ley 734 de 2002, señala:

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

(...)

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

Parágrafo 1. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma



Procuraduría Regional de Nariño

establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

Es claro entonces que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, al haber sido declarado fiscalmente responsable por parte de la Contraloría General de la República, mediante decisión ejecutoriada el 16 de febrero de 2018 y conforme al numeral 4 del artículo 38 de la ley 734 de 2002, le sobrevino una inhabilidad o un impedimento legal que no le permitía continuar ejerciendo el cargo de alcalde municipal de Arboleda al que había tomado posesión el 1 de enero de 2016.

El señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, de conformidad con el artículo 6 de la ley 190 de 1995, debía de manera inmediata informar dicha situación, sin embargo no lo hizo y continuo ejerciendo el cargo de alcalde municipal.

El disciplinado interpuso una acción de tutela, la cual se radicó con el N° 2018-00090 y cursó en el Juzgado Tercero Civil del Circuito, quien el 28 de mayo de 2018, resolvió tutelar de manera transitoria el derecho a elegir y ser elegido del señor DELGADO GAVIRIA y ordenó suspender la ejecución del Auto N° 1930 del 26 de octubre de 2017, sin embargo, como el fallo de tutela fue impugnado, el 4 de julio de 2018, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, al resolver la impugnación ordenó revocar el fallo del 28 de mayo de 2018, dictado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto y en su lugar declarar improcedente el amparo constitucional deprecado.

Posteriormente, mediante la expedición del Decreto N° 324 del 23 de julio de 2018, el Gobernador de Nariño, retiró del servicio al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, Alcalde Municipal de Arboleda (N).

7.4 De los argumentos expuestos por el recurrente

Los argumentos de defensa expuestos en el recurso de apelación como en los alegatos de segunda instancia se resumen en que el actuar del señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, está amparado por las causales de exclusión de responsabilidad previstas en los numerales 2 y 6 del artículo 28 de la ley 734 de 2002, que su conducta carece de ilicitud sustancial por cuanto no afectó los principios señalados en el artículo 209 superior, que no actuó ni con dolo ni con culpa, que debe demostrarse el grado de lesión o daño al bien jurídico así como el grado en que se causó perjuicio y que la Procuraduría General de la Nación carece de competencia para inhabilitar o destituir a funcionarios elegidos por voto popular.

De acuerdo a lo anterior, pasa el Despacho a evaluar y analizar los argumentos



Procuraduría Regional de Nariño

de defensa expuestos.

- Sobre la causal de exclusión de responsabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 28 de la ley 734 de 2002, esto es: “En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado”

Esta causal de exclusión de responsabilidad, supone la colisión de dos deberes, cuya importancia de uno justifica el sacrificio de otro.

En el texto "Dogmática practicable del Derecho Disciplinario" del Dr. ESQUIO MANUEL SANCHEZ HERRERA, se señalan los siguientes seis requisitos para el reconocimiento de esta causal:

1. *Debe tratarse de por lo menos dos deberes constitucionales o legales, que tengan relación con la función o el servicio que se presta.*
2. *Uno de los deberes debe cumplirse en detrimento del cumplimiento del otro, por ser de mayor jerarquía que el incumplido.*
3. *El deber cumplido lo debe ser de forma estricta.*
4. *El compromiso del cumplimiento de los deberes debe estar en cabeza del mismo servidor y ellos deben cumplirse en un mismo tiempo y lugar.*
5. *Uno de ellos debe imponer un hacer, entre deberes de omisión no es posible causal.*
6. *El agente debe tener conocimiento que actúa para hacer prevalecer el deber de mayor jerarquía.*

De acuerdo a lo expuesto y conforme a los elementos de prueba obrantes en el proceso, puede indicarse que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, no se encontraba frente a la existencia de dos deberes constitucionales o legales que guarden relación con el servicio o función pública, frente a lo cual se le hubiere exigido cumplir uno de ellos en perjuicio del otro, por ser de mayor jerarquía.

El disciplinado no se vio obligado a cumplir un deber de mayor importancia en sacrificio de otro de menor importancia: tenía un solo deber, y era el de poner en conocimiento inmediato la inhabilidad sobreviniente que le surgió en virtud de haber sido declarado fiscalmente responsable, deber que desconoció abiertamente, al haber continuado ejerciendo como alcalde municipal de Arboleda (N).

En ese orden y coincidiendo con el criterio del a quo, no puede ser de recibo la causal de exclusión de responsabilidad alegada por la defensa.

- Sobre la causal de exclusión de responsabilidad prevista en el numeral 6 del artículo 28 de la ley 734 de 2002, esto es: “Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.”



Procuraduría Regional de Nariño

Esta causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria, ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, conforme se expone a continuación:

- Fallo de fecha 8 de noviembre de 2012, emitido dentro del radicado número 161 – 5078 (IUS 73959 – 2008), P.D. Dr. Juan Carlos Novoa Buendía, así:

« [...] El error en materia disciplinaria

A pesar de que en materia disciplinaria el tema del error no ha tenido mayor desarrollo dogmático, para sus efectos, como lo expone el Doctor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, es posible aprehender la diferencia entre error de hecho y error de derecho: el primero se presenta cuando recae sobre los presupuestos fácticos, entre los que se cuentan la colisión de deberes, causales excluyentes de responsabilidad o frente al deber sustancialmente infringido, y según el criterio del citado GÓMEZ PAVAJEAU, «el error de derecho se justifica con una interpretación razonable y no claramente absurda o temeraria»¹.

Así, cuando el error recae sobre un elemento normativo o involucre una valoración jurídica será calificado de derecho, como señala el citado autor. Sobre el error de derecho invencible, la jurisprudencia disciplinaria ha dicho:

Sin duda alguna, objetivamente se quebrantó la ley; empero, subjetivamente nunca estuvo en la mente de la acusada la conciencia de tal quebrantamiento, y soslayar este aspecto comporta, sin más, tal como lo afirmó el magistrado disidente en el fallo del a quo, deducción de las más crasa responsabilidad objetiva, proscrita constitucionalmente, como se ha sostenido invariablemente por esta Sala, por el artículo 29 de la Carta Política al consagrar la palabra “acto”, denotativo de conciencia y voluntad en el proceder del ser humano, notas distintivas del principio de la dignidad que sirve de sustento al orden político – jurídico (...)

Varios aspectos, en tanto el acusador y el fallador a quo quedaron imbuidos en la nota objetiva del cuestionamiento disciplinario, fueron olvidados, y apuntan a pensar que todo fue un error de interpretación, de buena fe exento de culpa, esto es, excusable, con poder suficiente para destruir la estructuración del hecho punible disciplinario (...)².

La conciencia de la antijuridicidad o de la ilicitud, dice el citado tratadista, se afecta por el error sobre la naturaleza antijurídica del comportamiento. La posibilidad de actualizar el conocimiento del ilícito –cognoscibilidad de la ilicitud – basta y resulta suficiente para fundar el reproche jurídico de culpabilidad; es decir, que «el autor tenga, al menos, la posibilidad de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción por él realizada»; puesto que, como lo han dicho CARRETERO PÉREZ y CARRETERO

¹ Dr. CARLOS A. GÓMEZ PAVAJEAU, Dogmática del Derecho Disciplinario, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, PG. 364.

² Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia del 16 de junio de 1994, con ponencia del doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN.



Procuraduría Regional de Nariño

SÁNCHEZ citados por el profesor anotado, el «límite del error se halla en el deber de informarse»; no obstante, el reproche atenuado implicará menor sanción.

De modo que el conocimiento exigible de lo ilícito no es el real, como lo acepta GÓMEZ PAVAJEAU, sino «los conocimientos exigibles a la diligencia debida» y en consecuencia la relevancia del error depende del asesoramiento o información con que haya contado o con el que debía haber contado para conocer su antijuridicidad o la alta probabilidad de su antijuridicidad.

Respecto del error invencible, con ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Derecho Disciplinario realizado en la ciudad de Bogotá el 19 de octubre de 2011, se expuso lo siguiente:

Lo importante es tener en cuenta que la invencibilidad del error está marcada por lo siguiente: 1) Por la Imposibilidad de advertirlo; o 2) Por que al advertir un posible error, se ejercen todos los medios para salir de él sin resultados positivos. (Subrayado y Negrilla de la Sala)

En la primera, el sujeto no tiene la posibilidad de discernir entre lo verdadero y lo falso, debido a la afectación contundente de su entendimiento y a la carencia entre dicha afectación y su conducta.

En la segunda, el sujeto tiene un tiempo mayor entre esa posible afectación y la conducta desplegada. Aquí, tiene la oportunidad de razonar sobre lo verdadero o lo falso; entre la afectación de su entendimiento y el momento en que se despliega la conducta, el sujeto se pregunta, se cuestiona, duda acerca de si lo que va a hacer o no hacer es verdadero o falso.

(...)

Con estas sencillas reflexiones, hemos querido explicar que el error es una imperfección del acto humano, que tiene unas consecuencias especiales. En el ámbito del derecho disciplinario, esta imperfección puede ser suficiente para excluir la responsabilidad disciplinaria o, en ciertos casos, para atenuarla. Con todo, lo que no puede perderse de vista es que el acto humano, que también está inmerso en la estructuración de la falta disciplinaria, debe explicarse a partir de la realidad, y no simplemente de las simples construcciones idealistas. De manera que ante la Presencia del error sea vencible o invencible, la consecuencia debe ser la exclusión de la responsabilidad en el primer caso y la imputación del acto en el segundo evento, pero siempre a título de culpa. Ello es más realista y, por tanto, justo.³

Por lo anterior, en el caso de estudio se debe entender que para que el error sea invencible, se debieron ejercer todos los medios para salir de él.

³ Dr. JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA, Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios - Octubre 19 de 2011 – 1er. Congreso Nacional de Derecho Disciplinario – Hotel Bogotá Plaza.



Procuraduría Regional de Nariño

[...] Presentadas las cosas de esa manera, encuentra el Despacho que lo que corresponde luego de lo ya analizado en esta providencia, es verificar si frente a tales alegaciones se configura el error invencible como causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria.

La ley exige, para que opere la causal en comento, que la persona obre “con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria” (Ley 734, artículo 28, numeral 6). Así las cosas, al error, ha de sumarse su invencibilidad.

Para la Sala Disciplinaria, es invencible un error, cuando no puede superarse; cuando las circunstancias en que se encontraba la persona, al momento de tomar la decisión objeto de cuestionamiento, le hacían físicamente imposible ilustrar su entendimiento con un criterio diverso que lo aparte de la convicción errada que le asiste, ejerciendo todos los medios posibles para salir del error.

La ética de la responsabilidad, que el derecho disciplinario eleva a categoría normativa, impone al servidor público, o a quien aspire a serlo, el proceder con el máximo de prudencia y ponderación. Téngase en cuenta que aquello que se pone en manos del servidor público, como agente del Estado, es lo más preciado de la justificación axiológica de éste: la realización de sus fines (artículo 2 constitucional).

Entonces, la persona que aduzca haberse encontrado ante un error invencible de derecho, debe demostrar que extremó las medidas de precaución tendientes a eludir el error, justificando que tuvo la asesoría suficiente sobre el tema. [...] » (Lo resaltado fuera de texto).

- Fallo del 29 de agosto de 2013, proferido dentro del radicado 161 – 5387 (IUS 2011 – 301071 IUC- D- 2011-792-431832), P.D. Ponente Dra. María Eugenia Carreño Gómez, así:

« [...] En efecto, en derecho disciplinario para que surja el reproche, es suficiente que la persona se encuentre en el momento de la realización del ilícito disciplinario en capacidad de actualizar el conocimiento de que procedía contrariamente a derecho, es decir, cuando el disciplinado tuvo, al menos, la posibilidad de prever que, con su conducta, desconocería sus deberes y, por lo tanto, incurriría en faltas disciplinarias, esto es, cuando tenía el deber de informarse y no lo hizo, su «error» no puede eximirlo de responsabilidad. Por ello ha dicho la doctrina que «la relevancia del error depende del asesoramiento o información con que haya contado o con el que debía haber contado para conocer su antijuridicidad o la alta probabilidad de su antijuridicidad»⁴.

[...] el error invencible podría definirse como aquél en que incurre una persona, pese a haber agotado todos los mecanismos que tenía a su alcance para superarlo.

⁴ NIETO Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Tecnos, Segunda Edición, Madrid 1994, Pág. 315.



Procuraduría Regional de Nariño

De otra parte, es principio general del derecho que «el desconocimiento de la ley no sirve como excusa», lo que significa que a partir de la entrada en vigencia de la ley y durante el tiempo que ésta rija, todas las personas están obligadas a acatarla, lo que deriva en la necesidad de exigir a cada miembro de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que deban regir su conducta. En relación con la aplicación de éste principio, la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente: ...

En este orden de ideas, si las actuaciones de la Administración se someten, en todo momento, a las exigencias de la ley, no puede aducirse como excusa, por parte de quien actúa en su nombre, el desconocimiento de las mismas, en tanto que, al formar parte de aquélla, asume la responsabilidad de conocer, a cabalidad, cada una de las disposiciones que le resultan aplicables. En efecto, quien actúa en nombre de la Administración, a diferencia del resto de ciudadanos, está sometido a un régimen especial que puede limitar su libertad y otros derechos, en función de los intereses que ella persigue. [...]». (Lo resaltado fuera de texto).

- Fallo proferido el día 25 de junio de 2015, dentro del radicado número 161 – 5584 (IUS 2010-62931), P.D. Ponente: Dr. Juan Carlos Novoa Buendía, así:

« [...] En la norma citada se prevén las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria y, en su numeral sexto, se contempla como una de tales causales el que se realice la conducta «[c]on la convicción errada e invencible» de que no constituye falta disciplinaria; así, el error invencible excluye la responsabilidad y, de suyo, la sanción, mientras que el error vencible excluye el dolo, en materia disciplinaria, pero no libera de sanción, sino que coloca la imputación subjetiva en el campo de la mera culpa.[...]»

Conforme a lo anterior, para que el error sea admitido como causal de exclusión de responsabilidad, se necesita que sea invencible y que quien lo alega haya agotado todos los medios necesarios para salir del mismo.

Descendiendo al caso en estudio, el objeto de reproche al investigado radica en que vulneró al régimen de inhabilidades, por cuánto a pesar de haber sido declarado fiscalmente responsable por parte de la Contraloría General de la República, no dio aviso inmediato de dicha situación y continuó ejerciendo el cargo de alcalde municipal de Arboleda, encontrándose inhabilitado para ejercer cargos públicos.

De la revisión del proceso, no se observa que el investigado se haya encontrado en una situación invencible, por el contrario, al haber sido declarado fiscalmente responsable, mediante decisión debidamente ejecutoriada y considerando que dicha situación le generaba una inhabilidad sobreviniente que le impedía ejercer el cargo de alcalde municipal, lo que debía hacer simplemente era dar aviso de dicha situación al Gobernador de Nariño, pero no lo hizo.

También debe advertirse que el investigado, no demostró en el proceso haber realizado actuación alguna para salir del error, como por ejempló haber solicitado



Procuraduría Regional de Nariño

un concepto jurídico, haberse asesorado o haberse informado sobre las consecuencias jurídicas de la declaratoria de responsabilidad fiscal, etc.

Señala la defensa que las actuaciones que realizó su defendido para salir del error fue la presentación de una acción de tutela y la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. La primera de ellas obteniendo un fallo favorable del Juzgado Tercero Civil de Circuito de Pasto, mediante el cual tuteaba de manera transitoria el derecho a elegir y ser elegido y la segunda de ellas que se encuentra en trámite en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Sin embargo y coincidiendo con el criterio del a quo, el hecho de que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, haya interpuesto una acción de tutela y haya ejercido el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no significa que haya ejercido todas las actuaciones necesarias a efectos de salir del presunto error en que se encontraba, por cuanto es claro que el disciplinado ejerció dichas acciones legales fue para buscar suspender los efectos jurídicos de la declaratoria de responsabilidad fiscal, es decir buscaba suspender los efectos de los Autos N° 1930 del 26 de octubre de 2017 y ORD-80112-0028-2018 del 16 de febrero de 2018, mas no pretendía con ellos informarse o conocer las actuaciones que debía realizar frente a la inhabilidad sobreviniente que recaía sobre él, la cual le impedía ejercer cargos públicos.

En ese orden, no puede ser de recibo la causal de exclusión de responsabilidad alegada.

- Sobre la demostración del grado de lesión o daño al bien jurídico como el grado de perjuicio causado con la falta.

La Corte Constitucional en sentencia C-030 de 2012, señaló:

“El derecho disciplinario puede concebirse 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.

El derecho disciplinario constituye un derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo.

Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y 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”



Procuraduría Regional de Nariño

Conforme a lo anterior, el argumento de defensa no puede ser de recibo ya que el derecho disciplinario no pretende la protección de bienes jurídicos como tal, como sí lo hace el derecho penal; el ilícito disciplinario tiene que ver con los deberes funcionales, con la gestión de la administración, con el cumplimiento de unos fines y cometidos de la entidad en particular y aparece incontrastable que la conducta del disciplinado afectó en grado sumo el deber funcional que le asistía como Alcalde Municipal, especialmente en relación con su obligación de respetar el régimen de inhabilidades que como servidor público juró cumplir y hacer cumplir al momento de su posesión.

Para ser declarado disciplinariamente responsable no se necesita previamente demostrar previamente el daño o perjuicio causado con la falta disciplinaria; en virtud de la relación especial de sujeción del servidor público con el estado, lo que se verifica es el cumplimiento o incumplimiento del deber funcional del servidor público.

- Sobre la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a funcionarios de elección popular.

Conforme a lo previsto en los artículos 275 a 279 de la Constitución Política de Colombia, el constituyente del 91 confirió a la Procuraduría General de la Nación, la guarda de la disciplina y la ética en el ejercicio de la función pública, potestad que resulta esencial en el marco del Estado Social de Derecho, por cuanto son los servidores públicos y los particulares que de manera permanente o transitoria ejercen la función pública, quienes tienen la responsabilidad de materializar los fines del Estado y por ende, ejercer la función administrativa, cuya vigilancia en materia disciplinaria corresponde a la Procuraduría General de la Nación en relación con una tipología de servidores de la Administración, lo que son elegidos popularmente.

La Corte Constitucional en diversas sentencias se ha pronunciado respecto a la competencia de la Procuraduría General de la Nación, para investigar y sancionar a los servidores públicos de elección popular que incurren en falta disciplinaria.

Una de las más recientes es la Sentencia C-111 del 13 de marzo de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido en la que sostuvo:

23. Le corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico: si la expresión “elección”, contenida en el literal (a) del numeral primero del artículo 45 de la Ley 734 de 2002, y en el literal (a) del numeral primero del artículo 49 de la Ley 1952 de 2019, al establecer la terminación de la relación del servidor público de “elección” como una consecuencia de la destitución e inhabilidad que puede imponer la PGN, vulnera el artículo 93 de la Constitución, en la medida en que, en virtud del artículo 23 de la CADH, la limitación de derechos políticos solo se puede hacer “por juez competente, en proceso penal”.

8. Caso concreto

24. La Corte Constitucional considera que la expresión “elección” es exequible. Esta Corporación tiene una consolidada línea jurisprudencial en punto a la validez



Procuraduría Regional de Nariño

constitucional de la competencia de la PGN de sancionar a los funcionarios públicos de elección popular que son aplicables a la terminación de la relación del servidor público de “elección” como una consecuencia de la destitución e inhabilidad que puede dicha autoridad puede imponer.

25. Al respecto la Corte ha sostenido que la norma acusada no desconoce el artículo 93 de la Constitución, ni el artículo 23 de la CADH por las siguientes tres razones: (i) el artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente y sistemática con (a) la Constitución, (b) toda la Convención y (c) otros tratados internacionales; (ii) la restricción del ejercicio de derechos políticos que provenga de una autoridad distinta a un juez penal, es válida siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso; (iii) la PGN ofrece suficientes garantías para cumplir con la finalidad de proteger los derechos y libertades de los funcionarios públicos elegidos popularmente porque (a) es una autoridad independiente e imparcial, (b) su proceso de imposición de sanciones asegura las garantías judiciales establecidas en la CADH y (c) sus actos son judicialmente controlables de una manera efectiva. Por lo tanto (iv) no se justifica que la Corte Constitucional cambie su precedente.

26. El artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente y sistemática con (i) la Constitución; (ii) toda la Convención y (iii) otros tratados internacionales

26.1. El artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente con la Constitución. De conformidad con el artículo 93 de la Constitución y con la jurisprudencia de esta Corte, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia conforman el bloque de constitucionalidad. Esta Corte ha señalado que del artículo 93 no se desprende que los tratados internacionales tengan un rango supraconstitucional. Por el contrario, todas las normas que integran el bloque tienen igual jerarquía y deben por lo tanto, interpretarse armónicamente. A juicio de esta Corte, los demandantes en el caso sub examine omiten interpretar el artículo 23 de la CADH de manera armónica con la Constitución y pretenden, por el contrario, otorgarle un rango supraconstitucional. Ocurre que la competencia de la PGN para investigar y sancionar servidores públicos de elección popular tiene origen constitucional pues está atribuida directamente por el artículo 277 de la Carta Política. Es más, la Constitución prevé que otras autoridades tanto administrativas como judiciales – distintas al juez penal– tienen la competencia para limitar derechos políticos. Así, para la Sala Plena una lectura armónica del artículo 23 de la CADH con la Constitución Política permite concluir que no solo el juez penal tiene la competencia para limitar los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, sino que también lo pueden hacer autoridades administrativas y judiciales, siempre que se respeten las garantías al debido proceso del artículo 29 de la Constitución y 8 de la CADH. Lo anterior resulta además coherente con las demás disposiciones de la CADH.

26.2. El artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera sistemática con las demás disposiciones de la Convención. El deber armónico de interpretar las normas del bloque con la Constitución también se predica respecto de todo el articulado de la Convención. Así, para esta Corte no es de recibo una interpretación aislada del artículo 23 como la que proponen los demandantes.



Procuraduría Regional de Nariño

26.2.1. El artículo 23 de la CADH regula el ejercicio y restricción de los derechos políticos. En primer lugar, consagra el ejercicio de los derechos y oportunidades de que deben gozar tanto los elegidos como los electores. En segundo lugar, regula las condiciones en que tales derechos se pueden restringir. Sobre ese punto, señala que “[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal” (Se destaca). Sin embargo, allí no se agota el debido proceso que se debe seguir para la restricción de los derechos políticos.

26.2.2. Tal disposición debe leerse junto con el artículo 8, que establece las garantías judiciales mínimas que se le debe respetar a todas las personas en cualquier proceso judicial. Al respecto, la Corte Interamericana ha ampliado el alcance de dichas garantías a decisiones administrativas que, en ciertos casos, son equiparables a decisiones judiciales. En ese sentido, siendo que en ambos procesos –tanto en el judicial, como en el administrativo– se deben respetar tales garantías, no es cierto, como lo afirman los demandantes, que solo el juez penal asegura el respeto por las garantías del debido proceso.

26.2.3. En concordancia con las citadas disposiciones de la CADH, su artículo 25 prevé que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes”. Tal derecho también se garantiza en el evento en que una autoridad administrativa imponga la sanción, pues su decisión es controvertible ante los jueces o tribunales competentes.

26.2.4. Tanto el artículo 8 como el 25 de la CADH son relevantes para entender el marco normativo que se debe seguir en la limitación de derechos políticos. Así, de dichas normas no se concluye que la restricción por “condena, por juez competente, en proceso penal” sea la única posibilidad admisible de restricción a los derechos políticos.

Lo que sí se entiende es que las restricciones a los derechos políticos deben observar el debido proceso y asegurar que se pueda acudir a un recurso efectivo ante el juez competente. Por lo tanto, una lectura integral de la CADH permite a la Corte concluir que su artículo 23 no trae un listado taxativo sino enunciativo de la reglamentación del ejercicio de los derechos políticos. En consecuencia, habrá otras alternativas igualmente admisibles siempre que se respetan las garantías judiciales. Ello le permite además a Colombia respetar lo pactado en otros tratados internacionales.

26.3. El artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente con otros tratados internacionales suscritos por Colombia. Lo cierto es que además de la CADH, existen otras normas internacionales suscritas por Colombia que sirven de parámetro para regular las competencias de la PGN en el ejercicio de control disciplinario. En particular, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción

Según la jurisprudencia de esta Corte, de ambas convenciones se desprende el derecho de los Estados de establecer decisiones disciplinarias que puedan incidir



Procuraduría Regional de Nariño

en el ejercicio de los derechos políticos de los servidores de elección popular. En esos términos, el bloque de constitucionalidad, en su conjunto, consagra la posibilidad de que una autoridad administrativa – como lo es la PGN– inhabilite o destituya a un funcionario público de elección popular siempre que se respeten las garantías establecidas en los artículos 29 de la Constitución y 8 de la CADH.

26.4. En síntesis, una interpretación sistemática de las normas constitucionales con los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad permite que una autoridad administrativa pueda eventualmente restringir derechos políticos siempre y cuando se respeten las garantías establecidas en el artículo 29 de la Constitución y el 8.1 de la CADH.

27. La restricción del ejercicio de derechos políticos que provenga de una autoridad distinta a un juez penal, es válida siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso. Como lo ha señalado esta Corte, la CADH no prohíbe a los Estados que sus ordenamientos internos otorguen competencia a una autoridad administrativa para que limite los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular siempre que dicha autoridad sea (i) autónoma e independiente y (ii) asegure las garantías judiciales establecidas en su artículo 8

28. Por lo tanto, esta Corte no comparte el argumento planteado por los demandantes según el cual únicamente un juez penal pueda asegurar las garantías mínimas de los derechos políticos. Los Estados tienen un margen de apreciación en virtud del cual pueden atribuir a los organismos de control del Estado competencias disciplinarias que puedan conducir a la imposición de sanciones de destitución e inhabilidad general de los servidores públicos. Por ende, el legislador puede otorgarle esa competencia a cualquier autoridad siempre que ella respete las garantías establecidas en los artículos 29 de la Constitución y 8 de la CADH.

Así, se concluye que el límite que encuentra el margen de apreciación son los derechos al debido proceso de los servidores públicos de elección popular. De allí que, no obstante no ser un “juez penal”, la PGN debe respetar las garantías establecidas en el artículo 29 de la Constitución y 8 de la CADH. En consecuencia, puede válidamente limitar los derechos políticos de los funcionarios públicos de elección popular.

29. La PGN ofrece suficientes garantías para cumplir con la finalidad de proteger los derechos y libertades de los funcionarios públicos elegidos.

En el caso sub examine, la disposición acusada se encuentra dentro de los límites del margen de apreciación del Estado colombiano porque garantiza los derechos establecidos en el artículo 29 de la Constitución y el 8 de la CADH.

Esto es así por tres razones: (i) la PGN es una autoridad independiente e imparcial, (ii) el proceso de imposición de sanciones a funcionarios de elección popular asegura las garantías judiciales previstas por la Constitución y la CADH, (iii) sus actos pueden ser controlados judicialmente de una manera efectiva.

29.1. La PGN es una autoridad administrativa independiente e imparcial. Primero, la Procuraduría es una entidad que no depende administrativa, financiera, ni



Procuraduría Regional de Nariño

presupuestalmente de ninguna otra. No forma parte ni del gobierno ni del ejecutivo. Segundo, la elección de la PGN no depende exclusivamente de algún poder público por cuanto se elige por el Senado, mediante terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Tercero, el PGN tiene el deber legal de ser imparcial tal como se precisa en la Ley 734 de 2003 y en la 1952 de 2019. En consecuencia, se trata de una autoridad con la autonomía e independencia suficientes para cumplir con el deber de garantizar las libertades y los derechos de los funcionarios públicos de elección popular en el marco del proceso disciplinario.

29.2. El proceso de imposición de sanciones disciplinarias por parte de la PGN asegura las garantías judiciales previstas por el artículo 29 de la Constitución y 8 de la CADH.

En efecto, el Código Disciplinario Único y el Código General Disciplinario establecen los siguientes principios que rigen la Ley Disciplinaria: (i) el principio de legalidad; (ii) el pleno respeto al debido proceso; (iii) la presunción de inocencia; (iv) la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva; (v) la aplicación de la ley más favorable; (vi) la igualdad ante la ley; (vii) el derecho a la defensa; (viii) la proporcionalidad entre la sanción y la gravedad de la falta cometida; (ix) el deber de la autoridad de motivar las decisiones de fondo; (x) la aplicación de los principios constitucionales y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, entre otros. Así, es claro que se trata de un procedimiento reglado que asegura el respeto por todas las garantías judiciales que protegen la Constitución y la CADH.

29.3. Los actos de la PGN pueden ser controlados judicialmente de una manera efectiva.

Todos los actos proferidos por la PGN, o sus delegados, que impliquen la imposición de una sanción disciplinaria tienen control judicial integral. En concreto, las decisiones de la PGN pueden ser objeto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. En el marco de dicho proceso, el funcionario público puede solicitar, entre otras, la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo en virtud del cual lo sancionaron. Es más, incluso el mismo magistrado puede tomar cualquier otra medida cautelar para asegurar la garantía de los derechos de la persona

29.4. Por lo tanto, como lo ha señalado esta Corte, en estos casos el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es un recurso judicial efectivo en los términos del artículo 25 la CADH. Adicionalmente, y de manera excepcional, esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela en contra de las decisiones que imponen sanciones disciplinarias cuando se evidencia (i) la vulneración de un derecho constitucional fundamental y (ii) la existencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, el proceso sancionatorio que adelanta la PGN cumple con los requisitos establecidos tanto en el artículo 8 como en el 25 de la CADH.

30. No se justifica que la Corte Constitucional cambie su precedente. Un interviniente sostuvo que la Corte Constitucional debe cambiar su precedente debido a la sentencia proferida por la Corte Interamericana en el caso López



Procuraduría Regional de Nariño

Mendoza vs. Venezuela. Esta Corporación estima que no se cumple ninguno de los requisitos que permita hacer un ajuste al precedente existente. Como lo ha señalado esta Corte, el cambio de precedente es válido únicamente si se presenta uno de los siguientes tres casos: (i) que la jurisprudencia vigente haya sido errónea porque fue “adecuada en una situación social determinada, [que no responde] adecuadamente al cambio social posterior”; (ii) que la jurisprudencia resulta errónea por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico, y (iii) si hubo un cambio en el ordenamiento jurídico positivo

30.1. La Sala Plena de esta Corporación considera que la decisión de la Corte Interamericana no se enmarca dentro de ninguna de tales causales, por las siguientes cinco razones: (i) El sistema interamericano debe tener cierta deferencia con los contextos de los Estados y sus normas internas; (ii) la Corte Interamericana ha considerado que la CADH no impone un modelo específico de reglamentación de los derechos políticos, sino que ella “establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales”; (iii) esta Corte, a pesar de reconocer su importancia, ha señalado que los pronunciamientos de la Corte Interamericana no pueden ser trasplantados automáticamente al ordenamiento interno; (iv) la decisión de la Corte Interamericana se refiere específicamente a un caso inter partes cuyo entendimiento del artículo 23 de la CADH se refiere “específicamente al caso concreto que tiene ante sí” y (5) el mencionado caso ocurrió en un contexto fáctico y jurídico diferente al del caso colombiano (ver parr. 26 supra).

30.2. En efecto, la decisión de la Corte Interamericana de condenar al Estado Venezolano en el caso López Mendoza vs. Venezuela no implica que el diseño institucional colombiano, referido al ejercicio de la facultad disciplinaria de la PGN para sancionar servidores públicos de elección popular, sea contrario a la CADH. Más aún, esta Corte considera que los demandantes plantean una interpretación equivocada del artículo 23 de la CADH pues no tiene en cuenta la Constitución, el resto del articulado de la Convención, ni los demás tratados internacionales suscritos por Colombia

31. Visto lo anterior, la Corte advierte que en el caso sub exámine el artículo 45 de la Ley 734 de 2002, así como el artículo 49, numeral 1, literal a) de la Ley 1952 de 2019, en los cuales se encuentra contenida la expresión “elección” corresponden a disposiciones jurídicas que se limitan a establecer, a modo de definición, los efectos que para el servidor público conlleva la imposición de una determinada sanción disciplinaria. En cuanto a la sanción consistente en destitución e inhabilidad general, la citada norma prevé, como una de sus consecuencias, la terminación de la relación del servidor público de “elección” con la administración.

32. Por lo tanto, con sujeción al precedente jurisprudencial que ha declarado la validez constitucional de la competencia de la PGN para imponer esa sanción disciplinaria a los servidores públicos de elección popular, se impone concluir que en el contexto normativo del que hace parte la expresión “elección”, esta se ajusta al artículo 93 de la Constitución Política y al artículo 23 de la CADH.



Procuraduría Regional de Nariño

9. Síntesis de la decisión

33. La Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la expresión “elección” contenida en el artículo 45 de la Ley 734 de 2002 y reiterada en el 49, numeral 1, literal a) de la Ley 1952 de 2019. Primero, encontró que la demanda era apta pues descartó que operara el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Segundo, encontró que la disposición demandada está vigente. Tercero, estimó necesario conformar una unidad normativa con la norma recientemente expedida que tiene el mismo contenido normativo.

En cuanto a la validez constitucional de la expresión acusada, la Corte decidió aplicar el precedente jurisprudencial vigente, conforme al cual la competencia de la PGN para sancionar funcionarios públicos de elección popular se ajusta a la Constitución y a la CADH. La Sala Plena no encontró mérito alguno para cambiar dicho precedente. Por lo tanto, las mismas razones que le permitieron a la Corte llegar a la conclusión sobre la constitucionalidad de dicha competencia, llevan a la Corte a declarar la constitucionalidad de la expresión demandada...”

Por su parte el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, C.P William Hernández Gómez, en sentencia del 23 de julio de 2020, dentro del radicado 110010325000201700073 00 (0301-2017), Demandante: Samuel Moreno Rojas, sostuvo:

2.1 Competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias que comporten restricciones a los derechos políticos de servidores públicos de elección popular.

Mediante sentencia del 15 de noviembre de 2017, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado estudió la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular con destitución, suspensión e inhabilidad general y especial.

En dicha oportunidad, la Corporación concluyó que la sentencia C-028 de 2006 proferida por la Corte Constitucional constituyó cosa juzgada constitucional de manera parcial, al disponer que la competencia del mentado órgano de control para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular se acompasa con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto el objeto de su actuación sea prevenir hechos de corrupción o conjurar actos que promuevan o constituyan casos de tal naturaleza.

De esta forma, el Consejo de Estado advirtió que la atribución de sancionar inhabilitando el ejercicio de derechos políticos a funcionarios de elección popular por conductas no constitutivas de corrupción no había sido objeto de análisis por el máximo juez constitucional, asunto que procedió a revisar, concluyendo lo siguiente:

[...] A la luz de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al poder judicial, y de la integración de estas con la salvaguarda a los derechos políticos que ostentan los servidores públicos de elección popular, es dable establecer que, a la luz del artículo 23 convencional, solo los jueces de la República resultan competentes para imponer las sanciones que impliquen la destitución y la



Procuraduría Regional de Nariño

inhabilidad general de derechos políticos cuando quiera que estas provengan de acciones u omisiones que, no obstante ser contrarias a derecho, no constituyan casos de corrupción

En este sentido, la interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o pro hominem, en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular

Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política debe interpretarse así: “las respectivas sanciones” que puede imponer el Procurador General de la Nación “conforme a la Ley”, tratándose de servidores públicos de elección popular, como resultado de una investigación disciplinaria cuyo origen no se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, son todas aquellas establecidas en el ordenamiento interno, distintas a las señaladas en el artículo 44 del CDU, que implican restricción de derechos políticos de tales servidores, como la destitución e inhabilidad general (numeral 1) y la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (numeral 2) [...]

Según puede observarse, para ese caso particular se adujo que, tratándose de faltas disciplinarias que no involucren actos de corrupción, la competencia de la Procuraduría General de la Nación respecto de funcionarios públicos de elección popular tan solo se encuentra restringida cuando la sanción a imponer suponga una limitante a los derechos políticos de aquellos, lo que sucede con la destitución e inhabilidad general, así como con la suspensión en el ejercicio del cargo y la inhabilidad especial

No obstante, es de vital importancia señalar que la sentencia del 15 de noviembre de 2017, proferida por esta Corporación, fue clara en el sentido de indicar que esta no implicaba en modo alguno despojar de competencia al órgano de control. En primer lugar, en virtud de los efectos inter partes de la decisión, pero además porque se exhortó «[...] al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]».

Así las cosas, aunque eventualmente y de acuerdo con la regulación que se expida en cumplimiento de dicha orden llegare a cobrar gran importancia la identificación de aquellas conductas constitutivas de actos de corrupción, los



Procuraduría Regional de Nariño

cierto del caso es que hoy en día, en punto a definir la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular, este órgano de control no ha visto modificadas las atribuciones que le asisten en la materia

Por el contrario, a raíz de los mencionados efectos y del plazo concedido, el Consejo de Estado concluyó que, mientras que se adoptan los ajustes en el ordenamiento interno, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular se mantiene incólume

En el mismo sentido, en auto del 13 de febrero de 2018, por medio del cual se resolvió la solicitud de aclaración que formuló la Procuraduría General de la Nación respecto del mencionado fallo, la Corporación, aunque negó tal petición, expuso lo siguiente en los considerandos de la providencia:

[...] El control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes de este proceso, lo que quiere decir, que el criterio hermenéutico que adoptó la Sala sobre la interpretación del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 conforme a la norma convencional, no puede significar que esta hubiere hecho un pronunciamiento con vocación erga omnes respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la competencia a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que comporten restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular [...]

Conforme al anterior recuento normativo y jurisprudencial, las atribuciones de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular no fueron restringidas, modificadas, ni suprimidas mediante la sentencia del 15 de noviembre de 2017.

Al respecto, la Sala destaca lo señalado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, instrumentos normativos que permiten considerar que en asuntos como los que fueron objeto del proceso disciplinario las autoridades administrativas sí puedan restringir los derechos políticos, siempre y cuando se observen las garantías judiciales, conforme a lo señalado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos

De la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se puede concluir que la Procuraduría General de la Nación tiene vigente la competencia para investigar y sancionar a los servidores públicos, inclusive aquellos de elección popular, por actos de corrupción.

Debe referirse además que el fallo proferido por el Consejo de Estado, en el caso del señor Samuel Moreno Rojas, es posterior inclusive al proferido por la CIDH del 8 de julio de 2020, en el caso de Gustavo Petro Urrego vs Colombia. En dicha decisión el máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, mantiene la línea jurisprudencial, en relación a la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar a funcionarios de elección popular por actos de corrupción.



Procuraduría Regional de Nariño

- Sobre la sentencia caso Petro Urrego vs Colombia.

En relación con el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del caso del ciudadano Gustavo Petro Urrego vs Colombia, fallo del 8 de julio de 2020, su aplicación debe armonizarse con el marco convencional del Estado Colombiano y comprendido conforme al fallo de la CIDH, de conformidad con el numeral 8 de la parte Resolutiva, el fallo dispone:

“8. El Estado adecuará, en un plazo razonable, su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en la presente sentencia, en los términos de lo dispuesto en el párrafo 154 de la presente sentencia”

Sobre el citado particular se dispuso en el numeral 154 del fallo, lo siguiente:

154. Este Tribunal encontró que el Estado incumplió con sus obligaciones previstas en el artículo 23 de la Convención en relación con el artículo 2 del mismo instrumento, por la existencia de diversos dispositivos del ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, la Corte considera que, como garantía de no repetición, el Estado deberá, en un plazo razonable, adecuar su ordenamiento interno de acuerdo a lo señalado en los párrafos 111 a 116 de la presente Sentencia

Finalmente, para efectos del cumplimiento de la sentencia de la CIDH expresó:

10. El Estado, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendirá al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 150 de la presente Sentencia.

(...)

Conforme a lo dicho por la misma CIDH, el Estado Colombiano cuenta con un plazo razonable para adecuar su legislación interna, entre otras para diferenciar las funciones de instrucción de la de juzgamiento.

En ese orden, el Procurador General de la Nación, expidió la Circular No. 005 del 1 de septiembre del 2020, dirigida a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, donde señala lineamientos para el trámite de actuaciones disciplinarias en contra de servidores públicos de elección popular.

Indica que cuando se trate de posibles faltas gravísimas que impliquen destitución e inhabilidad general, por conductas relacionadas con hechos constitutivos de corrupción en aplicación de los instrumentos internacionales, es viable la aplicación de dicha sanción.

En los demás casos que no correspondan a las conductas antes descritas, podrán imponerse sanciones distintas a la destitución e inhabilidad general, mientras se realizan los ajustes normativos que ordenó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 8 de julio de 2020.

En el sub iudice, la sanción impuesta al señor CIRO RAFAEL DELGADO



Procuraduría Regional de Nariño

GAVIRIA, no es una destitución e inhabilidad general, sino que se trata de una suspensión, convertida en salarios devengados en la suma de Cuarenta y Cuatro Millones Doscientos Noventa y Nueve Mil Noventa y Dos Pesos M/Cte (\$44.299.092), por ende puede decirse que es viable su aplicación.

También es importante traer al presente, apartes del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, el 24 de noviembre de 2020, dentro del expediente radicado con No. 161-7769 IUS 2016-341758 IUC-D-2016-652-887075, siendo P.D. Ponente, el doctor JORGE ENRIQUE SANJUÁN GALVEZ, en donde se llevó a cabo un ponderado análisis a partir de la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al caso Petro Urrego Vs. Colombia, concluyendo que es viable la imposición de sanciones disciplinarias por parte de la Procuraduría General de la Nación, precisando entre otros aspectos que: de acuerdo a la subregla jurisprudencial de la CIDH, la Procuraduría General de la Nación, por regla general, no podrá destituir a servidores públicos de elección popular y la inhabilidad no abarcará los cargos de elección popular pero sí, se reitera, el de cualquier otro cargo o función. Textualmente refiere:

“Entonces, es importante tener en cuenta que la decisión del 8 de julio del 2020, en lo referente a los derechos políticos de elegir y ser elegido, señaló unos límites en cuanto a las sanciones de destitución e inhabilidad, pero en ninguno de sus apartes negó la competencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación para adelantar procesos disciplinarios contra funcionarios de elección popular.

(...)

Debe hacerse notar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso PETRO URREGO vs Colombia, limitó el alcance de las sanciones de destitución e inhabilidad, pero ratificó la competencia de la Procuraduría General de la Nación para adelantar procesos disciplinarios, aún contra funcionarios de elección popular, siempre y cuando se cumplieran las garantías judiciales consagradas en el artículo 8º. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

... sin embargo, debe tenerse en cuenta que pueden existir otros casos o situaciones que pueden involucrar funcionarios de elección popular y que no estarían amparadas o cubiertas por dicha subregla jurídica y sobre las cuales vale la pena llamar la atención: I. casos de corrupción; II. casos de infracción al derecho internacional humanitario y III. casos de violación a los derechos humanos.

(...)

En virtud de lo expuesto, en sentir de la Sala Disciplinaria, es factible estimar como consecuencia de tales actos, la eventual limitación de los derechos políticos a través de las sanciones de destitución e inhabilidad, habida cuenta la ostensible repercusión que representa la violación al Derecho Internacional de los Derechos



Procuraduría Regional de Nariño

Humanos o las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

(...)

La Sala Disciplinaria debe añadir que estas observaciones se avienen a la concepción y a los lineamientos trazados por el Procurador General de la Nación, al expedir la Circular No. 005, el 1º. de septiembre del 2020, dirigida a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, en donde indicó lo siguiente:

PRIMERO. Los servidores de la Procuraduría General de la Nación con funciones disciplinarias, adelantarán el proceso disciplinario contra servidores públicos de elección popular, así:

1.1. Cuando se trate de posibles faltas gravísimas que impliquen destitución e inhabilidad general, siempre y cuando: i) estas conductas tengan relación con hechos o asuntos constitutivos de corrupción en aplicación de los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción vigentes señalados en la parte motiva de esta circular o ii) se encuadre la conducta objetivamente en una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, previa denuncia o traslado a las autoridades penales para actuar en el ámbito de sus competencias.

1.2. En los restantes procesos que no correspondan a las conductas antes descritas, podrán imponerse sanciones distintas a la destitución e inhabilidad general, mientras se realizan los ajustes normativos que ordenó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 8 de julio de 2020.

... la primera limitación que se deriva de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace referencia al alcance de las sanciones de destitución e inhabilidad ...

Habría que entender que no se puede destituir, a través de un proceso disciplinario a un funcionario de elección popular y la inhabilidad no abarcará a este tipo de cargos pero sí a cualquier otro cargo o función.



Procuraduría Regional de Nariño

Con fundamento en todo lo expuesto, se puede concluir que:

- La Procuraduría General de la Nación tiene competencia para investigar y sancionar a los funcionarios de elección popular.

- Por regla general, la inhabilidad que se imponga a un servidor público se predicará sobre cualquier cargo o función con excepción de aquellos que se deriven del ejercicio de elegir y ser elegidos popularmente, es decir, la inhabilidad no imposibilita el ejercicio de un cargo de elección popular, pero sí el de cualquier otro cargo o función.

- A la luz de normas internacionales es admisible que la Procuraduría General de la Nación pueda destituir e inhabilitar funcionarios de elección popular cuando se sancione por casos de corrupción, infracciones al Derecho Internacional Humanitario o violaciones a los Derechos Humanos. Sin embargo, ello no sustituye la acción penal, por lo cual se deberán compulsar copias para lo de su competencia.”

De manera pues, que una vez analizadas las pruebas recaudadas en el proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en la forma dispuesta por el artículo 141 del CDU, concluye esta Regional que los argumentos de defensa no son de recibo y coincide con el a quo que el cargo formulado al disciplinado no logró ser desvirtuado.

7. TIPICIDAD DE LA CONDUCTA

La Corte Constitucional en su sentencia C- 796 de 2004⁵, se refirió al principio de tipicidad, como aquel que compone una concreción o derivación del principio de legalidad, respecto del cual la misma sentencia marca que constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de todos los asociados al permitirles conocer de manera anticipada las conductas que son reprochables y las sanciones aplicables. Expresando además que: «*el ius puniendi del Estado sea reglado y sometido a los controles necesarios, es precisamente uno de los objetivos que persigue el Estado de Derecho, en cuanto representa la forma de garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías de los potenciales encartados, erradicando así la arbitrariedad y el autoritarismo*».

El fallador de primera instancia determinó que con la conducta desplegada por el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, en su condición de Alcalde Municipal de Arboleda (N), desconoció el deber señalado en el numeral 1 del artículo 34 de la ley 734 de 2002, incurrió en la prohibición prevista en el numeral 1 del artículo 35 ibidem, como en la falta disciplinaria gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 ibidem, armonizando lo anterior con lo establecido en el numeral 4 del artículo 38 ibidem y el artículo 6 de la ley 190 de 1995.

Conforme a lo anterior, es procedente establecer si la conducta atribuida al disciplinado está tipificada en la ley y si es constitutiva de falta disciplinaria de acuerdo a lo consignado en el artículo 23 de la ley 734 de 2002, que dispone: “La

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-796-04. M.P. Rodrigo Escobar Gil



Procuraduría Regional de Nariño

falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.

En el proceso se encuentra demostrado, que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, ejerció el cargo de alcalde municipal de Arboleda (N), desde el 1 de enero de 2016 hasta el 22 de julio de 2018, a pesar de que mediante Auto N° 1930 del 26 de octubre de 2017, proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF ordinario N° UCC-PRF-061-2013, por la Contraloría Delegada Intersectorial N° 17 Grupo Para el Conocimiento y Trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, fue declarado fiscal y solidariamente responsable en cuantía de \$749.138.575, por las irregularidades presentadas en el contrato N° 154 de 2009, cuyo objeto era “Reforestación de 150 hectáreas en las microcuencas de la quebrada San Pedro y la Cascada con especies nativas protectoras productoras municipio de Arboleda Departamento de Nariño”, dicha decisión fue confirmada en segunda instancia por el Contralor General de la Nación, mediante Auto N° ORD-80112-0028-2018 del 16 de febrero de 2018, la cual quedó debidamente ejecutoriada en esa misma fecha.

También se demostró que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, no dio a conocer de manera inmediata la declaratoria de responsabilidad fiscal y continuó ejerciendo el cargo de alcalde municipal de Arboleda (N), desde que quedó en firme la misma, hasta el 23 de julio de 2018, fecha en que el Gobernador de Nariño, lo retiró del servicio. El precitado informó a la Gobernación de Nariño, mediante escrito del 21 de junio de 2018, el contenido del fallo de tutela del 28 de mayo de 2018 proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, que amparaba de manera transitoria el derecho a elegir y ser elegido, pero no que había sido declarado fiscalmente responsable.

Al respecto, el artículo 6 de la ley 190 de 1995, señala que en caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad, deberá advertirse inmediatamente y si dentro de los 3 meses siguientes el servidor no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad, procederá su retiro inmediato.

Por su parte el numeral 4 del artículo 38 de la ley 734 de 2002, consagra como inhabilidad para desempeñar cargos públicos, el haber sido declarado fiscalmente responsable.

En el presente caso, el disciplinado al haber sido declarado fiscalmente responsable, era claro que se encontraba frente a una inhabilidad sobreviniente, pero además al no dar aviso de dicha situación y continuar ejerciendo el cargo publico que venía desempeñando (alcalde municipal de Arboleda), con dicha actuación incurrió en la falta disciplinaria gravísima, prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, que señala como tal, *el actuar a pesar de la existencia de inhabilidades.*



Procuraduría Regional de Nariño

En ese sentido la conducta cometida por el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, es típica ya que previamente el comportamiento desplegado se encuentra descrito en la ley.

Cabe resaltar además que sobre la tipicidad de la falta, la defensa no presentó objeción alguna, por cuanto en sus argumentos defensivos señaló textualmente *“En primer lugar, está claro que no hay lugar a discusión en torno a la tipicidad, como primer elemento fundante de la responsabilidad disciplinaria, es decir, que no cabe duda que existió la inhabilidad y que no obstante mi defendido continuó ejerciendo el cargo de alcalde municipal”*.

8. ILICITUD SUSTANCIAL

El artículo 5 del C.D.U. consagra que *«La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna»*.

La Corte Constitucional ha señalado que la responsabilidad disciplinaria se fundamenta en el incumplimiento de deberes funcionales (sentencia C-948 de 2002):

La Corte ha precisado igualmente que en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas [...]

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta [...]

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.

La doctrina del Ministerio Público también ha indicado que no se trata del incumplimiento formal de los deberes, sino que los mismos deben afectarse de manera sustancial. Así, se ha dicho:

«En otros términos, aun cuando la conducta encuadre en la descripción típica, pero tal comportamiento corresponda a un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica, ello no puede ser objeto



Procuraduría Regional de Nariño

de la imposición de una sanción disciplinaria, porque se constituiría en responsabilidad objetiva, al aplicarse medidas sancionatorias, sin que exista una verdadera y justa razón de ser.

[...]

En una palabra, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan, deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial.⁶

En ese mismo orden, la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, radicación 2012-155237, del 24 de mayo de 2012, señaló:

“...se ha dicho en reiteradas oportunidades que la ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, situación que indica que el comportamiento que incida y atente contra la función y los principios que la gobiernan será antijurídico y objeto de reproche. Así mismo ha señalado este ente de control que en el derecho disciplinario, no hay un bien jurídico protegido en estricto sentido, que tenga que verse afectado con la conducta desplegada por el servidor público, toda vez que se trata de la infracción de deberes, por cuanto la relación especial de sujeción de estos con el estado requiere la existencia de controles que operan a manera de reglas de conducta, sin que la ilicitud sustancial comprenda el resultado material, pues la ausencia de este no impide la estructuración de la falta disciplinaria ...”

El disciplinado, tenía la obligación como todo servidor público de cumplir y hacer cumplir los deberes contenidos en la ley, tal como se lo impone el numeral 1 del artículo 34 de la ley 734 de 2002. Así mismo le estaba prohibido incumplirlos, conforme lo establece el numeral 1 del artículo 35 ibídem.

Conforme a ello, el señor CIRO RAFEL DELGADO GAVIRIA, si bien al momento de tomar posesión del cargo de Alcalde Municipal de Arboleda, no presentaba ninguna restricción para ejercer cargos públicos, al momento de haber sido declarado fiscalmente responsable por parte de la Contraloría General de la República, le sobrevino una inhabilidad, que le impedía ejercer cargos públicos, por ende continuar desempeñándose como primera autoridad del municipio de Arboleda, debiendo además de manera inmediata informar dicha situación, pero no lo hizo.

Ahora bien, señala la defensa que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, con su actuar no desconoció los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 Superior por ende el comportamiento carece de ilicitud sustancial, veamos entonces:

Constitucionalmente los principios que rigen la función administrativa, se

⁶ Ordóñez Maldonado, Alejandro; Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, 2009, pág. 25, 27 y 28.



Procuraduría Regional de Nariño

encuentran contenidos en el artículo 209 Superior, referidos a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Estos principios fueron reiterados y ampliados en el artículo 3 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA), conforme con el cual todas las autoridades deben interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política.

Especialmente, los numerales 5 7 y 8 hacen referencia a los principios de moralidad, responsabilidad y transparencia.

En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal

Sobre el principio de moralidad, predicado en el artículo 209 de la Constitución Nacional, es preciso señalar que el mismo, debe irradiar en toda la actividad estatal.

El señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, al momento de haber sido declarado fiscalmente responsable, por parte de la Contraloría General de la República, mediante decisión debidamente ejecutoriada (16 de febrero de 2018), debía actuar con rectitud, honestidad y transparencia, en el sentido de que inmediatamente debía dar aviso al Gobernador de Nariño de esa situación, que según las disposiciones legales señaladas, le generaba una inhabilidad sobreviniente que le impedía continuar ejerciendo cargos públicos y por ende el cargo de alcalde municipal de Arboleda, sin embargo no lo hizo y continuó ejerciendo el cargo hasta tanto se produjera su desvinculación por parte del Gobernador de Nariño, mediante la expedición del Decreto N° 324 del 23 de julio de 2018.

Dicha actuación es sin duda reprochable y afecta el principio de moralidad, por cuanto a pesar de que el disciplinado se encontraba inmerso en una prohibición legal para continuar ejerciendo el cargo público que desempeñaba, continuo en el mismo.

Prueba de ello, es que según lo aportado al proceso, durante el lapso comprendido entre el 16 de febrero de 2018 y el 23 de julio del mismo año, celebró como representante legal del municipio 91 contratos, expidió 19 decretos y 5 resoluciones.

Con un actuar responsable y transparente del disciplinado, de manera inmediata



Procuraduría Regional de Nariño

debió comunicar la declaratoria de responsabilidad fiscal que se le hiciera en su contra, ya que ello constituía una limitación para poder continuar ejerciendo el cargo de mandatario local, pero no lo hizo, desconociendo esos principios que rigen la función administrativa, por eso indudablemente con su proceder afectó la buena marcha de la administración y en ese orden debe asumir las consecuencias por su actuar.

Por tanto, el comportamiento que se esperaba del disciplinado era que actuara conforme a los principios de moralidad, responsabilidad y transparencia y conforme a los fines esenciales del estado, previstos en el artículo 2 Constitucional, sin embargo no lo hizo.

Así las cosas, la conducta desplegada por el implicado es sustancialmente ilícita, toda vez que con la misma transgredió el ordenamiento jurídico, en particular los principios de moralidad, responsabilidad y transparencia consagrados en el artículo 209 constitucional y 3 de la Ley 1437 de 2011.

Frente a dicho comportamiento no encuentra este Despacho justificación alguna para el desconocimiento del deber funcional del señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA.

En ese orden, claramente existe ilicitud sustancial en el comportamiento desplegado por el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, contrario como lo sostiene la defensa.

9. CALIFICACION DE LA FALTA Y FORMA DE CULPABILIDAD

9.1 Calificación de la falta

La falta cometida por el disciplinado, fue calificada como gravísima, el tenor de lo señalado en el numeral 17 del artículo 48 de la ley 734 de 2002,

Sin embargo el a quo, en cuanto a la forma de culpabilidad, consideró de manera definitiva que la falta cometida por el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, debía atribuirse a título de **CULPA GRAVE**, por ello dio aplicación a lo normado en el numeral 9 del artículo 43 de la ley 734 de 2002, que preceptúa:

“9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave”

Por ello, la falta cometida por el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, en su condición de Alcalde Municipal de Arboleda – Nariño, fue considerada como **FALTA GRAVE**, compartiendo el Despacho dicha calificación.

9.2 Forma de culpabilidad

Como se indicó en el acápite anterior, el fallador de primera instancia, atribuyó la falta cometida por el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, a título de CULPA GRAVE.



Procuraduría Regional de Nariño

Consideró el a quo, que el actuar del disciplinado no fue intencional, sino producto de la negligencia en salir del error en que se podía encontrar y no realizó lo que una persona del común habría realizado en esa situación.

Este Despacho comparte los argumentos del a quo, para atribuir de manera definitiva, a título de CULPA GRAVE, la falta cometida por el disciplinado ya que es claro que el disciplinado no actuó con la diligencia y cuidado que se requería, pues al haber sido declarado fiscalmente responsable y al haber omitido dar aviso inmediato de dicha situación que le impedía continuar ejerciendo el cargo de alcalde municipal, no observó el cuidado necesario que cualquier otra persona hubiere tenido en cuenta para esa misma situación.

Su actuar fue negligente y descuidado, no se preocupó por informar de manera inmediata la declaratoria de responsabilidad fiscal al Gobernador de Nariño o por conocer las consecuencias jurídicas de dicha declaratoria.

Señala la defensa que el disciplinado no tenía la formación de abogado, y es cierto de conformidad con lo certificado por el Secretario de Gobierno del municipio de Arboleda, donde se evidencia que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, no ostentaba esa calidad, sin embargo esa situación fue tomada en cuenta por el fallador de primera instancia, por cuanto la forma de culpabilidad inicialmente en el auto de citación audiencia pública, fue calificada como DOLOSA, mientras que en el fallo de primera instancia, fue modificada y atribuida de manera definitiva a título de CULPA GRAVE.

Si bien el disciplinado no tenía la formación de abogado, contaba con la experiencia necesaria para ejercer al cargo de alcalde municipal, pues la situación por la cual se dio la declaratoria de responsabilidad fiscal, se circunscribe a un contrato que el disciplinado celebró cuando se desempeñaba como alcalde municipal en un distinto periodo. Por ello no es de recibo el argumento de la defensa y es claro entonces, que el disciplinado, no fue lo suficientemente cuidadoso y diligente, a pesar de que era la persona a quien se le había confiado la dirección y de una entidad territorial.

Además, frente a la obligación de informar de manera inmediata la declaratoria de responsabilidad fiscal, lo cual constituía una prohibición para ejercer cargos públicos, dicha situación no requería de conocimientos especializados para dirigir el comportamiento en ese sentido.

10. DOSIFICACION DE LA SANCION

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, en tratándose de faltas graves cometidas a título de culpa, la sanción a imponer es la SUSPENSION.

Ahora bien, según el inciso segundo del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, la suspensión no será inferior a Un mes ni superior a Doce meses, razón por la cual se debe tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002.

El a quo teniendo en cuenta los criterios señalados en los literales a, g, j del



Procuraduría Regional de Nariño

numeral 1 del artículo 47 de la ley 734 de 2002, esto es, tener antecedentes fiscales, el daño social de la falta y pertenecer al nivel directivo de la entidad, procedió a imponer la sanción de SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO por el término de doce (12) meses al disciplinado; por lo que procede el Despacho a analizar la dosificación impuesta

Debe decirse que como circunstancias que agravarían la sanción impuesta a señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, se encuentran:

Literal a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente

Efectivamente el disciplinado posee antecedentes fiscales y disciplinarios. A folio 51 del cuaderno 2, reposa el certificado de antecedentes fiscales, donde se encuentra reportado el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, en el boletín de antecedentes fiscales, en la cuantía de \$749.138.575, en virtud del fallo 1930 del 26 de octubre de 2017.

A folio 52 reposa el certificado de antecedentes disciplinarios, donde se observa que el precitado fue sancionado por la Procuraduría Provincial de Pasto, con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 1 mes.

Literal g) el grave daño social de la conducta.

Con su actuar el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, contribuyó a causar un grave daño social a la población de Arboleda, obró en desmedro de la confianza con la que los ciudadanos lo eligieron como alcalde de ese municipio.

Mas aun por haber sido fiscalmente responsable, en cuantía de \$749.138.575 por las irregularidades presentadas en el contrato N° 154 de 2009, cuyo objeto era *“Reforestación de 150 hectáreas en las microcuencas de la quebrada San Pedro y la Cascada con especies nativas protectoras productoras municipio de Arboleda Departamento de Nariño”*.

Literal j). Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

El señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, para la época de los hechos, ejercía el cargo de elección popular de Alcalde Municipal de Arboleda el cual implicaba el máximo rango de representación de la Administración Municipal.

Por otro lado se debe tener en cuenta que en el proceso existe circunstancias que pueden ser catalogadas como atenuantes.

Literal c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;

El señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, durante la actuación disciplinaria no atribuyó la responsabilidad infundadamente a un tercero.

Literal h) La afectación a derechos fundamentales;

Con la falta cometida por el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, no se afectaron derechos fundamentales.



Procuraduría Regional de Nariño

En ese orden, el Despacho procederá a modificar el término de la suspensión impuesta por el a quo y de conformidad con lo establecido en el artículo 46 *ibidem* y en atención al principio de proporcionalidad, el término de la suspensión en el ejercicio del cargo será de SEIS (6) MESES, atendiendo lo dispuesto en los artículos 44, 46 y 47 de la Ley 734 de 2002.

En mérito de lo expuesto, el Procurador Regional de Nariño, en ejercicio de sus atribuciones legales,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el artículo primero del fallo de primera instancia N° 0013, proferido el 18 de septiembre de 2020, por la Procuraduría Provincial de Pasto – Nariño, mediante el cual declaró disciplinariamente responsable al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, identificado con cédula de ciudadanía N° 5.216.867, en su condición de Alcalde Municipal de Arboleda – Nariño.

SEGUNDO: MODIFICAR el artículo segundo del fallo de primera instancia N° 0013, proferido el 18 de septiembre de 2020, por la Procuraduría Provincial de Pasto – Nariño, mediante el cual declaró disciplinariamente responsable al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, identificado con cédula de ciudadanía N° 5.216.867, en su condición de Alcalde Municipal de Arboleda – Nariño, de acuerdo a las consideraciones efectuadas en la parte motiva del presente proveído, el cual quedará así:

“ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, imponer al señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, identificado con la cedula de ciudadanía N° 5.216.867, en su condición de Alcalde Municipal de Arboleda – Nariño, para la época de los hechos, la sanción de SUSPENSION EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR EL TERMINO DE SEIS (6) MESES conforme a la parte motiva de este proveído.

Dicha sanción de acuerdo a lo consignado en el literal 2 del artículo 172 de la ley 734 de 2002, se hará efectiva por parte del Gobernador del Departamento de Nariño.

Teniendo en cuenta que el disciplinado ha cesado en el ejercicio de sus funciones, pues de acuerdo a la certificación expedida por el señor LUIS ALEXANDER ARCOS GOMEZ, Secretario de Gobierno del municipio de Arboleda (N), se tiene que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, fungió como Alcalde de ese municipio, hasta el 22 de julio de 2018 (fs. 162 cuaderno 2), de conformidad con el artículo 46 de la Ley 734 de 2002, el término de la suspensión se convertirá en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta.

Conforme al certificado de salario devengado expedido por la señora YURANI VIVEROS BURBANO, Secretaria de Hacienda Municipal de Arboleda (N), (fs. 163 cuaderno 2), se tiene que el señor CIRO RAFAEL DELGADO GAVIRIA, para al año 2018, devengaba suma de TRES



Procuraduría Regional de Nariño

MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$3.691.591), por ende el término de la suspensión se convertirá en la suma de VEINTIDOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE. (\$22.149.546), la cual tendrá que cancelar dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, en favor de la Alcaldía Municipal de Arboleda Nariño. De no hacerlo, se promoverá el cobro coactivo, dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del plazo para cancelar la multa, según lo consagra el artículo 173 de la Ley 734 de 2002.

SEGUNDO: NOTIFICAR por la Secretaría de origen, la presente decisión a los sujetos procesales, de conformidad con lo previsto en el artículo 101 de la Ley 734 de 2002, advirtiéndoles que contra la presente providencia no procede ningún recurso en la vía gubernativa.

En caso de que no pudiere lograrse la notificación personal, se fijará edicto en los términos del artículo 107 del Código Disciplinario Único.

TERCERO: DEVOLVER, las presentes diligencias a la Procuraduría Provincial de Pasto – Nariño.

CUARTO: Por el funcionario a cargo del proceso efectuar las anotaciones correspondientes en el sistema SIM, con ocasión a lo decidido.

QUINTO: Secretaría efectuará las anotaciones a que haya lugar y dará cumplimiento a lo ordenado en el artículo Tercero de la presente

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO JAVIER ZARAMA CASTILLO
Procurador Regional de Nariño

E-2020-667985, E-2018-229138
IUC-D-2018-1121124
DACR- PUG17



INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA DE PARTICULARES EN EJERCICIO DE FUNCIÓN PÚBLICA-Sanción por 10 años a Director Administrativo de COMFAMILIAR Huila por destinar recursos parafiscales para servicios de casas campestres al servicio sólo de integrantes de la dirección

CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR-Orden de prioridades para destinación de recursos parafiscales administrados

FALTA GRAVÍSIMA A TÍTULO DE CULPA GRAVÍSIMA-Investigado desconoció normas e instrucciones a Cajas de Compensación frente a utilización de recursos parafiscales

CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR-Objetivos y prioridades en que por ley deben aplicarse los recursos

A juicio de este Despacho las cajas de compensación familiar, siendo organismos de derecho privado, al administrar los recursos parafiscales deben dar cumplimiento estricto a las disposiciones contenidas en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, dedicando estos recursos parafiscales a los servicios priorizados por el legislador para los trabajadores

RECURSOS PARAFISCALES-El investigado no cumplió con la finalidad que el legislador le impuso como administrador de los recursos destinados a los trabajadores

CRITERIOS DE DOSIFICACION DE LA SANCION-Se aplica agravante de pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad/**CRITERIOS DE DOSIFICACION DE LA SANCION**-La dosificación se encuadra en el segundo cuartil

De la valoración de los atenuantes y agravantes concluye esta Delegada de juzgamiento que, en el caso concreto se configura una (1) circunstancia agravante relacionada con el cargo directivo del particular sujeto disciplinable, frente a un (1) atenuante en razón a que no tiene antecedentes disciplinarios, ni fiscales. De suerte que, al analizar los criterios atenuantes y agravantes aplicando el sistema de cuartiles expuesto en aras de lograr una dosificación objetiva, proporcional y razonable que atienda al principio de lesividad y de necesidad el despacho le confirmará al señor..., una sanción que corresponde a imponer por la falta gravísima con culpa gravísima de inhabilidad para contratar con el Estado (artículo 56 de la Ley 734 de 2002) por el término de diez (10) años. La dosificación se encuadra en el 2° cuartil, que inicia con seis (6) años y termina con diez (10) años que se propone cuando concurriendo atenuantes y agravantes se aplican más aquellos o ambos están presentes en igual grado, como ocurre en el caso concreto

Auto No. 167-22

Dependencia	Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3
Radicado	IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436
Disciplinado	ARMANDO ARIZA QUINTERO
Cargo y entidad	Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar del Huila -COMFAMILIAR-
Quejoso	Informe de servidor público Contraloría General de la República
Fecha de la Queja	23 de diciembre de 2016
Fecha de los hechos	Vigencia 2015
Asunto	Apelación fallo sancionatorio

Fecha: 20 mayo de 2022**1.- ASUNTO POR TRATAR**

La Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3 procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del disciplinado en contra del fallo sancionatorio de primera instancia, proferido por el Procurador Regional del Huila mediante la Resolución Número 001 del 22 de febrero de 2021 (fls. 255 - 288).

2.- HECHOS

Se investigó durante las presentes diligencias disciplinarias al señor ARMANDO ARIZA QUINTERO, quien fungía para la época de los hechos como Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar del Huila -COMFAMILIAR-, por las presuntas irregularidades relacionadas en el Hallazgo No. HA.27.F4.D6.OI12 de la Contraloría General de la República, consistente en la utilización de recursos parafiscales en servicios prioritarios. La utilización de los recursos parafiscales cuestionados está relacionada con los pagos por valor de \$112,99 millones de pesos, destinados a servicios públicos, administración, ordenes de trabajo y de aseo durante las vigencias 2012, 2013, 2014 y 2015 de dos inmuebles denominados cabañas 4 y 5 de propiedad de -COMFAMILIAR- ubicados en el Condominio Campestre Santa Helena en el municipio de Yaguará Huila, los cuales beneficiaron únicamente a los integrantes de la dirección de -COMFAMILIAR- (fls. 1 - 3).

3.- ANTECEDENTES PROCESALES

3.1.- El 30 de enero de 2017 la Procuraduría Regional del Huila ordenó apertura de indagación preliminar por las presuntas irregularidades contenidas en el Hallazgo No. HA.27.F4. D6. OI12 Utilización de recursos parafiscales en servicios prioritarios (fls. 5 - 7). En la actuación señalada también se ordenó practicar una visita especial a la Caja de Compensación Familiar del Huila -COMFAMILIAR-, con el objeto de establecer el origen de los recursos parafiscales utilizados para pagar servicios públicos,

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.:

11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web:www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

adecuaciones y sostenimiento cuestionados; de igual manera dispuso solicitar a -COMFAMILIAR-, certificar el uso dado a la cabañas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Campestre Santa Helena y si la Caja recibió ingresos por el alquiler o prestación de servicios recreativos en dichos inmuebles.

3.2.- El 4 de agosto de 2017 la Procuraduría Regional del Huila ordenó apertura de investigación disciplinaria en contra del señor ARMANDO ARIZA QUINTERO, por las presuntas irregularidades contenidas en el Hallazgo No. HA.27.F4. D6. OI12 Utilización de recursos parafiscales en servicios prioritarios. En la actuación señalada también se ordenó solicitar a la Gerencia Departamental de la Contraloría, los soportes de la auditoría realizada a -COMFAMILIAR-, orientados a determinar el origen de los recursos parafiscales y la autorización de adscribir al centro de costos del Centro Recreacional el Juncal los gastos de sostenimiento de las cabañas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Campestre Santa Helena. Así mismo, ordenó el Procurador Regional solicitar a la Caja de Compensación certificar si en la contabilidad se encuentran separados los ingresos, gastos, pasivos y patrimonio originados en recursos parafiscales (art. 2, Decreto 1053 de 2014 Ministerio del Trabajo), certificar si los gastos propios del Centro Recreacional el Juncal se cubren con recursos parafiscales, certificar si los gastos de las cabañas han estado incluidos en el centro de costos del Centro Recreativo Playa Juncal y solicitar al Director Administrativo de -COMFAMILIAR- informar y remitir soportes de decisión de incluir los gastos de sostenimientos de las cabañas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Campestre Santa Helena al centro de costos del Centro Recreativo Playa Juncal, también decretó el recaudo de la hoja de vida, los antecedentes disciplinarios y el salario del investigado (fls. 25 - 27).

3.2.1.- El 18 de octubre de 2017, el investigado rindió su versión libre de los hechos en los siguientes términos:

... Respecto al hecho cuestionado relacionado con el pago de los gastos de sostenimiento y adecuaciones de las cabañas 4 y 5 de propiedad de la Caja de Compensación Familiar del Huila -COMFAMILIAR-, con recursos del 4% de parafiscales durante el período 2012-2015 indica que estos bienes son propiedad de la Caja y como tal hacen parte de sus activos fijos reportados en sus sistemas contables, administrativos y financieros por ello corresponde a la administración su mantenimiento. Que el hecho de que el Consejo directivo ordenara incorporar estos bienes al centro de costos del centro recreacional Playa Juncal no constituye razón suficiente para que el ente de vigilancia manifieste que dichos gastos de funcionamiento y conservación hayan sido imputados a los recursos del 4% de parafiscales. Sostiene el versionista que los gastos cuestionados fueron asumidos directamente por la Caja de Compensación Familiar de Huila a través de recursos dispuestos en cuentas corrientes que no hacen parte de los recursos del 4% destinados a obras y programas sociales. Afirma que además estas cabañas han sido utilizadas para la atención de afiliados, actividades de recreación para empleados (pues la caja de compensación para esa fecha contaba con 2.500 empleados) Para efecto solicita se oficie a: la Dirección administrativa de -COMFAMILIAR- para pedir esas

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

pruebas; Se solicite copia de certificación del 22 de agosto de 2017 expedida por la Tesorería de la Caja donde conste las cuentas bancarias en las que se administran y manejan los recursos del 4%, indicando las cuentas de las cuales se debitaron los recursos. Por ultimo afirma el versionista que la Superintendencia nunca ha cuestionado dicho manejo en las correspondientes auditorias...

3.3.- El 27 de diciembre de 2019, el Procurador Regional del Huila le formuló un cargo único al investigado (fls. 180 - 209). El apoderado de confianza del disciplinable Dr. Álvaro Casas presentó descargos y solicitudes probatorias que se encuentran en el expediente a fls. 216 - 219.

3.4.- Pruebas en descargos

El 4 de marzo de 2020, el Procurador Regional del Huila decretó en descargos las pruebas solicitadas por el defensor de confianza del encartado relacionadas con: Oficiar al administrador del Condominio Santa Helena ubicado en el kilómetro 40 de la vía Neiva – Yaguará para que certifique el uso de los inmuebles, quien autorizaba durante la vigencia 2015, los libros de administración y de ingreso de la portería con anexo de los oficios de COMFAMILIAR que pedían utilizar estos bienes y solicitar a Comfamiliar quien autorizaba el uso de las casas 4 y 5 ubicadas en dicho condominio (fls. 221 - 223).

3.5.- Traslado para alegatos de conclusión

El 26 de octubre de 2020, el Procurador Regional del Huila corrió traslado para alegar de conclusión, actuación que le fue notificada al disciplinable por estado (fls. 243 - 244). El defensor de confianza del disciplinable presentó alegatos mediante memorial de fecha 9 de noviembre de 2020, reiterando los mismos argumentos expuestos en el memorial de descargos (fls. 246 – 247)

3.6.- La Procuraduría Regional del Huila profirió fallo de primera instancia mediante la Resolución 001 del 22 de febrero de 2021, en la cual declaró disciplinariamente responsable al señor ARMANDO ARIZA QUINTERO y le impuso una sanción de inhabilidad por el término de diez (10) años para contratar con el Estado (fls. 255 - 288). La decisión fue apelada por el defensor de confianza en la oportunidad procesal (fls. 292 - 303).

3.7.- El 23 de marzo de 2021 la Procuraduría Regional del Huila concedió el recurso y ordenó trasladar el recurso de apelación a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y Judicial (fl. 307). El expediente fue recibido con radicado interno de correspondencia SIGDEA No. E-2021-164648 de la fecha 26 de marzo de 2021, en Bogotá (fl. 310).

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y Judicial, mediante auto del 30 de abril de 2021, ordenó remitir por competencia el expediente IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436 a la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública (fls. 311 – 316 v).

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

La Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, mediante auto No. DEHP 315 de 2021, ordenó remitir por competencia la apelación al reparto de las Procuradurías Delegadas para el juzgamiento disciplinario (fls. 315 – 316 v).

3.8.- El expediente le correspondió por reparto al Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado con funciones de juzgamiento hoy Procurador Delegado Disciplinario de Juzgamiento 3. Luego, mediante acta de reparto ordinario de expedientes del 1 de octubre de 2021 le fue asignado a la funcionaria Bleyner Solano Ñañez para proyectar lo que en derecho corresponda teniendo en cuenta la planeación y control al riesgo de prescripción (fls. 321 - 322).

4.- PROVIDENCIA RECURRIDA

La Procuraduría Regional del Huila profirió fallo de primera instancia en el procedimiento ordinario dispuesto en la Ley 734 de 2002, declarando responsable del cargo único endilgado y sancionando al señor ARMANDO ARIZA QUINTERO con inhabilidad para contratar con el Estado por el término de diez (10) años, con base en las consideraciones que se sintetizan a continuación:

4.1.- Respecto al cargo relacionado con *destinar recursos parafiscales del 4% de la vigencia 2015 que corresponden al centro de costo del Centro Recreativo Playa Juncal para el pago de servicios públicos, adecuaciones y sostenimiento de las dos (2) casas campestres cuya titularidad está a nombre de Comfamiliar en el Condominio Santa Helena, denominadas cabañas 4 y 5 según escritura pública Nro. 205 de 1997 de la Notaria única de Yaguará, Certificado de registro Nro. 200-77828, encontrándose que éstas no prestan ningún servicio recreativo a los trabajadores afiliados a COMFAMILIAR del Huila, por ser una propiedad privada y su ingreso a ellas no es permitido a los afiliados, desconociendo el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, dedicando estos recursos parafiscales en servicios prioritarios, siendo estos inmuebles dedicados solo a prestar servicios a la dirección administrativa de Comfamiliar*, el fallo recurrido concluyó que este no fue desvirtuado por el defensor de confianza del disciplinado en virtud de las siguientes razones:

i).- En cuanto a la tipicidad. Estimó el juzgador que el artículo 62 de la Ley 21 de 1982 dispone taxativamente el orden de prioridad de los recursos parafiscales administrados por la Cajas de Compensación Familiar así:

Las obras y programas sociales que emprendan las Cajas de Compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, se realizarán exclusivamente en los campos y en el orden de prioridades que a continuación se señala:

1. Salud

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

2. *Programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la canasta familiar para ingresos bajos (obreros), definida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).*
3. *Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca.*
4. *Vivienda.*
5. *Crédito de fomento para industrias familiares.*
6. *Recreación Social.*
7. *Mercadeo de productos diferentes a los enunciados en el ordinal 2. El cual se hará de acuerdo con la reglamentación que expida posteriormente el Gobierno Nacional.*

Y en el caso concreto se encuentra acreditado que el disciplinado, en su condición de Director administrativo de la Caja de Compensación Familiar del Huila – COMFAMILIAR-, autorizó la destinación de los recursos parafiscales para sufragar el mantenimiento, adecuación y sostenimiento de las cabañas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Santa Helena de Yaguará de propiedad de COMFAMILIAR del Huila, recursos que, conforme al orden de prioridad del artículo 62 de la Ley 21 de 1982, no se destinaron para la prestación de los servicios de recreación o para el beneficio de los afiliados y que no representaron una retribución social para los mismos, tampoco generaron rentabilidad por concepto de arriendo o alquiler y solo fueron destinados para el uso del cuerpo directivo de la Caja de Compensación Familiar.

Sostuvo el juzgador de instancia que el incumplimiento del deber contenido en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982 por parte del Director Administrativo de COMFAMILIAR del Huila constituye falta disciplinaria según el artículo 53 de la Ley 734, pues como particular es sujeto disciplinable, habida cuenta que administraba recursos públicos, esto es de recursos parafiscales.

ii).- **En cuanto a la ilicitud sustancial.** Para el juzgador de primera instancia el disciplinado con su conducta afectó sus deberes funcionales como director administrativo de la Caja de Compensación Familiar, en relación con la destinación legal de los recursos parafiscales del 4% de la vigencia 2015, contrariando el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, sin tener en cuenta que los parafiscales debían ser invertidos conforme a las prioridades establecidas por el legislador esto es en programas de: *Salud, nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la canasta familiar para ingresos bajos (obreros), Educación integral y continuada; capacitación y servicios de biblioteca, Vivienda, Crédito de fomento para industrias familiares y Recreación Social*) en aras de beneficiar a los afiliados de la Caja de Compensación. El comportamiento del disciplinado fue contrario al principio de legalidad señalado en la Constitución de 1991, lo cual configura la ilicitud sustancial del comportamiento del señor ARMANDO ARIZA QUINTERO.

Por otra parte, el despacho de origen no acogió la tesis de la defensa de confianza del abogado Álvaro Casas según la cual en sede de ilicitud sustancial no hay afectación a los aportes parafiscales del 4%, pues la aplicación del egreso es decir los pagos por concepto de servicios públicos, adecuaciones y sostenimiento de las dos (2) casas campestres cuya titularidad está a nombre de COMFAMILIAR en el Condominio Santa Helena, denominadas cabañas 4 y 5 según escritura pública Nro. 205 de 1997 de la Notaria única de Yaguará, Certificado de registro Nro. 200-77828, se hicieron con cargo al centro de costos, figura autorizada por la Superintendencia del Subsidio

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web:

www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

Familiar. Pues a su juicio en el centro de costos se registran los gastos necesarios para operativizar un servicio. Que siendo la Caja de Compensación Familiar un órgano de derecho privado, es el Consejo Directivo quien aprueba los rubros para los gastos de inmuebles los cuales requieren del pago de impuestos y otras erogaciones para su sostenimiento.

iii).- En cuanto a la culpabilidad y causales de exclusión de responsabilidad

Sostiene la primera instancia que, ante el reproche por la conducta del disciplinado fijada como característica de falta gravísima con culpa gravísima, el defensor de confianza del disciplinado solo argumentó que su defendido actuó en cumplimiento del deber de ordenar el pago de los gastos de administración y servicios públicos de las denominadas cabañas 4 y 5, de propiedad de -COMFAMILIAR- en el Condominio Santa Helena.

Dosificación de la sanción

La Procuraduría Regional de origen sancionó al disciplinado con inhabilidad para contratar con el Estado por el término de diez (10) años, utilizando el sistema de cuartos para la dosificación pues consideró el juzgador que en el caso del señor ARMANDO ARIZA QUINTERO existen **tres circunstancias atenuantes y una agravante**, contenidos en los literales c, g, i y como agravante el literal j del artículo 47 de la Ley 734 de 2002. De tal suerte que la sanción impuesta se movió en el caso concreto dentro del primer cuadrante en virtud de lo establecido en el artículo 46 del C.D.U.

5.- RECURSO DE APELACIÓN

La apelación del fallo interpuesta por el defensor del disciplinado (fls. 292 - 302 del cuaderno principal), se sustenta en dos argumentos:

- i).- Ausencia absoluta de pruebas y de tipicidad de la conducta endilgada al disciplinado.
- ii).- Prescripción de la acción disciplinaria.

6.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO DE JUZGAMIENTO

6.1.- Competencia

Antecedentes.

- i). - La **Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3**, antes del 12 mayo de 2022 **Procuraduría Sexta Delegada con funciones de juzgamiento**, es

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

competente para resolver el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia proferido por la Procuraduría Regional del Huila el 22 de febrero de 2021 (fls. 255 – 288) en virtud de los siguientes antecedentes:

En desarrollo de los artículos 3 y 74 de la Ley 2094 de 2021, la señora Procuradora General de la Nación expidió la Resolución No. 217 del 14 de julio de 2021 -artículo tercero-, por medio de la cual le asignó funciones de juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo quinto de la Resolución No. 207 del 7 de julio de 2021. Esta Resolución dispuso:

ARTÍCULO QUINTO: Competencia de las procuradurías delegadas para el juzgamiento disciplinario: Las procuradurías delegadas para el juzgamiento disciplinario, de conformidad con la distribución que para el efecto se realice, asumirán el conocimiento de la etapa de juzgamiento y fallarán los procesos cuya competencia esté asignada a los Procuradores de que trata el artículo anterior.

A su vez la Resolución No. 217 del 14 de julio de 2021, dispuso en el artículo tercero, lo siguiente:

ARTÍCULO TERCERO: Asignar funciones a la Procuraduría Sexta Delegada ante el Consejo de Estado para que ejerza funciones de juzgamiento disciplinario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo quinto de la Resolución No. 207 de 2021.

ii).- Así mismo, el 29 de marzo de 2022 entró en vigencia la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011. El artículo 3 de la Ley 2094 de 2021 dispuso separar las funciones de instrucción y las de juzgamiento en los procesos disciplinarios, con el fin de que sean asumidas por dos dependencias diferentes e independientes entre sí, a efecto de conservar la imparcialidad del juzgamiento y respetar las garantías procesales.

iii).- El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 69 de la Ley 2094 de 2021, expidió el Decreto Ley 1851 de 2021, por medio del cual se modificaron los Decretos Ley 262 y 265 de 2000, reconfigurando la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación, su régimen de competencias, estructura y funcionamiento, e incorporando en la estructura de la entidad las procuradurías delegadas, regionales, provinciales y distritales de instrucción y de juzgamiento, con funciones disciplinarias.

El Decreto 1851 de 2021 entró en vigencia el 29 de marzo de 2022, y con ello, la redistribución de competencias. El artículo 13 ibídem, que adicionó el artículo 25A al Decreto Ley 262 de 2000, estableció las competencias de las procuradurías delegadas de juzgamiento, así:

...ARTÍCULO 25A. Competencias. Las procuradurías delegadas de juzgamiento tienen las siguientes competencias:

2. Conocer de los recursos de apelación y de queja, al igual que de los impedimentos, recusaciones y conflictos de competencia que se presenten en los

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.:

11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web:

www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

procesos de conocimiento de las procuradurías regionales y distritales de Bogotá D.C. en etapa de juzgamiento, excepto en los casos de servidores públicos de elección popular.
... (Se resalta).

iv).- Mediante la Resolución No. 137 del 29 de abril de 2022, el Viceprocurador General de la Nación designó como funcionario especial al Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado hoy Procurador Delegado Disciplinario de Juzgamiento 3, para conocer del expediente IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436 (fls. 323 – 324 v).

v).- Por último, mediante la Resolución No. 150 del 12 de mayo de 2022¹, la señora Procuradora General de la Nación dispuso la reorganización de cuatro Delegadas de juzgamiento siendo ésta la 3. Así mismo, mediante el Decreto No. 555 del 12 de mayo de 2022, mediante el cual se determinó la ubicación de los servidores de planta dispuso que el Dr. Antonio José Núñez Trujillo fuera el Procurador Delegado en la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3, en adelante.

Por tanto, la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3 es competente para proferir fallo en este proceso, pues recibió el proceso de la referencia para resolver el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia proferido por la Procuraduría Regional del departamento del Huila.

6.2.- Consideraciones respecto a los argumentos del apelante

La defensa de confianza del disciplinado sustenta el recurso de apelación con fundamento en dos argumentos, los cuales el Despacho procederá a valorar así:

i).- Ausencia absoluta de pruebas y de tipicidad de la conducta endilgada al disciplinado.

a).- Indica el defensor que está probado que se causaron unos egresos materializados en el pago de impuestos municipales (predial y complementarios) igualmente reparaciones locativas de las dos (2) casas campestres cuya titularidad está a nombre de COMFAMILIAR en el Condominio Santa Helena. Que los valores se incorporaron al centro de costos Playa Juncal, previa aprobación del presupuesto de ingresos y gastos aprobado por el Consejo directivo de COMFAMILIAR el cual es cuestionado en el auto de cargos y que al rubro de parafiscales del 4% de la nómina de los trabajadores se le dio la destinación específica dispuesta en la ley.

¹ Por medio de la cual se distribuyen competencias y funciones en las procuradurías delegadas, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto Ley 1851 de 2021.

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

En relación con los argumentos esbozados, estos no constituyen una apelación, más bien se limitan a reconocer las actuaciones desplegadas por el señor ARMANDO ARIZA QUINTERO que sustentaron la conducta típica, antijurídica y culpable sobre la cual se edificó el cargo único endilgado, el cual no fue desvirtuado, pues son los mismos argumentos planteados en la etapa de descargos, de solicitudes probatorias y de los alegatos de conclusión previos al fallo apelado.

Sin embargo, este Despacho procederá a revisar la decisión apelada en relación con el argumento del apelante según el cual el fallo tiene una *ausencia absoluta de pruebas y con ello de la tipicidad del cargo único endilgado al disciplinado*.

Análisis de tipicidad

El principio de tipicidad de las faltas y las sanciones disciplinarias presupone que los disciplinables deben conocer en forma clara qué comportamientos están prohibidos, así como su sanción en caso de la infracción de las normas disciplinarias, como una materialización del artículo 29 constitucional.

Respecto a la tipicidad de la conducta la Corte Constitucional, en la Sentencia C-030 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), señaló que en materia disciplinaria se exige que:

... la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras...

De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el principio de tipicidad se compone de dos aspectos: (i) que “exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción”; y “la precisión que se emplee en ésta para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse”; aspecto éste que se orienta a reducir al máximo la facultad discrecional de la administración en el ejercicio del poder sancionatorio que le es propio...

En el caso concreto, el funcionario de instrucción le endilgó al particular señor ARMANDO ARIZA QUINTERO, en su condición de representante legal y Director Administrativo de la Caja de Compensación Familiar del Huila – COMFAMILIAR- el siguiente cargo único:

...destinar recursos parafiscales del 4% de la vigencia 2015 que corresponden al centro de costo del Centro Recreativo Playa Juncal para el pago de servicios públicos, adecuaciones y sostenimiento de las dos (2) casas campestres cuya titularidad está a nombre de Comfamiliar en el Condominio Santa Helena, denominadas cabañas 4 y 5 según escritura pública Nro. 205 de 1997 de la Notaría única de Yaguará, Certificado de registro Nro. 200-77828, encontrándose que éstas no prestan ningún servicio recreativo a los trabajadores afiliados a COMFAMILIAR del Huila, por ser una propiedad privada y su ingreso a ellas no es permitido a los afiliados, desconociendo el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, dedicando estos recursos parafiscales en servicios prioritarios, siendo estos inmuebles dedicados solo a prestar servicios a la dirección administrativa de Comfamiliar...

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.:

11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web:

www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

La regional de origen sustentó el cargo único citado que soporta del fallo apelado, con la presunta vulneración de las siguientes normas:

- Artículo 6 de la Constitución Política de 1991, en relación a la responsabilidad de los particulares ante las autoridades.
- Artículo 123 de la Constitución Política de 1991, referido al régimen aplicable a los particulares que cumplen funciones públicas.
- Artículos 21 y 62 de la Ley 21 de 1982, relativos a las funciones del director administrativo de una caja de compensación familiar y de las obras y programas sociales que emprendan las cajas de compensación familiar.
- Artículo 3 del Decreto Ley 2150 de 1992 relacionado con las competencias de la Superintendencia del Subsidio Familiar respecto de las cajas de compensación familiar.
- Numeral 1 del artículo 24 de la Ley 789 de 2002, sobre la función de vigilar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales relacionadas con la organización y funcionamiento de las cajas de compensación familiar.
- La Circular externa de la Superintendencia del Subsidio Familiar No. 020 del 2 de enero de 2014, que contiene instrucciones y guía para la formulación de planes, programas y proyectos dirigida a las Cajas de Compensación Familiar.
- Artículos 52, 53 y 55 de la Ley 734 de 2002, sobre los particulares sujetos disciplinables en el C.D.U.

La falta fue calificada por la Procuraduría Regional de forma provisional como gravísima de acuerdo con el numeral 3 del artículo 55 de la Ley 732 de 2002, del régimen aplicable a los particulares y en cuanto la modalidad de culpabilidad, se imputó a título de culpa gravísima, por cuanto el señor ARMANDO ARIZA QUINTERO

... desconoció o no cumplió lo ordenado en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, como tampoco las instrucciones entregadas a las Cajas de Compensación Familiar por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar frente a la utilización de los recursos parafiscales para el mantenimiento, adecuación y sostenimiento de propiedades de titularidad de una Caja de Compensación Familiar, recursos que no han sido destinados para la prestación de servicios de recreación o para el beneficio de los afiliados, que no han representado una retribución social para los mismos y que estos bienes no han generado rentabilidad por concepto de arriendo, alquiler u otros y solo han sido destinados para el uso del cuerpo directivo de la Caja...

Por otro lado, la Procuraduría Regional de origen indicó las siguientes pruebas como sustento del cargo endilgado:

- Reglamento de propiedad horizontal Condominio Santa Helena remitido mediante oficio del 17 de febrero de 2017 (fls. 11 – 11 A - 11 K).

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

- Oficio DE-01-09841 del 20 de febrero de 2017 remite certificado de los recursos utilizados para el pago de servicios públicos, adecuaciones y sostenimiento de las cabañas 4 y 5 de Condominio Santa Helena de los años 2012 al 2016 (fls. 12 - 22).
- Oficio de COMFAMILIAR de fecha 20 de febrero de 2017, certifica el uso dado a las cabañas 4 y 5 de Condominio Santa Helena, señala que dichos inmuebles han sido destinados para Consejos directivos, comités de direccionamiento estratégico, conferencias para los líderes de procesos institucionales entre otras actividades propias de la corporación, por ello no reposan ingresos por alquiler de los inmuebles mencionados (fl. 23).
- Oficio DF-0249279 de COMFAMILIAR de fecha 28 de agosto en el cual la tesorera informa que lo solicitado corresponde al contador y coordinador de gestión del 4% (fl. 23).
- Oficio de la Gerencia departamental de la Contraloría Departamental del Huila en la cual aporta un CD, con la respuesta a los hechos relacionados con los gastos de sostenimiento y adecuación de las cabañas 4 y 5 de Condominio Santa Helena propiedad de COMFAMILIAR y respecto a la autorización de la adscripción del centro de costos del Juncal a los gastos de sostenimiento y adecuación de las precitadas cabañas (fl. 44 A).

CD a folio 44 A, que contiene:

- Comunicación de COMFAMILIAR a la Contraloría Departamental del Huila de fecha 23 de septiembre de 2016, en la que informa que no realizaron remodelaciones en la vigencia 2015, entre otros bienes cita las casas campestres 4 y 5 de Santa Helena.
- Centro de costos de las infraestructuras mencionadas.
- Certificación de ingresos obtenidos.
- Oficio del 30 de agosto de 2016 suscrito por la coordinadora de servicios recreativos en la que informa sobre el uso de las casas 4 y 5 en la vigencia 2015.
- Oficio del 14 de octubre de 2016 suscrito por la coordinadora de servicios recreativos en la que informa sobre el uso de las casas 4 y 5 en las vigencias 2012, 2013 y 2014.
- Oficio del 3 de octubre de 2016 suscrito por la coordinadora de gestión de suministros en la que informa sobre los gastos de servicios públicos como energía eléctrica, teléfono, tv cable y administración de las casas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Santa Helena.
- Oficio de la administración del Condominio Santa Helena de fecha 17 de mayo de 2016, en el cual informa a COMFAMILIAR que no es posible el alquiler de cabañas.
- Observaciones de la Contraloría de fecha 20 de octubre de 2016, relacionadas con las casas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Santa Helena de Yaguará.
- Oficio 2016IE0109857 Traslado Hallazgo Fiscal HA27.F4.D6.OI12. Servicios Prioritarios

En la oportunidad procesal de descargos, la defensa de confianza señaló que las casas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Santa Helena de Yaguará son de propiedad de

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web:

www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

COMFAMILIAR, por tal razón la Caja de Compensación debe hacerles mantenimiento; que esos inmuebles están gravados con el impuesto predial y complementarios en jurisdicción de Yaguará así mismo que como hacen parte de un condominio resulta necesario pagar servicios y cuotas de administración, por tal razón COMFAMILIAR efectivamente asumió el pago de dichos valores cuyo monto se describe en el auto de cargos. Afirma el defensor que, aunque esos activos no produjeron ingresos para COMFAMILIAR en forma directa, se utilizaron para actividades administrativas del Consejo Directivo y para realizar reuniones de programas y proyectos propios del subsidio familiar, simposios, charlas y conferencias para sus trabajadores que son afiliados a COMFAMILIAR como trabajadores dependientes.

En cuanto a la conducta del disciplinable, sostuvo la defensa que su defendido, al ordenar el pago de impuestos, servicios, administración y reparaciones locativas de los inmuebles de propiedad de COMFAMILIAR, no violó ninguna norma pues tales pagos eran necesarios, pues de no hacerlos si llevaría al detrimento patrimonial, con lo cual concluye que con su actuar su defendido cumplió una obligación administrativa de gestión y dineraria en calidad de representante de COMFAMILIAR y administrador de los bienes de la misma (fls. 216 - 219).

Respecto a la acción disciplinaria el defensor argumentó que, dado que la calificación de la presunta falta endilgada su defendido se sustenta en el régimen de los particulares (artículo 55 de la Ley 734 de 2002) y que estando proscrita la responsabilidad objetiva, pues solo es culpable quien haya actuado con dolo o culpa, teniendo como premisa que a su defendido se le cuestiona por ordenar el pago de obligaciones de tipo legal como el pago de impuestos, mantenimientos y reparaciones locativas de las casas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Santa Helena de Yaguará propiedad de COMFAMILIAR, **es justificable** que su defendido así lo hiciera, pues en caso contrario hubiera estado frente a una omisión que llevaría a mayores erogaciones económicas. Que su defendido al ordenar los pagos no actuó con dolo o culpa, sino en cumplimiento de una obligación de orden legal y administrativa.

Respecto a la desatención de instrucciones, indica el apoderado que la Superintendencia del Subsidio Familiar es la que fija las reglas contables y de información financieras (artículos 24 numerales 4 y 7 de la Ley 789 de 2002) en la cual se consideró viable la figura del centro de costos.

Frente a la utilización de los aportes parafiscales del 4% del subsidio familiar para pagar los gastos de las casas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Santa Helena de Yaguará propiedad de COMFAMILIAR, reiteró la defensa que estos bienes no se han podido usar para comercializar servicios a los trabajadores pues se encuentran ubicados en el régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, indica que los trabajadores que son afiliados a COMFAMILIAR sí los utilizan. Agrega que COMFAMILIAR tiene afiliados al sistema del subsidio familiar más de mil trabajadores

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

los cuales utilizan esta infraestructura para conferencias, socialización de programas, y para dar cumplimiento a las actividades misionales.

Previo al fallo apelado, la Procuraduría Regional de origen decretó en descargos las pruebas pedidas por la defensa de confianza relacionadas con: Oficiar al administrador del Condominio Santa Helena ubicado en el kilómetro 40 de la vía Neiva – Yaguará para que certifique el uso de los inmuebles, quién autorizaba durante la vigencia 2015, los libros de administración y de ingreso de la portería con anexo de los oficios de Comfamiliar que pedían utilizar estos bienes y solicitar a Comfamiliar quién autorizaba el usos de las casas ubicadas en dicho condominio (fls. 221 - 223).

De la valoración de las pruebas que obran en el expediente, encuentra el juzgador de instancia que estas no desvirtúan de plano el cargo endilgado, pues se encuentra acreditado que el disciplinado, en su condición de Director administrativo de la Caja de Compensación Familiar del Huila –COMFAMILIAR-, autorizó la destinación de los recursos parafiscales para sufragar el mantenimiento, adecuación y sostenimiento de las cabañas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Santa Helena de Yaguará de propiedad de COMFAMILIAR del Huila, recursos que, conforme al orden de prioridad del artículo 62 de la Ley 21 de 1982, debían invertirse en bienes de uso de los trabajadores como lo es el Centro Recreacional Playa Juncal. Pues en el caso de las cabañas 4 y 5 ubicadas en el condominio Santa Helena, estos bienes no estaban destinados a la prestación de los servicios de recreación o para el beneficio de los afiliados y por tanto no representaron una retribución social para los mismos, tampoco generaron rentabilidad por concepto de arriendo o alquiler y solo han sido destinados para el uso del cuerpo directivo de la Caja de Compensación Familiar. Lo cual a juicio del juzgador de instancia configura el incumplimiento del deber contenido en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982 por parte del Director Administrativo de COMFAMILIAR del Huila, conducta que constituye falta disciplinaria según el artículo 53 de la Ley 734, pues como particular es sujeto disciplinable habida cuenta que administraba recursos públicos, esto es de los recursos parafiscales cuya finalidad no es beneficio personal sino de los trabajadores. Como muchas otras entidades, en particular las Cámaras de comercio con los (ingresos provenientes del registro mercantil), las Cajas de compensación familiar tienen ingresos públicos (parafiscales) de uso restringido a finalidades establecidas legalmente, e ingresos privados, que puedan usar libremente en forma acorde con su objeto legal. Si bien es razonable que COMFAMILIAR pague los gastos de administración, aseso y servicios públicos asociados a las cabañas 4 y 5 del condominio Santa Helena, no es acorde con la ley que lo hiciera con cargo a dineros del subsidio familiar, pues la destinación de estas cabañas a fines corporativos para uso exclusivo de los dirigentes de la entidad no es una de las permitidas para este tipo de recursos.

Valoración de la prueba decretada a solicitud de la defensa relacionada con email (correo institucional) copia de unas ordenes de ingreso de personal fechadas del 26 de febrero de 2015 para ingresar a las casas 4 y 5; del 6 y 31 de marzo de 2015, para ingresar a las casas 4 y 5 y otras más en 38 folios.

Esta prueba solicitada en la versión libre por el disciplinado (fls. 54 - 59) y en descargos por el defensor de confianza (fls. 216 - 219), tiene la pretensión de probar

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.:

11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web:

www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

que en la vigencia fiscal 2015 hubo trabajadores afiliados a COMFAMILIAR que utilizaron estas cabañas de propiedad de la Caja de Compensación Familiar del Huila, con lo cual se desvirtuaría parcialmente el cargo respecto a la utilización por parte de los trabajadores de dichos bienes cuyos gastos de mantenimiento, administración se pagaron con cargo a recursos de origen parafiscal. Como esta prueba se encuentra citada en el fallo apelado a folio 273, pero no aparecía en el expediente físico la funcionaria comisionada requirió al funcionario responsable del expediente en la Regional Huila el día 16 de mayo de 2022 (fl. 325). Ante el requerimiento el funcionario remitió el archivo original remitido por el Condominio de Santa Helena desde el correo csantahelena1@gmail.com de fecha 20 de octubre de 2020, suscrito por la administradora (fls 326 – 346) el cual se incorporó en físico al expediente.

De la valoración de la prueba relacionada con la utilización de las cabañas por parte de los trabajadores de –COMFAMILIAR- en la vigencia 2015, encuentra este Despacho en los documentos aportados en la oportunidad procesal por la administradora del Condominio de Santa Helena, que dan cuenta del ingreso a las dos (2) casas campestres cuya titularidad está a nombre de Comfamiliar en el Condominio Santa Helena, denominadas cabañas 4 y 5 que éstas solo prestaron el servicio recreativo a treinta y cinco (35) personas de las cuales otro Director Administrativo distinto al disciplinado el 11 de septiembre de 2015, remitió a la administradora del Condominio Santa Helena ubicado en Yaguará en el que se incluyen funcionarios de la Agencia la Plata con su correspondiente número de identidad quienes fueron autorizados para utilizar las casas No. 4 y 5 durante el período comprendido del viernes 11 al domingo 20 de septiembre de 2015 (fl. 336 v - 337).

De tal suerte que, en el caso concreto, respecto a las actuaciones censuradas al señor ARMANDO ARIZA QUINTERO no se configura el argumento del apelante según el cual hay ausencia de pruebas. Pues las pruebas señaladas tanto en el auto de cargos como en el fallo apelado dan cuenta de los pagos ordenados con cargo a recursos parafiscales. Respecto al uso de los inmuebles cuestionados, las autorizaciones firmadas en la vigencia 2015 por el disciplinado prueban que no beneficiaron a los trabajadores de COMFAMILIAR. De suerte que el argumento de la defensa que señala ausencia de pruebas no es cierto, pues hay sobrados elementos de prueba tanto de la Contraloría de la vigencia 2015 auditada, como de las pruebas aportadas por la misma Caja de Compensación Familiar, y del Condominio Santa Helena que dan cuenta del uso de las cabañas 4 y 5 autorizado por la Dirección.

Para el efecto, el Despacho encuentra que de doscientas sesenta y seis (266) personas que fueron autorizadas por la dirección administrativa de COMFAMILIAR en la vigencia 2015 (fls. 326 - 346) solo se identificaron como trabajadores de la Caja treinta y cinco (35) personas y esta autorización de fecha 11 de septiembre de 2015 no fue suscrita por el disciplinado. Se encuentra suscrita por otro director administrativo, el señor Harold Yesid Salamanca Falla, en la cual da cuenta que los trabajadores por lo menos, los de la Caja de Compensación si podían hacer uso de las

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

cabañas 4 y 5 ubicadas en el Condominio Santa Helena de propiedad de la Caja, por ende, esta prueba no desvirtúa el cargo que sustenta el fallo apelado (fl. 336 v - 337).

Para el efecto, se incorpora la síntesis de la prueba relacionada con las autorizaciones de la dirección administrativa de -COMFAMILIAR- de uso de las cabañas 4 y 5 durante la vigencia 2015, que fueron recibidas y remitidas por la administradora del Condominio Santa Helena el 20 de octubre de 2020 a la regional de origen, en su integridad así:

- El 27 de febrero de 2015 el señor ARIZA autorizó el ingreso de **veinticuatro (24) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a la casa No. 4 durante los días sábado 14 al domingo 15 de febrero de 2015 (fls. 326 v - 327).
- El 27 de febrero de 2015 el señor ARIZA autorizó el ingreso de **ocho (8) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a la casa No. 5 durante los días sábado 28 de febrero al domingo 1 de marzo de 2015 (fl. 327 v).
- El 6 de marzo de 2015 el señor ARIZA autorizó el ingreso de **dos (2) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 el día sábado 7 de marzo de 2015 (fl. 328).
- El 31 de marzo de 2015 el señor ARIZA QUINTERO autorizó el ingreso a **ocho (8) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a la casa No. 4 de propiedad de COMFAMILIAR durante el periodo comprendido del miércoles 1 al 5 de abril de 2015 a fl. 328 v.
- El 1 de abril de 2015 el señor ARIZA QUINTERO autorizó el ingreso de **una (1) persona** de la cual no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR el miércoles 1 de abril de 2015 (fl. 328 v).
- El 1 de abril de 2015 el señor ARIZA QUINTERO autorizó el ingreso a **ocho (8) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a la casa No. 5 de propiedad de COMFAMILIAR durante el periodo comprendido del miércoles 1 al 5 de abril de 2015 (fl. 329 v).
- El 14 de abril de 2015 el señor ARIZA QUINTERO autorizó el ingreso a **ocho (8) personas** de las cuales solo indica son deportistas de subacuáticas para realizar entrenamientos en aguas durante los días 15, 17, 22, 24 y 29 de abril de 2015 (fl. 330).
- El 30 de abril de 2015 el señor ARIZA QUINTERO autorizó el ingreso a **doce (12) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR el día jueves 21 de mayo de 2015 (fl. 331).

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

- El 21 de mayo de 2015 el señor ARIZA QUINTERO autorizó el ingreso de **dos (2) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 el día sábado 7 de marzo de 2015 (fl. 331).
- El 1 de junio de 2015 el señor ARIZA QUINTERO autorizó el ingreso de **una (1) persona** de la cual no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR durante el periodo del 2 al 4 de junio de 2015 (fl. 331 v).
- El 2 de julio de 2015 el señor ARMANDO ARIZA QUINTERO autorizó el ingreso de **tres (3) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a la casa No. 4 de propiedad de COMFAMILIAR durante el día viernes 3 y sábado 4 de julio de 2015 (fl. 332).
- El 15 de julio de 2015 el señor Harold Yesid Salamanca Falla autorizó el ingreso de **diecisiete (17) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR durante los días 17 al 20 de julio de 2015 (fl. 332 v).
- El 23 de julio de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **tres (3) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 el día viernes 24 de julio de 2015 (fl. 333).
- El 3 de agosto de 2015 el señor Harold Yesid Salamanca Falla autorizó el ingreso de **tres (3) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 durante los días 4 y 5 de agosto de 2015 (fl. 333 v).
- El 6 de agosto de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **doce (12) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a la casa No. 4 durante los días 7 al 9 de agosto de 2015 (fl. 334).
- El 14 de agosto de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **trece (13) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a la casa No. 4 durante los días viernes 15 al domingo 17 de agosto de 2015 (fl. 335).
- El 27 de agosto de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **dos (2) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a la casa No. 5 durante los días viernes 28 al sábado 29 de agosto de 2015 (fl. 335 v).
- El 4 de septiembre de 2015 el señor Harold Yesid Salamanca Falla autorizó el ingreso de **veintiséis (26) personas** de las cuales no se da cuenta de su

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

identidad o vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 el día sábado 5 de septiembre de 2015 (fl. 336).

- **El 11 de septiembre de 2015 el director administrativo Señor Harold Yesid Salamanca Falla autorizó el ingreso de treinta y cinco personas (35) personas de las cuales da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja como funcionarios de la Agencia de COMFAMILIAR ubicada en el municipio de La Plata Huila, a las casas No. 4 y 5 durante el período comprendido del viernes 11 al domingo 20 de septiembre de 2015 (fl. 336 v - 337).**
- El 21 de septiembre de 2015 la asistente de la gerencia autorizó el ingreso de **dos (2) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a la casa No. 5, el lunes 21 de septiembre de 2015 (fl. 337 v).
- El 24 de septiembre de 2015 la asistente de la gerencia autorizó el ingreso de **dos (2) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a la casa No. 5, el viernes 25 de septiembre de 2015 (fl. 338).
- El 3 de octubre de 2015 la secretaria de la dirección administrativa autorizó el ingreso de **treinta y un (31) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas de propiedad de COMFAMILIAR, el sábado 3 de octubre de 2015 (fl. 338 v - 339).
- El 9 de octubre de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **dos personas (2)** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR, el viernes 9 de octubre de 2015 (fl. 339 v).
- El 14 de octubre de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **tres (3) personas** de las cuales no se da cuenta de su identidad o vínculo con la Caja, a las casas 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR, el miércoles 14 de octubre de 2015 (fl. 340).
- El 26 de octubre de 2015 la secretaria de la dirección autorizó el ingreso de **una (1) persona** de la cual da cuenta de su identidad, sin determinar el vínculo con la Caja, a las casas de propiedad de COMFAMILIAR, el miércoles 14 de octubre de 2015 (fl. 340 v).
- El 28 de octubre de 2015 la secretaria de la dirección autorizó el ingreso de **una (1) persona** de la cual no da cuenta de su identidad ni el vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR, el martes 27 de octubre de 2015 (fl. 341).
- El 29 de octubre de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **dos (2) personas** de las cuales no da cuenta de su identidad ni el vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR, el jueves 29 de octubre de 2015 (fl. 341v).

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web:

www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

- El 3 de noviembre de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **dos (2) personas** para revisar el bote catamarán de propiedad de COMFAMILIAR en el condominio, el martes 3 de noviembre de 2015 (fl. 342).
- El 3 de noviembre de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso al parqueadero del condominio de dos **(2) personas** para revisar el bote catamarán de propiedad de COMFAMILIAR, el viernes 6 de noviembre de 2015 (fl. 342 v).
- El 9 de noviembre de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **dos (2) personas** de las cuales no da cuenta de su identidad ni el vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR, el día lunes 9 de noviembre de 2015 (fl. 343).
- El 17 de noviembre de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **dos (2) personas** para intervenir el bote 115 de propiedad de COMFAMILIAR, el día domingo 17 de noviembre de 2015 (fl. 343 v).
- El 24 de noviembre de 2015 la asistente de gerencia autorizó el ingreso de **tres (3) personas** de las cuales no da cuenta de su identidad ni el vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR, el día domingo 29 de noviembre de 2015 (fl. 344).
- El 24 de diciembre de 2015 el director administrativo autorizó el ingreso de **trece (13) personas** de las cuales no da cuenta de su identidad ni el vínculo con la Caja, a la casa No. 5 de propiedad de COMFAMILIAR, durante el periodo comprendido del sábado 26 al domingo 27 de diciembre de 2015 (fl. 344 v).
- El 29 de diciembre de 2015 el director administrativo autorizó el ingreso de **diez (10) personas** de las cuales no da cuenta de su identidad ni el vínculo con la Caja, a las casas No. 4 y 5 de propiedad de COMFAMILIAR, durante el periodo comprendido del miércoles 30 de diciembre de 2015 al domingo 3 de enero de 2016 (fl. 345).

b).- Sostiene el defensor de confianza, que no está probado que el ente de control del Sistema del Subsidio Familiar en Colombia haya expedido alguna instrucción relativa al uso específico de las cabañas 4 y 5 de propiedad de – COMFAMILIAR-

El argumento del defensor apelante es recurrente desde la etapa de descargos y alegatos y no es de recibo para el despacho pues no desvirtúa el cargo relacionado con

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

...destinar recursos parafiscales del 4% de la vigencia 2015 que corresponden al centro de costo del Centro Recreativo Playa Juncal para el pago de servicios públicos, adecuaciones y sostenimiento de las dos (2) casas campestres cuya titularidad está a nombre de Comfamiliar en el Condominio Santa Helena, denominadas cabañas 4 y 5 según escritura pública Nro. 205 de 1997 de la Notaria única de Yaguará, Certificado de registro Nro. 200-77828, encontrándose que éstas no prestan ningún servicio recreativo a los trabajadores afiliados a COMFAMILIAR del Huila, por ser una propiedad privada y su ingreso a ellas no es permitido a los afiliados, desconociendo el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, dedicando estos recursos parafiscales en servicios prioritarios, siendo estos inmuebles dedicados solo a prestar servicios a la dirección administrativa de Comfamiliar.

Sin embargo, en el caso concreto es necesario precisar que la Superintendencia del Subsidio Familiar en respuesta de fecha 22 de junio de 2018 (fls. 133 – 135) le informó a la Procuraduría Regional de origen que respecto a las orientaciones dadas estas estaban contenidas en la Circular externa No. 020 del 2 de enero de 2014, relacionada con la formulación de planes, programas y proyectos de inversión. También indicó la Superintendencia que, respecto a la utilización de los recursos parafiscales las facultades de la misma se enmarcan en las competencias que la Constitución y la Ley le otorga. De suerte que a juicio de este Despacho las cajas de compensación familiar, siendo organismos de derecho privado, al administrar los recursos parafiscales deben dar cumplimiento estricto a las disposiciones contenidas en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, dedicando estos recursos parafiscales a los servicios priorizados por el legislador para los trabajadores. Pues como ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia C-1173 de 2001, sobre la naturaleza de estos recursos del subsidio familiar:

...Es de anotar que, al ocuparse del tema, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el subsidio familiar ostenta la triple condición de prestación legal de carácter laboral, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Ha dicho la Corte:

***“Naturaleza jurídica del subsidio familiar.** En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.*

Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”.

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.:

11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web:

www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue. (Se subraya).

En consecuencia, desde esta óptica de la utilización de los bienes cuestionados de propiedad de la Caja y dadas las instrucciones de la Superintendencia que se refieren al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, el disciplinado no cumplió con la finalidad que el legislador le impuso como administrador de los recursos de origen parafiscal en la vigencia 2015, destinada a los trabajadores.

c). - Afirma el apelante que una de las pruebas que esgrime la Procuraduría en el fallo apelado es el oficio del 22 de junio de 2018 expedido por la Superintendencia del Subsidio Familiar. Que dicho oficio no dice en forma específica respecto a las erogaciones cuestionadas en el auto de cargos. Y que su representado no era director de la Caja para esa época.

En relación con el argumento de la defensa este Despacho entiende que en el caso concreto la citación textual del oficio del 22 de junio de 2018 expedido por la Superintendencia del Subsidio Familiar que obra a fls. 133 - 135 citado en el fallo apelado a folio 272, y que este oficio da respuesta a dos preguntas de la regional del Huila así:

La primera referida a cuáles son las instrucciones que ha dado la Superintendencia a las cajas de compensación familiar. A lo cual la Superintendencia del Subsidio Familiar respondió a la Procuraduría Regional del Huila que dentro de las competencias del superintendente contenidas en el Decreto 2595 de 2012, remitieron la Circular externa No. 020 del 2 de enero de 2014, relacionada con la formulación de planes, programas y proyectos de inversión. Indicó la Superintendencia que, respecto a la utilización de los recursos parafiscales, las facultades se enmarcan en las competencias que la Constitución y la Ley le otorgan a las Cajas de Compensación. Al respecto es preciso señalar que para la fecha de la Circular externa No. 020 del 2 de enero de 2014, el señor ARMANDO ARIZA QUINTERO fungía como Director Administrativo de COMFAMILIAR.

El segundo interrogante de la Procuraduría Regional de origen a la Superintendencia, está relacionado con informar si ha sancionado o tomado medidas correctivas respecto a la Caja de Compensación Familiar del Huila. A lo que, la Superintendencia del Subsidio Familiar informó que le formuló pliego de cargos el 11 de mayo de 2016 a ARMANDO ARIZA QUINTERO y otro, por presuntas irregularidades detectadas en una visita de la cual no indica más datos (fls. 133 - 135).

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

De lo expuesto concluye Despacho que el argumento del defensor no es de recibo por cuanto las orientaciones que debía cumplir están ligadas al sustento jurídico del cargo endilgado y no desvirtuado relacionados con el desconocimiento el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, pues el disciplinado destinó recursos parafiscales en servicios prioritarios, siendo estos inmuebles las cabañas 4 y 5 del Condominio Santa Helena bienes de propiedad de la Caja de Compensación que según dan cuentas las propias autorizaciones del señor ARMANDO ARIZA QUINTERO de enero a julio de 2015, solo prestaron servicios a personas cercanas a la dirección administrativa de COMFAMILIAR, de las cuales no se evidencia ni documento de identificación ni mención del vínculo laboral con COMFAMILIAR del Huila, con lo cual no se encuentra acreditada la justificación del uso que de esta manera se le dio a los dineros del subsidio familiar.

ii).- Prescripción de la acción disciplinaria.

Argumenta el defensor de confianza del disciplinado que dado que

...se le reprocha al señor ARMANDO ARIZA QUINTERO porque como representante legal y director administrativo de la Caja de Compensación Familiar –COMFAMILIAR- destinó recursos parafiscales del 4% de la vigencia 2015 y que el fallo sancionatorio que le fue notificado el 25 de febrero de 2021, en el cual se indica como fecha de la queja el 23 de diciembre de 2016, por hechos de la vigencias 2012 al 2015 y teniendo en cuenta que se abrió investigación disciplinaria el 4 de agosto de 2017, la acción está prescrita, por tal razón solicita ordenar el archivo del proceso.

De la prescripción de la acción disciplinaria en la Ley 734 de 2002

La prescripción de la acción disciplinaria en la Ley 734 de 2002 vigente para la época del fallo apelado se encontraba en el artículo 30 modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011 que dice:

...La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido a los tratados internacionales que Colombia ratifique".

De la norma citada aplicada al caso concreto encuentra este juzgador las siguientes actuaciones y sus consecuencias con el paso del tiempo:

En efecto, los hechos que sustentaron el hallazgo de la Contraloría General de República son de las vigencias 2012 a 2015 (fls. 1 - 3). Sin embargo, para efectos de la prescripción se deben contar cinco (5) años a partir del auto de apertura de investigación (artículo 30 modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011). Circunstancia fáctica, que no ocurre en el caso concreto pues, el auto de apertura de la **investigación disciplinaria dentro del radicado IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436, es de fecha 4 de agosto de 2017** (fls. 25 - 27). Con lo cual al contar los cinco

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web:

www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

(5) años el término fenecería el 4 de agosto de 2022. Y en el caso cuestionado **la regional de origen profirió fallo de primera instancia el 22 de febrero de 2021**, cuando había transcurrido tres años, seis meses y 17 días, plazo inferior al dispuesto por el legislador (fls. 255 – 288). Por tal razón, no es de recibo el argumento de la prescripción de la acción disciplinaria presentado por la defensa de confianza del disciplinado, ya que no se cumplen los presupuestos fácticos señalados por el legislador en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, vigente únicamente en relación a la institución de la prescripción de la acción disciplinaria.

Ahora bien, es menester advertir al defensor que, aunque los hechos que sustentaron las actuaciones contenidas tanto en el auto proferido por la Procuraduría Regional de origen que ordenó abrir indagación preliminar de fecha 30 de enero de 2017 (fls. 5 - 7) como la de la decisión de investigación disciplinaria del 4 de agosto de 2017 (fls. 25 - 27), corresponden a las vigencias 2012 al 2015, **para efectos del cargo único endilgado en el auto de fecha 27 de diciembre de 2019 sobre el cual se profiere el fallo apelado, la regional del Huila únicamente se refirió a hechos ocurridos en la vigencia fiscal 2015** (fls. 180 - 209). De suerte que tampoco es a lugar el argumento del apelante cuando sostiene el extremo temporal de los hechos objeto de investigación, pues este se limitó a la última vigencia fiscal y sobre ella se recaudaron las pruebas obrantes en el plenario.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, el artículo 7 de la Ley 2094 de 2021, **el legislador cambió el término de la prescripción quinquenal citado**, sin embargo, éste no se encuentra vigente tal como lo indica el parágrafo 2 del artículo 265 del Código General Disciplinario que reza:

PARÁGRAFO 2. el artículo 7 de la presente ley entrará a regir treinta meses (30) después de su promulgación. Mientras tanto, mantendrá su vigencia el artículo 30 de la ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la ley 1474 de 2011.

En conclusión, de conformidad con las razones de hecho y de derecho expuestas este Despacho no puede acceder a la solicitud de prescripción de la acción disciplinaria y consecuente archivo, presentada por la defensa en la apelación del fallo de primera instancia proferido por la Procuraduría Regional del Huila.

Otras decisiones

Criterios para la dosificación de la sanción

En el presente caso no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad (artículo 8 de la Ley 1952 de 2019 modificada por la Ley 2094 de 2021) por la entrada en vigor del Código General Disciplinario del 29 de marzo de 2022, puesto que no hubo

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

modificación a la falta disciplinaria endilgada al particular sancionado, ni a la sanción de inhabilidad para contratar con el Estado de 1 a 20 años a imponer, señalada tanto en el artículo 56 de la Ley 734 como en el artículo 73 del C.G.D.

Ahora bien, el legislador dispuso en el artículo 50 de la Ley 1952 de 2019 modificado por el artículo 11 de la Ley 2094, los criterios “atenuantes y agravantes” para la graduación de la sanción, los cuales tendrá en cuenta el juzgador de instancia para efectos de fijar el término de la sanción disciplinaria a imponer al sujeto procesal.

Habida cuenta de que el juzgador de instancia debe ceñirse a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción y de prevalencia del principio de integración normativa dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1952 de 2019, se aplicará el sistema de cuartiles señalado por el legislador en el artículo 61 del Código Penal, porque es una forma de ponderar atenuantes y agravantes al momento de imponer una sanción disciplinaria.

Para el efecto se incorpora la presente tabla con la estructura de dosificación para la sanción de 1 a 20 años a imponer, señalada tanto en el artículo 56 de la Ley 734, como en el artículo 73 del C.G.D.

Cuartiles	Termino de la sanción	Criterio de movilidad
1° cuartil	1 a 5 años	Cuando solo hay atenuantes
2° cuartil	6 a 10 años	Cuando concurriendo atenuantes y agravantes se aplican más aquellos o ambos están presentes en igual grado
3° cuartil	11 a 15 años	Cuando concurriendo atenuantes y agravantes se aplican más estos
4° cuartil	16 a 20 años	Cuando los criterios aplicables son solo agravantes

De conformidad con el criterio de valoración presentado el despacho procede a valorar el caso concreto de la sanción a imponer al señor ARMANDO ARIZA QUINTERO así:

Atenuantes:

- a) **La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función o la ausencia de antecedentes.** No es aplicable al caso concreto.
- b) **La confesión de la falta o la aceptación de cargos.** No es aplicable al caso concreto.
- c) **Haber, por iniciativa propia, resarcido el daño o compensado el perjuicio causado.** No es aplicable al caso concreto.
- d) **Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso.** No es aplicable al caso concreto.

Agravantes:

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web: www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

a) **Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga.** Es aplicable como criterio favorable al disciplinable, pues el señor ARMANDO ARIZA QUINTERO identificado con la cédula de ciudadanía número 12.109.261 no tiene antecedentes disciplinarios de conformidad con el certificado ordinario No. 196851823 expedido por la Procuraduría General de la Nación de fecha 19 de mayo de 2022. Así mismo, no se encuentra reportado como responsable fiscalmente, según constancia del Sistema de Información del Boletín de Responsables Fiscales SIBOR, del 19 de mayo de 2022, a las 14:49:29 con número de verificación 12109261220519144929 (fls. 347 -348).

b) **Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero.** No aplica al caso concreto.

c) **El grave daño social de la conducta.** No es aplicable al caso concreto.

d) **La afectación a derechos fundamentales.** No es aplicable al caso concreto.

e) **El conocimiento de la ilicitud.** No es aplicable al caso concreto.

f) **Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.** De acuerdo con los elementos de prueba que obran al expediente en efecto el disciplinable según certificación suscrita por la coordinadora de talento humano de la Caja de Compensación Familiar fue director administrativo de COMFAMILIAR desde el año 1993 hasta el año 2015, devengando un salario de VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS PESOS (\$25.877.200) en la vigencia 2015 (fls. 117 -118).

g) **Ejecutar la conducta constitutiva de falta disciplinaria por recompensa o promesa remuneratoria de un tercero.** No es aplicable al caso concreto.

h) **La naturaleza de los perjuicios causados.** No es aplicable al caso concreto.

De la valoración de los atenuantes y agravantes concluye esta Delegada de juzgamiento que, en el caso concreto se configura una (1) circunstancia agravante relacionada con el cargo directivo del particular sujeto disciplinable, frente a un (1) atenuante en razón a que no tiene antecedentes disciplinarios, ni fiscales. De suerte que, al analizar los criterios atenuantes y agravantes aplicando el sistema de cuartiles expuesto en aras de lograr una dosificación objetiva, proporcional y razonable que atienda al principio de lesividad y de necesidad el despacho le confirmará al señor ARMANDO ARIZA QUINTERO, una sanción que corresponde a imponer por la falta gravísima con culpa gravísima de inhabilidad para contratar con el Estado (artículo 56 de la Ley 734 de 2002) por el término de diez (10) años. La dosificación se encuadra en el 2° cuartil, que inicia con seis (6) años y termina con diez (10) años que se

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.: 11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web:

www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7

propone cuando *concurriendo atenuantes y agravantes se aplican más aquellos o ambos están presentes en igual grado*, como ocurre en el caso concreto.

En mérito de lo expuesto, el Procurador Delegado Disciplinario de Juzgamiento 3, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por el Procurador Regional del departamento del Huila, el 22 de febrero de 2021, por medio del cual se sanciona al señor ARMANDO ARIZA QUINTERO identificado con la cédula de ciudadanía número 12.109.261 con inhabilidad para contratar con el Estado por el término de diez (10) años, por las razones esbozadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR al disciplinado y a su apoderado de conformidad con lo ordenado por el Procurador General de la Nación en la Resolución No. 0216 del 26 de mayo de 2020, advirtiéndoles que contra lo decidido en esta providencia no procede ningún recurso en la Procuraduría General de la Nación.

TERCERO: COMUNICAR, a la Procuraduría Regional del departamento de Huila para que ordene adelantar las actuaciones correspondientes al registro de la sanción en el sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad SIRI de la Procuraduría General de la Nación dentro de la oportunidad que dispone el numeral 7 del artículo 55 de la Ley 1952 de 2019 modificada por la Ley 2094 de 2021. Y que todas las actuaciones se realizaran únicamente desde y a través del correo electrónico: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co.

OCTAVO: Por la funcionaria librar las notificaciones y comunicaciones de rigor y una vez en firme esta decisión HACER los registros correspondientes en el SIM.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANTONIO JOSÉ NÚÑEZ TRUJILLO

Procurador Delegado

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co

Proyectó: Bleyner Solano Ñañez

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.:

11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co , sitio Web:

www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



Expediente: IUS E-2017-11800- IUC D-2017-925436

27

Revisó: AJNT

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3

Carrera 5 No. 15 – 80 BOGOTÁ D.C., Línea gratuita para todo el país: 018000 910 315 (571) 5878750 Ext.:
11929 - 1931 -11932 - 11933 Correo: disciplinariadejuzgamiento3@procuraduria.gov.co, sitio Web:
www.procuraduria.gov.co, NIT. 899999119-7



ACTUACIÓN DISCIPLINARIA CONTRA FUNCIONARIO DE LA PGN-Fallo absolutorio al desvirtuarse cargo de falsificación de firma en actos administrativos de la Procuraduría Regional de Casanare

COMPETENCIA DE LAS PROCURADURÍAS DELEGADAS DE JUZGAMIENTO-Para conocer de las actuaciones disciplinarias surtidas en instrucción por la veeduría de la PGN

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO-De la idoneidad del documento público para servir como medio de prueba

FALSIFICACIÓN-Configuración del verbo rector del comportamiento falsificar

El verbo rector del comportamiento, “falsificar” exige para su configuración una actividad voluntaria o un ejercicio intencional del actor, que lleva a concluir que la estructura de la falta disciplinaria, en este caso, no admitiría la modalidad culposa. Este delito es esencialmente doloso, toda vez a que no basta que el agente haya incurrido objetivamente en una mendacidad por cuanto es necesario que haya actuado intencionalmente y con conocimiento en la falsedad en la que incurre

Al incurrirse en delito de falsedad en documento público, lo sancionado es la conducta falsaria, independiente del mérito que pudiere otorgársele al medio en un particular ámbito, puesto que lo trascendente es la aptitud probatoria frente a la totalidad del tráfico jurídico

La administración pública desarrolla sus actividades en el tráfico jurídico documental y los funcionarios públicos están destinados a dar testimonios fehacientes de lo allí consignado, extendiendo la confianza de la sociedad en ellos. En el presente caso, a la investigada se le señala la presunta comisión del Delito de falsedad material en documento público, desarrollado en el artículo 287 del Código Penal Colombiano, es preciso señalar que, el bien jurídico tutelado en ese delito, es la fe pública

TIPICIDAD EN DERECHO DISCIPLINARIO-Su aplicación exige definir sujeto activo, deberes o funciones y prescripción de elementos de la conducta

En la órbita del derecho disciplinario como parte del derecho sancionador o ius puniendi para la aplicación del principio de tipicidad como categoría dogmática y expresión del principio de legalidad se debe definir lo siguiente: (i) el sujeto activo de la conducta sancionable; (ii) los deberes o funciones propios del cargo; (iii) la prescripción de los elementos básicos de la conducta infringida teniendo en consideración que al utilizar normas en blanco se debe hacer la remisión normativa precisa, y establecer criterios para determinar con claridad la conducta; y a partir de allí proceder a hacer la adecuación típica o la subsunción de la conducta frente al deber funcional infringido y la comisión de la falta disciplinaria sancionable, que constituiría el nexo para comprobar la imputación objetiva

IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988
Fallo primera instancia absolutorio

1



HECHO PROBADO-Suplantación de firmas en autos, oficios y circular de la Procuraduría Regional de Casanare

INFORME TÉCNICO-Pruebas grafológicas realizadas a actos administrativos de la procuraduría regional arrojan evidencia de suplantación o falsificación

INDICIO EN MATERIA DISCIPLINARIA-Medio probatorio indirecto que se deduce lógicamente a partir de hechos indicadores probados con otros medios directos de prueba

INDICIO-Debe contener hechos indicadores, reglas de la experiencia e inferencias y el hecho indicado

CONSTRUCCION DEL INDICIO-No hay suficiente evidencia para inferir culpabilidad del delito de falsedad material en documento público

Para poder inferir y/o concluir los argumentos tenidos en cuenta por la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, al momento de proferir el auto de cargos, es necesario que la conclusión se derive, conforme a la razón, de lo efectivamente probado en las pruebas recaudadas; también es fundamental que el hecho de que da cuenta y las pruebas se aproximen lo más posible, a las afirmaciones efectuadas en el pliego de cargos, evitando dentro del campo de la discrecionalidad que la autoridad competente imprima sus propias creencias subjetivas o presunciones de cara para demostrar culpabilidad

En el presente caso, y de acuerdo con los indicios de comprensión valorativa mencionados supra, el comportamiento endilgado a la investigada, así como la confrontación probatoria, no es suficiente para señalar o concluir que efectivamente la señora..., fue quien FALSIFICÓ la firma del Procurador Regional...

Es importante precisar que el análisis hecho a partir de las pruebas debidamente practicadas e incorporadas no es producto de un deficiente estado de las pruebas que obran en el proceso, sino se trata de pruebas directas en perfecto estado de las cuales se desprenden los hechos indicadores

El análisis que se realizó con el fiel seguimiento de los pasos para construir los indicios, junto a la totalidad de las pruebas obrantes en el proceso NO permite inferir con grado de certeza que fue la señora..., en condición de Sustanciadora Grado 11 con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare, quien incurrió en la descripción típica contenida en el artículo 287 del Código Penal que contempla el punible de falsedad material en documento público

VALORACIÓN PROBATORIA EN EL PLIEGO DE CARGOS-No obra prueba en el dossier que permita afirmar lo censurado por la Veeduría



FORMULACIÓN DE PLIEGO DE CARGOS-Imputación provisional susceptible de ser confirmada o desvirtuada conforme a las pruebas y argumentos de los sujetos procesales

ANALOGÍAS CALIGRÁFICAS-Confrontación de firmas dubitadas y firmas indubitadas concluye la no uniprocedencia manuscrita de funcionarios

PRINCIPIO IN DUBIO PRO DISCIPLINADO-La administración debe demostrar con pruebas la responsabilidad del implicado ya que la carga probatoria recae en ella

DICTAMEN PERICIAL DE GRAFOLOGÍA-No se logró establecer que secretaria fuera la que falsificó la firma del procurador regional en actos administrativos

MUESTRAS CALIGRÁFICAS-No establecieron técnicamente el funcionario que realizó o suplantó firmas del Procurador Regional

FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO-Se absuelve a la funcionaria del cargo imputado por falta de tipicidad en la conducta

Desde el punto de vista subjetivo, el despacho instructor no identificó al servidor público que pudo haber realizado la descripción típica, así las cosas, al no existir certeza frente a la responsabilidad de la disciplinada, no es posible sostener la tipicidad endilgada a esta en la formulación de cargos, pues si el comportamiento reprochado a la investigada no pudo ser probado, en consecuencia, la falta que se estructuró sobre ese comportamiento desaparece. En conclusión, para que se configure la falta disciplinaria, deberá existir el elemento de tipicidad

Con base en las anteriores conclusiones es claro que, aunque se probó la ocurrencia de la suplantación de la firma del Dr..., Procurador Regional de Casanare en las siguientes decisiones señaladas proferidas el 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, no se tiene la certeza probatoria que la señora..., fue la funcionaria que realizó la conducta objeto de cuestionamiento. Si bien en este proceso disciplinario, se vinculó a la disciplinada como probable responsable de la descripción del tipo penal señalado en el artículo 287 de la Ley 599 de 2000, está claro que el material probatorio allegado al plenario no permite a esta Delegada confirmar el cargo imputado a la señora...

En ese orden de ideas, quedó claro para el despacho que el material probatorio recaudado no permite tener la certeza de que la funcionaria... fue quien falsificó la firma del Doctor..., Procurador Regional de Casanare, en este caso nos encontramos frente a la ausencia de tipicidad de la conducta razón por la cual estaría de más analizar la culpabilidad y la ilicitud sustancial, elementos estos que componen la falta disciplinaria y que también son indispensables para argumentar la responsabilidad de la funcionaria



Por lo tanto y con base en lo analizado a lo largo de pronunciamiento, se ABSOLVERÁ por el cargo único imputado a..., en calidad de Sustanciador Grado 11 encargado de la Procuraduría 68 Judicial II para Asuntos Penales de Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare, para la época de los hechos



PROCURADURÍA DELEGADA DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO 1

Radicación: IUS-2017-56455 / IUC-D-2019-1398988
Investigado: JEAN DAISY HOLGUIN MONROY
Entidad y cargo: Sustanciador Grado 11 de la Procuraduría 68 Judicial II para Asuntos Penales de Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare
De oficio- Informe de servidor público
Quejoso: 19,24, 25 y 26 de enero de 2017
Fecha hechos: **Fallo de primera instancia absolutorio**
Asunto:

Bogotá D.C., 12 de mayo de 2023

I. ASUNTO

Corrido el traslado para la formulación de alegatos de conclusión por los sujetos procesales, según auto del 10 de octubre de 2022, procede el despacho a proferir fallo de primera instancia en la investigación disciplinaria adelantada contra JEAN DAISY HOLGUIN MONROY, en calidad de Sustanciador Grado 11 encargada de la Procuraduría 68 Judicial II para Asuntos Penales de Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare para la época de los hechos.

II. IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN FUNCIONAL DE LA INVESTIGADA

En el presente expediente disciplinario se investiga a la siguiente exfuncionaria de la Procuraduría General de la Nación:

JEAN DAISY HOLGUIN MONROY, identificada con la C.C. No. xxxx , en su condición de Sustanciador Grado 11 encargada de la Procuraduría 68 Judicial II para Asuntos Penales de Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare.

III. RESUMEN DE LOS HECHOS

La presente actuación disciplinaria inició en virtud de la compulsión de copias realizada el 14 de febrero de 2019 por la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, dentro del proceso disciplinario con radicación IUS 2017-56455 / IUC-D-2017-937739 adelantado contra funcionarios por determinar de la Procuraduría Regional de Casanare. En el numeral séptimo de la decisión se dispuso romper la unidad procesal, y compulsar copias de algunas piezas procesales, con el objeto de iniciar por cuerda separada una investigación disciplinaria, por presuntos actos de corrupción, puesto que, al parecer existió una presunta suplantación de firmas del Procurador Regional de Casanare, JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA

IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988
Fallo primera instancia absolutorio

5



durante la vigencia de 2017.

IV. ANTECEDENTES PROCESALES

4.1 La compulsa de copias

Al evaluar la indagación preliminar dentro del radicado IUS-2017-56455 / IUC-D-2017-937739, adelantada por la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, contra funcionarios por determinar de la Procuraduría Regional de Casanare, dispuso a través de auto del 14 de febrero de 2019 apertura de investigación disciplinaria contra funcionarios adscritos a la Procuraduría Regional de Casanare, para la época de los hechos, por presuntas conductas relacionadas con posibles incrementos injustificados en sus patrimonios; asimismo por prescripciones, moras u omisiones en distintos procesos disciplinarios. En el numeral séptimo de la misma decisión, la Veeduría ordenó compulsar copia de las piezas procesales, con destino a esa misma dependencia, para que por cuerda separada se iniciara una investigación disciplinaria por posibles irregularidades relacionadas con la presunta suplantación de la firma del Procurador Regional de Casanare, JUAN PABLO GARCIA PEÑALOZA, en autos de actuaciones disciplinarias y en actos administrativos, firmados en fechas que al parecer dicho funcionario no se encontraba en las dependencias de la Procuraduría Regional ni en la ciudad de Yopal, sede la oficina.

La compulsa se realizó el 10 de octubre de 2019¹, según constancia secretarial que aparece a folio 1 del cuaderno principal 1.

4.2 Apertura de Investigación

Por auto del 18 de diciembre de 2019 la Veeduría dispuso la **apertura de investigación disciplinaria**² contra JEAN DAISY HOLGUIN MONROY, en su condición de Sustanciador grado 11 (E) con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare, para la época de los hechos y EDWARD ENRIQUE SILVA ZAMORA, en su condición de Sustanciador en provisionalidad, para la época de los hechos, en la Procuraduría Regional de Casanare, decisión que fue notificada así: personalmente vía correo electrónico al investigado EDWARD ENRIQUE SILVA ZAMORA³ el 20 de enero de 2020 a las 9:47 a.m.; y, personalmente, por intermedio de funcionario comisionado a JEAN DAISY HOLGUIN MONROY⁴ el 24 de enero de 2020.

4.3 Cierre de la Investigación

El 06 de octubre de 2021 se ordenó **el cierre de la investigación disciplinaria**⁵, la decisión fue notificada mediante estado fijado el 13 de octubre de 2021⁶, y

¹ Folios 3 a 11 cuaderno principal 1

² Folios 225 a 228 cuaderno principal 2

³ Véase notificación a folio 243 cuaderno principal 2

⁴ Ver acta de notificación en folio 251 cuaderno principal 2.

⁵ Folio 343 Cuaderno principal 2

IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988

Fallo primera instancia absolutorio



vencido el término de ejecutoria no se interpuso recurso en su contra, según constancia secretarial adjunta.

4.4 Pliego de cargos

Mediante auto del 21 de febrero de 2022 se formuló **el pliego de cargos**⁷ a JEAN DAISY HOLGUIN MONROY, identificada con C.C. No. 40.376.058, en su condición de SUSTANCIADOR GRADO 11 (E) de la Procuraduría 68 judicial II para asuntos Penales de Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare, para la época de los hechos (enero de 2017), con ocasión del ejercicio de sus funciones, presuntamente realizó objetivamente una descripción típica considerada en la ley como delito sancionable a título de dolo, por cuanto posiblemente falsificó la firma del procurador regional de Casanare JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en los siguientes documentos públicos:

1. Auto de fecha 25 de enero de 2017, proceso disciplinario No. 0034-2015
2. Auto de fecha 25 de enero de 2017, Radicación de Correspondencia No. 14874/2017
3. Auto de fecha 25 de enero de 2017, R.C. No. 14592/2016
4. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 13100
5. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14797/2017
6. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14718/2017
7. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14855/2017
8. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14865/2017
9. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14856/2017
10. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14801/2017
11. Circular Conjunta No. 02 de 2017 con fecha 24 de enero de 2017.

Respecto al señor EDWARD ENRIQUE SILVA ZAMORA, se dispuso la terminación de la actuación disciplinaria y, en consecuencia, el archivo definitivo, por haberse demostrado que, si bien laboró en enero de 2017 con la funcionaria Holguín Monroy, se le encomendó fue la labor de evaluación de quejas y de recibir y devolver estas mismas a Secretaría, de tal manera que no tuvo injerencia en los proyectos que presentaban los abogados para la firma del procurador.

La decisión fue notificada de la siguiente manera: al defensor de la disciplinada a través de correos electrónicos remitidos el 28 de febrero de 2022, como consta en el folio 385 y siguientes del cuaderno principal 2. La investigada fue notificada 2 de marzo siguiente.

4.5 Remisión por competencia interna (Resoluciones Nos. 207 y 217 de 2021)

⁶ Ver comunicaciones a sujetos procesales, incluido apoderado de Jean Daisy Holguín, Estado y constancia en folios 344 a 368 c. p. 2

⁷ Folios 369 a 370 Cuaderno principal 2
IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988
Fallo primera instancia absolutorio



Mediante acta del 9 de marzo de 2022, la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, remitió el expediente por competencia⁸ a las procuradurías delegadas para el juzgamiento disciplinario (reparto), en virtud de lo dispuesto en las resoluciones Nos. 207⁹ y 217¹⁰ de 2021 proferidas por la Procuradora General de la Nación.

El expediente correspondió a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública con funciones de juzgamiento disciplinario, radicado en esta delegada el 14 de marzo de 2022 y repartido entre los asesores el 24 de marzo siguiente¹¹.

4.6 Auto que avoca conocimiento y decreta pruebas en descargos

Mediante auto del 2 de mayo de 2022 este despacho avocó el conocimiento del asunto¹², así mismo se ordenó la práctica de pruebas en etapa de descargos, esta decisión se notificó mediante correo electrónico a los sujetos procesales, según se indicó en la constancia secretarial que obra a folio 418 del cuaderno principal 3.

4.7 De la distribución de funciones y competencias

El 12 de mayo de 2022 la Procuradora General de la Nación expidió la Resolución No. 150 *“por medio de la cual se distribuyen competencias y funciones en las procuradurías delegadas, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto ley 1851 de 2021”* y en virtud del artículo 13 de la mencionada resolución, los procesos a cargo de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública fueron asumidos por la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1.

4.8 Fija fecha para la práctica de una prueba testimonial

El 15 de junio de 2022¹³ este despacho dispuso fijar para el 23 de junio de 2022 la declaración juramentada del señor JUAN PABLO GARCIA PEÑALOZA. Diligencia que se llevó a cabo, utilizando la herramienta tecnológica MICROSOFT TEAMS, de conformidad con lo señalado en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en concordancia con la Resolución No. 216 de 2020 y la Ley 2213 de 13 de junio de 2022.

4.9 De la comisión para la práctica de una prueba

⁸ Folios 398 y 399 Cuaderno principal 2

⁹ “Por medio de la cual se delegan y distribuyen transitoriamente funciones en la Procuraduría General de la Nación, para garantizar la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia y la doble conformidad en las actuaciones disciplinarias.”

¹⁰ “Por medio de la cual se identifican y delegan funciones de la Procuraduría General de la Nación a las procuradurías delegadas y a las salas disciplinarias para la instrucción y juzgamiento disciplinario”

¹¹ Folios 400 y 402 Cuaderno principal 2

¹² Folios 412 a 414 Cuaderno principal 2

¹³ Folios 423 Cuaderno principal 2



El 30 de agosto de 2022 esta Procuraduría Delegada dispuso comisionar¹⁴ a la Procuraduría Regional de Tolima para la práctica de la diligencia de declaración juramentada del señor JUAN PABLO GARCÍA PELAÑOZA, como quiera que, para la época, su dirección de residencia era la ciudad de Ibagué y el despacho debía ponerle de presente una documentación.

4.10 Traslado alegatos de conclusión

Por auto del 10 de octubre de 2022 se ordenó correr traslado¹⁵ a los sujetos procesales para que presentaran sus alegatos de conclusión. La notificación se realizó el mismo 10 de octubre mediante correo electrónico a los sujetos procesales¹⁶, lo anterior de conformidad con lo señalado en la Ley 2213 de 2022.

Al haber transcurrido los dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje, tal y como lo señala el artículo 8° de la Ley 2213 de 2022, la notificación quedó surtida el 10 de octubre siguiente, en ese sentido el término de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión venció el 27 de octubre de 2022. Observando el despacho que los sujetos procesales no presentaron escrito en tal sentido, lo anterior, de conformidad con la constancia secretarial¹⁷ emitida el 31 de octubre de 2022.

Asimismo, una vez se ordenó el auto de traslado para alegar en conclusión la secretaría del despacho envió a los correos de los sujetos procesales, el link del expediente escaneado, para que tuvieran conocimiento del contenido de la totalidad del expediente y así presentar el escrito de alegatos de conclusión. Sin embargo, se observa que tanto la defensa como la investigada recibieron sendos correos, pero no remitieron las alegaciones respectivas.

V. SÍNTESIS DEL CARGO FORMULADO

5.1 JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY, identificada con C.C. No. 40.376.058, en su condición de Sustanciador grado 11 (E) con funciones en la procuraduría Regional de Casanare, para la época de los hechos, mediante Decreto No. 6156 del 22 de diciembre de 2016, proferido por la procuradora general de la Nación.

Cargo único:

«La servidora pública JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY, identificada con C.C. 40.376.058, en su condición de SUSTANCIADOR GRADO 11 (E) de la Procuraduría 68 Judicial II para asuntos Penales de Cali, con funciones en la procuraduría regional de Casanare, para la época de los hechos (enero de 2017), con ocasión del ejercicio de sus funciones, presuntamente realizó objetivamente una descripción típica considerada en la ley como delito sancionable a título de

¹⁴ Folios 439 a 441 Cuaderno principal 2

¹⁵ Folios 469 a 470 Cuaderno principal 2

¹⁶ Folios 471-472 y 476-477 Cuaderno principal 2

¹⁷ Cfr, fls. 479 C.P.3

IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988

Fallo primera instancia absolutorio



dolo, por cuanto posiblemente falsificó la firma del procurador regional de Casanare JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en los siguientes documentos públicos que pueden servir de prueba y que debía firmar este como titular del cargo:

1. *Auto de fecha 25 de enero de 2017, proceso disciplinario No. 0034-2015*
2. *Auto de fecha 25 de enero de 2017, Radicación de Correspondencia No. 14874/2017*
3. *Auto de fecha 25 de enero de 2017, R.C. No. 14592/2016*
4. *Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 13100*
5. *Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14797/2017*
6. *Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14718/2017*
7. *Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14855/2017*
8. *Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14865/2017*
9. *Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14856/2017*
10. *Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14801/2017*
11. *Circular Conjunta No. 02 de 2017 con fecha 24 de enero de 2017¹⁸*

Con tal comportamiento es probable que haya desarrollado objetivamente la descripción del tipo penal doloso de falsedad material en documento público, prevista en el artículo 287 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000)».

La falta fue calificada como GRAVÍSIMA al tenor del artículo 48 numeral 1° de la Ley 734 de 2002, por la presunta comisión del artículo 287 de la Ley 299 de 2000, cometida a título de DOLO.

VI. NORMAS PRESUNTAMENTE INFRINGIDAS POR LA INVESTIGADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

En el pliego de cargos se señalaron las siguientes normas infringidas por los investigados:

- **Constitución Política:**

- **ARTÍCULO 209.** *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, **moralidad**, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

- **Ley 489 de 1998**

¹⁸ Ver especialmente las conclusiones del informe técnico grafológico a folio 90 y los actos administrativos examinados folios 94 a 145, cuaderno Anexo No.1
IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988
Fallo primera instancia absolutorio



- **ARTÍCULO 3.** *“Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen...”.*
- **Ley 734 de 2002**
 - **ARTÍCULO 23.** *“La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos, funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.*
 - **ARTÍCULO 48 “FALTAS GRAVÍSIMAS.** *Son faltas gravísimas las siguientes:*
 1. *Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo”.*
- **LEY 599 de 2000- Código Penal Colombiano**
 - **ARTÍCULO 287.** *“Falsedad en documento público. El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años”.*

VII. SÍNTESIS DE LOS DESCARGOS Y ALEGACIONES

7.1 Descargos¹⁹

El abogado defensor de la disciplinada radicó, en término, el escrito de descargos, que señala los siguientes argumentos:

Indica que, en virtud del contenido del artículo 6° de la Constitución Política, prevé la cláusula general de responsabilidad de los ciudadanos, y excluyente de los servidores públicos, los cuales deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. La potestad del estado de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores dada la especial sujeción de estos al mismo con el Estado, debido a la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública de manera que el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público.

¹⁹ Folios 405 a 411 Cuaderno principal 2
IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988
Fallo primera instancia absolutorio



Señala que el cumplimiento de los cometidos estatales y en el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objeto principal para el cual fueron instituidos, como es el de, servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución y la ley.

Cita el contenido del artículo 5 de la Ley 734 de 2002 y manifiesta que el ilícito disciplinario comporta un quebrantamiento del deber, empero, no es el mero quebrantamiento sustancial, e indica que entender sustancialmente quebrantado un deber se requiere que, la conducta enjuiciada haya desconocido no solo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un Estado Social y Democrático del Derecho. Afirma que cuando se constate que formalmente se quebrantó un deber pero que, en lo sustancial no se ha cuestionado la funcionalidad del mismo, la conducta resulta apenas aparentemente ilícita. Encontrándose frente a la inexistencia de “antijuridicidad sustancial, aunque si formal, siendo la primera el fin de la infracción disciplinaria, no obstante, el hecho punible queda desestructurado”.

Manifiesta que, en el auto de cargos proferido el 21 de febrero de 2022 la señora veedora de la Procuraduría General de la Nación, señaló que, en el expediente no existía prueba directa, que permitiera discurrir que, la servidora JEAN DAISY HOLGUIN MONROY fue la funcionaria que suplantó la firma del procurador regional de Casanare JUAN PABLO GARCIA PEÑALOZA, en ausencia de este, en los autos, oficios y circular fechados el 19, 24,25 y 26 de enero de 2017, los cuales fueron examinados en la prueba técnica como no suscritos con la firma autentica del citado procurador.

Indica que en la providencia se estableció que existían serios y graves indicios circunstanciales, así: i. alto grado de confianza del procurador en la investigada, ii. No presencia del procurador en su despacho para esos días, iii. Presencia de JEAN DAYSI en ese despacho, iv. Rol cumplido en la Regional de Casanare por dicha funcionaria, infiriendo que la servidora fue posiblemente quien remendó o suplantó la firma de Garcia Peñaloza en los actos administrativos señalados.

Afirma que, con esa apreciación la señora veedora está perdiendo objetividad y en una forma subjetiva soslaya la verdad probatoria, porque en el expediente no obra prueba que permita señalar que su prohijada haya suplantado o falsificado la firma del Procurador Regional para la época de los hechos, reitera que el despacho instructivo se limitó a esgrimir que existían indicios graves, pero deshecha la prueba científica-técnica como lo es la grafológica.

Señala que el informe grafológico realizado el 6 de abril de 2017, por el señor JOSE JESÚS TRUJILLO MURILLO, funcionario adscrito a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales cotejó muestras caligráficas, tomadas para comparación a nueve servidores de la Procuraduría Regional de Casanare y



concluyó que, no se detectaron analogías caligráficas entre las firmas de duda y las indubitadas. Afirma que el perito relacionó para su estudio, las firmas contenidas en los autos fechados el 19, 25 y 26 de enero de 2017, los cuales fueron objeto de cuestionamiento en la presente actuación.

Alega que entre los servidores que se le tomó la muestra grafológica estaba su prohijada, y no se detectó analogías caligráficas entre las firmas de duda y las indubitadas. Reitera que, en el estudio grafológico allegado, se concluyó la “no uniprocedencia manuscrita” de los autos fechados el 19, 25 y 26 de enero de 2017, insiste que, no se estableció plenamente que ninguno de ellos falsificó la firma o suplanto para época al Dr. Juan Pablo García.

Indica que su defendida no falsificó los mencionados autos materia de investigación, menos suplantó al Procurador Regional para la época de los acontecimientos, como quiera que el perito atendió sus obligaciones como era el deber de analizar en concreto una a una las grafías dubitadas de manera comparativa con las indubitadas, especificando su relación con ellas, los rasgos fuertes, los rasgos débiles, la proporcionalidad, fluidez, regularidad, armonía, estudio de la inclinación de los trazos manuscriturales, puntos de inicio, de terminación, el tipo de papel, etc.

Señala que se mostraron tales proyecciones, trazos y espacios a través de fotografías, o por otro método que hicieron evidentes e indiscutibles las discrepancias sobresalientes demostrativas de producciones escriturales distintas, demostrando de esta manera la inocencia de su prohijada.

Insiste en que el informe pericial es claro y contundente, no permite albergar la menor duda sobre la aseveración predicada en la conclusión, refleja el presente dictamen, un desarrollo del procedimiento técnico científico empleado para su examen, que, en definitiva, es el que convencerá al operador disciplinable de su acierto o desatino, asimismo indica que, se detallaron una a una las incompatibilidades entre la presunta firma falsificada y la genuina.

Manifiesta que, en cuanto al cargo endilgado, como lo es la incursión en el tipo penal, de falsedad material en documento público descrito en el artículo 287 del Código Punitivo, en este caso, la firma del Procurador Regional para la época de los hechos, no se muestra evidente e incuestionable los elementos que estructuran la realización de la conducta típica, como lo es la “falsedad”, puesto que no existe prueba que demuestre que JEAN DAYSI HOLGUIN fue quien verdaderamente suplantó la firma del Procurador Regional.

Alega que, en la argumentación que sirve de sustento al precitado pliego de cargos no hay un proceso técnico-jurídico de subsunción típica de los hechos probados bajo las normas invocadas, evidenciándose únicamente una apreciación y valoración subjetiva de los hechos probados, que se traducen en la suposición de que al entregarle o pasarle los documentos (autos) a su patrocinada,



objetivamente sería ella quien los falsificó o suplantó al servidor público con la finalidad de beneficiarse.

Afirma que, existe la certeza, contundencia que en el plenario no obra prueba directa, en contra de su prohijada, y que, por tanto, es posible afirmar la existencia de una duda razonable, tal como lo contempla el artículo 9° de la Ley 734 de 2002. Indica que, no entiende como “una servidora pública que administra justicia (disciplinaria)” señala que la realización objetiva de la conducta por parte de su prohijada es tan clara, cuando NO existe una investigación penal. Procedimiento que exige la ley. Sin que esto pruebe que la conducta denunciada de oficio es típica, antijurídica y culpable, puesto que, según él se estaría hablando de una responsabilidad no objetiva, sino subjetiva condenando en forma anticipada a su mandante y vulnerando el contenido del artículo 29 de la Carta Política y el artículo 9° de la Ley 734 de 2002.

Trae apartes de una decisión de este ente de control, con relación a la presunción de inocencia- principio in dubio pro disciplinado, y afirma que este principio tiene aplicación no solo en el enjuiciamiento de las conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador y debe ser respetado por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad punitiva del Estado.

Asimismo, cita la definición del “principio in dubio pro reo”, el cual también emana de la presunción de inocencia, pues esta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y a la obligación de dar tratamiento especial al procesado.

Alega que, por parte de la dependencia que profirió el auto de formulación de cargos en contra de la investigada, que incurrió en la vulneración del principio de presunción de inocencia, como quiera que no está siendo objetiva y está valorando las pruebas recopiladas hasta el momento en forma subjetiva, sin tener en cuenta la sana crítica para tal fin.

Arguye que, con el acervo probatorio recaudado, analizado razonablemente y en sana crítica, la determinación que debió adoptar el servidor público encargado de la investigación disciplinaria debió ser el archivo definitivo y no como a contrario sensu, tomó contrariando todos los principios y postulados constitucionales y legales que rigen la investigación disciplinaria.

Manifiesta que, el artículo 162 del C.D.U. aduce que, el funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado, lo cual según la defensa no ocurrió en la determinación adoptada por parte del Despacho, puesto que para él objetivamente no está demostrada la falta, no se analizaron íntegramente las pruebas documentales y testimoniales que reposan en el expediente, indica que es posible afirmar que fue subjetivo al valorar las mismas en forma caprichosa, vulnerando en todo sentido la estructura constitucional y fundamental del artículo 29 de la Carta Política.



Cita apartes del tratadista Jose Rory Forero Salcedo, quien puntualmente trata el tema de la apreciación de las pruebas, así: *“La apreciación arbitraria de la prueba por parte del operador disciplinario conduce a que se produzca indefensión del implicado por violación a su derecho de defensa, debilidad probatoria que en nuestro criterio conlleva la declaratoria de nulidad por flagrante desconocimiento de la causal segunda descrita en el artículo 143 del C.D.U.*

Así las cosas, la actividad probatoria de cargo debe ser compatible con el principio de la libre apreciación de la prueba máxime si consideramos que una de las maneras de hacer efectivo el derecho de defensa, es buscando sin escatimar esfuerzos, la verdad real y para ello el operador del Derecho disciplinario debe: 1) investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que tienden a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Es decir, el operador disciplinario, no solamente debe investigar las circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria o agraven su responsabilidad, sino también aquellas que la atenúen o eximan de la misma conforme el artículo 129 ibídem (...).”

Asevera que, para entender el conocimiento científico del tratadista mencionado, es más que claro concluir como se debe llevar a cabo una investigación disciplinaria, como se analiza el acervo probatorio recaudado, sobre todo analizar todas las probanzas en conjunto, íntegramente, no en forma separada y por “pedacitos”, perjudicando a la investigada, y alega que el funcionario instructor estaría rayando en normas penales (prevaricato).

Afirma que, objetivamente ha demostrado que, la presunta conducta disciplinaria que se endilgó a JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY, en el “mal llamado pliego de cargos” por parte de la funcionaria disciplinaria, no se ha probado, las pruebas son más que claras, y contundente, respecto que no ha actuado en contravía de la ley y la constitución y por el contrario ha cumplido a cabalidad con las funciones asignadas como empleada del ente de control, indica que tampoco se ha conculcado ni siquiera el manual de funciones que debe cumplir y en gracia de discusión, se podría contemplar la duda razonable, en virtud del artículo 9 del C.D.U., se mantiene incólume la presunción de inocencia, el principio in dubio pro disciplinado y no se configurarían los elementos estructurales de tipicidad e ilicitud sustancial y culpabilidad.

Reitera la definición de ilicitud sustancial contenida en el artículo 5° de la Ley 734 de 2002 y señala que la antijuridicidad en materia disciplinaria, es uno de los rasgos que dan autonomía al derecho disciplinario, conforme lo plasmó el legislador al expresar que el carácter de antijuridicidad de la falta obedece a una afectación injustificada del deber funcional y que se contrapone al concepto del derecho penal de antijuridicidad material, puesto que esta última se fundamenta en el daño al bien jurídico objeto de protección del derecho penal que guarda relación directa con los derechos fundamentales, la ilicitud sustancial se soporta y



se agota en el incumplimiento del deber que se contradice con la correcta marcha de la función pública.

Finaliza afirmando que, al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia que tiene derecho el disciplinado, es procedente solicitar al despacho que proceda a REVOCAR el pliego de cargos proferido en contra de la disciplinada el 21 de febrero de 2022, y en consecuencia se disponga el archivo de las diligencias conforme lo establecido en el artículo 164 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 156 ibídem y el artículo 73 ejusdem, por las razones anotadas.

7.2 Alegatos de conclusión

Mediante auto del 10 de octubre de 2022 esta Procuraduría Delegada dispuso correrle traslado para que alegaran en conclusión a los sujetos procesales. Notificado en forma legal el auto tanto a la investigada como a su defensor, se observa que no presentaron escrito en tal sentido, según constancia secretarial emitida el 31 de octubre de 2022 visible a folio 479 del cuaderno principal 3.

VIII. COMPETENCIA DISCIPLINARIA PARA EL JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO

La Procuraduría Delegada Disciplinaria Juzgamiento 1, es competente para proferir fallo de primera instancia dentro del presente radicado, conforme lo establecido en el artículo 73 del Decreto 262 de 2000, modificado por el artículo 17 del Decreto 1851 de 2021, que establece:

“ARTÍCULO 17. Modificar el artículo 73 del Decreto ley 262 de 2000, el cual quedará así:

***Artículo 73. Competencia disciplinaria de la Veeduría.** La Veeduría conoce las actuaciones disciplinarias, hasta la notificación del pliego de cargos o la decisión de archivo, contra los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes a los enunciados en el artículo 101 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 16 de la Ley 2094 de 2021.*

El juzgamiento corresponde a las procuradurías delegadas para el juzgamiento disciplinario”.

La Procuradora General de la Nación expidió la **Resolución No. 150 de 12 de mayo de 2022**, “por medio de la cual se distribuyen competencias y funciones en las procuradurías delegadas, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto ley 1851 de 2021” que respecto de la distribución de expedientes en juzgamiento determinó:



“ARTÍCULO 13 DISTRIBUCIÓN DE EXPEDIENTES EN JUZGAMIENTO. Todos los procesos en etapa de juzgamiento que se encontraban a cargo de las Procuradurías Delegadas para la Moralidad Pública, Segunda para la Vigilancia Administrativa y Sexta ante el Consejo de Estado se distribuirán así:

Los procesos a cargo de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública serán asumidos por la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1 (...).”

Ahora, en cuanto al procedimiento aplicable, previó el artículo 263 de la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, que rige a partir del 29 de marzo de 2022, salvo el artículo 2 relativo a las funciones jurisdiccionales que entró a regir a partir del 29 de junio de 2021, y el artículo 33 que entrará a regir a partir del 29 de diciembre de 2023, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 263. ARTÍCULO TRANSITORIO. <Artículo modificado por el artículo 71 de la Ley 2094 de 2021. El nuevo texto es el siguiente>: A la entrada en vigencia de esta ley, los procesos en los cuales se haya surtido la notificación del pliego de cargos o instalado la audiencia del proceso verbal, continuarán su trámite hasta finalizar bajo el procedimiento de la Ley 734 de 2002. En los demás eventos se aplicará el procedimiento previsto en esta ley”.

Así las cosas, el procedimiento aplicable a la presente actuación, es el contenido de la Ley 734 de 2002, sin perjuicio de las disposiciones que, en virtud del principio de favorabilidad, resulten más permisivas.

En virtud del análisis realizado anteriormente, la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1 tiene competencia, asignada legal y reglamentariamente, para proferir fallo de primera instancia dentro de la actuación disciplinaria de la referencia, adelantada contra JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY.

8.2 Examen de garantías procesales y de defensa.

Como ya se anotó en precedencia, este despacho es el competente para el conocimiento de los hechos investigados y definir la responsabilidad de la conducta cuestionada a la señora JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY.

Revisada la actuación procesal, se observa que se han respetado y atendido las garantías del debido proceso y contradicción que le asiste a la disciplinada, en condición de Sustanciador Grado 11 de la Procuraduría General de la Nación, para la época de la ocurrencia de los hechos.

La apertura de investigación disciplinaria fue notificada de forma personal a la disciplinada. Asimismo, el pliego de cargos le fue notificado a través de correo electrónico a los sujetos procesales, habiendo presentado la defensa escrito de descargos dentro del término de ley.



De manera que, no existiendo vicio alguno de nulidad o trasgresión de las garantías procesales y defensa de la disciplinada, se procederá a definir lo que corresponda a la luz de la normatividad aplicable por la Ley 734 de 2002 y en el nuevo Código General Disciplinario, en lo que resulte más favorable.

IX. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Delegada de juzgamiento disciplinario, resolver el siguiente problema jurídico:

¿Si, la disciplinada JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY, en su condición de Sustanciador Grado 11 (E) de la Procuraduría 68 Judicial II para asuntos Penales de Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare, con ocasión al ejercicio de sus funciones, durante los días 19, 25 y 26 de enero de 2017, falsificó la firma del Procurador Regional de Casanare JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA,, en los documentos que a continuación se relacionan y con su conducta incurrió en la comisión de la falta gravísima consagrada en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al realizar objetivamente la descripción de los elementos del tipo penal contenido en el artículo 287 del Código Penal de *“falsedad material en documento público*.

1. Auto de fecha 25 de enero de 2017, proceso disciplinario No. 0034-2015
2. Auto de fecha 25 de enero de 2017, Radicación de Correspondencia No. 14874/2017.
3. Auto de fecha 25 de enero de 2017, R.C. No. 14592/2016
4. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 13100
5. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14797/2017
6. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14718/2017
7. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14855/2017
8. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14865/2017
9. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14856/2017
10. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14801/2017
11. Circular Conjunta No. 02 de 2017 con fecha 24 de enero de 2017.

Lo anterior por cuanto en el pliego de cargos se consideró que *“, si bien es cierto que no existe en el plenario prueba directa de que la servidora JEAN DAISY HOLGUIN MONROY fue quien suplantó la firma del procurador regional de Casanare JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en ausencia de este, en los autos, oficio y circular fechados el 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, examinados en la prueba técnica como no suscritos con la firma auténtica del citado procurador; sí existen en el proceso serios y graves indicios circunstanciales de: i. alto grado de confianza del procurador en la investigada, ii. no presencia del procurador en su despacho para esos días, iii. presencia de JEAN DAISY en ese despacho; y, iv.*

IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988
Fallo primera instancia absolutorio

18



rol cumplido en la Regional de Casanare por dicha funcionaria; los que permiten inferir razonablemente que esa servidora fue posiblemente la que remedó o suplantó la firma de GARCÍA PEÑALOZA, en tales actos administrativos materia de investigación.”

Para dar respuesta a la cuestión que se plantea se abordará el respectivo análisis, de la siguiente manera; **i)** en primer lugar se procederá al análisis probatorio a fin de determinar los hechos disciplinariamente relevantes que se encuentran acreditados; **ii)** enseguida se confrontarán los hechos acreditados con la falta imputada a la investigada para determinar si hay o no tipicidad de la conducta, y si efectivamente fue ella quien cometió la actuación disciplinaria cuestionada, para en caso de existir proceder a los demás elementos estructurantes de la falta disciplinaria y **iii)** por último se procederá a dar respuesta a los argumentos de defensa.

X. ANÁLISIS Y VALORACIÓN PROBATORIA

10.1. APRECIACIÓN INTEGRAL DE LAS PRUEBAS

En cuanto al valor probatorio de los elementos recaudados se tiene que respecto de **los documentos** el decreto y práctica se realizó en vigencia de las etapas procesales y con las formalidades legales establecidas, las cuales fueron remitidas e incorporadas al proceso, provienen de autoridades públicas y privadas y, en ese orden, se presumen auténticas al no observarse manifestación alguna de falsedad frente a su contenido por parte de los sujetos procesales, atendiendo lo consagrado en el artículo 244 del Código General del Proceso²⁰.

La Corte Constitucional mediante sentencia unificada SU-129/21 dispone lo siguiente sobre la autenticidad de los documentos públicos:

«(i) Si una de las partes aporta un documento privado afirmando que fue suscrito o expedido por la contraparte, y esta no lo tacha de falso, se presume que es auténtico; (ii) Lo mismo ocurre con los documentos públicos, pues, se presumirán auténticos “mientras no se compruebe lo contrario”; (iii) el documento público prueba, plenamente, su fecha, las declaraciones que contiene y su otorgamiento; y (iv) Si fue suscrito por un funcionario sin competencia o sin las formas debidas, se tendrá como documento privado.»

Así las cosas, y tomando en consideración que ninguna de las pruebas documentales remitidas e incorporadas dentro del proceso fue objeto de tacha de falsedad, se entiende que las mismas conservan su autenticidad y, por lo tanto, se consideran válidas para tomar las determinaciones que en derecho correspondan.

²⁰



En cuanto a los **informes técnicos** rendido por la Dirección Nacional de Investigaciones, fueron ordenado por el despacho instructor, en virtud del contenido del artículo 263 de la Ley 600 de 2000, puesto que, para la época de los hechos, las pruebas en el proceso disciplinario debían practicarse de acuerdo con las reglas previstas, por remisión expresa del artículo 130 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 50 de la Ley 1474 de 2011.

El despacho tendrá en consideración el presente informe técnico, puesto que el mismo cumple con la metodología, proviene de funcionario idóneo de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, sus conclusiones son soportadas objetivamente, asimismo se sometió a traslado y contradicción a las partes y por ende adquiere eficacia probatoria.

De acuerdo con lo contemplado en el artículo 141 del C.U.D., se procede a apreciar conjuntamente las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica. En el presente caso la valoración razonada de cada una de las pruebas se realiza de la siguiente manera:

En lo atiente a los **testimonios** estos se recibieron con las formalidades legales, fueron conducentes y pertinentes frente a los hechos que se debaten en esta investigación, no se avizora ninguna causal que afecte su espontaneidad, los testigos fueron contestes en responder con claridad y de acuerdo con su conocimiento o aquello que les consta de los aspectos indagados.

De igual manera, los testimonios son uniformes, no se observa la existencia de parcialidad de los declarantes por la investigada, así como el conocimiento que tuvieron en relación con los hechos que suscitan esta investigación disciplinaria, de igual forma la coherencia, objetividad y contundencia en sus afirmaciones, las cuales son acordes con el material probatorio arrimado al proceso, destacando que los análisis y apreciaciones jurídicas son exclusivos y del resorte de esta Procuraduría Delegada.

10.2. PRUEBAS QUE ACREDITAN LA VINCULACION DE JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY CON LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN- PROCURADURÍA REGIONAL DE CASANARE.

La falta disciplinaria atribuida exige que el sujeto pasivo de la acción disciplinaria sea un servidor público y en el caso concreto que la comisión de la falta se haya cometido en el ejercicio de sus funciones en la Procuraduría General de la Nación, entidad que asume la competencia para investigarla, por ello las siguientes pruebas demostrarán esta condición.

10.2.1. Copia del Decreto 6156 del 22 de diciembre de 2016, mediante el cual, la Procuradora General de la Nación en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, dispuso encargar a la señora JEAN DAYSI



HOLGUIN MONROY, identificada con cedula de ciudadanía No. 40.376.058, Sustanciador, Código 4SU, Grado 10 de la Procuraduría 275 Judicial I para Asuntos Penales de Villavicencio, en Sustanciador; Código 4SU, Grado 11, de la Procuraduría 68 Judicial II para Asuntos Penales en Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare (fl. 26 C.P.1).

10.2.2. Copia del oficio No. 00085 del 05 de enero de 2017, dirigido a la señora Jean Daysi Holguín Monroy, a través del cual la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, le comunicó el contenido del Decreto 6156 de 2016, con relación a la designación realizada por la señora Procuradora de encargo hasta por tres (3) meses, asimismo, le señaló los términos contemplados en el Decreto 262 de 2000 para aceptación y posterior posesión en el cargo. (fl. 27 C.P.1).

10.2.3. Copia del oficio del 10 de enero de 2017, dirigido a la Secretaria General de la Procuraduría, a través del cual el Dr. Jesus Antonio Pineda Bocanegra Procurador 180 Judicial II Penal y la señora Jean Daysi Holguín Monroy, le solicitan el aplazamiento de las vacaciones de la señora Jean Daysi Holguín, en virtud de las múltiples actividades las cuales se encontraban programadas para ser disfrutadas a partir del 5 de junio de 2017 (fl. 28 C.P.1).

10.2.4. Copia del oficio del 16 de enero de 2017 dirigido al Jefe de la Division de Gestión Humana de la Procuraduría, a través del cual la señora Jean Daysi Holguín acepta el nombramiento en encargo como Sustanciador, código 4SU, Grado 11 de la Procuraduría 68 Judicial II Penal para Asuntos Penales de Cali con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare (fl. 29 C.P.1).

10.2.5. Copia del acta de posesión No. 013 del 1 de febrero de la señora JEAN DAISY HOLGUIN MONROY, identificada con cedula de ciudadanía No. 40.376.058, posesionada ante la Alcaldesa de Yopal, Dra. Luz Marina Cardozo Solano (fl. 133 C.P.1).

De conformidad con las pruebas allegadas se encuentra establecido que la señora JEAN DAISY HOLGUIN MONROY, identificada con cedula de ciudadanía No. 40.376.058 ejerció sus funciones como sustanciadora grado 11 encargada de la Procuraduría 68 Judicial II para Asuntos Penales de Cali, con funciones en la Procuraduria Regional de Casanare, situaciones que la acreditan como servidora pública de la Procuraduría General de la Nación durante los días 19, 25 y 26 de enero de 2017 y por tanto la hacen acreedora del régimen disciplinario contenido en la Ley 734 de 2002, vigente para el momento de los hechos, la comisión de la falta y notificación del pliego de cargos.



10.3. PRUEBAS RELACIONADAS CON LA EXISTENCIA DE LA FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO.

Para establecer la acreditación de los elementos descriptores del tipo penal como lo ordena la falta disciplinaria endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 en concordancia con el artículo 287 de la Ley 599 de 2000 corresponde tener en consideración los aspectos esenciales de la referida falta y aquellos que estructuran el tipo de penal, en orden a establecer su configuración.

10.3.1. Del numeral 1° del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002- (Art. 287 Ley 599 de 2000).

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-124 de 2003²¹ declaró exequible el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por los cargos objeto de demanda, con fundamento en que el legislador está facultado para determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, en desarrollo de los artículos 124 y 150 numeral 23 de la Constitución Política, tanto en la descripción de las faltas disciplinarias, como en si son faltas dolosas o culposas y su gravedad. Por ello indicó en el Código Único Disciplinario una técnica particular pero bajo un criterio razonable, esto es, la imposibilidad de encuadrar en forma detallada todas las faltas de los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, por lo cual la Corporación no consideró que se haya quebrantado el principio de legalidad como integrante del debido proceso, por la libertad de configuración que tiene el legislador respecto del derecho sancionatorio, mientras no se vulneren los derechos fundamentales.

La misma Corporación, en sentencia C-720 de 2006²², y por tratarse de cargos diferentes, estudió nuevamente la norma, en esa oportunidad la actora consideraba que el artículo 48.1 del C.D.U. era inexecutable por cuanto se le permitía a la autoridad disciplinaria sancionar a quien hubiese cometido una conducta descrita como delito sin que existiera previa sentencia condenatoria en la jurisdicción penal, esto es, que la aplicación de la norma debía supeditarse a la decisión anterior adoptada por la jurisdicción penal, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional, es claro que corresponde al operador disciplinario verificar que el comportamiento del sujeto disciplinado concuerde con la descripción prevista en la legislación penal, sin estar condicionado a la previa existencia de una sentencia dictada por el juez penal, toda vez que el juicio de responsabilidad penal sigue siendo del resorte y competencia de dicha jurisdicción. Precisó la Corte que la descripción de la norma en cita no implicaba dar lugar a la responsabilidad objetiva proscrita del ordenamiento jurídico en materia punitiva, porque en todo caso el operador debía dar aplicación al principio de culpabilidad de que trata el artículo 13 de la Ley 734 de 2002.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-124 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006. M.P: Clara Inés Vargas.



El Código Disciplinario está regido por tipos en blanco, tipos abiertos y con conceptos indeterminados.

En el tipo abierto, el legislador no describe de forma certera y exhaustiva la conducta que es objeto de la prohibición, correspondiéndole al juez disciplinario concretar la imputación. En este caso la descripción de la conducta remite a normas complementarias o de reenvío que permiten completar el tipo en lo que alude al presupuesto de hecho o a la consecuencia de su comisión. En ese sentido la ley disciplinaria remite a las conductas previstas en el Código Penal y por ende comete falta gravísima todo aquel servidor público o particular que realiza el tipo objetivo de un delito sancionable a título de dolo, cuando lo comete en razón o con ocasión, o como consecuencia de la función o abusando del mismo.

En el campo disciplinario no se investigan ni sancionan comportamientos delictivos sino faltas disciplinarias que tienen unas especificidades y dogmática propias, tales como la aplicación del sistema de *números apertus*, la ausencia de bienes jurídicos protegidos propio del derecho penal, **la autoría como categoría que rompe con el concepto de dispositivos amplificadores del tipo y las formas de participación** (puesto que en materia disciplinaria no hay complicidad sino autoría de la falta por quebrantamiento del deber funcional, y que autor y determinador responden igual como autores) etc.

De lo que se desprende que la tipicidad no es similar al derecho penal, esto es, si bien en desarrollo del proceso penal y la exposición de la teoría del caso resulta relevante ese análisis del tipo y los elementos subjetivos que lo integran como injusto con las tesis propias de la escuela finalista o funcionalista, el caso es que en materia disciplinaria no compete, no es del resorte, no corresponde, pronunciarse sobre la existencia de delitos, se reitera, la adecuación típica de un comportamiento frente al delito penal sigue siendo competencia del juez, porque se insiste que en materia disciplinaria sólo se traslada la descripción de esa norma penal donde se estudia bajo la óptica propia de la dogmática disciplinaria, resultando equivocada la simetría entre derecho penal y disciplinario.

10.3.2. De los elementos del tipo penal “Falsedad en documento público”.

La falsedad en documento público exige como verbo rector “falsificar” y requiere además dos componentes, que la falsificación sea de un documento público y que este pueda servir como prueba, por lo tanto, corresponde acreditar estos 3 aspectos

10.3.2.1. De la condición de documento público.



De conformidad con el artículo 243 del Código General del Proceso, define los documentos públicos y privados, y al referirse a los **documentos públicos**, señala: “es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención...”.

Ahora, el término "documento público" se define de acuerdo a la persona que lo produce (funcionario público), y será público en la medida en que se origine con las formalidades legales. Es a través de los documentos que se acredita algo y se facilitan las relaciones entre los asociados.

De esta manera, lo determinante para la naturaleza pública del documento no es el destino, fin o interés general que tenga, sino su fuente, esto es, que su formación o creación provenga del ejercicio de las funciones oficiales. A los funcionarios públicos, como representantes del Estado, les es propia la función documentadora, de ahí que tengan el deber de ceñirse estrictamente a la verdad, esto es, consignar datos verídicos en los actos y escritos que expidan.

La fe pública ha sido considerada como la credibilidad otorgada a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de prueba acerca de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes²³.

Se infiere de la definición, que es un documento que puede ser consultado por cualquier persona que lo necesite o requiera, **solo pueden ser emitido proferido por un funcionario público**, asimismo tiene fuerza probatoria y puede usarse para dar fe o demostrar un hecho material.

- **Del caso concreto**

En el caso que nos ocupa se cuestiona que se llevó a cabo la falsificación de los siguientes documentos:

1. Auto de fecha 25 de enero de 2017, proceso disciplinario No. 0034-2015
2. Auto de fecha 25 de enero de 2017, Radicación de Correspondencia No. 14874/2017
3. Auto de fecha 25 de enero de 2017, R.C. No. 14592/2016
4. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 13100
5. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14797/2017
6. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14718/2017
7. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14855/2017
8. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14865/2017
9. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14856/2017
10. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14801/2017

²³ Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. SP2649-2014 Radicación: 36337, aprobado a través de Acta No. 061 del 5 de marzo de 2014. M.P. Eugenio Fernández Carlier.



11. Copia de la Circular Conjunta No. 02 del 24 de enero de 2017, cuyo asunto fue: Programación de turnos para la atención meses febrero 2017 a enero de 2018.

Documentos que, en efecto, acorde con los presupuestos generales son documentos públicos por cuanto fueron proferidos por un funcionario público, es decir, por el Procurador Regional de Casanare, quien en efecto, para la época de los hechos contaba con una vinculación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación, puesto que se tiene certeza que el Dr. Juan Pablo Garcia Peñaloza, en el periodo comprendido entre diciembre y finales de enero de 2017 ostentó la calidad de Procurador Regional de Casanare.

Es decir, el señor Garcia Peñaloza, había sido nombrado y debidamente posesionado para desempeñar el cargo de Procurador Regional de Casanare, por lo anterior, era quien se encontraba investido de las facultades y tenía la competencia exclusiva para signar los actos administrativos objeto de debate.

10.3.2.2. De la idoneidad del documento público para servir como medio de prueba.

1. Copia del auto de remisión por competencia de fecha 26 de enero de 2017 con radicación correspondencia 14797/2017 (fl. 34 Anexo 1).
2. Copia del auto de remisión por competencia de fecha 26 de enero de 2017 con radicación correspondencia 14818/2017 (fl. 35 Anexo 1).
3. Copia del auto de remisión por competencia de fecha 26 de enero de 2017 con radicación correspondencia 14855/2017 (fl. 36 Anexo 1).
4. Copia del auto de remisión por competencia de fecha 26 de enero de 2017 con radicación correspondencia 14865/2017 (fl. 37 Anexo 1).
5. Copia del auto de remisión por competencia de fecha 26 de enero de 2017 con radicación correspondencia 14856/2017 (fl. 38 Anexo 1).
6. Copia del auto de remisión por competencia de fecha 26 de enero de 2017 con radicación correspondencia 13100/2017 (fl. 39 Anexo 1).
7. Copia del auto de remisión por competencia de fecha 25 de enero de 2017 con radicación correspondencia 14874/2017 (fl. 40 Anexo 1).
8. Copia del auto de remisión por competencia de fecha 25 de enero de 2017 con radicación correspondencia 14592/2017 (fl. 41 Anexo 1).
9. Copia del auto de remisión por competencia de fecha 19 de enero de 2017 con radicación correspondencia 14801/2017 (fl. 42 Anexo 1).
10. Copia del auto de archivo definitivo de fecha 25 de enero de 2017 con radicación IUS 2015-86852 (fls. 43 a 49 Anexo 1).
11. Copia de la Circular Conjunta No. 02 del 24 de enero de 2017, cuyo asunto fue: Programación de turnos para la atención meses febrero 2017 a enero de 2018 (fls. 50 Anexo 1).

Es preciso señalar que los primeros diez documentos citados, se trataban de remisiones por competencias a Oficinas de Control Interno Disciplinario de entidades externas a la Procuraduría General de la Nación, es decir, sirven como



prueba en expedientes disciplinarios que fueron radicados en la Procuraduría Regional de Casanare, para la época de los hechos.

En cuanto al documento citado en el numeral 11 “denominado circular conjunta No. 02 del 24 de enero de 2017”, se trató de un acto administrativo signado en virtud de la competencia que le otorgaba el artículo 75 del Decreto 262 de 2000, vigente para la época de los hechos materia de investigación disciplinaria.

10.3.2.3. De la acción de falsificar.

El verbo rector del comportamiento, “**falsificar**” exige para su configuración una actividad voluntaria o un ejercicio intencional del actor, que lleva a concluir que la estructura de la falta disciplinaria, en este caso, no admitiría la modalidad culposa. Este delito es esencialmente doloso, toda vez a que no basta que el agente haya incurrido objetivamente en una mendacidad por cuanto es necesario que haya actuado intencionalmente y con conocimiento en la falsedad en la que incurre.

Al incurrirse en delito de falsedad en documento público, lo sancionado es la conducta falsaria, independiente del mérito que pudiere otorgársele al medio en un particular ámbito, puesto que lo trascendente es la aptitud probatoria frente a la totalidad del tráfico jurídico.

La administración pública desarrolla sus actividades en el tráfico jurídico documental y los funcionarios públicos están destinados a dar testimonios fehacientes de lo allí consignado, extendiendo la confianza de la sociedad en ellos. En el presente caso, a la investigada se le señala la presunta comisión del Delito de falsedad material en documento público, desarrollado en el artículo 287 del Código Penal Colombiano, es preciso señalar que, el bien jurídico tutelado en ese delito, es **la fe pública**.

Ahora, Referente a ese comportamiento punible la Corte (CSJ SP, 29 jul. 2008, rad. 28961) ha precisado lo siguiente:

“...el delito de falsedad documentaria supone, como elementos propios de ésta clase de delincuencia: a) la mutación de la verdad, en el entendido de que se trata de la alteración de la verdad en su sentido y contenido documental con relevancia o trascendencia jurídica; b) la aptitud probatoria del documento y c) la concurrencia de un perjuicio real o potencial.

La imitación de la verdad implica que el documento pueda servir de prueba por atestar hechos con significación jurídica o implicantes para el derecho, es decir que el elemento falsificado debe estar en posibilidad de hacer valer una relación jurídica.

Se trata, por tanto, de la creación mendaz con apariencia de verosimilitud, que en el caso de la falsedad documental pública se entiende consumada con la editio falsi, es decir, con la simple elaboración o hechura del documento que se



atribuye a una específica autoridad pública y que por ende representa una situación con respaldo en el derecho al involucrar en su formación la intervención del Estado por intermedio de alguno de sus agentes competentes, esto es, que se supone expedido por un servidor público en ejercicio de funciones y con el lleno de las formalidades correspondientes.

Además, es un delito clasificado entre los de peligro, en el entendido de que el mismo no exige la concreción de un daño, sino la potencialidad de que se realice, esto es, como lo sostuvo esta Corporación aquél “estado causalmente apto para lesionar la fe pública en que se encuentra el instrumento con arreglo a sus condiciones objetivas - forma y destino -, como a las que se derivan del contexto de la situación (C. Creus, Ed. Astrea, 1.993)”, y cuya incidencia se mide por la aptitud que tiene de irrogar un perjuicio.

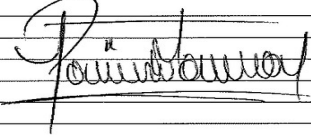
No requiere, por tanto, la falsedad documental pública, como queda señalado, del uso del documento, ella se presenta con la material elaboración espuria del mismo y la consiguiente alteración de los signos de autenticidad, contrariamente a la conducta falsaria documental privada que supone, precisamente, de su uso para ser reprochada”.

- **Del caso en concreto:**

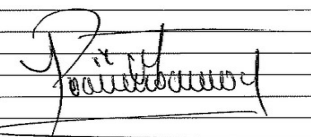
Obran como pruebas respecto de la eventual falsedad en documento público que sirven como medio de prueba, tenemos lo siguiente:

1. **Formato de Muestra Manuscrita** tomado a la señora JEAN DAYSI HOLGIN MONROY (fl. 168 a 169 Anexo 1).

FIRMAS SENTADO:
Que en estas fiestas, la magia de la navidad sea tu mejor traje. Tú
sonrisa el mejor regalo. Tus ojos el mejor destino, y la felicidad tu
mejor deseo para que brille la esperanza por un futuro en paz
con justicia social.

JEAN DAILY HOLGIN MONROY 

FIRMAS DE PIE:
Que en estas fiestas, la magia de la navidad sea tu mejor traje. Tú
sonrisa el mejor regalo. Tus ojos el mejor destino, y la felicidad tu
mejor deseo para que brille la esperanza por un futuro en paz con
justicia social.

JEAN DAILY HOLGIN MONROY 



Este informe permite establecer que a la disciplinada por parte de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales le fue practicada la muestra manuscrita en orden a determinar si la firma estampada en los autos fechados los días 21 y 22 de diciembre de 2016 y, 25 y 26 de enero de 2017, corresponde o no con alguna de las muestras manuscriturales puestas a disposición cuya respuesta se encuentra contenida en el siguiente informe técnico grafológico

2. **Informe técnico grafológico** rendido el 6 de abril de 2017 por el funcionario José Jesus Trujillo Murillo de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de este Ministerio Público. Que tuvo por objeto comparar las firmas del doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en calidad de Procurador Regional de Casanare, en los autos controvertidos del 25 y 26 de enero de 2017. Asimismo, se tomaron muestras manuscritas a los diferentes funcionarios y servidores de la Procuraduría Regional de Casanare para realizar cotejo.

En el informe se señalaron los siguientes argumentos:

“Los aludidos instrumentos se enviaron dentro de una bolsa plástica tamaño oficio, en Cadena de Custodia, dentro del cual se encuentran los siguientes documentos, discriminados así:

1. *Auto de fecha 25 de enero de 2017, Rad. 14803 (Número visible al pie de página) suscrito al parecer por el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en su calidad de Procurador Regional de Casanare, en donde se dispone la práctica de visita especial al proceso disciplinario No. 0034-2015 que adelanta la Oficina de Control Interno Disciplinario de CORPORINOQUIA. (Documento original, en un folio).*
2. *Auto de fecha 25 de enero de 2017, RC: 14874/2017, suscrito al parecer por el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en su calidad de Procurador Regional de Casanare, en donde una vez revisada la queja formulada por el señor DIEGO ALEJANDRO CORREDOR GIRÓN, contra la señora CLAUDIA PATRICIA DUQUE TOVAR, se dispone remitir por competencia a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía de El Yopal. (Documento original, en tres folios).*
3. *Auto de fecha 25 de Enero de 2017, RC: 14592/2016, suscrito al parecer por el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en su calidad de Procurador Regional de Casanare, en donde se revisó el escrito presentado por el señor MARIO ANTONIO DUARTE CORREA, quien se quejó en contra del personero municipal de San Luis de Palenque. (Documento en Fotocopia, en un folio).*
4. *Auto de fecha 26 de Enero de 2017, RC: 13100, suscrito al parecer por el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en su calidad de Procurador Regional de Casanare, en donde se informa de la revisión atinente al proceso penal No. 850106001179201600129, que adelanta la Fiscalía 22, Delegada Ante los Jueces Penales Municipales, con sede en Bogotá, por el delito de calumnia. (Documento en Fotocopia, con tres folios).*
5. *Auto de fecha 26 de Enero de 2017, RC: 14797/2017, suscrito al parecer por el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en su calidad de Procurador Regional de Casanare, en donde se informa de la revisión atinente a una presunta falta disciplinaria por*



- parte del señor PEDRO SALCEDO RODRÍGUEZ, en su condición de Rector de la Institución Educativa Rafael Uribe Uribe, con sede en el municipio de Pore (Casanare). (Documento en Original, acompañado de dos folios en Fotocopias).
6. Auto de fecha 26 de Enero de 2017, RC: 14818/2017, suscrito al parecer por el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en su calidad de Procurador Regional de Casanare, en donde se informa de la revisión atinente a una presunta conducta irregular por parte del personal adscrito al establecimiento Penitenciario y Carcelario de El Yopal. (Documento en Original, acompañado de dos folios en Fotocopia).
 7. Auto de fecha 26 de Enero de 2017, RC: 14855/2017, suscrito al parecer por el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en su calidad de Procurador Regional de Casanare, en donde se informa de la revisión atinente a una presunta conducta irregular por parte de los guardianes adscritos al establecimiento Penitenciario y Carcelario de Villanueva. (Documento en Original, acompañado de dos folios en Fotocopia).
 8. Auto de fecha 26 de Enero de 2017, RC: 14865/2017, suscrito al parecer por el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en su calidad de Procurador Regional de Casanare, en donde se informa de la revisión de la presente solicitud sobre el derecho de petición radicado por la señor FLOR ALBA BERNAL DE GAMEZ, ante la personería de Sabanalarga — Casanare. (Documento en Original, acompañado de dos folios en Fotocopia).
 9. Auto de fecha 26 de Enero de 2017, RC: 14856/2017, suscrito al parecer por el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en su calidad de Procurador Regional de Casanare, en donde se informa de la revisión atinente a un presunto acoso laboral por parte del señor GERMAN SILVA AMEZQUITA, Gerente del ICA, secciona] Arauca, hacia la señora LISBETH KARINE SUAREZ OSORIO. (Documento en Original, acompañado de dos folios en Fotocopia).
 10. Auto de fecha 19 de Enero de 2017, RC: 14801/2017, suscrito al parecer por el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en su calidad de Procurador Regional de Casanare, en donde se informa de la revisión atinente a una presunta conducta irregular por parte de Policías adscritos a la Estación de Policía de Trinidad, Casanare. (Documento en Original, acompañado de dos folios en Fotocopia).

Es necesario resaltar, que uno de los folios que acompaña el mencionado auto del 19 de enero de 2017, el cual va dirigido a la señora HARRIETTE MIREYA LATRIGLIA VARGAS, aparece suscrito a nombre del doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, como Procurador Regional de Casanare. (El aludido escrito se encuentra todo en Fotocopia, y la signatura conserva las características de autenticidad, aunque la firma difiera de la que aparece registrada en el Auto).

11. **CIRCULAR CONJUNTA No. 02 DE 2017.** De: Procuraduría Regional del Casanare y Defensoría del Pueblo. Para: Personal que atiende a la población víctima del conflicto armado. Fecha: 24 de enero de 2017. (Documento en Fotocopia con tres folios. Las firmas se encuentran en su formato original).

INDUBITADO²⁴: Se allegó por parte del grupo comisionado para practicar visita al despacho del Procurador Regional de Casanare, las firmas dadas como originales

²⁴ Indubitado: Documentos o manuscritos sobre los cuales no se tiene ninguna duda, y por lo tanto, se conoce su autoría. (Indubitable = Indudable).
IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988
Fallo primera instancia absolutorio



y auténticas visibles en los Autos suscritos para el mes de diciembre de 2016, relacionados de la siguiente manera:

3. *Auto de fecha 22 de diciembre de 2016, suscrito a nombre del doctor **JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA**, como Procurador Regional de Casanare. Radicación No. 2014-46176. Disciplinado: por establecer. Entidad: Gobernación de Casanare. (Dos folios Originales).*
4. *Auto de fecha 22 de diciembre de 2016, suscrito a nombre del doctor **JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA**, como Procurador Regional de Casanare. Radicación No. 2015-183060. Disciplinado: por establecer. Entidad: Corporinoquia. (Tres folios Originales).*
5. *Auto de fecha 21 de diciembre de 2016, suscrito a nombre del doctor **JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA**, como Procurador Regional de Casanare. Radicación No. 2015-145728. Disciplinado: por establecer. Entidad: Municipio de Trinidad Casanare. (Tres folios Originales).*
6. *Auto de fecha 21 de diciembre de 2016, suscrito a nombre del doctor **JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA**, como Procurador Regional de Casanare. Radicación No. 2016-467835. Disciplinado: por establecer. Entidad: Concejo Municipal de Támara, Casanare. (Dos folios del mismo ejemplar, en Copias).*
7. *Auto de fecha 21 de diciembre de 2016, suscrito a nombre del doctor **JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA**, como Procurador Regional de Casanare. Radicación No. 2016-467826. Disciplinado: por establecer. Entidad: Enriquecimiento funcionarios ENERCA. Quejoso: BEYER CIFUENTES. (Cuatro folios del mismo ejemplar en Copias).*
8. *Auto de fecha 22 de diciembre de 2016, suscrito a nombre del doctor **JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA**, como Procurador Regional de Casanare. Radicación Interna No. 14614. Disciplinado: por establecer. Quejoso: JOSE ARLEY AGUIRRE VEGA. (Un folio -Auto, acompañado de dos folios, los tres en Fotocopia).*
9. *Auto de fecha 22 de diciembre de 2016, suscrito a nombre del doctor **JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA**, como Procurador Regional de Casanare. Radicación No. 2014-412054. Disciplinado: por establecer. Entidad: Corporinoquia. (Dos folios en Fotocopia).*
10. *Auto de fecha 21 de diciembre de 2016, suscrito a nombre del doctor **JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA**, como Procurador Regional de Casanare. Radicación No. 2016-130713. Disciplinado: WITMAN CELEMÍN CÁCERES y Otro. Cargo: Alcalde de Yopal, Casanare. (Tres folios en Copias).*
11. *Auto de fecha 21 de diciembre de 2016, suscrito a nombre del doctor **JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA**, como Procurador Regional de Casanare. Radicación No. 13238. Entidad: Alcaldía de Pajarito, Casanare. (Un folio en Copia).*



12. MUESTRAS CALIGRÁFICAS, las cuales se enviaron en bolsa plástica - en Cadena de Custodia - tamaño oficio, con No. Expediente IUS 2017-56455, de fecha 02/03/2017. Lugar Yopal - Casanare. Tomadas en formato para muestras manuscriturales, a las siguientes personas:

- RAFAEL HUMBERTO VERGARA QUEMBA, en tres (3) folios.
- FLOR ÁNGELA MALDONADO SUÁREZ, en tres (3) folios.
- CLAUDIA PATRICIA CALIMAN GUTIERREZ, en tres (3) folios.
- EDUARD ENRIQUE SILVA ZAMORA, en tres (3) folios.
- FRANCO EDWIN VEGA CORREDOR, en tres (3) folios.
- JAIME ALBERTO CAMARGO TORRES, en tres (3) folios.
- HUMBERTO RAMÓN OTALORA HERNÁNDEZ, en tres (3) folios.
- **JEAN DAISY HOLGUIN MONROY, en tres (3) folios**
(Subrayado nuestro).
- JOSÉ GUZMÁN CAINABA BARCHILON, en tres (3) folios.

(...)

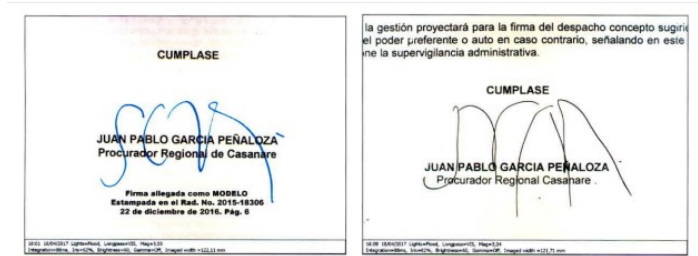
PROCEDIMIENTO, ANÁLISIS Y RESULTADOS OBTENIDOS

Con el propósito de dilucidar los interrogantes planteados, se procedió a llevar a cabo las respectivas confrontaciones entre el material caligráfico motivo de litigio y las muestras manuscriturales que se han tomado y que se anexaron a la presente investigación caligráfica, para llevar a cabo las respectivas confrontaciones, encontrándose a partir de ello lo siguiente:

1.- Para llevar a cabo el referido análisis se allegaron firmas originales y en copias, por lo tanto, es necesario aclarar que sobre fotocopias no es aconsejable llevar a cabo estudio grafotécnico, en virtud, a que por este medio de reproducción se pierden los principales elementos intrínsecos y extrínsecos que el amanuense plasma en su gesto gráfico, y que son la base de los análisis técnicos. Lo anterior estriba en que la fotocopia se presta para efectuar montajes, borrados, tachados, enmendaduras y se pierden los puntos de iniciación y terminación, el calibre o grosor de las líneas, se aprecian trazos intermitentes, además, tampoco se sabe en qué intensidad cromática se elaboraron los grafismos y que color tenía el papel.

2.- Se procedió a comparar las firmas tomadas como modelos de cotejo allegadas en su formato Original, frente a las firmas que se han dado como dubitadas, encontrándose que no se observan semejanzas caligráficas.

Lo anterior en virtud a que en los modelos patrón se aprecian trazos rápidos, líneas gruesas y delgadas o perfiladas, no se detectan torsiones, en su lugar se observan movimientos seguros y el gesto gráfico posee trazos firmes, es decir sin titubeos. En contraste con las firmas controvertidas las cuales son inseguras, los trazos son desproporcionados, sin ninguna variación de la línea, se quiere significar con lo dicho que no presenta trazos gruesos y delgados en su confección.



3.- Las imágenes arriba ubicadas dejan ver las dos firmas. La primera la cual aparece confeccionada en tinta azul, se tiene como auténtica o indubitada y, la segunda en tinta negra ha sido dada como una de las dubitadas, (25/01/2017. Rad. 14803), en ésta última se observan las grandes diferencias de orden formal y de la estructura del gesto gráfico, dejando entrever su burda elaboración, frente a la rúbrica modelo, cuyos trazos son realizados con soltura sin titubeos.

Unidad Técnico-Científica Dirección Nacional Investigaciones Especiales. IUC D-2017-937739 Veeduría PGN

6

3. Las imágenes arriba ubicadas dejan ver las dos firmas. La primera la cual aparece confeccionada en tinta azul, se tiene como auténtica o indubitada y, la segunda en tinta negra ha sido dada como una de las dubitadas, (25/01/2017. Rad. 14803), en esta última se observan las grandes diferencias de orden formal y de la estructura del gesto gráfico, dejando entrever su burda elaboración, frente a la rúbrica modelo, cuyos trazos son realizados con soltura sin titubeos.

Ahora bien en lo concerniente a la firma cuestionada, se dijo que la realización de la misma obedece a una confección burda sin elegancia, lo cual deja mucho que pensar debido a que son múltiples las diferencias en su trazado. Se quiere significar con lo dicho, que en éste caso no se trata de una imitación, ya que si bien es cierto cuando el mistificador lleva a cabo una copia gráfica de algún manuscrito, lo primero que él hace es observar bien y detenidamente el modelo, y luego procede a efectuar múltiples intentos hasta que se los aprende de memoria y, en el momento que él considera que su obra ha adquirido un parecido extraordinario, procede a estamparla en el instrumento destinado para tal fin.

También se suelen presentar casos de reproducciones en donde solo con observar la figura o el modelo de los trazos que se tienen ante sí, por un instante, para luego proceder a estamparlos sobre el papel, es en este momento cuando el reproductor de dichas grafías extrema el máximo cuidado para que se le parezcan o se aproximen al modelo lo que más se pueda.

Para el caso que me ocupa, se presentan dos tipos de circunstancias en la falsedad por deformación: Las firmas que se realizan por imitación, y las que se efectúan utilizando el disfraz o disimulo, no habitual.

Seguidamente se sugiere ver las firmas que se ubican en los siguientes documentos:

25/01/2017, Rad. 14803 (visible al pie de página). 25/01/2017, RC: 14874/2017. 26/01/2017, RC: 14592/2016. 19/01/2017, RC: 14801/2017 y Circular Conjunta No. 02/2017, en cuyos grafismos dubitados no se aprecian semejanzas caligráficas con las rúbricas modelos, todo lo contrario, se encuentran varios grafismos que en lugar de acercar alejan su parecido morfológico.



Conforme a la experiencia y a los estudiosos del grafismo, informan que estas características anotadas, son las que algunos de los individuos suelen utilizar cuando no quieren que se descubran sus propios grafismos habituales en las rúbricas, y en lugar de aproximarse en su semejanza a sus propios trazos, lo que hacen es alejarse para hacer pasar como de otros esos grafismos. Por ende, los grafismos no son falsos, debido a que nadie puede falsificar sus propios escritos, pero si puede disimular o disfrazar su propia grafía. No obstante, lo anterior, estos casos son difíciles de identificar o de precisar su autoría.

4.- Con respecto a lo solicitado en donde se requiere **"con el fin de que se determine si la firma estampada en los autos fechados los días 21 y 22 de diciembre de 2016 y, 25 y 26 de enero de 2017, corresponde o no con alguna de las muestras manuscriturales puestas a disposición"** para responder al interrogante se dirá lo siguiente:

Cuando se trata de una imitación, el individuo que procede a copiar los grafismos no plasma su propio gesto gráfico. Esto quiere decir, que en este tipo de reproducción generalmente se suelen presentar varias situaciones, entre las que se destacan dos formas, las cuales consisten en lo siguiente: primero, que quien va a llevar a cabo una imitación, procede a ir copiando las formas gráficas que tiene a la vista y las va reproduciendo sobre el papel, labor que efectúa cualquier cantidad de veces, hasta que esas formas "se le tratan de quedar momentáneamente en el cerebro", de tal manera que cuando el mistificador considera que ya tiene la suficiente habilidad para estamparla con cierta seguridad caligráfica, entonces procede a reproducirlas sobre el documento, papel o sustractum destinado para tal fin.

Otra de las formas, como ya se dijo, consiste en observar la imagen que pretende imitar y seguidamente procede a ejecutarla sobre su objetivo, sin ningún tipo de prácticas, labores que ejecutan sobre un pagaré, una letra de cambio, una carta, un memorando, o cualquier tipo de documento que tenga en mente identificado, para proceder a plasmar la firma que procura hacer pasar por auténtica.

De todo lo anterior se puede extractar, que quién o quienes efectuaron las firmas motivo de litigio no plasmaron su propio gesto gráfico, sino que trataron de estampar el gesto grafoescritural de otra persona, lo cual dificulta ampliamente la identificación de quien llevó a cabo la presunta imitación. Es este el motivo por el cual no se determina quién o quienes pudieron haber elaborado las firmas en cuestión.

CONCLUSIONES

1º- Se detectaron diferencias entre las firmas dubitadas frente a las firmas indubitadas que obran a nombre del doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, (quien fungía como Procurador Regional de Casanare), visibles en los autos y documentos controvertidos o dubitados de fechas: 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, identificados con las fechas y números de Radicados de Correspondencia así:

- (i) Auto de fecha 25 de Enero de 2017. Proceso Disciplinario No. 0034-2015.
- (fi) Auto de fecha 25 de enero de 2017. R. C. No. 14874/2017.
- (iii) Auto de fecha 25 de Enero de 2017. R.C. No. 14592/2016. En fotocopia.
- (iv)Auto de fecha 26 de Enero de 2017. R.C. No. 13100. En fotocopia.
- (iv) Auto de fecha 26 de Enero de 2017 R.C. No. 14797/2017.

IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988
Fallo primera instancia absolutorio

33



- (vi) Auto de fecha 26 de Enero de 2017. R.C. No. 14818/2017.
- (vii) Auto de fecha 26 de Enero de 2017. R.C. No. 14855/2017.
- (viii) Auto de fecha 26 de Enero de 2017. R. C. No. 14865/2017.
- (ix) Auto de fecha 26 de Enero de 2017. R.C. No. 14856/2017.
- (x) Auto de fecha 19 de Enero de 2017. R. C. No. 14801/2017. Con respecto a este Auto, hay que hacer algunas precisiones, el referido Auto se encuentra en Original, el oficio de respuesta aparece en Fotocopia y la signatura conserva características de autenticidad, no obstante diferir de la firma estampada en el Auto.
- (xi) CIRCULAR CONJUNTA No. 02 DE 2017. Con fecha 24 de enero de 2017. Documento en fotocopia, con tres folios cuyas firmas se observan en originales, no obstante la firma del Procurador, es diferente a sus modelos patrón.

En síntesis, las firmas que figuran a nombre del doctor **JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA**, tomadas como modelos de comparación visibles en los autos fechados el 21 y 22 de diciembre de 2016, frente a las firmas motivo de controversia, estampadas en los autos fechados el 19, 25 y 26 de enero de 2017, incluyendo la firma que como del Procurador aparece en la Circular Conjunta No. 02 de 2017, las mentadas signaturas no se identifican entre sí. Es decir, no existe uniprocedencia manuscritural entre las firmas indubitadas y las dubitadas.

2°- Se cotejaron las muestras caligráficas, tomadas para comparación a nueve servidores de la Procuraduría Regional del Casanare, (cuyos nombres se anotaron en el numeral 10° del material indubitado) y no se detectaron analogías caligráficas entre las firmas de duda y las indubitadas. De otra parte, se debe tener en cuenta lo anotado en el numeral 4, del procedimiento, análisis y resultados obtenidos, en donde se informa que cuando se trata de una imitación el mistificador no plasma su propio gesto gráfico, sino que remeda o copia los modelos que tiene a la vista, y por ende, no efectúa sus propios grafismos, que son los que se tienen en cuenta para los análisis técnicos". (fls. 83 a 91 Anexo 1).

Del informe aludido se destaca que confrontadas las firmas de los once documentos objeto de reproche, con los autos signados el 21 y 22 de diciembre de 2016 por el Procurador Regional de Casanare, se observa que no existe uniprocedencia manuscritural entre las firmas indubitadas y las dubitadas, es decir, no se identifican entre sí, dejándose en evidencia una suplantación o falsificación de la firma del doctor JUAN PABLO GARCIA PEÑALOZA, visible en los autos y documentos controvertidos de fecha 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017.

De la misma manera, una vez cotejadas las muestras caligráficas tomadas a nueve funcionarios de la Procuraduría Regional de Casanare, entre ellos, la señora JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY, señala el informe técnico, que no se detectaron analogías caligráficas entre las firmas de duda y las indubitadas.

Igualmente, el informe indica que cuando se trata de una imitación el mistificador no plasma su propio gesto gráfico, sino que remeda o copia los modelos que tiene a la vista, es decir, no efectúa sus propios grafismos, que son los que se tienen en cuenta para los análisis técnicos



4. **Declaración juramentada** rendida por la señora CLAUDIA PATRICIA CALIMAN GUTIÉRREZ el 26 de abril de 2017, en calidad de oficinista Grado 06 de la Procuraduría Regional de Casanare.

En la diligencia manifiesta que, no le consta haber visto a alguna persona o servidor de la dependencia que hubiese firmado autos u otros documentos a nombre del Doctor JUAN PABLO GARCÍA. Afirma que nunca vio esa situación, que ella entraba al despacho los proyectos que presentaban los abogados, en esa época, y que solo alcanzó a trabajar con él entre el 17 y el 23 y 24 de enero de 2017. Indica que “le parece”, que el Procurador Regional no estuvo entre el 25 y el 27 de enero, y ella se ausentó entre el 30 de enero y el 3 de febrero, puesto que se encontraba en una reunión a la Asamblea del Sindicato SINTRAPROAN a Santander de Quilichao (fls. 56 a 57 C.P.1).

5. **Declaración juramentada** rendida por el Doctor JAIME ALBERTO CAMARGO TORRES, el 26 de abril de 2017, en calidad de Profesional Universitario Grado 17 de la Procuraduría Regional de Casanare.

En la diligencia señala que, trabajó con el Dr. Juan Pablo Garcia, hasta la segunda semana de enero, puesto que se encontraba de vacaciones el 12 de enero. Indica que durante ese tiempo que trabajó con él, tuvo intermediación porque el señor exigía “muchas redacciones”, asimismo realizaron un fallo entre los dos, que les llevó varias horas de trabajo. Manifiesta que lo que trabaja, casi siempre lo firmaba él en presencia suya, pero él permanentemente tenía en su oficina a una señora que había traído a trabajar y se trataba de la señora JEAN DAYSI HOLGUIN, que era la que finalmente recogía lo que él firmaba (fls. 58 a 60 C.P.1).

6. **Declaración juramentada** rendida por la señora FLOR ANGELA MALDONADO SUÁREZ el 27 de abril de 2017, en calidad de Profesional Universitario Grado 17 en encargo, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare.

Ante la pregunta formulada por el despacho “*si le consta o sabe que personas de esta dependencia firmaran autos u otros actos administrativos en nombre del procurador regional JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA o suplantando la firma de este*”. Afirmó: “NO me consta”. Afirma que, los abogados están en oficinas independientes, y que se trabaja a puerta cerrada, lo que quiere decir es que no se tiene la visibilidad hacia las demás oficinas, de manera que no puedo señalar con precisión si el Dr. Garcia Lozano, se encontraba o no, durante los días 25 y 26 de enero de 2017, indica que el procurador tiene que asistir a muchos comités, así que no se sabe si está en esas actividades o no. (fls. 61 a 62).

7. **Declaración juramentada** rendida por el señor JOSÉ GUZMÁN CAINABA BARCHILON, el 27 de abril de 2017 en calidad de citador de la Procuraduría Regional de Casanare.



Manifiesta que por sus calidades y sus funciones no le consta si personas de esa dependencia firmaron o suplantaron el nombre del Procurador Regional Juan Pablo Garcia Peñalosa, puesto que no es invitado a reuniones de los abogados ni de la secretaría. Señala que es difícil precisar que días asistió a laborar el Procurador Regional Garcia Lozano, puesto que, ellos permanecen en comités, reuniones o diligencias por fuera de la oficina. (fls. 63 a 64 C.P.1).

8. **Declaración juramentada** rendida por el señor HUMBERTO RAMÓN OTALORA HERNÁNDEZ, el 27 de abril de 2017, en calidad de Secretario Grado 11 de la Procuraduría Regional de Casanare.

Indica que no le consta quienes pudieron haber suplantado la firma del Procurador Regional, pero que se cercioró que los proyectos pasaban al despacho y salían firmados ese mismo día, sin que el Procurador estuviera en el despacho, o por lo menos sin que él lo hubiera visto. Indica que los hechos ocurrieron el 25 de enero de 2017, y señala no recordar la cantidad de autos que salieron firmados. Afirma que el doctor JUAN PABLO GARCÍA, salía constantemente sin informar en Secretaría para dónde se iba, muchas veces lo echaban de menos hasta dos y tres días, y quienes se encontraban en el despacho del Procurador eran JEAN DAISY y EDWARD SILVA, que eran los encargados de recibir y devolver a secretaria lo que el procurador firmaba (fls. 65 a 66 C.P.1).

9. **Declaración juramentada** rendida el 27 de abril de 2017 por el Dr. RAFAEL HUMBERTO VERGARA QUEMBA, en calidad de Asesor grado 19, adscrito a la Procuraduría Regional de Casanare.

Señala que no le consta quien pudo haber suplantado la firma del Procurador Regional, Juan Pablo Garcia, no obstante, indica que se percató con algunos compañeros como FRANCO VEGA y HUMBERTO OTÁLORA que algunos autos las firmas no guardaban uniformidad a la firma del doctor JUAN PABLO GARCÍA y comparando algunos autos a simple vista había algunas firmas que eran muy diferentes. Insiste que no le consta que alguien haya suplantado o haya firmado por él. Declara que le llamó la atención, porque el procurador manifestó que él siempre firmaba con su pluma o estilógrafo y algunos de esos autos que tenían la firma diferente, pues al parecer estaban firmados con esfero corriente. (fls. 67 a 68 C.P.1).

10. **Declaración juramentada** rendida el 27 de abril de 2017 por FRANCO EDWIN VEGA CORREDOR, en calidad de Profesional Universitario Grado 17 adscrito a la Procuraduría Regional de Casanare.

Señala que quienes permanecían en el despacho eran Jean Daysi y Edward Silva, y que para la época de los hechos él le entregó los proyectos a la funcionaria y ella se los devolvió firmados, sin ninguna corrección para ser entregados en secretaría para su respectivo trámite. Indica que el no vio personalmente quien “efectivamente” firmaba por el procurador, pero si observó que las firmas de



algunos autos, no se parecían a las de él. Manifiesta que no tiene conocimiento que días se ausentó el procurador Regional de Casanare (fls. 69 a 70 C.P.1).

11. **Declaración juramentada** rendida el 28 de abril de 2017 por BLANCA CECILIA CHAPARRO BARRERA, en calidad de Profesional Universitario Grado 17 adscrita a la Procuraduría Regional de Casanare.

Indica que estuvo de vacaciones en enero de 2017, pero que escuchó que los compañeros comentaban que el Dr. Juan Pablo poco iba a la Regional y que había una señora de nombre Jean Daysi pendiente de los asuntos de despacho. Pero que ellos decían que ingresaban los proyectos y los firmaba el procurador (fls. 71 a 72 C.P.1).

12. **Declaración juramentada** rendida el 28 de abril de 2017 por EDWARD ENRIQUE SILVA ZAMORA, en calidad de sustanciador adscrito a la Procuraduría Regional de Casanare.

Indica que no le consta quien pudo haber suplantado la firma del procurador regional en autos o actos administrativos (fl.73 C.P.1).

Analizados los anteriores testimonios se puede determinar que provienen de funcionarios que laboraron en la Procuraduría Regional de Casanare, dependencia donde ocurrió la falsificación de los autos adoptados en procesos disciplinarios y que aquí se cuestionan, aspecto que permite otorgarles credibilidad para ser analizados en virtud del conocimiento directo de la actividad administrativa y procesal que se suscitaba al interior de la dependencia, quienes de manera conteste refieren el procedimiento de ingreso al despacho de los proyectos de auto y salida de los autos firmados; empero ninguno afirma o le consta de una eventual falsificación de la firma, que aunque si advirtieron que se presentaron diferencias en las firmas y por la cual, como lo expresó el señor RAFAEL HUMBERTO VERGARA QUEMBA, en calidad de Asesor grado 19, adscrito a la Procuraduría Regional de Casanare, indagó con el procurador regional, **este manifestó que él siempre firmaba con su pluma o estilógrafo y algunos de esos autos que tenían la firma diferente, pues al parecer estaban firmados con esfero corriente**, situación que no configura un elemento suficiente para acreditarle por ello responsabilidad disciplinaria en la diferencia de firma en los autos cuestionados, como se analizará al momento de valorar los elementos de la prueba indiciaria que fueron los considerados por la Veeduría para endilgar el cargo.

Asimismo, de las declaraciones aludidas también se destaca que la señora JEAN DAISY HOLGUIN era la funcionaria de confianza del señor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, procurador regional de Casanare y que en múltiples ocasiones el citado funcionario permanecía ausente e incluso *“muchas veces lo echaban de menos hasta dos y tres días, y quienes se encontraban en el despacho del Procurador eran JEAN DAISY y EDWARD SILVA, que eran los encargados de*



recibir y devolver a secretaria lo que el procurador firmaba”, no permite concluir razonablemente y en grado de certeza que esta condición, sea indicativa de la falsedad material que se imputa desde el ámbito de la falta disciplinaria.

Ahora bien, en cuanto a la declaración juramentada rendida por el señor HUMBERTO RAMÓN OTALARA HERNÁNDEZ, el 27 de abril de 2017, en calidad de Secretario Grado 11 de la Procuraduría Regional de Casanare, llama la atención que indica que si bien es cierto “no le consta quienes pudieron haber suplantado la firma del Procurador Regional.”, también lo es que “se cercioró que los proyectos pasaban al despacho y salían firmados ese mismo día, sin que el Procurador estuviera en el despacho, o por lo menos sin que él lo hubiera visto. Indica que los hechos ocurrieron el 25 de enero de 2017”, situación que concuerda con el informe allegado al plenario en cuanto que para la fecha al parecer, durante los días 25 y 26 de enero de 2017, permaneció en la ciudad de Bogotá; sin embargo no es concluyente para aseverar que la investigada fue la responsable de la falsificación, como se expondrá al dar respuesta a los argumentos de la defensa y analizar la prueba indiciaria.

13. **Declaración juramentada** rendida a través de la Plataforma Microsoft Teams, el 23 de junio de 2022 por el señor JUAN PABLO GARCIA PEÑALOZA, en calidad de Procurador Regional de Casanare, en la diligencia se encontraba conectado el Dr. German León Castañeda, defensor de confianza de la investigada, quien no formuló pregunta alguna al declarante.

Señala el declarante que una de las condiciones que le señaló a la Procuradora General de la Nación de la época de los hechos, fue que para poder asumir las funciones de Procurador Regional debía contar con personal de su confianza, necesitaba un respaldo, y solicitó el traslado de Jean Daysi Holguín. Indica que la funcionaria fue su asistente cuando se desempeñó como Coordinador de los Procuradores Judiciales Penales del Meta. Manifiesta que, la señora Holguín es una persona absolutamente transparente y diáfana, muy querida y comprometida con la entidad. Por lo anterior, esa fue su petición que la trasladaran para el Departamento de Casanare.

Con relación a la pregunta formulada si recuerda haber signado los autos del 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, así como la circular conjunta No. 02 de 2017 del 24 de enero de esa misma anualidad, afirma que de memoria no podría responder si lo realizó, que debía tenerlos presente y mirar si efectivamente se trataba de su rúbrica. Señala que no recuerda si se encontraba los días señalados en el despacho, puesto que muchas veces tenía que desplazarse desde Yopal hasta Bogotá, para hablar con la Procuradora encargada.

El despacho finaliza formulándole el siguiente interrogante al declarante: “¿Tiene conocimiento de la existencia de alguna denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por estos mismos hechos y contra quien fue dirigida?”, afirma que no tiene



conocimiento. Por último, se le pregunta a la defensa si desea realizarle alguna pregunta al declarante, manifestando esta de manera inmediata que no (Medio magnético- CD ver fl. 436 C.P.3).

14. Ampliación de la declaración juramentada del señor JUAN PABLO GARCIA PEÑALOZA, diligencia realizada el 8 de septiembre de 2022 en las instalaciones de la Procuraduría Regional de Tolima, comisionándose al Procurador Regional del Tolima, para la práctica de la misma, y tuvo por objeto, ponerle de presente al declarante copia de los once documentos para que informara si se trataba de su rúbrica.

Señala el declarante los siguientes argumentos:

“En auto marcado con fechados el 25 de enero de 2017 dentro del radicado 14803 revisada la firma debo decir que no es la que acostumbro a utilizar en mis actos públicos y privados.

Respecto del auto del 25 de enero de 2017 dentro del radicado 14874/2017 encuentro que la firma puede parecerse a la mía, no estoy seguro porque los trazos como tal generan una similitud con los que yo hago, pero debo hacer la observación que en la fotocopia específicamente en el espacio arriba de los apellidos Garcia Peñaloza existe como un manchón o algo que la sobrepone lo cual no me explico por qué.

A folio seguido el auto del 25 de enero de 2017 radicado 14592/2016 no aparece completa la firma, observo el mismo manchón en la fotocopia en la parte de mis apellidos y no podría determinar su autenticidad.

En Auto del 26 de enero de 2017 radicado 13100 no identifiqué la firma si es real o no la mía.

En auto del 26 de enero de 2017 con radicado 14797 de 2017 no identifiqué la firma como si fuera mía porque los trazos no son como consecutivos.

El auto del 26 de enero de 2017 radicado 14818/2017, la firma no la identifiqué como elaborada por mí.

En el auto del 26 de enero de 2017 radicado de correspondencia 14865 noto que la firma es nada parecida a la mía.

En auto del 26 de enero de 2017 radicado 14856/2017 la firma que aparece no la identifiqué como si yo la hubiera hecho.

En auto del 19 de enero de 2017 radicado de correspondencia 14801/2017 la firma se parece bastante a la mía, no sé si corresponda o no.

En la circular conjunta No. 02 de 2017 realizada con la defensoría del Pública y personería Municipal está muy borrosa, pero los trazos los veo como los que acostumbro a realizar, no estoy muy seguro.



Debo anotar que noto brillan por su ausencia en casi todos los documentos dubitados, excepto uno que no aparecen las iniciales de las personas que los elaboraron. En gracia de ilustración de las primeras cosas que hice cuando fui designado Procurador Regional del Casanare, fue reunirme con todo el personal tanto de abogados, como sustanciadores y de secretaría y mi instrucción fue que cada uno respondería por el trámite que llegara a sus manos y ello se haría colocando en el pie de página las iniciales de sus nombres y apellidos para así establecer quien proyectaba cada asunto.

PREGUNTADO: *En caso de que alguno de los actos administrativos señalados anteriormente, cuenten con su rúbrica, indíqueme al despacho, las razones por las cuales la DNIE en su informe técnico, señala que al parecer la grafología se nota un poco diferente a su firma en el resto de actos administrativos signados por usted.* **CONTESTÓ:** *Como me lo pone de presente el funcionario comisionado, es la dirección nacional de investigaciones especiales y no yo, quien en un informe técnico señala que al parecer la grafología se nota un poco diferente a mi firma, entonces es allí donde se debe preguntar la razón para tal afirmación, de hecho me sorprende esa conclusión cuando en ninguna parte de este proceso fui citado para tomarme muestras manuscriturales, sobre mi firma y así poder llegar a una conclusión como la consignaron.*

PREGUNTADO *¿Recuerda donde se encontraba los días 24, 25 y 26 de enero de 2017?* **CONTESTÓ:** *Sobre el particular no puedo responder casi 6 años después, pero siendo días laborales, debería estar en la oficina o en su defecto en el despacho de la Procuraduría General de la Nación, atendiendo y dando informes puntuales sobre la Procuraduría Regional del Casanare, pero reitero y hago énfasis puntual, me sorprende enormemente que 10 de los documentos que se me pusieron de presente no tienen las iniciales de quien los suscribió, como era la costumbre y di instrucción precisa que quedara en el pie de página de cada uno, para así individualizar quien proyectó cada asunto.*

PREGUNTADO: *¿Tiene algo más que agregar o suprimir a la presente diligencia?* **CONTESTADO:** *Si doctor, debo ahondar como se lo expresé a la funcionaria de la Procuraduría delegada disciplinaria de juzgamiento en diligencia virtual, que el motivo de mi designación como Procurador Regional de Casanare en el mes de diciembre de 2016, fue por un llamado expreso que me hizo la entonces Procuradora General de la Nación encargada Doctora Martha Isabel Castañeda Curvelo quien me manifestó que me necesitaba con urgencia para que le atendiera como procurador Regional de Casanare, habida cuenta que había información de un alto índice de corrupción en esa regional y que por ello había tomado la decisión de declarar insubsistente a mi antecesor. En mi experiencia como Procurador Judicial Penal II con funciones de coordinador de Procuradores penales tanto del departamento del Meta como de Arauca en su momento, durante 5 años, entregue resultados tangibles en la lucha contra la corrupción, lo que generó entre otros unas cuantas condenas a funcionarios públicos deshonestos, situación que generó un alto grado de confianza de la funcionaria antes referida, con quien no tenía ningún grado de amistad, pero si un alto grado de confianza por mis resultados. En ese instante le expresé a la Procuradora General de la Nación que, si me iría para Yopal, pero que le pedía el favor que me ayudara a blindarme con dos funcionarios de mi absoluta confianza y fue con el traslado del cargo para Yopal de la señora JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY y*



entonces a esto se accedió y se designó también el nombramiento del señor EDWARD SILVA ZAMORA. LA PRIMERA ME BLINDABA EN EL DESPACHO y el segundo con los profesionales sustanciadores habida cuenta el antecedente que me puso de presente la doctora Castañeda. Entonces, desde mi llegada, mi designación con dos funcionarias más generó un malestar enorme dentro de la regional, salvo de dos o tres funcionarios que me fueron mereciendo una sensación de honestidad y credibilidad. Pero por ejemplo cuando llegué, me tocó cambiar unos procedimientos que se traían en mi modo de ver malsanos cuando todo lo que era reparto y correspondencia entraba al despacho del Procurador Regional, ante lo cual le expresé que era el suscrito Procurador quien asignaba los casos de conformidad con orden de llegada y equidad con la distribución de la carga laboral, frente al particular hubo bastante inconformidad, levanté muchas ampollas y por supuesto mis decisiones sobre el trámite no fueron bien recibidas. Obviamente la señora JEAN DAISY persona de mi absoluta y total confianza con una amplia trayectoria y marcada impronta de honorabilidad, era mis ojos en la secretaria y me expresó como llegaban los disciplinados a secretaria y no eran atendidos por el secretario en las instalaciones de la institución, sino que salían acompañados del mismo fuera de las instalaciones. Estos hechos para mí resultaban sospechosos máxime con el antecedente narrado en estas diligencias. Cuando presento mi renuncia con el ingreso del Procurador Fernando Carrillo que fue aceptada a todos los Procuradores Regionales del país, JEAN DAISY quedó desprotegida y a merced de las personas antes referidas. Yo presenté en su momento un informe de gestión y dentro de lo que evidencia con mi presencia, en Yopal eran unas muestras opulencia en mi parecer desaforadas por parte de algunos funcionarios de la Institución, lo que generó gran descontento e ira y lo que hoy tiene a una ejemplar funcionaria como la señora JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY con un pliego de cargos por supuestamente haber falseado documentos aparentemente por mí no firmados. Sobre el particular y con este recuento que estoy haciendo expreso enfática y categóricamente que esta funcionaria, quien sirvió al suscrito por más de 2 años casi 3, no hubiera tenido y nunca tuvo la necesidad de haber firmado nada en mi nombre y como veo el modus operandi de estos documentos dubitados es la remisión a sendas oficinas de control interno ajenas a la institución, que por supuesto dejan mucha duda, máxime como lo reiteraré al momento en que se me pusieron de presente los autos, no cuenta con las iniciales de quien los preparó y elaboró". (fls. 465 a 467 C.P.3).

Analizada la diligencia se observa que, el declarante en todo momento de su intervención realiza afirmaciones positivas, elogiosas y de enaltecimiento al momento de expresarse de la investigada. Valga señalar que el declarante también manifiesta que, en la presente actuación disciplinaria, nunca le tomaron muestras caligráficas o manuscriturales para comparar su firma con la de los autos signados los días 19,24,25 y 26 de enero de 2017.

15. Informe técnico rendido por la Dirección Nacional de Investigaciones el cual tuvo por objeto verificar el posicionamiento y dirección de las celdas a través de las cuales se originaron y recibieron llamadas los días 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, en las líneas de telefonía móvil celular Nos. 3102919662, 3125455291, 3102615761 y 3208515741, que registran a nombre del doctor JUAN

PABLO GARCIA PEÑALOZA, en el operador CLARO, según información suministrada por dicha empresa.

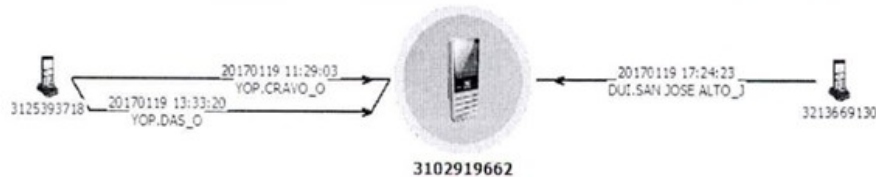
Procede el despacho a transcribir apartes del análisis y concepto técnico así:

“Una vez obtenida la información, se determinó que para el 19 de enero de 2017 hubo un total de tres (3) registros de llamadas entrantes al abonado telefónico 3102919662 indicando fecha, hora y el posicionamiento del receptor de la comunicación, según las celdas; para los días 24, 25 y 26 de enero, no hay reporte de llamadas, como se observa a continuación:

(...)

No.	ORIGINADOR	RECEPTOR	FECHA HORA	DURACION EN SEGUNDOS	NOMBRE DE CELDA INICIO	NOMBRE DE CELDA FINAL
1	3125393718	3102919662	20170119 11:29:03	54	YOP.CRAVO _O	YOP.CRAVO_O
2	3125393718	3102919662	20170119 13:33:20	65	YOP.DAS_O	YOP.DAS_O
3	3213669130	3102919662	20170119 17:24:23	98	DUI.SAN JOSE ALTO J	DUI.CENTRO_I

f
c



se

ión
un
17,
la
ray

Grafo de análisis de asociación i2 Analyst's Notebook No. 01.

reporte de llamadas, tampoco hay registro de llamadas salientes.

- El número **3125455291** para los días 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017 registra un total de treinta y nueve (39) llamadas entrantes y reporta un total de ciento seis (106) llamadas salientes, indicando, fecha, hora y el posicionamiento del receptor y el originador de las comunicaciones, respectivamente. Según la información aportada por el operador de telefonía celular COMCEL-CLARO.
- La línea móvil celular **3102615761** registra un total de dieciséis (16) llamadas entrantes y total de dieciséis (16) llamadas salientes para los días 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, según la información aportada por el operador de telefonía celular COMCEL-CLARO, indicando fecha, hora y posicionamiento del receptor y el originador de las comunicaciones.
- Respecto del número **3208515741**, en el disco compacto contenido de la respuesta del operador de telefonía celular COMCEL- CLARO, NO reposa información de este”. (fls. 325 a 334 C.P.2).

El anterior informe conlleva a determinar que en la mañana del 19 y del 24 de enero de 2017, el doctor JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA estuvo en la ciudad de El Yopal, donde ejercía sus funciones de Procurador Regional de Casanare, en IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988
Fallo primera instancia absolutorio

42



la tarde y noche de esos días se desplazó a la ciudad de Bogotá; **al parecer, durante los días 25 y 26 de enero de 2017, permaneció en la ciudad de Bogotá,** sin que acudiera a su oficina de dicha regional, como se infiere razonablemente de la ubicación geográfica, fecha y hora de las llamadas telefónicas salientes y entrantes efectuadas desde y hacia sus líneas telefónicas móviles celulares 3102919662 y 3125455291 que aparecen a su nombre en la empresa de telefonía móvil celular COMCEL-CLARO.

De la misma manera, es viable señalar que el Dr. Garcia Peñaloza realizó el siguiente recorrido: el 19 de enero de 2017, al parecer estuvo en la mañana en la ciudad de Yopal hasta las 13:55 p.m., pero a partir de esa hora posiblemente se desplazó hasta la ciudad de Bogotá, por la vía Sogamoso- Tunja- Bogotá, destino donde realizó una llamada a las 20:24 horas, aproximadamente. El 24 de enero de 2017, de acuerdo con el informe se observa que el investigado, estuvo en Yopal hasta las 11:43 a.m., dirigiéndose rumbo a Bogotá, y a las 17:26 horas, se encontraba en el barrio Toberin. De la misma manera, se observa que, durante todo el día del 25 de enero de 2017, las celdas de las líneas telefónicas muestran que el señor García Peñaloza, estuvo en diferentes localidades de la capital del país.

Precisado lo anterior, pasa el despacho a realizar el análisis y apreciación de las pruebas obrantes en el presente proceso, con el fin de establecer, la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad disciplinaria o no de la investigada.

De lo analizado hasta este punto, se puede concluir que, la ocurrencia de los hechos que originaron la presente acción disciplinaria, fueron la suplantación o falsificación de la firma del Dr. Juan Pablo Garcia Peñaloza, en calidad de Procurador Regional de Casanare en los actos administrativos proferidos los días 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017.

En la órbita del derecho disciplinario como parte del derecho sancionador o *ius puniendi* para la aplicación del principio de tipicidad como categoría dogmática y expresión del principio de legalidad se debe definir lo siguiente: (i) el sujeto activo de la conducta sancionable; (ii) los deberes o funciones propios del cargo; (iii) la prescripción de los elementos básicos de la conducta infringida teniendo en consideración que al utilizar normas en blanco se debe hacer la remisión normativa precisa, y establecer criterios para determinar con claridad la conducta; y a partir de allí proceder a hacer la adecuación típica o la subsunción de la conducta frente al deber funcional infringido y la comisión de la falta disciplinaria sancionable, que constituiría el nexo para comprobar la imputación objetiva.

Revisado los argumentos señalados en la diligencia de ampliación de declaración juramentada rendida el 8 de septiembre de 2022 el Dr. Juan Pablo Garcia Peñaloza, se observa que, una vez se le exhibieron copia de los autos objeto de cuestionamiento, manifestó lo siguiente:



“En auto marcado con fechados el 25 de enero de 2017 dentro del radicado 14803 revisada la firma debo decir que no es la que acostumbro a utilizar en mis actos públicos y privados. Respecto del auto del 25 de enero de 2017 dentro del radicado 14874/2017 encuentro que la firma puede parecerse a la mía, no estoy seguro porque los trazos como tal generan una similitud con los que yo hago, pero debo hacer la observación que en la fotocopia específicamente en el espacio arriba de los apellidos García Peñaloza existe como un manchón o algo que la sobrepone lo cual no me explico por qué. A folio seguido el auto del 25 de enero de 2017 radicado 14592/2016 no aparece completa la firma, observo el mismo manchón en la fotocopia en la parte de mis apellidos y no podría determinar su autenticidad. En Auto del 26 de enero de 2017 radicado 13100 no identifiqué la firma si es real o no la mía. En auto del 26 de enero de 2017 con radicado 14797 de 2017 no identifiqué la firma como si fuera mía porque los trazos no son como consecutivos. El auto del 26 de enero de 2017 radicado 14818/2017, la firma no la identifiqué como elaborada por mí. En el auto del 26 de enero de 2017 radicado de correspondencia 14865 noto que la firma es nada parecida a la mía. En auto del 26 de enero de 2017 radicado 14856/2017 la firma que aparece no la identifiqué como si yo la hubiera hecho. En auto del 19 de enero de 2017 radicado de correspondencia 14801/2017 la firma se parece bastante a la mía, no sé si corresponda o no. En la circular conjunta No. 02 de 2017 realizada con la defensoría del Pública y personería Municipal está muy borrosa, pero los trazos los veo como los que acostumbro a realizar, no estoy muy seguro”.

Los argumentos anteriores, permiten colegir que el Dr. García Peñaloza, no reconoció su firma en los actos administrativos ni la circular No. 02 del 24 de enero de 2017, los cuales fueron proferidos en enero de 2017, conllevando a reafirmar las conclusiones señaladas en el informe rendido por la DNIE, que indica que, las mentadas signaturas no se identifican entre sí, y se detectaron diferencias entre las firmas dubitadas frente a las signaturas indubitadas.

Ahora, en cuanto al reparo realizado a la investigada en el auto de formulación de cargos, no se observa que, las pruebas obrantes en el dossier, permitan inferir que la investigada fue quien realizó la conducta investigada. Igualmente, revisadas las pruebas testimoniales, documentales y los informes técnicos rendidos por la DNIE que obran en el dossier, no se observa certeza probatoria de que la señora JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY haya suplantado y/o falsificado la firma del Dr. Juan Pablo García Peñaloza, Procurador Regional de Casanare, en los autos y circular proferidos los días 19, 24, y 25 de enero de 2017.

Adicionalmente, el artículo 142 de la Ley 734 de 2002, reza: «No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado»; de ello se desprende que después de realizado un análisis valorativo de las pruebas arrojadas al proceso no se **presenten dudas** acerca de la existencia de la **falta ni de la responsabilidad del implicado en su cometido**, sino que conduzcan al juez, en grado de certeza, al establecimiento del reproche.



En efecto, revisadas las pruebas obrantes en el dossier, se observa que, los hechos señalados como irregulares existieron, no obstante, no se tiene certeza probatoria, que permita afirmar que, la señora JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY fue la funcionaria que falsificó la firma del Dr. Juan Pablo Garcia Peñaloza, Procurador Regional de Casanare, en los actos administrativos del 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017. En suma, no existe prueba que, de cuenta, de la comisión de la falta disciplinaria endilgada a la investigada.

De acuerdo con el análisis realizado en supra, es viable concluir que, si existió una falsificación o suplantación de la firma del Dr. JUAN PABLO GARCIA PEÑALOZA, en calidad de Procurador Regional de Risaralda en los actos administrativos signados el 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017. No obstante, en cuanto atañe al sujeto activo de la conducta, no se observa prueba directa para endilgar a la señora JEAN DAYSI HOLGUIN como la funcionaria que **falsificó** la firma del procurador regional en los autos, acta y circular conjunta que han sido objeto de reproche disciplinario

Ahora bien, teniendo en cuenta los elementos indiciarios considerados por la Veeduría en los siguientes términos, *“si bien es cierto que no existe en el plenario prueba directa de que la servidora JEAN DAISY HOLGUIN MONROY fue quien suplantó la firma del procurador regional de Casanare JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en usencia de este, en los autos, oficio y circular fechados el 19, 24, 25 y 26 de enero de 017, examinados en la prueba técnica como no suscritos con la firma auténtica del citado procurador; sí existen en el proceso serios y graves indicios circunstanciales de: i. alto grado de confianza del procurador en la investigada, ii. no presencia del procurador en su despacho para esos días, iii. presencia de JEAN DAISY en ese despacho; y, iv. rol cumplido en la Regional de Casanare por dicha funcionaria; los que permiten inferir razonablemente que esa servidora fue posiblemente la que remedó o suplantó la firma de GARCÍA PEÑALOZA, en tales actos administrativos materia de investigación”* este despacho se pronunciará al momento de despachar los argumentos de defensa.

XI. HECHOS PROBADOS

Acorde con el análisis efectuado, en la presente actuación se encuentran demostrado los siguientes hechos:

1. Mediante Decreto 6156 del 22 de diciembre de 2016, la señora Procuradora General de la Nación en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, dispuso encargar a la señora **JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY**, identificada con cedula de ciudadanía No. 40.376.058, Sustanciador, Código 4SU, Grado 10 de la Procuraduría 275 Judicial I para Asuntos Penales de Villavicencio, en Sustanciador; Código 4SU, Grado 11, de la Procuraduría 68 Judicial II para Asuntos Penales en Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare. Quien acepta dicho nombramiento a través de oficio del 16 de enero de 2017. Tomando posesión del cargo el 1° de febrero de 2017, según el acta de posesión No. 013. No obstante, se



encuentra probado que materialmente comenzó a ejercer funciones días antes a la toma de posesión del cargo.

2. Los días 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017 se proferieron autos, oficios y circular que, no se observan que hayan sido firmados por el Procurador Regional de Casanare, JUAN PABLO GARCIA PEÑALOZA, o por lo menos no con su firma autentica. Se tiene certeza que la firma fue suplantada, por una que no corresponde a su patrón manuscritural normalmente. Lo anterior, fue corroborado por el mismo señor García Peñaloza en la ampliación de declaración juramentada, en el momento en que el despacho comisorio- Procuraduría Regional de Instrucción de Ibagué, le exhibe copia de los respectivos actos administrativos y, este no los reconoce y tacha la firma como “no realizada por él”. De la misma manera en la declaración juramentada del señor Rafael Humberto Vergara Quemba, en calidad de funcionario de la Regional de Casanare, manifiesta que se percató que algunos autos no guardaban uniformidad con la firma, y que le llamó la atención porque el procurador siempre firmaba con estilógrafo y esos últimos autos habían salido firmados con esfero.
3. De acuerdo con los testimonios rendidos por los funcionarios de la Procuraduría Regional de Casanare coinciden en señalar que, dentro de sus funciones adicionales, el Procurador Regional debía acudir a distintas reuniones, comités, es decir, se ausentaba del despacho algunas veces, por esas razones. La funcionaria JEAN DAYSI HOLGUIN, trabaja en el despacho del procurador regional y era la encargada de revisar los proyectos que pasaran los profesionales para la firma del Procurador Regional, revisaba la correspondencia y proyectaba las respuestas para la firma del procurador.
4. El informe técnico rendido por la DNIE, y tal como fue citado en la presente decisión, las pruebas grafológicas realizadas a los actos administrativos objeto de reproche, arrojaron que no existe uniprocedencia manuscritural entre las firmas indubitadas y las dubitadas, es decir, no se identifican entre sí, dejándose en evidencia una suplantación o falsificación.
5. Los funcionarios de la Procuraduría Regional de Casanare para la época de los hechos, los señores: Enrique Silva Zamora, Claudia Caliman, Jaime Camargo Torres, Ramón Humberto Otálora y Rafael Humberto Vergara, coinciden en señalar que NO les consta, quien fue el funcionario que suplantó o falsificó la firma del Procurador Regional de Casanare, en los autos proferidos el 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, así como la Circular conjunta No. 02 de 2017.
6. De acuerdo con el informe técnico rendido el 24 de julio de 2020 por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, se logró establecer que el Dr. Juan Pablo Garcia Peñaloza, durante los días 19,24, 25 y 26 de



enero de 2017, de acuerdo con el posicionamiento geográfico de las celdas de los números de celulares 3125455291 y 3102615761, en virtud de la información enviada por la empresa de telefonía móvil CLARO, realizó el siguiente recorrido: el 19 de enero de 2017, al parecer estuvo en la mañana en la ciudad de Yopal hasta las 13:55 p.m., pero a partir de esa hora posiblemente se desplazó hasta la ciudad de Bogotá, por la vía Sogamoso-Tunja- Bogotá, destino donde realizó una llamada a las 20:24 horas, aproximadamente. El 24 de enero de 2017, de acuerdo con el informe se observa que el investigado, estuvo en Yopal hasta las 11:43 a.m., dirigiéndose rumbo a Bogotá, y a las 17:26 horas, se encontraba en el barrio Toberin. De la misma manera, se observa que, durante todo el día del 25 de enero de 2017, las celdas de las líneas telefónicas muestran que el señor García Peñaloza, estuvo en diferentes localidades de la capital del país.

7. El Dr. Juan Pablo Garcia Peñaloza, en las diligencias de declaración juramentada y ampliación de la misma señala que la señora Jean Daysi Holguín, no tendría la necesidad de falsificar su firma, puesto que era una persona que le “había servido” durante casi tres (3) años, era de su confianza, que el mismo había conseguido el traslado de ella para la Procuraduría Regional de Casanare, con el fin de que fuera “sus ojos en la dependencia”. Adicionalmente, señaló que en la presente actuación disciplinaria nunca fue llamado a para tomarle muestras manuscritural de su firma y así concluir sí efectivamente, los documentos signados el 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017 correspondían o no a su firma.

XII. CONSIDERACIONES FRENTE A LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR EL DEFENSOR DE CONFIANZA DE LA INVESTIGADA

12.1. De la prueba indiciaria en el Derecho disciplinario

En el escrito de descargos, el abogado defensor manifiesta su inconformidad por el despacho que formuló el pliego de cargos, bajo los siguientes argumentos:

Manifiesta que en la providencia se estableció que existían **serios y graves indicios** circunstanciales, así: *i. alto grado de confianza del procurador en la investigada, ii. No presencia del procurador en su despacho para esos días, iii. Presencia de JEAN DAYSI en ese despacho, iv. Rol cumplido en la Regional de Casanare por dicha funcionaria, infiriendo que la funcionaria fue posiblemente quien remendó o suplantó la firma de Garcia Peñaloza en los actos administrativos señalados.*

Para darle respuesta a la defensa, es necesario desarrollar este acápite, y realizar una sucinta ilustración de la acepción que ha tenido el indicio, su aceptación y



aplicación en materia disciplinaria, y no menos importante su construcción, con sus correspondientes elementos para concluir en el hecho desconocido o indicado.

El artículo 130 en su inciso 2 de la Ley 734 de 2002²⁵, contempla dentro de los medios de prueba el indicio, los cuales serán tenidos en cuenta al momento de realizar la apreciación íntegra de las pruebas. El doctrinante Jairo Parra Quijano, define el indicio como un *hecho del cual se infiere otro desconocido*, y para su entendimiento ilustra de manera práctica su distinción con los demás medios de pruebas, en los siguientes términos:

“El indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido. Debe quedar suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado, porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro.

"Ordo unius ad aliud". Un orden de una cosa hacia otra. Ese mutuo 'ser uno hacia otro' de los hechos ha de ser de naturaleza real, objetiva.

El hecho indicio para que indique el otro requiere el empleo de la regla de la experiencia y por ello se puede afirmar que ésta es un prius; en cambio, en los demás probatorios es un posterius con el fin de establecer el valor que se le debe dar al medio probatorio.

Si el testigo narra unos hechos, después de narrados, valiéndonos de las reglas de la experiencia, podemos creerle o no; en cambio, en el indicio la regla de la experiencia la debe aplicar el juez al hecho demostrado para encontrar el otro.”²⁶

En materia disciplinaria, la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos en fallo de primera instancia del 30 de junio de 2016 dentro del radicado 008-114715-2004, dilucidó el concepto de la prueba indiciaria de la siguiente manera:

«El indicio, visto desde otro punto de vista a la lógica de su inferencia como es el relativo a lo que prueba, es medio probatorio indirecto porque a partir de la prueba de un hecho indirecto llamado "**indicador**" se infiere o deduce, lógicamente, el hecho directo, llamado "**indicado**".

Es por lo anterior que para que en el juicio se tenga la convicción sobre la existencia de dicho **medio indirecto de prueba**, se requiere que se analicen **los demás medios directo de prueba** y que sobre los mismos se

²⁵ “ARTÍCULO 130. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.”

²⁶ Parra Quijano, J. (2011). *Tratado de la Prueba Judicial INDICIOS Y PRESUNCIONES*. (7ª ed., tomo IV). Librería Ediciones del Profesional Ltda. (pp. 25)

IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988

Fallo primera instancia absolutorio



realicen **operaciones de razonamiento lógico**, pues los indicios no surgen por la percepción inmediata de aquellos.

Cuando de los medios probatorios directos (*declaración de parte, el testimonio, el dictamen pericial, la inspección judicial y los documentos*) entre otros, prueban la existencia del hecho, se constituyen desde otro punto de vista en la materia prima con la cual puede establecerse *en forma indicada o refleja* hechos de los cuales se puede inferir, lógicamente, *el hecho indicado*.

La prueba indiciaria se deduce o infiere con medios probatorios que están en forma debida para la apreciación y para la valoración. Por consiguiente, debe hacerse claridad en que las pruebas directas no controvertidas o ratificadas, es decir ser simplemente pruebas sumarias, no deviene en prueba indirecta y por lo mismo no se transmuta o transforma en prueba indiciaria.

La prueba indiciaria no aparece como consecuencia del deficiente estado *de las pruebas directas "no controvertidas y no contradichas"*; no aparecen en el terreno de las probanzas como consecuencia subsidiaria del descarte de análisis sobre las directas por su irregular estado de apreciación; aparecen sí cuando de las pruebas directas en perfecto estado de apreciación se establecen hechos indicadores con los cuales, por razonamiento lógico, se deducen otros hechos llamados indicados.

Lo anterior es más entendible si se tiene claro que mientras la clasificación de los medios de prueba en directos e indirectos obedece al hecho que se quiere probar, la clasificación entre pruebas sumarias y pruebas contradichas responde a los aspectos, respectivamente, de la previa y posterior contradicción.»

En numerosas decisiones de la Corte Suprema de Justicia se ha determinado la manera en que la prueba indiciaria debe ser apreciada, estableciendo el proceso o los pasos a seguir para su formación. En verbigracia, la sentencia SP382-2022 proferida por la Sala de Casación Penal, refleja el razonamiento que ha tenido la corporación frente a la prueba indiciaria, y la ilustra al siguiente tenor:

«Todo indicio supone un hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro, con base en la experiencia, la lógica o postulados científicos.

A la hora de construir un indicio, con lo primero que hay que contar es con un hecho indicador debidamente probado, lo que implica que es necesario señalar cuáles son las pruebas de ese hecho indicador y qué valor se le confiere a las mismas. Pues si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, obviamente no puede declararse probado el hecho y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de ningún indicio.

Probado el hecho indicador, el segundo paso es señalar la regla de la experiencia, de la lógica o de la ciencia. Este peldaño no puede omitirse,



puesto que de la regla aplicada va a depender, en buena medida, el carácter o fuerza probatoria del indicio. Además, dado que la máxima eventualmente usada puede ser falsa o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene, es indispensable que se exprese para que pueda ser controvertida y, de esa forma, garantizar adecuadamente el derecho de defensa.

El tercer paso será enunciar el hecho indicado, cuyo grado de asentimiento dependerá, como ya se indicó, del alcance de la regla de la experiencia, de la lógica o científica.

Por último, ha de valorarse el hecho indicado en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir finalmente qué se declara probado.»²⁷

En el mismo sentido, la alta corporación señala como a través de la aplicación de las reglas de la experiencia, el juzgador partiendo de los medios probatorios acreditados y obrantes dentro del proceso infiere la existencia de otro hasta ahora desconocido mediante un proceso de racionalización:

“La estructura del indicio, es la del método inductivo, inclusive la misma Corte Suprema, Sala de Casación Penal ha dicho: "el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiere la existencia de otro hasta ahora desconocido, que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas de lo acontecido"²⁸

Por último, el Consejo de Estado ha contemplado la utilización de la prueba indiciaria en los casos en que no se pueda identificar los autores materiales de un hecho determinado, bajo el entendido que a través de un hecho conocido y una debida aplicación de las reglas de la experiencia y de la lógica se establece la existencia de un hecho desconocido. Lo anterior se avizora en la pronunciación hecha por la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“... en hechos en los que en principio no resulta posible identificar a sus autores materiales, la prueba indiciaria resulta idónea y única para determinar la responsabilidad, pues aquella compagina elementos debidamente comprobados para arribar con ellos a la certeza de otros y así mismo endilgar responsabilidad a los inculpados.

Se trata de un medio de prueba permitido que demanda la demostración del hecho indicador, para así tener como probado el inferido. En este escenario, la existencia de una serie de hechos acreditados por cualquiera

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 54.465. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Febrero 16 de 2022.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Radicado 30935. MP José Leónidas Bustos Martínez. Septiembre 16 del 2009.



de los medios probatorios previstos por la ley, estrechamente vinculados con el ilícito, conducen necesariamente a la imputación de la responsabilidad. Los indicios se constituyen en la prueba indirecta por excelencia, pues a partir de un hecho conocido y en virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de un hecho desconocido.²⁹

Establecida e ilustrada la concepción y procedimiento de la prueba indiciaria, este despacho señala la legalidad aduciendo la existencia de indicios, no obstante, se deberá realizar el análisis probatorio de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso y, determinar lo que en derecho corresponda.

En relación con los medios de prueba fijados para determinar la responsabilidad, específicamente en relación al **indicio**, este debe contener los siguientes elementos:

1. HECHOS INDICADORES
2. REGLAS DE LA EXPERIENCIA E INFERENCIAS
3. HECHO INDICADO

- **De los hechos indicadores:**

Tal como lo señaló la defensa, la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, en el auto de formulación de cargos del 21 de febrero de 2022, adujo que no existía en el plenario **prueba directa** que permitiera afirmar que la funcionaria JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY, fue quien suplantó o falsificó la firma del Procurador Regional de Casanare JUAN PABLO GARCÍA PEÑALOZA, en ausencia de este, en los autos, oficios y circular del 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, examinados en la prueba técnica como no suscritos con la firma auténtica del citado procurador, sin embargo, se estableció que si existía en el proceso serios y graves indicios circunstanciales, veamos:

- i Alto grado de confianza del procurador en la investigada.
- ii. No presencia del Procurador en su despacho para esos días.
- iii. Presencia de JEAN DAYSI en ese despacho.
- iv. Rol cumplido en la Regional de Casanare por dicha funcionaria. Concluyendo aquel despacho que los puntos anteriores, originaron el hecho indicador, los cuales para la Veeduría estaban debidamente probados.

Este despacho procederá analizar cada uno de los indicios, veamos:

(i) Alto grado de confianza del procurador y la investigada

De acuerdo con el material probatorio, se observan las declaraciones juramentadas de los señores: Claudia Patricia Caliman Gutiérrez, Jaime Camargo Torres, Flor Angela Maldonado, José Guzmán Cainaba, Humberto Ramón Otálora,

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicación número: 85001-23-33-000-2013-00204 01 (54314). Reiterado en José Roberto SÁCHICA Méndez. Abril 19 de 2022.



Rafael Humberto Vergara y Franco Edwin Vega, funcionarios de la Procuraduría Regional de Casanare para la época de los hechos, quienes coinciden en señalar que la señora Jean Daysi Holguín era cercana al Procurador Regional, y trabajaba en su despacho, las pruebas señaladas, fueron las que ilustraron al despacho instructivo y señalaron esa relación entre el procurador regional y la investigada como indicio de la presunta comisión de la falta disciplinaria a la investigada.

(ii) No presencia del procurador en su despacho para esos días,

Los declarantes, coinciden en señalar que el Dr. García Peñaloza, muchas veces no iba a la oficina, porque le tocaba acudir a comités, reuniones, etc., o en su defecto, no se lograba tener certeza si él se encontraba o no en el despacho, puesto que, las oficinas tanto del procurador regional, como de los profesionales eran independientes. Asimismo, se logró establecer y de acuerdo con el informe técnico rendido por la DNIE, el Dr. Garcia Peñaloza, se desplazó desde Yopal hasta la ciudad de Bogotá el 19 de enero de 2017.

(iii) Presencia de Jean Daysi en ese despacho,

En cuanto a esta afirmación, se infiere que ella se encontraba en ese despacho laborando, no solo los días que salieron firmados los actos administrativos, sino días anteriores y posteriores a la fecha de los hechos, tal como coinciden en señalar los declarantes, puesto que, no tenía cubículo asignado y por ende laboraba directamente en el despacho del Procurador Regional.

(iv) Rol cumplido en la Regional de Casanare por dicha funcionaria

De las pruebas testimoniales se observa que, a la funcionaria Jean Daysi Holguín, se le encomendó revisar los proyectos que presentaban al despacho los profesionales y asesores, y una vez firmados por el procurador regional Garcia Peñaloza, debía devolverlos a aquellos para su trámite en secretaría.

• De las reglas de la experiencia

De acuerdo a lo anterior, procede esta Delegada a desarrollar lo relacionado a la aplicación de las reglas de la lógica y la experiencia a través de un proceso inductivo³⁰ partiendo de las pruebas que fueron debidamente practicadas e incorporadas al proceso, que demuestran de forma acertada los hechos indicadores mencionados atrás, NO permiten inferir en grado de certeza, la autoría de la disciplinada en la conducta que le ha sido endilgada.

³⁰ El doctrinante SILVIO RANIERI define el proceso inductivo de la siguiente manera "hay indicio cuando de un hecho cierto es posible inducir, sobre la base de criterios de experiencia y de lógica, la prueba de la subsistencia o insubsistencia de otro hecho" Reyes Alvarado, Y. La prueba indiciaria. (1ª ed.). Ediciones librería del profesional. (pp. 22).



Respecto al primer hecho indicador, (i) alto grado de confianza del procurador y la investigada, este despacho concluye lo siguiente:

Bajo esa tesitura, esas afirmaciones no cuentan con suficiente entidad para colegir que, por esa circunstancia la investigada pudo haber realizado la comisión de la actuación disciplinaria, puesto que, el Dr. García Peñaloza, en la diligencia de declaración juramentada y, posteriormente, en la ampliación de la misma, señaló su cercanía con la investigada, por tratarse de una funcionaria de “altas calidades”, y adujo que no tenía la necesidad de falsificar su firma, como quiera que, “lo había servido por casi tres años”, además, que, la mayoría de las decisiones objeto de cuestionamiento fueron autos de remisiones por competencia externas a Oficinas de Control Interno Disciplinario. Concluyendo entonces, que para él la funcionaria no realizó la comisión de la actuación disciplinaria objeto de cuestionamiento. Este hecho indicador no es calificado como un indicio de oportunidad para cometer el acto.

En cuanto al segundo hecho indicador, (ii) no presencia del procurador en su despacho para esos días es viable inferir lo siguiente:

De igual manera, se observa que, en la declaración juramentada rendida por el Procurador Regional para la época de los hechos, señaló que, muchas veces tenía que acudir a reunirse con la señora Procuradora General de la Nación en la ciudad de Bogotá o se encontraba realizando otras actividades en la ciudad Yopal. Ante este indicio, no es posible confirmar si efectivamente, los días 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017 el Regional asistió a las instalaciones de la Procuraduría Regional de Casanare. Este hecho no conduce como un indicio indicador de la realización típica de la conducta señalada.

Del tercer hecho indicador, (iii) Presencia de Jean Daysi en ese despacho,

Ninguno de los funcionarios de la Procuraduría Regional de Casanare la señala directamente a ella como la funcionaria que incurrió en la realización de la conducta típica señalada en el artículo 287 de la Ley 599 de 2000, puesto que todos coinciden en señalar que NO les consta, que la señora Holguín Monroy, fue quien falsificó la firma del procurador regional de Casanare en los actos administrativos proferidos los días 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, los cuales han sido objeto de cuestionamiento, en la presente actuación disciplinaria.

Con relación al cuarto hecho indicador, (iv) rol cumplido en la Regional de Casanare por dicha funcionaria

De lo expuesto, es necesario señalar que, la funcionaria ostentaba el cargo de Sustanciadora Grado 11, este cargo tiene entre otras, las siguientes funciones: “**1. sustanciar y proyectar para la firma del competente, conceptos, providencias, solicitudes, constancias, recursos y todo aquello que guarde relación con el cumplimiento de las funciones de la dependencia, de acuerdo con la normatividad**



vigente y los plazos establecidos”. De lo anterior, se establece que la implicada tenía a cargo la proyección y sustanciación de los documentos que a posterior serían puestos a disposición del competente para la firma, además de conformidad con el numeral 4 de las funciones del cargo se desprende el siguiente: “*Vigilar el desarrollo de los procesos designados de acuerdo con las normas vigentes*”, norma que, aunque no fue señalada como violada en el pliego de cargos, se trae a recuento como contexto e ilustración de los hechos señalados en el auto de cargos como indicios.

CONCLUSIÓN- HECHO INDICADO

En efecto, para poder inferir y/o concluir los argumentos tenidos en cuenta por la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, al momento de proferir el auto de cargos, es necesario que la conclusión se derive, conforme a la razón, de lo efectivamente probado en las pruebas recaudadas; también es fundamental que el hecho de que da cuenta y las pruebas se aproximen lo más posible, a las afirmaciones efectuadas en el pliego de cargos, evitando dentro del campo de la discrecionalidad que la autoridad competente imprima sus propias creencias subjetivas o presunciones de cara para demostrar culpabilidad.

En el presente caso, y de acuerdo con los indicios de comprensión valorativa mencionados *supra*, el comportamiento endilgado a la investigada, así como la confrontación probatoria, no es suficiente para señalar o concluir que efectivamente la señora JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY, fue quien FALSIFICÓ la firma del Procurador Regional, en los siguientes documentos:

1. Auto de fecha 25 de enero de 2017, proceso disciplinario No. 0034-2015
2. Auto de fecha 25 de enero de 2017, Radicación de Correspondencia No. 14874/2017
3. Auto de fecha 25 de enero de 2017, R.C. No. 14592/2016
4. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 13100
5. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14797/2017
6. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14718/2017
7. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14855/2017
8. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14865/2017
9. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14856/2017
10. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14801/2017
11. Circular Conjunta No. 02 de 2017 con fecha 24 de enero de 2017

Es importante precisar que el análisis hecho a partir de las pruebas debidamente practicadas e incorporadas no es producto de un deficiente estado de las pruebas que obran en el proceso, sino se trata de pruebas directas en perfecto estado de las cuales se desprenden los hechos indicadores.



El análisis que se realizó con el fiel seguimiento de los pasos para construir los indicios, junto a la totalidad de las pruebas obrantes en el proceso NO permite inferir con grado de certeza que fue la señora JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY, en condición de Sustanciadora Grado 11 con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare, quien incurrió en la descripción típica contenida en el artículo 287 del Código Penal que contempla el punible de falsedad material en documento público.

12.2. Valoración probatoria en el pliego de cargos

Afirma la defensa que, con esa apreciación la señora veedora está perdiendo objetividad y en una forma **subjetiva soslaya la verdad probatoria**, porque en el expediente no obra prueba que permita señalar que su prohijada haya suplantado o falsificado la firma del Procurador Regional para la época de los hechos, reitera que el despacho instructivo se limitó a esgrimir que existían indicios graves, pero deshecha la prueba científica-técnica como lo es la grafológica.

El proceso disciplinario busca la verdad real de los hechos materia de investigación tal como lo ha señalado la doctrina y jurisprudencia en repetidas decisiones. En la presente actuación disciplinaria, se observa que le asiste razón a la defensa al señalar que en el expediente no obra prueba alguna que permita demostrar con certeza que fue la disciplinada, quien suplantó o falsificó la firma del procurador regional de Casanare, lo que si es cierto y está probado en la presente actuación disciplinaria es que, la investigada se encontraba presente en la Regional de Casanare los días en que salieron firmadas las decisiones objeto de cuestionamiento, empero ello no significa que en tratándose de una funcionaria de la Dependencia, en el marco de sus funciones, es un imperativo concluir que fue la responsable de la actuación objeto de reproche, puesto que no obra en el dossier, prueba que permita afirmar lo censurado por la Veeduría en el auto de cargos proferido el 21 de febrero de 2022.

Tal como se señaló en el numeral anteriormente citado, la Veeduría basó el pliego de cargos de acuerdo con los elementos indiciarios que objetivamente tenía acreditados en ese momento como requisitos mínimo para la formulación del cargo; no obstante, el auto de formulación de pliego de cargos constituye una imputación provisional susceptible de ser confirmada o desvirtuada, conforme a las pruebas y argumentos jurídicos que los sujetos procesales exponen en los descargos y según la valoración que se realice en el oportuno momento procesal, que, para el caso en concreto, es en la presente decisión.

12.3. Análisis del informe grafológico.

Señala que el informe grafológico realizado el 6 de abril de 2017, por el señor JOSE JESÚS TRUJILLO MURILLO, funcionario adscrito a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales cotejó muestras caligráficas, tomadas para comparación a nueve servidores de la Procuraduría Regional de Casanare y



concluyó que, no se detectaron analogías caligráficas entre las firmas de duda y las indubitadas. Afirma que el perito relacionó para su estudio, las firmas contenidas en los autos fechados el 19, 25 y 26 de enero de 2017, los cuales fueron objeto de cuestionamiento en la presente actuación, y dentro de los funcionarios a los que se cotejó la firma se encontraba su prohijada.

Le asiste razón a la defensa al señalar que, el informe técnico rendido por la DNIE concluye, que entre los servidores que se le tomó la muestra grafológica estaba su prohijada, y no se detectó analogías caligráficas entre las firmas de dubitadas y las indubitadas. Reitera el despacho que, en el estudio grafológico allegado, se concluyó la “no uniprocendencia manuscrita” de los autos fechados el 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, el cual estableció plenamente que ninguno de los nueve (9) funcionarios a los que se les tomó la muestra falsificó la firma o suplantó al Dr. Juan Pablo Garcia en los actos administrativos objeto de cuestionamiento”.

En ese orden de ideas este despacho acoge a las razones de exculpación presentadas por la defensa de la investigada, quien sustentó la tesis de la indebida valoración probatoria, para concluir sobre la inexistencia respecto de la demostración de los elementos constitutivos del tipo disciplinario y la responsabilidad disciplinaria de su prohijada.

12.4. Presunción de inocencia.

Por último, respecto al argumento de no desvirtuarse la presunción de inocencia y por ende aplicarse el indubio pro reo o pro disciplinado, como quiera que este despacho, absolverá a su prohijada, no hay lugar a pronunciarse sobre la aplicación de estas peticiones.

Es preciso señalar que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional³¹, al referirse al principio rector de la presunción de inocencia ha señalado;

“El derecho fundamental que tiene toda persona a que se presuma su inocencia, mientras no haya sido declarada responsable, se encuentra consagrado en nuestro Ordenamiento constitucional en el artículo 29, en estos términos: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable", lo que significa que nadie puede ser culpado de un hecho hasta tanto su culpabilidad no haya sido plenamente demostrada.

Este principio tiene aplicación no sólo en el enjuiciamiento de conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador - disciplinario, administrativo, contravencional, etc.-, y debe ser respetado

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-244-96 del 30 de mayo de 1996. MP. Carlos Gaviria Díaz.



por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad punitiva del Estado.

Ahora bien: el principio general de derecho denominado "in dubio pro reo" de amplia utilización en materia delictiva, y que se venía aplicando en el proceso disciplinario por analogía, llevó al legislador a consagrar en la disposición que hoy se acusa, el in dubio pro disciplinado, según el cual, toda duda que se presente en el adelantamiento de procesos de esta índole, debe resolverse en favor del disciplinado.

El "in dubio pro disciplinado", al igual que el "in dubio pro reo" emana de la presunción de inocencia, pues ésta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y la obligación de dar un tratamiento especial al procesado.

Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la Administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que, en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la Administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso; dependiendo de quién adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado..."

Con base en la valoración de las pruebas que se realizó en la presente decisión, a continuación, se realizarán las conclusiones del caso que permitirán establecer que no se probó la responsabilidad de la disciplinada.

12.5. Sobre la existencia de un proceso penal

Manifiesta la defensa que, no entiende como "una servidora pública que administra justicia (disciplinaria)" señala que la realización objetiva de la conducta por parte de su prohijada es tan clara, cuando NO existe una investigación penal. Procedimiento que exige la ley. Sin que esto pruebe que la conducta denunciada de oficio es típica, antijurídica y culpable.

Al respecto, es preciso señalar los siguientes argumentos:

El Código disciplinario está regido por tipos en blanco, tipos abiertos y con conceptos indeterminados.



En el tipo abierto, el legislador no describe de forma certera y exhaustiva la conducta que es objeto de la prohibición, correspondiéndole al juez disciplinario concretar la imputación. En este caso la descripción de la conducta remite a normas complementarias o de reenvío que permiten completar el tipo en lo que alude al presupuesto de hecho o a la consecuencia de su comisión.

En ese sentido la ley disciplinaria remite a las conductas previstas en el Código Penal y por ende comete falta gravísima todo aquel servidor público o particular que realiza el tipo objetivo de un delito sancionable a título de dolo, cuando lo comete en razón o con ocasión, o como consecuencia de la función o abusando del mismo.

En este caso, a la investigada se le endilgo la presunta comisión del delito consagrado en el artículo 287 del Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, conducta sancionable a título de dolo. Sin embargo, la misma doctrina disciplinaria ha señalado que, no es necesario que exista o se adelante una investigación penal por estos mismos hechos, se le recuerda a la defensa que la función punitiva a cargo de la Fiscalía General de la Nación y el control disciplinario en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, son diferentes e independientes entre sí, por tanto, no son de recibos los argumentos señalados con relación a que los hechos materia de investigación disciplinaria no fueron adelantados o investigados por la Fiscalía General de la Nación, y que el proceso disciplinario exige la existencia de una investigación en materia penal, para poder señalar la presunta comisión de la falta disciplinaria señalada en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Adicionalmente, es trascendental informar a la defensa que existe una diferenciación bastante marcada entre el derecho disciplinario y el derecho penal en cuanto a su estructuración dogmática, procesal y probatoria, que numerosas decisiones de las altas cortes, reconocidos doctrinantes nacionales y la expedición de diferentes códigos que rigen la materia lo comprueban. Por tal motivo, no es posible asimilar el estudio dogmático de un hecho con incidencias disciplinarias a hechos que tengan connotaciones penales.

Por lo anterior, el despacho no acoge los argumentos presentados por la defensa, como quiera que se trata de investigaciones independientes entre sí, y la una no es óbice ni requisito *sine qua non* para poder imputar provisionalmente la comisión de la conducta, o, en gracia de discusión para sancionar disciplinariamente por la realización típica de la conducta señalada en el artículo 287 del Código Penal Colombiano.

Ahora, con fundamento en el análisis realizado en precedente, se verifica en esta instancia, que los elementos de la conducta endilgada, no se acreditaron los ingredientes normativos del tipo penal de falsedad en documento público, tal como se ha señalado durante la presente actuación disciplinaria, puesto que no se desplegó la comisión de la conducta por parte de la investigada, o por lo menos no



se tiene certeza probatoria de que haya sido ella con ocasión del cargo que desempeñaba en calidad de sustanciadora grado 11 con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare. Sin embargo, si se hubiese probado la existencia de la comisión de la falta, en el ámbito disciplinario, la configuración legal del tipo disciplinario señalado hace exigible que se haya dado el desvalor del acto siendo en este caso, que debió haberse probado la comisión de la conducta por parte de la investigada.

XIII. CONCLUSIÓN: AUSENCIA DE TIPICIDAD

Es necesario reiterar que a la señora **JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY**, en calidad de Sustanciadora Grado 11 (E) de la Procuraduría 68 Judicial II para asuntos Penales de Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare, se le imputó presuntamente incurrir en la descripción típica considerada en la ley como delito (Art. 287 Ley 599 de 2000) de falsedad en documento público, sancionable a título de dolo, por la presunta falsificación de la firma del Procurador Regional de Casanare, Juan Pablo Garcia Peñaloza en los siguientes autos:

1. Auto de fecha 25 de enero de 2017, proceso disciplinario No. 0034-2015.
2. Auto de fecha 25 de enero de 2017, Radicación de Correspondencia No. 14874/2017
3. Auto de fecha 25 de enero de 2017, R.C. No. 14592/2016
4. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 13100
5. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14797/2017
6. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14718/2017
7. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14855/2017
8. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14865/2017
9. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14856/2017
10. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14801/2017
11. Circular Conjunta No. 02 de 2017 con fecha 24 de enero de 2017

Con fundamento en lo anterior, se verifica en esta instancia la inexistencia de los elementos típicos de la conducta endilgada, como quiera que no se acreditaron los ingredientes normativos del tipo penal de la falsedad en documento público.

Reitera el despacho que, la falta gravísima en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, exige que la descripción típica consagrada en la ley como delito sea sancionable a título de dolo, connotación que no se advierte de las supuestas circunstancias en que la investigada pudo haber cometido la falta, habida cuenta que, no se logró establecer que fue ella quien falsificó los actos administrativos mencionados, conforme se desarrolló la presente decisión.



La anterior situación fáctica sobre la cual se estructuró el juicio de responsabilidad imputada a la disciplinada, no logró ser probada tal y como se desprende del análisis de las pruebas realizado en este fallo, y cuyas conclusiones se presentan a continuación, las cuales no permiten acreditar objetiva y razonablemente la materialización de la falsificación de la firma del Dr. Juan Pablo Garcia Peñaloza, conducta imputada a la investigada, veamos:

1° El Dr. Juan Pablo Garcia, era el Procurador Regional de Casanare, en el periodo comprendido entre 19 de diciembre de 2016 y el 31 de enero de 2017, tal como se observa en el dossier.

2° La señora Jean Daysi Holguín se encontraba vinculada a la Procuraduría General de la Nación, en calidad de Sustanciadora Grado 11 encargada con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare, a su vez, era la funcionaria encargada de revisar los proyectos que los profesionales presentaban al despacho y una vez firmados por el Procurador Regional Garcia Peñaloza, DEVOLVERLOS a aquellos para su trámite secretarial, así como revisar la correspondencia y le proyectaba las respuestas al despacho, es decir, tal como lo señaló el mismo ex procurador regional, era “sus ojos” en el despacho, su persona de confianza.

3° Se encuentra demostrado la práctica del informe técnico rendido por la Dirección Nacional de Investigaciones el 6 de abril de 2017, el cual tuvo por objeto cotejar las firmas dubitadas e indubitadas con respecto a los autos y la circular que han sido objeto de reproche en la presente actuación disciplinaria, concluyó que no corresponden con el patrón de firma autentica utilizado por el entonces procurador regional de Casanare Juan Pablo García Peñaloza. Dejándose en evidencia, la existencia de la suplantación o falsificación en los siguientes actos administrativos:

1. Auto de fecha 25 de enero de 2017, proceso disciplinario No. 0034-2015
2. Auto de fecha 25 de enero de 2017, Radicación de Correspondencia No. 14874/2017
3. Auto de fecha 25 de enero de 2017, R.C. No. 14592/2016
4. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 13100
5. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14797/2017
6. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14718/2017
7. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14855/2017
8. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14865/2017
9. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No. 14856/2017
10. Auto de fecha 26 de enero de 2017, R.C. No.14801/2017
11. Circular Conjunta No. 02 de 2017 con fecha 24 de enero de 2017

Sin embargo, a pesar de habersele tomado muestra grafológica a la señora Jean Daysi Holguín, no se logró establecer que fue ella la funcionaria que falsificó la firma del procurador regional en los actos administrativos citados en precedente.



5° Las muestras caligráficas tomadas a los nueve servidores de la Procuraduría Regional de Casanare, inclusive a la investigada, no estableció técnicamente que funcionario fue el que realizó o suplantó las firmas del Procurador Regional García Peñaloza, concluyendo el cotejo técnico grafológico, lo siguiente: *“cuando se trata de una imitación, como sucedió en este evento, el mistificador no plasma su propio gesto gráfico, sino que remeda o copia modelos que tiene a la vista”*, por lo que no habría lugar a declarar disciplinariamente responsable a la investigada, puesto que dicho informe no alude la existencia de la conducta atribuida a la investigada. Tampoco con las pruebas que fueron decretadas y practicadas durante la presente actuación disciplinaria, puesto que tal como fue citado arriba, ninguno de los declarantes la señala a ella como la autora de los hechos materia de investigación disciplinaria. De la misma manera, el procurador regional de la época, manifiesta en su declaración juramentada que la funcionaria, no tenía la necesidad de suplantar la firma, puesto que era su mano derecha y la funcionaria que le colaboraba en la Regional para la época de los hechos.

Por lo anterior, desde el punto de **vista subjetivo**, el despacho instructor no identificó al servidor público que pudo haber realizado la descripción típica, así las cosas, al no existir certeza frente a la responsabilidad de la disciplinada, no es posible sostener la tipicidad endilgada a esta en la formulación de cargos, pues si el comportamiento reprochado a la investigada no pudo ser probado, en consecuencia, la falta que se estructuró sobre ese comportamiento desaparece. En conclusión, para que se configure la falta disciplinaria, deberá existir el elemento de tipicidad.

Con base en las anteriores conclusiones es claro que, aunque se probó la ocurrencia de la suplantación de la firma del Dr. Juan Pablo García Peñaloza, Procurador Regional de Casanare en las siguientes decisiones señaladas proferidas el 19, 24, 25 y 26 de enero de 2017, no se tiene la certeza probatoria que la señora JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY, fue la funcionaria que realizó la conducta objeto de cuestionamiento. Si bien en este proceso disciplinario, se vinculó a la disciplinada como probable responsable de la descripción del tipo penal señalado en el artículo 287 de la Ley 599 de 2000, está claro que el material probatorio allegado al plenario no permite a esta Delegada confirmar el cargo imputado a la señora Holguín Monroy.

En ese orden de ideas, quedó claro para el despacho que el material probatorio recaudado no permite tener la certeza de que la funcionaria JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY fue quien falsificó la firma del Doctor Juan Pablo García Peñaloza, Procurador Regional de Casanare, en este caso nos encontramos frente a la ausencia de tipicidad de la conducta razón por la cual estaría de más analizar la culpabilidad y la ilicitud sustancial, elementos estos que componen la falta disciplinaria y que también son indispensables para argumentar la responsabilidad de la funcionaria.



Por lo tanto y con base en lo analizado a lo largo de pronunciamiento, se **ABSOLVERÁ** por el cargo único imputado a JEAN DAISY HOLGUIN MONROY, en calidad de Sustanciador Grado 11 encargado de la Procuraduría 68 Judicial II para Asuntos Penales de Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare, para la época de los hechos.

XIV. NOTIFICACIONES Y RECURSOS

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 101 y 102 de la Ley 734 de 2002 esta decisión se notificará personalmente a los sujetos procesales a quienes se advertirá que contra la misma procede el recurso de apelación ante la Viceprocuraduría conforme a lo señalado en el numeral 4 del artículo 17 del Decreto 262 de 2000, modificado por el artículo 7 del Decreto 1851 de 2021.

Según lo previsto en los 111 y 115 de la Ley 734 de 2002 recurso que se deberá interponer y sustentar dentro del término de tres (03) días siguientes a la última notificación de la presente providencia, en consideración a que, no procede el principio de favorabilidad para los términos procesales de conformidad a lo señalado por la Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento³².

El trámite se realizará a través de la Secretaría de esta Delegada, ubicada en la Calle 16 #6-66 Piso 15, en Bogotá en donde permanecerá el expediente a disposición de los sujetos procesales.

En caso que, no pudiere notificarse personalmente o por medios electrónicos, se fijará edicto en los términos del artículo 107 del Código Disciplinario Único.

Ahora, por tratarse de una actuación iniciada de manera oficiosa no procede la comunicación del artículo 109³³ del C.D.U.

En mérito de lo expuesto la Procuradora Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1, en uso de sus atribuciones legales y reglamentarias,

RESUELVE

PRIMERO.- ABSOLVER de responsabilidad disciplinaria a la señora **JEAN DAYSI HOLGUIN MONROY** identificada con la C.C. No. xxxx, en su condición de Sustanciador Grado 11 (E) de la Procuraduría 68 Judicial II para asuntos Penales de Cali, con funciones en la Procuraduría Regional de Casanare, para la época de los hechos, por encontrarse desvirtuado el cargo único formulado mediante auto del 21 de febrero de 2022, proferido por la Veeduría de la Procuraduría General de

³² Decisión del 21 de febrero de 2023 proferido por la Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento, radicado No. IUS E 2018-009729 IUC D 2018-1061688, (161-8489) P.D. Ponente Ernesto Jesus Espinoza Jiménez.

³³ ARTÍCULO 109. Comunicaciones. Se debe comunicar al quejoso la decisión de archivo y el fallo absolutorio. Se entenderá cumplida la comunicación cuando haya transcurrido cinco días, después de la fecha de su entrega a la oficina de correo. Las decisiones no susceptibles de recurso se comunicarán al día siguiente por el medio más eficaz y de ello se dejará constancia en el expediente.



la Nación, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR el contenido de la presente decisión, por la secretaría de esta Delegada a la investigada y su defensor de confianza, conformidad con lo dispuesto en los artículos 101 y/o 102 de la Ley 734 de 2002, advirtiéndoles que contra la presente decisión procede el recurso de apelación ante la Viceprocuraduría, conforme según lo previsto en el artículo 111 y 115 de la Ley 734 de 2002 recurso que se deberá interponer y sustentar dentro del término de tres (03) días siguientes a la última notificación de la presente providencia, en consideración a que, no procede el principio de favorabilidad para los términos procesales de conformidad a lo señalado por la Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento³⁴.

Para tal efecto, líbrense comunicaciones indicando la decisión tomada, a las siguientes direcciones que obran en el dossier:

- Jean Daysi Holguín Monroy: xxxx
- Dr. German León Castañeda- defensor de la investigada: xxxx

TERCERO.- Por tratarse de una actuación iniciada de manera oficiosa no procede la comunicación del artículo 109³⁵ del C.D.U.

CUARTO.- REALIZAR por la Secretaría de la Delegada las comunicaciones, notificaciones, anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA LILIANA SUÁREZ COLMENARES
Procuradora Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1

Proyectó: LMGGM
Revisó y aprobó: OLSC

³⁴ Decisión del 21 de febrero de 2023 proferido por la Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento, radicado No. IUS E 2018-009729 IUC D 2018-1061688, (161-8489) P.D. Ponente Ernesto Jesus Espinoza Jiménez.

³⁵ ARTÍCULO 109. Comunicaciones. Se debe comunicar al quejoso la decisión de archivo y el fallo absolutorio. Se entenderá cumplida la comunicación cuando haya transcurrido cinco días, después de la fecha de su entrega a la oficina de correo. Las decisiones no susceptibles de recurso se comunicarán al día siguiente por el medio más eficaz y de ello se dejará constancia en el expediente.

IUS E-2017-56455 /IUC-D-2019-1398988

Fallo primera instancia absolutorio



SALA DISCIPLINARIA ORDINARIA DE JUZGAMIENTO

CONFIRMACIÓN DE ARCHIVO EN ETAPA DE JUZGAMIENTO-No hay certeza de la participación en actividades y controversias políticas por parte de servidor público del SENA Regional Boyacá

RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO-Ajustar su comportamiento sin desviar sus actuaciones ni tomar parte en actividades de los partidos o controversias políticas

PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN EN POLITICA-Mostrar inclinación por un candidato por sí sólo no es un comportamiento que lo configure

La Sala precisa que, el hecho que una persona muestre su inclinación por alguna idea frente a un candidato a un cargo de elección popular o de un movimiento, o grupo político; por sí solo, no es un comportamiento que indique participación directa en política, puesto que dentro de la investigación y de acuerdo con las pruebas allegadas se debe verificar y constatar otras actuaciones que haya desplegado el sujeto que así lo demuestre, en armonía que se pruebe el quebrantamiento directo de la función pública, que la conducta existió y es típica



Radicado n° 161- 8078

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil veintiuno (2021)
Aprobado en Acta de Sala N°26

Radicación:	IUS-E-2018-238125/ IUC-D-2018-1120897 (161-8078)
Disciplinados:	LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ
Cargos y entidad:	Profesional Especializado del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- Regional Boyacá.
Quejoso:	Isis Catalina Jaramillo Lozano
Fecha queja:	25 de mayo de 2018
Fecha de los hechos:	01 de mayo de 2018
Asunto:	Se decide recurso de Apelación.

P.D. PONENTE: SILVANO GÓMEZ STRAUCH

I. ASUNTO A TRATAR

De acuerdo con las competencias legales y reglamentarias, en especial, las asignadas mediante las Resoluciones internas No. 207 de 07 de julio de 2021, modificada y adicionada por la No. 219 del 16 de julio de 2021, entra la Sala a decidir el **recurso de apelación interpuesto por la quejosa** contra la decisión absolutoria proferida por el Procurador Regional de Boyacá, el 29 de septiembre de 2020.

II. HECHOS

Inicialmente se conocieron los hechos de la presente investigación disciplinaria mediante un anónimo, en donde se dio cuenta de una presunta participación en política del señor **LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.032.418.773 de Bogotá, servidor público vinculado al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- en Boyacá, quien a pesar del vínculo laboral al parecer pertenecía a la Dirección Nacional del partido político Centro Democrático, cuando se realizaba la campaña para la presidencia de la República “*Duque Presidente*”.¹

III. ANTECEDENTES PROCESALES

Dicho anónimo fue conocido de manera inicial por el Procurador Provincial de Tunja quien, mediante auto del 25 de mayo de 2018, dispuso remitirla por competencia a la Procuraduría Regional de Boyacá².

El día 30 de mayo de 2018, la señora Isis Catalina Lozano, actuando como presidente del sindicato del SENA- SINDESENA-, presentó queja (número E-2018-248009) en contra del mismo LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, a quien señaló de manera directa de participar y conformar los comités para la campaña del entonces candidato presidencial Iván Duque Márquez.

¹ Cf. folios 1 al 4 del expediente digital obrante a folio 3 del medio magnético.

² Cf. folio 7 del expediente digital visto al folio 3 del medio magnético.



Destacando que, LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, mediante diálogos sostenidos con algunos compañeros de trabajo les dio cuenta de su cercanía y amistad con el expresidente Álvaro Uribe Vélez, situación que, en sentir de la quejosa, podría configurar la conducta de participación en política; aportando como pruebas y en medio magnético (CD-ROM) varias fotografías, y pantallazos de una publicación en la página de *Facebook* y mensajes de *WhatsApp*.³

La Procuraduría Regional de Boyacá, mediante auto del 07 de junio de 2018, abrió indagación preliminar en contra de funcionarios por determinar del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ordenando la práctica de pruebas, conforme lo indicado en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002.⁴

Días posteriores, mediante auto del 28 de junio de 2018, fue vinculado dentro de la indagación preliminar el señor LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, como profesional adscrito al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ordenando algunas pruebas adicionales⁵. Decisión aquella, que fuera notificada de manera personal el día 12 de julio de 2018⁶.

Luego de practicarse las pruebas ordenadas dentro de la indagación preliminar, la Procuraduría Regional de Boyacá, mediante auto del 08 de mayo de 2020, al advertir que estaban dados los requisitos establecidos en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002⁷ dispuso citar audiencia pública a LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, en su condición de profesional adscrito al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, decisión que fuera notificada electrónicamente el 03 de junio de 2020⁸, conforme lo indicado por el Procurador General, mediante la Resolución No. 216 de 2020 y con sujeción al auto No. 803 del 26 de mayo de 2020, proferido por el Procurador Regional de Boyacá⁹.

Para el día 10 de junio de 2020, el disciplinable pidió aplazar la audiencia convocada, aduciendo que para esa fecha no contaba con el apoyo de su defensor de confianza, situación que fue superada en días posteriores.

La Procuraduría Regional de Boyacá, el día 16 de junio de 2020, inició la audiencia pública mediante medios virtuales con la asistencia del implicado LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ junto con su defensor técnico, quien así fuera reconocido ese día; al paso se dio lectura al auto de citación a audiencia pública conforme lo prevé el artículo 188 de la ley 734, donde el encartado manifestó que no era su deseo rendir versión libre, solicitando la práctica de algunas pruebas, las que en efecto fueron decretadas¹⁰.

³ Cf. folios 14, *ibidem*.

⁴ Cf. folios 10 a 11, *ibidem*

⁵ Cf. folio 47, *ibidem*.

⁶ Cf. folios 51, *expediente digital obrante a folio 3 del expediente*.

⁷ Cf. folios 82 a 90, *ibidem*

⁸ Cf. folios 13 al 90, *ibidem*.

⁹ Cf. folio 98, *ibidem*.

¹⁰ Cf. folios 104 al 107, del expediente digital obrante a folio 3 en medio magnético.

Posterior a ello, durante los días 25 de junio, 16 de julio y 20 de agosto del 2020¹¹, en desarrollo de la audiencia pública realizada de manera virtual con la comparecencia del disciplinable y su defensor de confianza, se procedió a la práctica y agotamiento de todas las pruebas, fijándose una nueva fecha por parte del *a-quo* para la presentación de los alegatos conclusivos.

La posterior audiencia fue celebrada el 26 de agosto de 2020, donde el disciplinable y su defensa presentaron sus alegatos conclusivos, en donde expuso lo siguiente:

Que no es cierto lo señalado en la queja sobre la supuesta participación en política de su defendido, destacando en primer lugar que, el disciplinado, según la certificación laboral No. 160 del 08 de julio de 2018 expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- Regional Boyacá, no es allí auditor, conforme lo dijo la quejosa, razón por la cual, no cuenta ni ha contado con personal a cargo, tampoco tiene funciones de ordenador del gasto, que permita pensar en lo más mínimo que se aprovechó de ello, o lo autorice para realizar injerencias políticas sobre subalterno alguno, y en favor de ningún candidato presidencial durante la elecciones de 2018.

En cuanto al dicho de la quejosa Isis Catalina Jaramillo Lozano, de mantener el disciplinado Luis Felipe Silva Sánchez, diálogos permanentes con compañeros de trabajo respecto de su amistad cercana al Senador Álvaro Uribe Vélez, indicó que no es cierta dicha afirmación, puesto que, ninguno de los testigos escuchados en el proceso dio cuenta de ello, por el contrario, precisando que Silva Sánchez jamás los invitó apoyar una determinada candidatura política, ni fueron testigos que haya utilizado su cargo para tales efectos.

*Destaca que, sobre los testimonios recaudados de Juan de Jesús Sánchez Sosa, Pedro Elías Barrera Meza, Rosa Edith Parra de León, María del Tránsito Solano, y Aura María Tambo, es fácil concluir que lo dicho allí desmienten las afirmaciones hechas por la señora **JARAMILLO LOZANO**, pues, de esas atestaciones se concluye que jamás observaron o percibieron que el disciplinado **SILVA SANCHEZ**, realizara dentro del (SENA) Regional Boyacá, actividades de participación en política, tareas de partidos políticos, participara de movimientos y controversias políticas; mucho menos usara el empleo para presionar a los ciudadanos o funcionarios a respaldar una causa o campaña política; así como tampoco les consta, que su prohijado participara en debates políticos o difundiera propaganda electoral en favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político. Concluyendo que lo manifestado en el escrito de queja, concerniente al supuesto apoyo y trabajo de su poderdante en la candidatura presidencial del Dr. Duque Márquez, es rotundamente falso, y que aun los medios de prueba informados por la misma quejosa, y practicados en este procedimiento, otorgan la razón total a la persona que representa.*

Frente a la fotografía en donde se indica que su pupilo aparece acompañando a una persona, al igual de una supuesta imagen difundida en

¹¹ Así se indica en los folios 193-199; 232 al 239, y 300 al 307 Carpeta "audiencia" expediente digital.

el portal de Facebook, donde aparece al lado del expresidente Álvaro Uribe Vélez, precisa el togado que, durante ese procedimiento no se mostró como auténtica la fotografía, mucho menos, que la persona que allí aparece sea Silva Sánchez, precisando que, dicha fotografía, carece de autenticidad por cuanto se desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue tomada.

Refuerza la defensa lo antes indicado, afirmando que aquella fotografía según la queja fue tomada el 25 de mayo de 2018 en la región de Boyacá, sin embargo, precisa que para ese mismo día el expresidente Uribe Vélez se encontraba en la ciudad de Cali en un conversatorio con empresarios y trabajadores del sector de confecciones, conforme informaron ese día los medios noticiosos, prueba que fue aportada al proceso. (Folio.325).

En lo referente a los supuestos videos y audios aportados por la quejosa, en donde se dijo que el disciplinado realizó algún tipo de intervención política en una tarima, destacó la defensa, que esa situación no fue demostrada, mucho menos cotejada la voz de Silva Sánchez, debido a la carencia de medios tecnológicos al interior de esta entidad, lo cual, en su sentir, deja serias dudas sobre la autenticidad de estos, más aún, de si realmente es la voz del encartado.

Concluye la defensa sus alegatos conclusivos, realizando un símil comparativo sobre el presente asunto, frente a otros casos ya decidido por la doctrina y jurisprudencia nacional. Solicitando por ende, desvirtuar el cargo endilgado por carencia de ilicitud sustancial sobre la conducta investigada, además pide, declarar nulas de pleno derecho las pruebas magnéticas, por carencia de los requisitos formales, que permitan validarlas como auténticas, ahora, si ello no tuviese vocación de prosperidad, de forma subsidiaria, pide que se declare que esas pruebas no tienen el alcance para demostrar la falta del disciplinado, por consiguiente, solicita absolver a Luis Felipe Sánchez Silva de toda responsabilidad.

Por último, solicita se compulsen copias penales ante la Fiscalía General para que se investigue a la quejosa Isis Catalina Jaramillo Lozano, por el punible de falso testimonio y demás delitos que resultaren conexos.¹².

La diligencia fue continuada el día 29 de septiembre de 2020, fecha en la cual, al verificarse que no existía ninguna causal que invalidara lo actuado, mediante la Resolución No. 001 de la misma fecha, se dio lectura al fallo de primera instancia de carácter absolutorio¹³, en donde el Procurador Regional de Boyacá, como sustento de su decisión, destacó los siguientes aspectos:

Indica que, con relación a la queja anónima inicial, se aportaron como pruebas cinco archivos digitales así: tanto el primero como el segundo archivo corresponde a una fotografía de una sala donde se evidencia un letrado que dice (Centro Democrático – Mano firme corazón grande), allí se observan dos hombres y una mujer, señalando a Luis Felipe Silva Sánchez, ser uno de ellos, el tercer archivo digital se trata de un perfil de una persona

¹² Cf. 321 al 328 y Carpeta "audiencias" de expediente digital obrante a folio 3 en medio magnético.

¹³ Cf. 353 al 364 y carpeta de "audiencia" del expediente digital obrante a folio 3 en medio magnético.



Radicado n° 161- 8078

que no se puede identificar, en donde aparece la misma fotografía descrita con un comentario que manifiesta “En la Dirección del Partido Centro Democrático en Compañía del Dr. Felipe Silva, formalizando los comités de voluntarios **#IVANDUQUEPRESIDENTE** de los diferentes barrios y vereda del Municipio de Sogamoso – Boyacá – Un paso Firme por Sogamoso Boyacá”, en la cuarta una fotografía igual a las anteriores, y en el quinto archivo el video. (visto a folio 355 del archivo digital).

De otra parte, el doctor Álvaro Uribe Vélez, les hace llegar un saludo a la ciudadanía de Sogamoso, a través del doctor Felipe Silva, y los invita a votar por Iván Duque para presidente y Martha Lucía Ramírez, para vicepresidente, de acuerdo con el video allegado en la queja anónima, contenido en el CD del (folio 1).

Luego, con relación a la queja concreta presentada en contra del Luis Felipe Silva Sánchez, el 30 de mayo de 2018, por parte de la señora **Isis Catalina Jaramillo Lozano**, como presidenta del Sindicato de Empleados Públicos del SENA, Regional – Boyacá, se allega un CD (folio 16) con fotografías y mensajes intimidatorios a través de la plataforma de Facebook, remitidos al parecer, por el mismo Silva Sánchez, además de una grabación donde la persona que se comunica se identifica como Luis Felipe Silva, invitando mediante mensaje a votar por Iván Duque a la Presidencia de la República, y hacer parte de los comités voluntarios de esa misma campaña presidencial. Así mismo, en el audio indica que se capitalizara con mayores recursos el Fondo Emprender del SENA, para que todos los ciudadanos puedan acceder a estos recursos y crear sus propias empresas.

También se adujo la asistencia a un evento público de la campaña del doctor IVAN DUQUE del Centro Democrático, según fotografía, al parecer, del 25 de mayo de 2018, en la provincia de occidente, donde se observa al señor Luis Felipe Silva Sánchez, en compañía de doctor Álvaro Uribe Vélez.

Adicionalmente, con mensajes de WhatsApp de Felipe Silva, contra la presidenta del Sindicato SINDESENA, donde le dice “Le vaya a enseñar a aprender a respetar la ideología de los demás”, “La presidenta del sindicato -SINDESENA- Boyacá invitando a votar por Wilson Arias ...Que belleza... Vamos a ver qué opina la procuraduría ... ¿Ahora si se da cuenta que no es bonito que le saquen cosas de uno a la luz pública? ... Ojalá que con esta aprenda Y ojalá no se le olvide que con un URIBISTA JAMÁS JAMÁS, JAMÁS SE META Y mucho menos si es Boyacense”.

Además, se allegó al plenario certificación laboral de Luis Felipe Silva Sánchez, suscrita por el Director del -SENA- Regional Boyacá (Folio 17), registrando las funciones desempeñadas por el disciplinable (Folios 52 al 56).

Mediante correo electrónico se recibió comunicación radicada con el número E-2020-296988, proveniente de la Secretaria General del Centro Democrático con fecha 16 de junio de 2020, suscrita por Paola Rivera Rodríguez en su calidad de Secretaria General donde señala textualmente:



Radicado n° 161- 8078

El señor LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.032.418.773, no es miembro ni asesor de la Dirección Nacional de nuestra colectividad. No se tiene registro de que el señor SILVA SÁNCHEZ haya acompañado a la Dirección Nacional en la formalización de los Comités voluntarios con denominación: "IVANDUQUEPRESIDENTE de los diferentes barrios y veredas del municipio de Sogamoso un paso firme por Sogamoso"¹⁴. (destaca la Sala).

También dentro de la etapa probatoria se recibieron varios testimonios, en donde, frente a la queja interpuesta, cada uno dijo lo siguiente:

*Se escuchó dentro de la audiencia verbal del 25 de junio de 2020, la declaración juramentada a **LIZETTE PAOLA ZORRO AYALA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.049.635.687, profesional en Administración de Empresas, quien manifestó haber sido compañera de trabajo en el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA-, sede Tunja, quien manifestó que nunca el doctor LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ le habló de asuntos políticos, tampoco la invitó a votar por un determinado candidato, así como, no le consta, ni vio a SILVA SÁNCHEZ hablar de política, y pese que admitió seguirle en la página de Facebook, señaló que no observó comunicaciones del aquí investigado donde indujera a participar en política o a votar por un determinado candidato.*

*En desarrollo de la audiencia pública celebrada el 16 de julio de 2020, se recibió declaración de la quejosa **ISIS CATALINA JARAMILLO LOZANO**, identificada con la cédula de ciudadanía 52.518.094 quien señaló que actualmente trabaja con el SENA, y adicionalmente informa al despacho que en su oportunidad se allegaron pruebas, como imágenes, videos, audios en donde Luis Felipe Silva en ese momento funcionario de esa misma entidad, se promulgaba como la persona que dirigía la campaña para el departamento de Boyacá específicamente para Sogamoso.*

Declaró además que:

Nosotros dentro de la organización sindical indagamos al interior de la entidad si esto era cierto, si él estaba haciendo eso en sus tiempos libres o si se había desvinculado de la entidad para saber cómo estaba haciendo esto, porque era demasiado evidente porque inclusive Álvaro Uribe hace con él un video donde lo ratifica como la persona que lidera su campaña, que es un líder y fuera de eso lo que más nos llama la atención en este momento a nosotros es que involucra parte de la entidad nombrándola dentro del proceso de campaña y nombrándola específicamente en las actividades que se realizan para emprender. Entonces nosotros como organización sindical específicamente el fiscal en ese momento y yo como presidenta, atendimos un relacionamiento sindical que es una relación entre la administración y la organización, en donde presentamos las pruebas a la administración, solicitamos se hiciera el proceso de control disciplinario al funcionario y solicitamos que se revisaran las pruebas de si en verdad eran verídicas y que sí lo que nos decían nuestros afiliados y lo que nosotros habíamos visto en los audios tan dicientes eran realidad y que por favor

¹⁴ Folio 113 del cuaderno original



Radicado n° 161- 8078

empezaran las investigaciones del caso."
Señaló JARAMILLO LOZANO, que a raíz de las denuncias del sindicato empezaron unas amenazas de parte de LUIS FELIPE SILVA, por lo que tuvieron que acudir a instaurar las respectivas denuncias en la Fiscalía.

Dijo JARAMILLO LOZANO, que a raíz de las denuncias del sindicato empezaron unas amenazas de parte de LUIS FELIPE SILVA, por lo que tuvieron que acudir a instaurar las respectivas denuncias en la Fiscalía.

Según la quejosa, la participación en política por parte de LUIS FELIPE SILVA SANCHEZ, continúa tanto en redes sociales, como en medios de comunicación masiva, como en su Twitter, en su Instagram, en su perfil de WhatsApp, con comunicación al respecto constantes de la campaña de Iván Duque y no solamente con esto, sino que empieza a enviar audios en donde involucra a la entidad, en donde menciona que podrá ser beneficiados a través del fondo emprender con este acompañamiento que se haga a la candidatura de Iván Duque.

La quejosa solicita que se escuche un audio que se presentó en la queja. Allí interviene el Procurador Regional de Boyacá para solicitarle que preferiblemente aporte todas las pruebas que demuestren la presunta participación en política del señor Luis Felipe Silva y se le solicita a la quejosa que aporte todos los documentos que demuestren el soporte de su queja. Señala la señora Isis Catalina Jaramillo Solano que quiere aclarar que el doctor Silva en un audio se dirige a toda la comunidad convocándolos y haciéndose llamar como el líder en ese momento para la campaña, diciendo que era el coordinador de los comités en Sogamoso en la campaña política de Iván Duque a la presidencia. Es claro que usa su nombre de pila y obviamente se denomina así mismo como coordinador, pero después en un video que también haré llegar el señor Álvaro Uribe Vélez lo ratifica y le da como su espaldarazo en ese momento y lo ratifica como el coordinador a los comités de Sogamoso para la campaña de Iván Duque. y solicita se llame a declarar para que confirmen lo dicho por ella a los señores: MARÍA DEL TRÁNSITO SOLANO, JUAN DE JESÚS SÁNCHEZ, PEDRO BARRERA, ROSA EDITH PARRA.

Respecto de la fotografía donde al parecer están el señor LUIS FELIPE SILVA con ALVARO URIBE VELEZ, en una tarima, la señora ISIS CATALINA, al preguntársele por la identificación sin lugar a duda de los ya mencionados le manifiesta al despacho que cree que, si son ellos pero que no lo puede asegurar, y asegura que las fotografías que aportó en la queja corresponden a fotos que se tomaron de las redes de SILVA SÁNCHEZ. (Subraya la Sala).

*Luego, en el transcurso de la audiencia pública del 20 de agosto de 2020, se recibió el testimonio de **AURA MARÍA TAMBO**, quien manifiesta conocer a LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, como su compañero de trabajo, y de quien afirma nunca haber sostenido conversación alguna de asuntos diferentes al ámbito laboral, tampoco le consta que él participara en política. Señala, además que no compartía espacio físico laboral con LUIS FELIPE SILVA, y es reiterativa al señalar que no mantuvo con él conversación alguna, más que en estricto sentido laboral.*

*De otra parte, **ROSA EDITH PARRA LEÓN**, en su declaración afirmó que "yo de*



Radicado n° 161- 8078

*lo único que tengo conocimiento es de un video que publicaron donde él estaba en una tarima, **pero no me consta ni lo vi.** Tampoco, ocurrió el hecho de que nos hubiera llamado o me hubiera llamado a mí o a los de la Regional para que votáramos por algún candidato, simplemente fue un video en una reunión de subdirectiva que alguien lo mostró y pues se vio que él estaba haciendo campaña en una tarima, pero nada más a mí no me consta nada." (Subraya la Sala)*

*También, **JUAN DE JESUS SÁNCHEZ SOSSA**, en su declaración afirmó que en los pocos meses en los que compartió con el señor SILVA SÁNCHEZ, únicamente hablaron cosas relacionadas con el trabajo, por lo demás, únicamente en una ocasión en que coincidieron en un trayecto de Sogamoso a Duitama, pero no se habló de nada especial y menos de asuntos de política. Adicionalmente señala que no lo sigue en redes sociales. Y admite que, en una ocasión vía una foto de LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ con el señor ALVARO URIBE VELEZ, sin señalar contexto, solo una foto con dos personas nada más.*

*Por su parte, **PEDRO ELÍAS BARRERA MESA**, quien fugió como director en Boyacá del Servicio nacional de aprendizaje -SENA-, manifestó en su declaración, que no le consta que LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ haya participado en política en favor de un candidato en particular. Que en alguna oportunidad en una reunión con el sindicato del SENA se informó sobre este tema de que SILVA SÁNCHEZ estaría participando en política, por lo que se dio traslado del asunto al competente para que se iniciara una acción disciplinaria. Precizando que, no sabe más del asunto.¹⁵*

Después de valorar de manera integral todo el material probatorio, el Procurador Regional de Boyacá, de acuerdo con la queja interpuesta, pudo verificar que: en primer lugar, el disciplinable LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, según el manual de funciones y la certificación laboral No. 160 de fecha 08 de julio de 2018 expedida por el SENA - Regional Boyacá, no cuenta ni ha contado con personal a cargo, destacando que solo ha tramitado un permiso durante el tiempo que allí ha laborado, además, se destaca, que ha presentado de manera puntual el desarrollo de sus actividades cumpliendo con los cronogramas establecidos durante esa vigencia.

Sobre el anterior aspecto, se corroboró que LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ no ocupaba el cargo directivo señalado por la quejosa, así como tampoco, tenía personal a cargo, ni mucho menos era ordenador del gasto, que le facilitara ejercer alguna posición dominante para sugerir a sus compañeros de trabajo favorecer una determinada causa o movimiento político.

De otra parte, y frente a todas las declaraciones recaudadas en el transcurso del proceso, se verificó que ninguno de los testimonios ofrecidos pudo entregar prueba con certeza sobre la participación en política por parte de LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, precisando que, no obstante la existencia de una fotografías, las mismas por sí solas, no constituyen el respaldo probatorio de la participación en política acusada, pues, en el evento de haber asistido el disciplinable a una oficina de un determinado partido

¹⁵ Cf. 356 al 358 del Expediente digital

político y permitir tomar unas fotos, en modo alguno respalda el comportamiento de LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ de participar en política.

Indicándose por parte de la Regional de Boyacá que, referente a otras fotografías provenientes, al parecer de las redes sociales, y en donde se señala al disciplinable SILVA SÁNCHEZ en compañía de Álvaro Uribe Vélez, ese despacho no logró evidenciar con claridad a los dos sujetos mencionados, pues esas fotografías están tomadas desde una distancia que no permite ver con claridad a las personas, las imágenes son borrosas y no entregan con certeza que se trate del investigado; aunado al hecho que, ninguno de los declarantes aseguró haberlos visto de manera personal en un evento político.

Sobre las pruebas electrónicas aportadas, es decir, capturas de pantallas de textos de la aplicación WhatsApp, destacó el despacho que, muchas son las dudas de las imágenes cuestionadas, siendo su principal irregularidad que no se sabe quién es el autor de las mismas, por lo cual, no se puede aplicar a dicha prueba la presunción de autenticidad que trata la ley, siendo carga del Estado dentro del procedimiento sancionatorio, asegurar que su contenido sea auténtico, según lo establece el art 128 del CDU, pues no se puede emitir fallo condenatorio, en el que no existe certeza de la veracidad de los medios de prueba, en armonía con lo contemplado en el art 142 de la misma normatividad.

Concluyendo finalmente el Procurador Regional de Boyacá que de acuerdo con el análisis integral del recaudo probatorio, no lo llevó a la certeza para proferir un fallo de carácter sancionatorio, pues, de acuerdo a las pruebas aportadas y valoradas conforme a las reglas y criterios de la sana crítica, no existe una prueba concreta que lo llevara al grado de certeza sobre la conducta imputada, contrario sensu, consideró que sobre el cargo imputado al señor LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, dentro de la presente acción disciplinaria, no se obtuvo una prueba con la suficiente fuerza demostrativa para acreditar la culpabilidad del investigado, por lo que resolvió aplicando la presunción de inocencia, la cual dentro del trasegar procesal, no fuera desvirtuada.

Razón por la cual, resolvió absolver al disciplinable del cargo que le fuera imputado, siendo el fallo apelado por la quejosa Isis Catalina Jaramillo Lozano y sustentado mediante escrito radicado el 02 de octubre de 2020¹⁶, en donde expuso que:

*Dentro del derecho disciplinario, el régimen probatorio establecido en el artículo 128 del C.D.U, consagra la necesidad que toda decisión interlocutoria debe fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa. **La norma es clara en determinar que la carga de la prueba en estos procesos le corresponde al Estado.** Indica la quejosa que en el caso particular esa carga fue delegada por la Procuraduría sobre ella, por cuanto, ninguna de las pruebas que oficiosamente solicitó el ente investigativo tuvo la*

¹⁶ Cf. 365 al -367 del expediente digital

virtualidad de conocer la verdad real, por el contrario, si fue muy riguroso en la demostración de las falencias en las pruebas aportadas al plenario.

Señaló que, si bien algunas de las pruebas por su naturaleza pueden evidenciar alguna debilidad, el papel del Estado sancionador no se podía reducir a la simple constatación de tal característica porque su deber, conforme al artículo 128 de la ley 734, era buscar la verdad real desplegando la actividad probatoria pertinente, incluso a partir de esos indicios débiles, decretar las pruebas de oficio que lo condujeran a establecer la ocurrencia o no de los hechos denunciados.

Ese deber se torna más imperioso cuando de demostrar la participación en política de los servidores públicos se trata por cuanto tratándose de una actividad proscrita por la ley hasta tanto se expida la correspondiente ley estatutaria, conocido es por la Procuraduría que tal participación siempre se desarrolla bajo actos de ocultamiento, subterfugios o sutil presión, en especial sobre otros servidores públicos, precisamente para evitar la acción de los entes de control.

Básicamente de los elementos probatorios que fueron allegados al plenario de manera anónima o por la quejosa, quedó claro que en su mayoría estos fueron extraídos de las redes sociales del disciplinado, aunque sin los protocolos que para ese tipo de prueba puede exigir la ley. Frente a ello, le correspondía al Estado, desplegar la actividad probatoria de oficio en pro de establecer bajo parámetros legalidad la proveniencia de dichos elementos para favorecer su valoración en conjunto con otros. Ninguna prueba se decretó para establecer la relación de los mencionados pantallazos con las redes sociales del disciplinado, en una actitud francamente exculpatoria de la Procuraduría con respecto al encartado.

Igual conducta se aprecia con respecto al video en el cual el disciplinado aparece con el señor Álvaro Uribe, quien expresamente le reconoce una función dentro de la campaña a la Presidencia de Iván Duque, que bajo las características de la participación en política que ya mencioné, absurdo resulta pretender que dicha participación se pudiera corroborar como lo hizo la Procuraduría, solicitando una certificación del partido Centro Democrático, precisamente porque son actos que se pretende ocultar. Sin perjuicio de que la participación en política en Colombia no está supeditada por ley alguna a la existencia certificaciones expedidas por los partidos. Lo que sí se pudo haber hecho fue ponerle de presente el video tanto al señor Uribe como al encartado y, allí sí, aplicar sobre ello las reglas de la sana crítica.

Ningún comentario le merece al operador disciplinario la manifestación pública de un personaje de gran trascendencia en la vida nacional como el señor Uribe, quien en el video establece las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la actuación política del disciplinado en la mencionada campaña, que de acuerdo con las diversas circulares de la Procuraduría y por la sentencia de la Corte Constitucional C-794 de 2014, tiene esa posibilidad absolutamente prohibida mientras se expide la ley correspondiente.

Tampoco llama la atención del operador disciplinario la conducta procesal de los testigos solicitados precisamente por la quejosa. ¿Cómo valorar ade-

cuadramente los testimonios de personas solicitadas por la quejosa que terminaron – todos- contradiciendo a quien los solicitó?

Para mí son testigos, cuya declaración final fue altamente sospechosa, compañeros o ex compañeros de trabajo del disciplinado, atemorizados, quizá por el vínculo del disciplinado con el poderoso expresidente Uribe, cuya versión debió apreciarse con mayor severidad; al valorarla se debió someter a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha; y no limitarse a repetir la literalidad de sus dichos.

Si el material probatorio era tan endeble como lo da a entender el fallo de primera instancia no podía la Procuraduría tener la misma característica contando con las facultades y la obligación de buscar la verdad real. Por fortuna, el juez de segunda instancia cuenta con la posibilidad de corregir, en ejercicio de su actividad oficiosa o de mayor rigor en el análisis de la prueba, conducir el proceso a la demostración de la participación en política del disciplinado, como expresamente lo reconoce el señor Uribe.

Es que si el material probatorio era tal endeble la Procuraduría debió abstenerse de abrir la investigación, porque no había ningún elemento que condujera a la Procuraduría manifestara en su momento que (Allí transcribe el cargo que le fuera formulado).

Concluyendo la quejosa que, enderezado el material probatorio con la adecuada y pertinente actividad oficiosa del juez de segunda instancia, así como con la adecuada utilización de la sana crítica, el fallo es susceptible de ser revocado, lo cual expresamente solicita por medio de este escrito.

El anterior recurso, fue concedido por el *a quo* en el efecto suspensivo, mediante el auto del 16 de octubre del mismo año.¹⁷

Luego, el asunto correspondió conocerlo por reparto, al Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, quien, mediante auto del 28 de enero de 2021, describió traslado a la quejosa y a los sujetos procesales para presentar los alegatos previos al fallo de segunda instancia, conforme está reglado por el inciso 7° del artículo 59 de la ley 1474 de 2011, que modificó, el artículo 180 de la ley 734 de 2002. Decisión esta que, fuera notificada siguiendo los parámetros establecidos en la resolución No. 216 de 2020 del Procurador General de la Nación, el día 18 de febrero de 2020¹⁸, fecha en la cual, el defensor fue notificado de forma personal, presentando al día siguiente sus alegaciones conclusivas.

Después de agotarse el trámite anterior, el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, al analizar los hechos investigados, evocando los principios de transparencia, objetividad e imparcialidad; mediante auto del 30 de junio de 2021, se declaró impedido para conocer del asunto, por lo que dispuso la remisión del proceso ante esta Sala

¹⁷ Cf. 369 – Carpeta de “audiencia” de expediente digital viso a folio 3 del medio magnético.

¹⁸ Cf. Así se observa en folios 6 al 12.



Disciplinaria para resolver dicho impedimento.

El expediente fue recibido por esta colegiatura, según constancia Secretarial efectuada el día 07 de julio de 2021.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA DISCIPLINARIA

4.1. Competencia de la Sala Disciplinaria.

Sea lo primero precisar que, de acuerdo a las nuevas disposiciones y modificaciones sobre las competencias internas dispuestas por la entidad para efectos de conocer de la instrucción y juzgamiento de procesos disciplinarios en contra de los servidores públicos elegidos popularmente, y que han sido reglamentados por la señora Procuradora General de la Nación, mediante las Resoluciones No. 207 del 07 de julio de 2021, (la cual fuera modificada y adicionada por la No. 219 del 16 de julio de 2021), y la número 217 del 14 de julio de la misma anualidad, entre otras, esta Sala cuenta con las facultades para conocer y resolver el recurso de apelación contra la decisión de primera instancia emitida por el Procurador Regional de Boyacá el pasado 29 de septiembre de 2020, con fundamento en la competencia dispuesta por el (Artículo 1°) de la mentada Resolución N°219¹⁹.

Es competente la Sala para resolver el recurso conforme las competencias hoy día asignadas y distribuidas, así como el procedimiento a seguir, así, se tiene que la Procuraduría Regional dictó el auto de citación a audiencia y formuló el cargo, por lo que, según el actual procedimiento, el juicio correspondería al Procurador Delegado, quien además dictaría el fallo de primera instancia; caso en el cual la apelación correspondería a esta Sala Disciplinaria. De esta forma es como la Sala tiene competencia para conocer de la apelación de la quejosa.

4.2. Análisis del caso.

Teniendo en cuenta las nuevas competencias asignadas a esta colegiatura, la Sala decidirá el asunto en sede de segunda instancia, y ante ello, por sustracción de materia, desde ya, se subsumirá de conocer del impedimento propuesto por parte del Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, pues, tal resultado, sería inane frente al conocimiento del caso que la Sala realizará en la misma sede.

¹⁹ «Resolución 219 del 16 de julio de 2021, expedida por la Procuradora General de la Nación. “Por medio de la cual se modifica y adiciona la Resolución No. 207 del 07 de 2021” – Artículo Primero: Modificar el artículo séptimo de la Resolución No. 207 de 2021. El cual quedará así:

Artículo Séptimo. Competencia de la Sala Ordinaria de Juzgamiento. La actual Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación asumirá el conocimiento en primera instancia del juzgamiento de los procesos disciplinarios contra los servidores públicos que relacionad el artículo 7 numerales 21 al 24 del Decreto 262 de 2000, y las normas que los modifiquen, salvo aquellos que sean de elección popular.

[...]

(...) Asimismo, asumirá el conocimiento de los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones adoptadas por los procuradores Regionales y Distritales de Bogotá., cuando cumplan funciones de instrucción, salvo que se trate de funcionarios públicos de elección popular.

Como fue expuesto, los hechos tienen relación directa con la presunta participación en política del servidor público LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, adscrito al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- Regional Boyacá, quien al parecer desplegó distintas actuaciones en favor de los intereses de la campaña presidencial de aquella época “*Duque presidente*”, según se dijo en la queja anónima inicial; la cual, luego fuera complementada por parte de la señora Isis Catalina Jaramillo Lozano, en su condición de presidenta del sindicato del SENA-SINDESENA-quien, adujo además que LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, participó en la conformación de comités en favor de dicha campaña, y dio a conocer a algunos compañeros de labores su cercanía con el ex-presidente Álvaro Uribe Vélez.

Por los hechos denunciados, el Procurador Regional de Boyacá, luego de practicar y analizar las pruebas decretadas, convocó audiencia pública mediante auto del 08 de mayo de 2020, en donde le imputó al disciplinable LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ haber cometido falta grave con culpa gravísima, según el siguiente cargo único:

Usted señor Luis Felipe Silva Sánchez, en su condición de Profesional Grado 03 del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- Regional Boyacá, adscrito al centro de Gestión Administrativa y Fortalecimiento Empresarial, desde el 25 de septiembre de 2017, con su conducta pudo omitir su deber de cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos, en la Constitución Nacional más específicamente en su artículo 127 inciso 3, en consonancia con el artículo 35 Numeral 1 del C.D.U, por cuanto participó en actividades y controversias de carácter político sin existir norma estatutaria que así lo permita; en razón a la probada intervención del encartado, donde difundió propaganda electoral, invitando a la comunidad a hacer parte de los comités voluntarios de campaña del doctor Iván Duque a la Presidencia de la República, así como la asistencia a un evento público de la campaña del Centro Democrático, en el mes de mayo de 2018

Como normas presuntamente vulneradas, le fueron imputadas los artículos 6°, 122, 123 y 127 Constitucional (Mod. por el Art. 1°; Acto Legislativo 02 de 2004), los artículos 38 y 40 de la Ley 966 de 2005 (Ley de Garantías) – Prohibición a los empleados del Estado, y por último el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, el principio de imparcialidad como garantía de la función pública, así como el 23, 34, 35 y 50 de la misma normatividad disciplinaria.

Lo anterior, atinente de manera directa a la responsabilidad que atañe a todo servidor público en ajustar su comportamiento únicamente a sus funciones misionales y a los fines propios del Estado y de la comunidad en general, sin desviar sus actuaciones ni tomar parte en actividades de los partidos o controversias políticas, salvo el derecho que le asiste al sufragio.

Teniendo en cuenta todas las pruebas obrantes dentro del proceso, el Procurador Regional de Boyacá, decidió absolver de toda responsabilidad disciplinaria al procesado, situación que la Sala entrará a estudiar para determi-



Radicado n° 161- 8078

nar si le asiste razón o por el contrario, se debe revocar dicha determinación, veamos:

Sea lo primero destacar, conforme lo ha venido sosteniendo esta Sala Disciplinaria, sobre la prohibición que tienen los servidores del Estado de participar en las controversias políticas²⁰, en pasada decisión se indicó que los servidores públicos no pueden participar en política:

(...) Con la sentencia de la Corte Constitucional y la directriz de la **Procuraduría General de la Nación**, quedó claro que ningún servidor público puede participar en política, sin perjuicio de su derecho al sufragio, mientras no se expida una ley estatutaria que reglamente la forma y condiciones en que se puede hacer. [...]. Por último, es oportuno recordar, que en un Estado social de derecho no existen derechos absolutos, su ejercicio está supeditado a las correspondientes ponderaciones, que, para el caso que nos ocupa, deberán hacerse a través de una ley estatutaria y mientras estas no se expidan el Constituyente consideró que para preservar los principios de transparencia y moralidad a los servidores públicos le queda prohibido ejercer actividades políticas, sin perjuicio de su derecho al sufragio.

Tenemos que dentro del presente asunto, y según la queja inicial, al proceso se allegaron algunas fotografías donde aparece el logo del partido “Centro Democrático”, aparecen tres personas, dos hombres en cada lado y una mujer en el medio; sin embargo, no se tuvo claridad acerca de quiénes son sus integrantes, tampoco la fecha y hora en que fue registrada dicha toma fotográfica ni mucho menos la persona que la tomó; ahora, en el evento en que se hubiese individualizado a esas tres personas, tampoco se puede afirmar que una persona que se retrate al lado de cualquier expresidente de la República o figura pública de la política nacional participa en política, ello por sí solo no es indicativo de una clara y directa participación en política.

Igual situación se presenta frente en la fotografía donde se registran a dos personas, y donde figura el mismo logotipo del partido antes referenciado, en la cual se dice, que aparece LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, en compañía de un concejal de ese mismo partido político, sin especificarse las circunstancias temporales, como fecha y hora en la cual fue registrada la misma, menos aún, quien lo hizo. Tampoco el propósito de dicha visita.

Se indicó en la queja, que según un video aportado, el disciplinable LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ sería el coordinador de los comités de campaña del entonces candidato presidencial Iván Duque en la ciudad de Sogamoso, lo cual, se dijo, se ratificara en un audio donde LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ se dirige a la comunidad en un claro ejercicio de un proselitismo político; sin embargo, se observa que ninguna prueba se aportó sobre alguna labor que el disciplinado haya efectuado en condición de Coordinador de esos comités, menos aún, en favor de esa campaña presidencial.

²⁰ Radicado No. 161-6569- IUS 2015-374948 - IUCD- 2015 – 816079; Sala No. 25 del 07 de julio de 2017 PD Ponente Mejía Osman Jaime.

Situación esa que por demás, fuera reafirmada mediante la certificación expedida por el Directorio Nacional del partido Centro Democrático, en donde se informó que LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, *“no es miembro ni asesor de la Dirección Nacional de nuestra colectividad. No se tiene registro de que el señor Luis Felipe Silva Sánchez haya acompañado a la Dirección Nacional en la formalización de los Comités voluntarios con denominación: “IVANDUQUEPRESIDENTE de los diferentes barrios y veredas del municipio de Sogamoso un paso firme por Sogamoso”*

En cuanto al audio donde se dice SILVA SÁNCHEZ se dirige a la comunidad, no existe una prueba contundente sobre ese dicho, pues, aparte que no se pudo realizar el cotejo de voz por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales (D.N.I.E) de esta entidad, conforme lo pretendía la quejosa, ningún testigo de los que fueron escuchados en el trámite procesal dio cuenta de ello, es decir, sobre las circunstancias que lo haya observado así vociferar, menos aún, del lugar, fecha y hora en que se haya realizado tal actividad.

Tampoco es de recibo para la Sala, la afirmación de la quejosa Isis Catalina Jaramillo Lozano, en cuanto no se pudo verificar la autenticidad de la voz de LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, ya que él siempre se refería a la comunidad mediante un “alias”; por cuanto, ninguna prueba fue aportada al proceso sobre ese aspecto, solamente se conoció al interior de este, su mera afirmación.

También como prueba se allegó una certificación suscrita por el Director Regional en Boyacá del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, en donde indicó que LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, se desempeñaba allí como profesional Grado 08 en provisionalidad, señalando que no cuenta, ni ha contado con personal a su cargo durante el tiempo que lleva laborando en ese centro de servicios, precisando que, siempre ha sido muy dedicado en sus labores, nunca estuvo perturbando el servicio frente a sus funciones, y siempre fue cumplidor de las tareas a él encomendadas. De lo que se colige que, si no tenía personal a cargo, como realizaría presión o motivación alguna frente algún subalterno inexistente.

El director del SENA en esa Regional, también refirió que una vez escuchó algún rumor sobre un asunto que circulaba sobre una supuesta participación en política de dicho servidor, del cual, corrió traslado ante el jefe inmediato para que se investigara dicha situación; sobre ese aspecto, se allegó la decisión proferida en agosto 17 de 2018, donde la Oficina de Control Interno Disciplinario del SENA – Regional Boyacá, se inhibió de impulsar el ejercicio de la acción con base en la queja presentada por Dagoberto Juan Berdugo Hernández, del 18 de mayo de 2018, por cuanto la misma fue presentada de manera absolutamente inconcreta o difusa, señalándose allí que: *“si bien es cierto, que aportaron unas fotografías en la que el funcionario aparece, dichas imágenes no son suficiente para iniciar la actuación disciplinaria, dado que lo que se restringe es el uso del empleo como medio de presión o persuasión sobre los*

ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña”; razón por la cual, se inhibió de investigar con fundamento en el parágrafo 1° del artículo 150 de la Ley 734 de 2002.

Sobre lo expuesto, y al analizar dicha certificación y atestación frente a la comisión de la conducta, tenemos que tampoco se demostró que LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ se haya retirado en algún momento del SENA y haber desatendido las funciones propias de su cargo, mucho menos apartarse de ellas para en su lugar dedicarse alguna actividad o tarea de índole política.

Como prueba documental fueron allegadas al plenario dos declaraciones juramentadas realizadas ante el Notario Tres del Círculo de Tunja, en donde, en la primera **Lizeth Paola Zorro Ayala**, identificada con la cedula 1.049.635.687 de Tunja, manifestó que fue contratista en el Centro de Gestión Administrativa y Fortalecimiento Empresarial del SENA – Regional Boyacá, y que, durante el tiempo que compartió espacio laboral con LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, jamás vio realizar actividades proselitistas, campaña política o cualquier acción de carácter político que estuviera relacionado directamente con la época electoral del año 2018²¹.

En igual sentido y ante la misma Notaría, lo hizo **Diego Parra Londoño**, identificado con la cedula número 14.238.429 de Ibagué, quien manifestó que ha sido funcionario del SENA en esa misma Regional desde el año 2013, compartió labores con LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, a quien nunca vio o percibió que realizara actividades de participación en política, en actividades de partidos políticos, movimientos o controversias políticas, o usara el empleo para presionar a ciudadanos o funcionarios para respaldar una causa o campaña política²².

Frente a los testimonios recibidos en el trámite investigativo, alguno de ellos solicitados por la misma quejosa Jaramillo Lozano, como el de **Aura María Tambo**, identificada con la cédula 40.015.072 de Tunja, contratista del SENA desde el año 2009, quien dijo conocer a LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, desde que él llegó a la oficina de comunicaciones y competencias laborales a ese centro de aprendizaje en el año 2017, indicó que nunca le habló de temas políticos ni de otros asuntos similares, solo trataron temas atinentes al ámbito laboral.

Por su parte, **Rosa Edith Parra León**, identificada con la cédula 23.155.039, Administradora de Sistemas y Financiera, manifestó que labora en la Regional del SENA en Boyacá, en donde conoció un video que publicaron donde él estaba en una tarima, destacando que no le consta ni lo vio, tampoco la llamó a ella de manera particular ni le consta que lo haya hecho frente a otro compañero de trabajo para que apoyara candidatura alguna; tampoco observó propaganda a través de medios electrónicos. Sobre el video precisa que, “se veía no recuerdo bien si era una foto que él

²¹ Folio 121 del Cuaderno digital.

²² Folios 122 del Cuaderno digital



Radicado n° 161- 8078

publicara donde estaba con Álvaro Uribe Vélez, pero en el video se veía él en una tarima, es lo único que me acuerdo – no recuerdo quienes estaban en el video”

También, **Juan de Jesús Sánchez**, identificado con la cédula 6.770.224 de Tunja, de profesión economista y funcionario de carrera e instructor del SENA en esa Regional, en su testimonio refirió que distinguía al disciplinable por ser compañero de trabajo en la sede de Tunja por algunos meses, nunca tuvo conocimiento que él haya participado en algún movimiento político en favor de algún candidato presidencial. Destacando que pertenece a la organización sindical del SENA en la Subdirección de Boyacá, y alguna vez observó una foto de él (disciplinable) junto al señor Álvaro Uribe Vélez, pero no le puso mayor atención -era solo una foto-, dos personas paradas nada más.

En su jurada, **Pedro Elías Barrera Meza**, identificado con la cédula número 9.533.560, Exdirector del SENA Regional Boyacá, frente al asunto investigado manifestó que no le consta que el disciplinable LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ haya participado de manera directa en política, solo da cuenta que en su momento se hizo un relacionamiento sindical y los integrantes del sindicato señalaron que LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ estaba haciendo proselitismo. Precizando que, no le consta que él haya invitado a ciudadanos que votaran por algún movimiento político.

Por último, **María del Tránsito Solano**, identificada con la cédula 24.175.757, instructora del área de mercadeo en el SENA, y compañera de trabajo de SILVA SÁNCHEZ por espacio de dos o tres años, señaló que no tiene pruebas sobre ese tema, sin embargo, dijo que una vez observó un video que llevó un compañero de la región donde el disciplinable se veía acompañado (sin decir con quien), precisando que dicha situación se ventiló por fuera del SENA.

Conforme al plenario y como esta Sala puede observar, ninguna prueba dio cuenta de manera concreta sobre los hechos expuestos en la queja que hayan llevado a la convicción sobre la presunta participación en política por parte del servidor público LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, ninguna persona señaló que lo haya observado de manera directa participando en política y/o actividades proselitistas, ni siquiera, la quejosa de manera directa hizo tal aseveración.

Téngase en cuenta que el Procurador Regional conminó a la quejosa para que aportara las pruebas que demostraran la presunta participación en política del señor LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ que demostraran el soporte de su dicho, limitándose a señalar simplemente que sólo corrió traslado de lo que a ella le llegó, sin especificar cómo lo obtuvo, su origen ni la fecha, lugar y hora de haberlo recibido, mucho menos el artífice de este. De allí que, le asiste razón a la defensa cuando señala que no se conoce la originalidad de dichos documentos.

La Sala considera que si bien es cierto la quejosa dio cuenta de algunos cruces de información que ella hiciera en una oportunidad mediante la aplicación WhatsApp con el disciplinable LUIS FELIPE SILVA SÁNCHEZ, y que se ventilara en una controversia ya resuelta ante la jurisdicción penal (Fiscalía) sobre unas posibles amenazas, quizás, y según lo que se advierte dentro de este proceso, se dio por existir entre ellos cierta pugnas o rencillas ideológicas de vieja data, tales como presentación de mutuas denuncias, en razón a sus distintos enfoques políticos.

La prueba documental contenida en fotografías, mensajes de datos, videos, audios, entre otros, para su validez debe establecerse quien es la persona que toma la fotografía, filma el video o graba el audio, o quien inicia el mensaje, pero de ello debe contarse con la posibilidad de verificar el equipo utilizado para tales fines, es decir, debe haber accesibilidad para su consulta, en aras de preservar que no sea proveniente de la vulneración del derecho a la intimidad o se haya afectado la inviolabilidad de las comunicaciones, mediante interceptaciones, jaqueo, etc.

Deberá establecer quién es el autor, la originalidad, lo que se garantiza si la persona que lo grabo puede presentar el equipo o demostrar cómo obtuvo el documento y conserve el equipo para constatar el origen, la fecha, el autor, el destinatario, etc.

Asimismo, se debe demostrar la integridad de la información, que ha permanecido completa e inalterada, que ha sido archivada o guardada en debida forma; todo esto, con la finalidad de que la prueba documental de esta naturaleza no sea proveniente de interceptaciones o injerencias indebidas en el ámbito de la intimidad personal o vulnerando la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Ninguna de estas exigencias técnicas y legales se cumplió respecto de las pruebas documentales que aportó la quejosa, como tampoco las mismas fueron sometidas a las experticias técnicas para establecer estos presupuestos, cómo las obtuvo, la autoría, originalidad, de autenticidad, de inalterabilidad.

Para el caso concreto el aquí investigado nada dijo sobre el origen y la autenticidad de las fotos y videos adjuntados mucho menos de quien se haya atribuido ser artífice de los mismos, y los registros de voz fueron desconocidos por el disciplinable como de su autoría.

Por consiguiente, la Sala precisa que, el hecho que una persona muestre su inclinación por alguna idea frente a un candidato a un cargo de elección popular o de un movimiento, o grupo político; por sí solo, no es un comportamiento que indique participación directa en política, puesto que dentro de la investigación y de acuerdo con las pruebas allegadas se debe verificar y constatar otras actuaciones que haya desplegado el sujeto que así lo demuestre, en armonía que se pruebe el quebrantamiento directo de

la función pública, que la conducta existió y es típica.

Al respecto, la Corte Constitucional, mediante la sentencia, C-532 del 19 de agosto de 2015, siendo M.P, María Victoria Calle Correa, señaló el contenido y alcance del derecho disciplinario así:

(...) Derecho disciplinario ha sido entendido como un conjunto de principios y de normas jurídicas conforme a las cuales se ejerce la potestad sancionadora del Estado con respecto a los servidores públicos, no solo por infracción de la Constitución, de la ley o el reglamento, sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6 CP), en orden a hacer efectivos los mandatos que regulan el desarrollo de la función pública. En este orden de ideas, la Corte ha precisado que el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan, pues se trata de fijar las condiciones mínimas para que la actividad desarrollada por el Estado se preste de manera eficiente y eficaz, motivo por el cual la consagración en un ordenamiento jurídico especial de las reglas y sanciones, no solamente constituye un derecho sino un deber del Estado. De conformidad con el artículo 124 de la Constitución, y en armonía con lo dispuesto en los artículos 125, 150, numeral 23, y 277 del mismo Estatuto Superior, corresponde al legislador fijar la responsabilidad disciplinaria que puede ser atribuida a los servidores públicos frente a los comportamientos que atenten contra el ordenamiento jurídico y las finalidades que son propias de la función pública. Esta competencia la debe ejercer sin desconocer la vigencia de los principios que integran el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), de tal forma que las normas administrativas de naturaleza disciplinaria no pueden hacer a un lado los principios de legalidad, juez natural, imparcialidad, publicidad, presunción de inocencia, favorabilidad, defensa y contradicción, entre otros” (...)

Finalmente, y en respuesta a los reparos efectuados por la quejosa apelante, la Sala se permite precisar lo siguiente:

La investigación efectuada por el *a quo* se hizo de manera integral, las pruebas que se recaudaron se realizaron conforme al debido proceso (Art. 29 constitucional), en armonía con los artículos 6, 8, 9, 13, 15 y 17 de la Ley 734 de 2002; puesto que, se ordenaron y analizaron todas las consideradas conducentes, pertinentes y útiles para esclarecer los hechos investigados, se le respetaron a la quejosa sus facultades según lo dispone el artículo 90 de la normatividad disciplinaria, se investigó tanto lo favorable como lo desfavorable frente al encartado, lo cual se hizo de manera imparcial y conforme el ordenamiento jurídico.

Precisando que, la conclusión que en particular ha hecho la quejosa sobre los testigos, pruebas que ella misma solicitara, son apreciaciones meramente subjetivas que nada aportan en lo sustancial para fundar en ellas la revocatoria del fallo apelado, en todo caso todas las pruebas fueron apreciadas y valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como lo impone el artículo 141 de la Ley 734 de 2002.



Radicado n° 161- 8078

Por último, la Sala si bien observa una serie de falencias probatorias y en las afirmaciones de la quejosa Isis Catalina Jaramillo Lozano no considera del caso la compulsa de copias penales solicitadas por parte la defensa, porque ese es un deber y obligación constitucional que le asiste a todo ciudadano, conforme lo prevé el artículo 95, numeral 7°, de la Constitución Política, en armonía con el artículo 69 de la Ley 734 de 2002.

4.3. Decisión

Lo expuesto lleva a esta Colegiatura a confirmar la decisión apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la decisión proferida por el Procurador Regional de Boyacá, de fecha 29 de septiembre de 2020, mediante la cual absolvió de responsabilidad disciplinaria al señor Luis Felipe Silva Sánchez, servidor público, vinculado al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA- en Boyacá, conforme se dijo en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Por la secretaría de la Sala Disciplinaria se comunicará el sentido de esta decisión a los sujetos procesales y a la quejosa. Se les hará saber que contra esta decisión no procede recurso alguno.

TERCERO: Devuélvanse el expediente a la Procuraduría Regional de Boyacá, para efectos de su archivo final.

CUARTO: Por la secretaría de la Sala Disciplinaria **comunicar** la presente decisión a la Oficina de Registro y Control de la **Procuraduría General de la Nación**, para lo de su cargo, y **registrar** las constancias de rigor.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVANO GÓMEZ STRAUCH
Procurador Segundo Delegado
Presidente

LUZ ESTELLA GARCÍA FORERO
Procuradora Primera Delegada



Radicado n° 161- 8078

EXP.: 161-8078 IUS-E-2018-238125 / IUC-D-2018-1120897
PROYECTÓ: J.G.M.B



PROCESO DISCIPLINARIO-Contra Gerente del Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta por presunto conflicto de intereses

CONFLICTO DE INTERESES-Participación en ejecución de contratos teniendo relación de cuarto grado de consanguinidad con contratista

CONFLICTO DE INTERESES-Consagrado en el inciso 1ero del Art. 2 del Acto Legislativo 2/15

El artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, también incluyó en el inciso 2 otras prohibiciones en la que se configura conflicto de intereses, relacionadas específicamente con nombramientos, postulaciones como servidores públicos, celebración de los contratos estatales; como también eventos en los que se interviene para postular o designar a personas con quienes se tenga vínculos de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, exceptuando de lo previsto en este artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera, precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección

ILICITUD SUSTANCIAL-Suscripción de adiciones y modificación de contratos teniendo relación de cuarto grado de consanguinidad con contratista

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR-Restricción legal de realizar modificaciones y adiciones a contratos si el parentesco es hasta el segundo grado de consanguinidad

CONFLICTO DE INTERESES-La reforma constitucional se limita a la vinculación de servidores públicos

CONFLICTO DE INTERESES-Elementos esenciales

CONFLICTO DE INTERESES-Acreditación del vínculo de parentesco

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES-Diferencias

De conformidad con la Ley 80 de 1993, las inhabilidades o incompatibilidades son impedimentos que restringen el acceso a la función pública o al derecho a contratar con el Estado y debe aclararse, que la diferencia entre unas y otras, radica en que las inhabilidades son de carácter general y son imputables al contratista, en otras palabras,



se predica la imposibilidad de presentar oferta y celebrar y ejecutar un contrato estatal con cualquier Entidad pública; las incompatibilidades por su parte, se refieren a la imposibilidad de que concurren dos distintas condiciones en un mismo sujeto, esto es, impide que el sujeto ostente una calidad porque ya posee otra

CONFLICTO DE INTERESES-Cuando servidor público concurre en interés particular y directo que afecta su imparcialidad o neutralidad/**CONFLICTO DE INTERESES**-Exige impedimento

El conflicto de intereses, por su parte, se configura cuando en el servidor público o en sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o socios, concurre un interés particular y directo en un asunto del dominio de la administración pública, el cual tiene a su cargo para definir, conceptuar, evaluar, controlar o gestionar, y que por tanto afecta su imparcialidad o neutralidad, exigiendo que se declare impedido para conocer del asunto

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR-Tienen contexto diferente al conflicto de intereses

EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD-Convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria

COMPULSA DE COPIAS-Contra presunto responsable de actuación cuestionada/**FALLO DE PRIMERA INSTANCIA NO APELADO**-Se demostró que actuaciones de asesoría jurídica indujeron error a Gerente del Hospital

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA NO APELADO-Argumentos de la defensa demostraron inocencia en relación con el cargo



DEPENDENCIA:	PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA
RADICADO:	IUS. E-2018-489292 IUC: D-2018-1193493
DISCIPLINADO:	JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA
CARGO Y ENTIDAD:	GERENTE GENERAL DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEZ DEL NORTE DE SANTANDER
QUEJOSO:	INFORME DE SERVIDOR PÚBLICO (CARLOS MARTÍN ROJAS CARVAJAL – ASESOR DE CONTROL INTERNO DE GESTION HUEM. JUNTA DIRECTIVA DEPARTAMENTAL DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL SINDICAL DE TRABAJADORES Y SERVIDORES PÚBLICOS DE LA SALUD, LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE COLOMBIA – ANTHOC (ARISTIDES HERNANDEZ DUARTE- Presidente)
FECHA QUEJA:	5 DE OCTUBRE DE 2018
FECHA HECHOS	30 DE AGOSTO DE 2018
ASUNTO:	FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En Bogotá, D. C., siendo las nueve (9:00) de la mañana, del día veintitrés (23) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), en las instalaciones de la sala de audiencias de la Torre A, de la sede central de la Procuraduría General de la Nación, el señor Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, se constituyó en audiencia, que venía desarrollándose en la sesión anterior de fecha dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019), dentro de la cual fueron convocados el doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, en calidad de disciplinado, en compañía de su apoderada, doctora LUZ AMPARO GELVEZ REYES y el señor ARISTIDES HERNANDEZ DUARTE- Presidente de la Junta Directiva Departamental de la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, la Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia – **ANTHOC**, quejoso en el presente proceso.

I. IDENTIFICACIÓN DEL POSIBLE RESPONSABLE

JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 13.257.988, reelegido por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, mediante Decreto 000165 del 9 de febrero de 2016, en el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado - Hospital Universitario Erasmo Meoz del Municipio de Cúcuta, para el periodo estatutario comprendido entre el 1 de abril de 2016 y el 31 de marzo de 2020.

El doctor **RAMÍREZ MONTOYA**, labora en la Institución Hospitalaria desde el 1 de enero de 1998 y como Gerente del Hospital Erasmo Meoz, desde el 1 de abril de 2012. (folios 215 a 229 del cuaderno principal 1)

II. RESUMEN DE LOS HECHOS



El presente proceso se adelanta por presunto conflicto de intereses en el que se puede encontrar incurso el doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, en su condición de Gerente de la Empresa Social del Estado – Hospital Erasmo Meoz, al suscribir adiciones y modificaciones a los Contratos números 018 y 049 de 2018, celebrados con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, con quien tiene nexos de consanguinidad en cuarto grado.

III. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. De los informes y queja que dieron origen a la actuación disciplinaria.

3.1.1. Informe de Control Interno de Gestión de la Empresa Social del Estado – Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta

Mediante memoriales del 3 y 18 de octubre de 2018, el señor CARLOS MARTIN ROJAS CARVAJAL, Asesor de Control Interno de Gestión de la Empresa Social del Estado – Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, puso de presente presuntas irregularidades encontradas con ocasión de la auditoría realizada durante la vigencia 2018, relacionadas con los contratos No. 042 y 018 de 2018.

Respecto al Contrato 042 de 2018, celebrado entre el Hospital Universitario Erasmo Meoz y el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, representante legal de la Firma SOCIMANOR S.A.S., cuyo objeto sería la prestación de servicios médicos asistenciales especializados de cirugía de mano, con valor inicial de \$998.400.000 y adición por \$499.200.000, señaló:

- Falta de experiencia de la empresa contratista, ya que al momento de la firma tenía 14 días de conformada legalmente.
- Falta de capacidad financiera para la ejecución del contrato, la cual contaba a la firma del contrato con un capital de diez millones de pesos (\$10.000.000).
- Presunta violación del régimen de inhabilidades por cuanto el contratista JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, tiene cuarto grado de consanguinidad con el Gerente del Hospital Erasmo Meoz, JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA, siendo primo del mismo.

Del Contrato 018 de 2018, celebrado igualmente entre el Hospital Universitario Erasmo Meoz y el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, cuyo objeto sería la prestación de servicios médicos asistenciales especializados de cirugía de mano, por valor de \$124.800.000 y adición del plazo hasta el 31 de diciembre 2018, manifestó:

- Los estudios previos se encuentran sin firma del jefe de la dependencia.



- Presunta violación al régimen de inhabilidades por cuanto el contratista, JORGE EMILIO PARRA MONTOYA tiene cuarto grado de consanguinidad con el Gerente, JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA, del cual es primo. (folios 1 y 2, 34 y 35 del cuaderno principal 1)

3.1.2. La doctora **LUZ AMPARO RODRIGUEZ RODRÍGUEZ**, con funciones de **CONTRALORA AUXILIAR DELEGADA PARA LA PARTICIPACION CIUDADANA Y MEDIO AMBIENTE**, por su parte, remitió oficio del 24 de octubre de 2018, comunicando a la Opinión Pública, sobre presuntas irregularidades en la contratación en la ESE – Hospital, Erasmo Meoz de Cúcuta, presentado por la Junta Directiva Departamental de la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y Servidores Públicos de la Salud, la Seguridad Social Integral y Servicios Complementarios de Colombia – ANTHOC., en las que se reitera, entre otras, el presunto conflicto de intereses, por la contratación del Gerente del Hospital con un pariente y la contratación con una empresa que no tenía sino 15 días de creada.

3.2. Indagación Preliminar

Con fundamento en la información reseñada, por auto del 26 de octubre de 2018, la Procuraduría Regional de Norte de Santander, dispuso adelantar indagación preliminar, con la finalidad de verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si era constitutiva de falta disciplinaria e identificar al presunto infractor. (folios 62 y 63 del cuaderno principal 1)

3.3. Reasignación del expediente

El Procurador General de la Nación, mediante Resolución No. 265 del 4 de febrero de 2019, designó al suscrito Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, como funcionario especial, con el fin que adelante las actuaciones disciplinarias correspondientes dentro del presente radicado. (folios 411 y 412 del cuaderno Principal 2)

En cumplimiento de lo anterior, el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación mediante oficio interno 1110030000000 - 1- 000811 - 2019 el 7 de febrero de 2019, dio a conocer la decisión a los Procuradores Regional de Norte de Santander y al Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, siendo recibidas las diligencias por este despacho el 1º. de marzo de 2019. (folios 410 a 415 del cuaderno principal 2)

Con oficio del 11 de marzo de 2019, la Procuraduría Provincial de Cúcuta, remitió a este despacho, los documentos recibidos por parte del señor CARLOS MARTIN ROJAS CARVAJAL, que corresponden a los mismos documentos pluricitados. (folios 417 a 473 del cuaderno principal 2)



3.4. Nulidad decretada de oficio por este despacho

Mediante auto de 5 de abril de 2019, esta Procuraduría Delegada decidió avocar conocimiento y declarar de oficio la nulidad de las diligencias a partir del auto del 23 de enero de 2019, proferido por la Procuraduría Regional de Norte de Santander, por medio de la cual se ordenó tramitar nuevamente las presentes diligencias por procedimiento especial, dado que no tuvo en cuenta que el auto de la nulidad inicialmente decretada quedaba en firme hasta el 25 de enero de 2019, (folios del cuaderno 3)

Auto comunicado mediante correos electrónicos del 12 de abril de 2019, tanto al disciplinado como a la apoderada; así como a los mismos mediante oficios con radicados SIAF 49238 y 49240 de la misma fecha. (folios 657 a 660 del cuaderno principal 3)

Mediante correo electrónico, se surtió la notificación personal a la apoderada del disciplinado, 30 de abril de 2019 (folio 667 del cuaderno principal 3) y mediante notificación por estado en la misma fecha. (folio 669 del cuaderno principal 3)

3.5. Procedimiento verbal

Mediante auto del 13 de mayo de 2019, visible a folios 670 a 687, se dispuso tramitar la investigación mediante Procedimiento Verbal y citar a audiencia, con fundamento en el inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, al doctor **JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA**, en calidad de **GERENTE GENERAL DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ DE CÚCUTA (NORTE DE SANTANDER)**, en los siguientes términos:

“6.1. CARGO ÚNICO

Se reprocha a usted, doctor **JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA**, en su condición de Gerente de la Empresa Social del Estado - Hospital Universitario Erasmo Meoz del Municipio de Cúcuta, presuntamente **haber actuado en la ejecución de los contratos** Nos. 042 y 018 suscritos el 1º de enero de 2018, por la doctora SORAYA TATIANA CACERES SANTOS, quien para la época se desempeñaba como Gerente Encargada de la Empresa Social del Estado – Hospital Universitario Erasmo Meoz, teniendo en cuenta que en el Contrato 042 de 2018, suscribió en su condición de Gerente General de la citada Institución Hospitalaria, con la Sociedad SOCIMANOR S.A.S. representada legalmente por el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, la modificación No. 01 el 19 de febrero de 2018, la adición No. 01 el 21 de agosto de 2018 y la aclaración a la adición No. 01. el 23 de agosto de 2018 y dentro del Contrato 018



suscribió con el doctor **JORGE EMILIO PARRA MONTOYA**, como persona natural, la adición No. 01 el 30 de agosto de 2018, **a pesar de existir conflicto de intereses de conformidad con el artículo 126 de la Constitución Política, por encontrarse en cuarto grado de consanguinidad con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA.**”

En efecto, durante la vacancia temporal del Gerente General de la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz, doctor **JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA**, mediante Resolución No. 01353 del 27 de diciembre de 2017, el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, encargó de las funciones de la Gerencia del citado Hospital, a la doctora **SORAYA TATIANA CACERES**, quien ocupa el cargo de Asesora de Planeación de la misma Entidad, por el lapso comprendido **entre el 26 diciembre de 2017 y el 1 de enero de 2018 inclusive**, durante el disfrute de vacaciones del titular, fecha esta última en la que se suscribieron los Contratos Nos. 018 y 042, de un lado, con el doctor **JORGE EMILIO PARRA MONTOYA**, como persona natural y como representante legal de la Sociedad por Acciones Simplificada **SOCIMANOR, S.A.S**, respectivamente, con quien se determina que le une un vínculo en cuarto grado de consanguinidad con el titular del Hospital Erasmo Meoz, doctor **JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA**, en tanto sus madres son hermanas, como se determina en el numeral 5.5. de este proveído, en contravía con lo preceptuado en el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto legislativo 2 de 2015.

Es claro para el despacho, que la suscripción de los Contratos 018 y 042 del 1 de enero de 2018, fueron celebrados por la doctora **SORAYA TATIANA CÁCERES SANTOS**, en su condición de Gerente Encargada de la Empresa Social del Estado – Hospital Universitario Erasmo Meoz, sin embargo, la adición 01 del primero de los citados y la modificación 01, adición 01 y aclaración de la adición 01, **fueron suscritas en su oportunidad por el doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, Gerente titular, participando en la etapa contractual, habida cuenta que la ejecución de los mismos, hacen parte de esta etapa, periodo durante los cuales suscribió las citadas adiciones y modificaciones.**”

3.5.1. Normas presuntamente violadas

Con base en lo anterior se establecieron como normas presuntamente violadas:

Constitución Política - Acto legislativo 2 de 2015, artículo 2o. (inciso 1º. del artículo 126 de la Constitución Política.); en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política; Manual de Contratación Resolución 001236 del 13 de septiembre de 2013 y Resolución 1231 de septiembre de 2014, que modifica el Manual de Contratación de la Empresa Social del Estado – Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, el cual compila el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar, precisando el referente normativo y destacando lo pertinente a la gestión contractual respecto al conflicto de Intereses, el artículo 40 del Código Disciplinario



Único; Ley 489 DE 1998 el artículo 3; Ley 1437 de 2011 artículo 3 numerales 5, 7 y 8; Ley 80 de 1993, artículo 23, 24 numeral 1 literal d) y 26 numeral 1, por prohibición establecida en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Al revisar este marco normativo, no se encontró justificado, hasta ese momento, que el doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, participara dentro de la ejecución de los Contratos 042 y 018 de 2018, modificando y adicionándolos, pese a que le asistía un interés particular directo, a favor de su pariente, estando obligado a declararse impedido para permitir que otros participaran del contrato de prestación de servicios asistenciales que ofrecía el ente hospitalario.

3.5.2. Ilícitud Sustancial

Se predicó de la conducta imputada ilícitud sustancial en razón a que con el hecho de suscribir las adiciones y modificación de los contratos pluricitados, con una persona que es pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad, infringió posiblemente, la prohibición contenida en el artículo 126 constitucional, con lo cual contraría los principios de **moralidad, responsabilidad y transparencia**, que le impone sus deberes como servidor público.

3.5.3. Determinación del grado de culpabilidad

El despacho consideró que la conducta fue cometida provisionalmente como gravísima a título de dolo, al considerar que el servidor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA conocía las prohibiciones legales y constitucionales impuestas en materia de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés, como Gerente de la Empresa Social del Estado – Hospital Universitario Eduardo Meoz, pues se trata de normas contractuales, introducidas en el estatuto de la entidad a nivel constitucionales y legales, que enmarcan límites en sus actuaciones,

Auto que quedó notificado personalmente al disciplinado, doctor JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA, y a su apoderada doctora LUZ AMPARO GELVEZ REYES, en diligencias llevadas a cabo el 23 de mayo de 2019. (folios 695 y 696 del cuaderno principal 3)

3.6. Sesión del 13 de junio de 2019 (Audiencia de Descargos)

En esta sesión se procedió a dar lectura al auto de citación a audiencia de fecha 13 de mayo de 2019, y efectuado lo anterior, el Despacho le concedió el uso de la palabra, a la doctora LUZ AMPARO GELVEZ REYES, apoderada del disciplinado, quien presentó los descargos en nombre de su representado. Intervino el disciplinado, doctor JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA, quien rinde su versión libre y a modo de síntesis intervienen los doctores JUAN CARLOS BAUTISTA GUTIÉRREZ y OSCAR DEL SEÑOR MISERICORDIOSO VERJEL CANAL, a



quienes les reconoce el Despacho personería jurídica y les precisa que actúan como apoderados suplentes.

La apoderada principal, hace un resumen de las pruebas que aporta y de las pruebas testimoniales y documentales de las que solicita que sean practicadas, (folios 746 a 763 del cuaderno principal 4 y anexos probatorios)

La defensa solicita la corrección del apellido del doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA en tanto que se cometió un yerro al señalarle como RAMIREZ MONTOYA y finalmente se hace entrega del escrito de descargos y de la relación de pruebas aportadas y solicitadas, a las que el despacho accede en su totalidad, atendiendo los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, por lo que advierte que no cabe ningún recurso.

Del desarrollo de dicha audiencia queda constancia en el CD obrante a folio 743 del cuaderno principal 4, y acta de la diligencia obrante a folios 744 y 745 del mismo cuaderno)

La doctora LUZ AMPARO GELVEZ REYES, en defensa del disciplinado, hace un recuento de la conducta reprochada y una síntesis del cargo imputado, en qué consiste el conflicto de intereses acorde con la doctrina, jurisprudencia, y el avance legal sobre el tema siguiendo los parámetros fijados en el documento elaborado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en documento denominado “Guía Administrativa Pública. Conflicto de Intereses de Servidores Públicos” versión 2, febrero de 2018 y expuso sus planteamientos de manera sucinta tanto verbal como en el escrito de descargos presentado en estrados.

Interviene en defensa del disciplinado el doctor **OSCAR DEL SEÑOR MISERICORDIOSO VERJEL CANAL**, apoderado suplente de la defensa y el doctor **JUAN CARLOS BAUTISTA GUTIÉRREZ**, en igual condición, garantizándole el derecho de defensa al disciplinado.

Las pruebas aportadas para consideración del despacho fueron las siguientes:

3.6.1. Resolución No. 000253 del 21 de febrero de 2013, por la cual se delegan facultades de contratación. (folios 763 a 766 del cuaderno principal 4)

3.6.2. Acta de reunión de Junta Directiva ordinaria de la ESE HUEM, fecha 26 de octubre de 2018, donde se analiza el tema de las inhabilidades e interviene la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS. (folios 767 a 782 y 922 a 948 del cuaderno principal 4)

3.6.3. Concepto emitido por la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS, del 25 de noviembre de 2016. (folios 783 a 797 del cuaderno principal 4)

3.6.4. Concepto emitido por la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS, del 21 de enero de 2019. (folios del cuaderno principal 4)



3.6.5. Memorial de solicitud de archivo de la investigación penal e contra de JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA. Radicado 2018-809339. (folios 807 a 818 del cuaderno principal 4)

3.13.6. Informe Preliminar denuncia D-130.04.0118-044 formulada por el señor CARLOS MARTIN ROJAS CARVAJAL, suscrito por el Contralor Auxiliar Delegado para las Auditorias. (folios 819 a 830 del cuaderno principal 4)

3.6.7. Descargos al informe Preliminar de Contraloría. (folios 831 a 845 del cuaderno principal 4)

3.6.8. Documento por el cual se aprueba el Plan de Gestión del Gerente de la ESE HUEM, en el que se evidencia la grave situación en que se recibe dicha institución. (folios 846 a 859 del cuaderno principal 4)

3.6.9. Evaluaciones ordinarias de la gestión del Gerente de la ESE HUEM, de 2014 a 2019. (folios 846 a 859 del cuaderno principal 4)

3.6.10. Acta del Comité Evaluador de Control del 12 de octubre de 2018. (folios 860 a 875 del cuaderno principal 4)

3.6.11. Manual de Procedimiento de Auditoria Interna. (folios 889 a 896 del cuaderno principal 4)

3.6.12. Copia del oficio dirigido por la asistente de fiscal, informando al señor CARLOS MARTIN ROJAS CARVAJAL, que el pasado 20 de marzo de 2019 ante el Centro de Servicios Judiciales solicitó audiencia de preclusión. (folio 897 del cuaderno principal 4)

Allegan al paquete de pruebas adicionalmente:

3.6.13. Solicitud de modificación 01 y 02 del Contrato 042 de 2018, adición 01 al mismo contrato, y adición 01 al Contrato 018 de 2018. (folios 898 a 905 del cuaderno principal 4)

3.6.14. Acta de Gestión septiembre 2017. (folios 906 a 921 del cuaderno principal 4)

Pruebas solicitadas:

Testimoniales:

3.13.15. Doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS, Asesora Jurídica de la ESE HUEM de Cúcuta.

3.13.16. Doctora SORAYA TATIANA CACERES SANTOS.

3.13.17. Doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA.



Documentales:

3.13.18. Conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública sobre inhabilidades e incompatibilidades para contratar, especialmente los siguientes:

Concepto No. 000131 del 2 de enero de 2019

Concepto No. 2191 del 5 de enero de 2017

3.13.19. Conceptos emitidos por el Procurador General de la Nación en demandas de inconstitucionalidad, especialmente la siguiente:

Concepto emitido dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 48 numeral 17 de la ley 734 de 2002 del 7 de marzo de 2019, donde hace referencia que dicha conducta se refiere a nominación de cargos.

3.13.20. Noticia Criminal solicitada a la Fiscalía General de la Nación.

Concedido el uso de la palabra por el Despacho al doctor **JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA**, en la diligencia de audiencia, éste señaló que ha sido injuriado a través de las redes sociales por parte del señor **CARLOS MARTIN ROJAS CARVAJAL**

Hizo a conocer, que ANTHOC Departamental, como otro de los denunciantes, que acompaña al señor **ROJAS CARVAJAL**, es quien dice representar a los trabajadores de los Hospitales y que ahora se le extiende a los Trabajadores Oficiales y a los Empleados Públicos, dijo que estos son 17 de 1500 empleados que tiene el Hospital, que se trata de quien representa al Sindicato, y que hace años que no trabaja y se ha dedicado a levantar este tipo de denuncias contra los gerentes.

Manifestó que ahora se le acabó el protagonismo por lo menos en el Erasmo Meoz, donde ya era costumbre la parálisis de la institución, porque decía que no se les pagaba a tiempo a los empleados, trabajadores, proveedores y que como ya no sabe cómo mostrarse a la población Norte Santandereana, debe buscar como hacerse visible.

Comentó sobre lo que se ha hecho en el Hospital y remite a los Ministros de quien dice pueden decir la situación del Hospital hoy día.

Manifestó que en provincia hay muchas dificultades para conseguir recurso humano en algunas especialidades y que este Hospital por ser del tercer nivel tiene mucha demanda y que la oferta es poca, por lo que les toca echar mano de los super especialistas, que quienes por su oportunidad en el pago retornan a esa institución.



Hizo saber que viene de una familia de 42 médicos idóneos.

Indicó que a él no se le está acusando de robarse dinero, sino de que por presuntos errores en su actuar, frente a un conflicto de intereses.

El despacho tiene como pruebas los documentos aportados y accede a la práctica de la totalidad de las pruebas solicitadas y advierte que por haber sido decretada la totalidad de las pruebas no le procede recurso.

3.7. Sesión del 3 de julio de 2019 (Practica de Pruebas y otros)

En la continuación de la diligencia suspendida el 13 de junio de 2019, el Despacho **se pronuncia sobre la corrección del nombre del doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, solicitada por la defensa y respecto a la nulidad propuesta respecto a las presuntas irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso**, por cuanto consideró que el cargo era impreciso, decisión contra la que repuso la defensa, siendo confirmada y notificada en estrados.

- Resueltas las solicitudes anteriores, el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, procede a recepcionar las declaraciones de los testigos presentados por la defensa, en su orden, doctora **JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS**, doctora **SORAYA TATIANA CACERES SANTOS**, y doctor **JORGE EMILIO PARRA MONTOYA**.

- Terminada las intervenciones el Despacho puso a disposición el expediente para que la defensa revisara las pruebas recaudadas.

3.8. Sesión del 16 de julio de 2019 (Practica de Pruebas)

En la sesión del 16 de julio de 2019, se puso de presente a la defensa la prueba que hacía falta, correspondiente a la respuesta de la Fiscalía 13 Especializada de Cúcuta, sobre el informe de la noticia criminal No. 540016001131201809339, por violación al Régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades adelantada en contra del doctor **JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA**, correspondiente a la investigación penal, previa la advertencia de la reserva legal y sumarial que tienen los citados documentos, hasta tanto no se ejecute la audiencia ante el Juez de Conocimiento de esa ciudad, y la conformación de cuaderno aparte que dispone el Despacho.

Igualmente esta instancia accedió a la compulsas de copias de la investigación disciplinaria solicitada por la Fiscalía 13 Especializada y la copia de las actas o grabaciones de la audiencia inicial del 13 de junio de 2019 y de las pruebas del 3 de julio de 2019 que hace la defensa.



La doctora LUZ AMPARO GELVEZ REYES, apoderada de la defensa solicitó aplazamiento de la diligencia, dado que por el volumen de las copias aportadas, a efectos de establecer si es necesario adicionar o complementar las alegaciones que deberían rendirse en ese momento.

Estando en conexión con la Procuraduría Regional de Norte de Santander, su titular doctor LIBARDO ALVAREZ GARCIA, hace saber al Despacho sobre la solicitud que del uso de la palabra de parte del doctor JUAN CARLOS BAUTISTA GUTIÉRREZ, frente a la condición que ha ostentado dentro del proceso como abogado sustituto junto con el doctor OSCAR DEL SEÑOR MISERICORDIOSO VERJEL CANAL, y de la limitación frente a la defensa que se presenta, suspendiéndose la diligencia por parte del Despacho, a fin de dar su respuesta, previa revisión del audio de la audiencia inicial. (folios 1047,1048 a 1050 del cuaderno 5)

3.9. Sesión del 25 de julio de 2019 (Alegatos de conclusión)

Se indicó que en la ciudad de Cúcuta – Norte de Santander, pese a la comunicación remitida al señor ARISTIDES HERNANDEZ DUARTE, Presidente de ANTHOC, el día 24 de julio de 2019, con el sello de recibido, éste no se hizo presente.

- El Despacho se pronunció respecto a la solicitud del doctor JUAN CARLOS BAUTISTA GUTIÉRREZ, frente a su condición de abogado suplente dentro del presente proceso, junto con la del doctor OSCAR DEL SEÑOR MISERICORDIOSO VERJEL CANAL, y sobre la limitación a la defensa que estaría estructurando en favor del disciplinado, negándoles su pretensión de ser reconocidos como apoderados principales, conforme con el soporte normativo y jurisprudencial correspondiente y sobre las garantías de defensa que ha otorgado el despacho

Seguidamente el Despacho corre traslado para alegatos de conclusión a la doctora LUZ AMPARO GELVEZ REYES, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 58 de la Ley 1474 de 2011, inciso 7º., quien los presenta verbal y por escrito. (folios 1060 a 1085 del cuaderno 5)

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Antes de ocuparse el Despacho sobre la responsabilidad disciplinaria del doctor **JUAN AGUSTÍN RAMIREZ MONTOYA**, en condición de **GERENTE GENERAL DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ DE CÚCUTA**, se hace necesario hacer algunas precisiones para llegar a la objetiva decisión que habrá de tomarse en el presente caso, aclarando que no se observa causal de nulidad que impida realizar el pronunciamiento de fondo pertinente.



Obran los documentos que acreditan la calidad de servidor público del disciplinado para la época de los hechos, como también, el certificado de antecedentes disciplinarios en el que se hace constar la inexistencia de sanciones (folios 215 a 229 del cuaderno principal 1 y 1092 del cuaderno principal 5)

La responsabilidad de las personas, nace del artículo 6 de la Constitución Política, en cuanto establece que: **“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”**.

Precepto constitucional que debe ser armonizado con los artículos 123 inciso 2 y 209 jusdem, que en su orden prescriben:

“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y desconcentración de funciones”.

Normatividad que indica necesariamente, que para que el comportamiento sea considerado como irregular debe presentarse con ocasión o en ejercicio de las funciones o del servicio y que la acción u omisión¹ sean determinantes o concurrentes al hecho que constituye la falta disciplinaria².

De donde nacen entonces, los ordenamientos jurídicos que permiten a las autoridades decidir sobre aquella, previo el agotamiento de las etapas procesales establecidas para tal fin. Para el caso que compete a la Procuraduría General de la Nación en su función de aplicar el régimen disciplinario, una vez agotadas las etapas procesales, debe hacerse por parte del funcionario competente una racional evaluación de las pruebas que sustentan la queja o el cargo, con las traídas al proceso ya sea a petición del encartado o de oficio, una vez éste ha tenido derecho a ejercer su derecho de defensa, que conduzca a la certeza o no de la realización de conducta o conductas que se consideran constitutivas de la falta disciplinaria.

Pero además de esta evaluación racional, también se debe tener en cuenta que las etapas procesales sean realizadas con sujeción al debido proceso, como rector

¹ Ley 734 de 2002. **Artículo 27. Acción y omisión.** Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

² Ley 734 de 2002. **Artículo 23. La falta disciplinaria.** Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.



de las relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el disciplinado, de manera tal que el derecho material sea efectivo y las garantías sean las debidas. Esto con el fin de atender el principio de legalidad que es la base de la administración pública, como garantía o prerrogativa sobre la cual las autoridades deben actuar conforme a la ley y obedeciendo el ordenamiento jurídico aplicable.

4.2. Legalidad. (Artículo 4 de la ley 734 de 2.002).

Nacida de la dogmática jurídica, la legalidad entendida como la descripción legal de un comportamiento injurídico que hace el legislador, constituye el aporte positivo para entender el fenómeno jurídico de la falta disciplinaria, como un problema que carcome a la función pública. Motivo por el cual esta figura es garantizadora y fundamentadora de los derechos y garantías mínimas establecidas en el artículo 29 de la C.P.

Puesto que como garantía los destinatarios de la ley conocen, perciben y saben la consecuencia del desconocimiento de los principios que rigen aquella, y así no se vean menguados sus derechos ante la falta de certeza jurídica sobre la preexistencia de un deber, una obligación o una prohibición concreta, apareciendo, por tanto, el postulado que establece que es lícito todo comportamiento humano que no esté legalmente prohibido, aunque el mismo aparentemente pueda ser injusto o contrario a la moral.

Como fundamento, porque es presupuesto de la ilicitud, ya que una conducta no puede tenerse como tal, sí expresamente no ha sido descrita por el legislador de manera clara y explícita, evitando la ambigüedad y la anfibología.

Desde el punto de vista sustantivo, debe entenderse que el estatuto disciplinario debe describir las conductas con ingredientes normativos que sean expresión de los principios de legalidad y tipicidad- soportes de la seguridad jurídica- o lo que es lo mismo, que la potestad disciplinaria debe entenderse como un mecanismo de defensa de intereses generales, de manera tal que los destinatarios de la ley disciplinaria conozcan de manera clara y precisa una valoración de actos y su correlativa escala de penas, en caso de que con ellos se incurra en ilicitud sustancial.

Los tipos disciplinarios a su vez, pueden clasificarse según la doctrina penal³ en: abiertos⁴, elementales⁵, autónomos⁶, básicos o fundamentales⁷, cerrados⁸,

³ Alfonso Reyes Echandía. Derecho Penal, Parte General. 1980.

⁴ "...describen escuetamente la conducta o mencionan solamente el resultado, sin precisar en el primer caso las circunstancias en que tal conducta debe realizarse, ni indicar en el segundo la modalidad del comportamiento que ha de producirlo"

⁵ "... los que describen un modelo de comportamiento; se distinguen porque tienen apenas un verbo rector..."

⁶ "...describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o indirectamente la conducta del actor, sin que el interprete deba acudir al mismo u otro ordenamiento jurídico para completar su significado..."

⁷ "... se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro..."

⁸ "...concretan las circunstancias de modo, tiempo o lugar en que la conducta debe realizarse, o señalan no solamente el resultado del comportamiento descrito, sino la forma como debe producirse..."



completos⁹, compuestos¹⁰, en blanco¹¹, especiales¹², etc., por lo que en veces, para adecuar el comportamiento a la falta disciplinaria sin desatender los postulados garantes de la justicia y seguridad jurídica, se impone un análisis más profundo en relación con el caso concreto y las circunstancias del hecho¹³.

Realizada la adecuación del hecho al tipo disciplinario, viene un segundo paso relativo a atender las finalidades del régimen disciplinario, que no son otras diferentes a los de prevención y conservación del ordenamiento jurídico que rige a un determinado organismo, que para el caso del Estado no es otro que la función pública y la dignidad de la administración, razón de ser de la pena proporcional o juicio de ponderación entre la sanción y el hecho considerado como falta disciplinaria.

Menester también es comentar que además de la clasificación de las faltas que hace la ley en el artículo 43¹⁴, por doctrina y jurisprudencia, se le han considerado conforme a las circunstancias modales y temporales en que se presentan, como de: i) Mera conducta, donde el comportamiento se adecua al incumplimiento simple y llano de la norma; ii) De resultado en las que se necesariamente se presenta un resultado o efecto naturalístico¹⁵; iii) Instantáneas cuando la realización del comportamiento descrito como ilícito se agota en un solo momento, es decir cuando se exterioriza la acción o la omisión y, iv) Permanente o continuada, cuando el comportamiento se prolonga en el tiempo, de manera que la consumación de la falta se prolonga o perdura entre tanto dure la conducta.

Finalmente debe decirse que el operador disciplinario "...dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo

⁹ "...describen la conducta..."

¹⁰ "...describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico, se identifican, sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores..."

¹¹ "...cuya conducta no esta integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla, mientras tal concreción no se efectuó, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica..."

¹²

¹³ C-507-06. "Ahora bien la Corte ha explicado que el principio de legalidad en materia disciplinaria no tiene empero la rigurosidad que de él se predica en el ámbito penal..."

Al respecto, en sentencia C-406 de 2004 se afirmó por ejemplo lo siguiente:

"Debido a las particularidades de cada una de las normatividades sancionadoras, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. Es por ello, que la Corte ha considerado que el principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador".

No obstante, debe destacarse que la mayor flexibilidad con que se aplica el debido proceso en el ámbito disciplinario, no es absoluta, como lo ha puesto de presente igualmente esta Corporación al señalar que:

"(...) esa maleabilidad del principio de legalidad no puede ser ilimitada de forma que conduzca a la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones. Entonces, cuando se advierta vaguedad, generalidad e indeterminación en la actuación del legislador, en la identificación de la conducta o en la sanción a imponer, de manera que no permitan establecer con certeza las consecuencias de una conducta, se viola el principio de legalidad"

¹⁴ Artículo 42. Clasificación de las faltas. Las faltas disciplinarias son: 1. Gravísimas 2. Graves, 3. Leves.

¹⁵ Se genera una modificación o alteración del mundo exterior, ya en las personas, ya en las cosas, que es cuantificable, medible, cualificable y determinable.



que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en el Art. 43 de la misma ley, lo cual obviamente no significa que aquel cree normas y que asuma por consiguiente el papel de legislador, ya que sólo aplica, en el sentido propio del término, las creadas por este último con las mencionadas características”¹⁶.

Recuerda el Despacho que la imputación que se le señala al doctor **JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA**, en su condición de Gerente de la Empresa Social del Estado - Hospital Universitario Erasmo Meoz del Municipio de Cúcuta, es presuntamente **haber actuado en la ejecución de los contratos** Nos. 042 y 018 suscritos el 1º. de enero de 2018, por la doctora SORAYA TATIANA CACERES SANTOS, quien para la época se desempeñaba como Gerente Encargada de la Empresa Social del Estado – Hospital Universitario Erasmo Meoz, teniendo en cuenta que en el Contrato 042 de 2018, suscribió en su condición de Gerente General de la citada Institución Hospitalaria, con la Sociedad SOCIMANOR S.A.S. representada legalmente por el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, la modificación No. 01 el 19 de febrero de 2018, la adición No. 01 el 21 de agosto de 2018 y la aclaración a la adición No. 01. el 23 de agosto de 2018 y dentro del Contrato 018 suscribió con el doctor **JORGE EMILIO PARRA MONTOYA**, como persona natural, la adición No. 01 el 30 de agosto de 2018, **a pesar de existir conflicto de intereses de conformidad con el artículo 126 de la Constitución Política, por encontrarse en cuarto grado de consanguinidad con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA.”**

Se reitera en primer lugar, dentro del presente capítulo, como se hizo en el auto de citación a audiencia que la prelación de la norma constitucional, se entiende como la **ordenación jerárquica** o escalonada de las **normas** jurídicas, de modo que las normas de rango inferior, no pueden contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior, pues la Constitución garantiza expresamente el principio de **jerarquía** normativa.

En el presente asunto, el presunto conflicto de intereses reclamado al doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, consagrado en el Acto Legislativo 2 de 2015, artículo 2, inciso primero, que modifica el artículo 126 de la Constitución Política, es de expresa aplicación en el asunto que nos ocupa, en tanto que a los servidores públicos no les es permitido, que en ejercicio de sus funciones, entre otras, contraten con personas con las cuales tengan un vínculo de parentesco, que la norma superior fija hasta el cuarto grado de consanguinidad, en lo que atañe a la institución jurídica del conflicto de interés.

Valga aclarar que el conflicto de intereses nace cuando un servidor público o particular que desempeña una función pública es influenciado en la realización de su trabajo por consideraciones personales, que se origina en todo acto o negociación entre el Estado y un tercero, cuando entre este último y quien realiza o decide dicho acto y/o participa posteriormente en la administración, supervisión o control de los procesos derivados del mismo, existen relaciones de negocio, **parentesco o afectividad, que hagan presumir la falta de independencia o imparcialidad, que fortalece el riesgo** de favorecer directa o indirectamente, indebida e indistintamente a cualquiera de las partes relacionadas.

¹⁶Debe tenerse muy claro que C-124-03



En nuestra normatividad esta figura jurídica creada para servidores públicos, se encuentran regulados en la **Constitución Política**, en la ley y en la reglamentación interna o estatutos de las entidades públicas.

Es deber constitucional que todo servidor público, antes de entrar a ejercer su cargo, prestar el respectivo juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben y tomar posesión del cargo, para que en el caso que más adelante se presente, un conflicto de intereses en el desempeño de sus funciones, se logren tomar las medidas conducentes a prevenir cualquier actuación que implique parcialidad y corrupción, o proceder a sancionar al servidor público cuando incurra en uno de esos actos, sin declararse impedido, como se presume debe actuar, concretando una conducta en detrimento de los principios constitucionales que orientan la función pública.

Encuentra el Despacho, que ese requisito de posesión y juramento se cumplió por parte del doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, el 1º. de abril de 2016 ante el Despacho del Gobernador del Departamento de Norte de Santander, al resultar reelegido mediante Decreto 000165 del 9 de febrero de 2016. (folio 217 vto. del cuaderno principal 1)

La finalidad de la figura jurídica del conflicto de intereses, es garantizar que al momento de adoptarse decisiones por parte de los servidores públicos, o particulares que desempeñen funciones públicas de manera temporal, o los miembros de organismos colegiados, se consulte siempre el bien común, evitando que el interés particular que pueda tenerse sobre determinado aspecto, prevalezca afectando con ello el interés general, como garantía de transparencia en la adopción de decisiones y de los debates que las anteceden.

Es necesario destacar dentro del presente análisis, que el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, también incluyó en el inciso 2 otras prohibiciones en la que se configura conflicto de intereses, relacionadas específicamente con nombramientos, postulaciones como servidores públicos, celebración de los contratos estatales; como también eventos en los que se interviene para postular o designar a personas con quienes se tenga vínculos de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, exceptuando de lo previsto en este artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera, precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Ahora bien, es necesario insistir en este asunto, que de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que establece que las Entidades Estatales que por disposición legal cuenten con régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben aplicar en desarrollo de su actividad contractual, su régimen legal especial, así como los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso, quedando sometidas



al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal.

Razón la anterior, que da vía a la aplicación del Decreto 1876 de 1994, por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado", en cuanto a que éstas constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por Ley, o por las asambleas o concejos".

Conforme con lo preceptuado en el Estatuto Contractual del Hospital Universitario Erasmo Meoz, (Acuerdo 008 del 13 de junio de 2013) su Junta Directiva, decidió en su artículo 23, que en materia de Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, sería el que contemplara el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, el Código Disciplinario Único, las normas aplicables a los miembros de la Juntas Directivas y demás normatividad en concordancia en materia contractual, lo cual compila en el Manual de Contratación, con su respectivo referente normativo.

En el presente asunto, la Empresa Social del Estado – Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, adopta un Manual de Contratación, a través de la Resolución 001236 del 13 de septiembre de 2013 y Resolución 1231 de septiembre de 2014, por la cual se modifica el Manual de Contratación de la citada Institución hospitalaria, que subroga el Manual de Contratación – Resolución No: 739 del 29 de junio de 2007.

Manual de Contratación que conforme con el artículo 114, decide compilar bajo el título de “Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades”, para el manejo contractual del Hospital Universitario, transcribiendo los textos de los artículos 13 de la Ley 1150 de 2007; artículo 8º. de la Ley 80 de 1993; artículos 1, 2, 3, y 4 de la Ley 1474 de 2011; artículos 36, 37, 38, 39 de la ley 734 de 2002; y el artículo **40 de la última ley en mención, que consagra expresamente el Conflicto de Intereses**, como norma que respalda la falta que aquí se le reprocha al doctor JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA.

El artículo 40 de la Ley Disciplinaria, que plantea cuál es el procedimiento a seguir, cuando se presenta un asunto en el que se pueda tener un interés particular directo, por lazos de familiaridad, que resumen en su obligación de declararse impedido.

El reclamo que le hace este Despacho al doctor JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA, como servidor público, al amparo de la norma en cita, es que a pesar de tener claro el vínculo de parentesco con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, y debiendo conocer el procedimiento a seguir, en el Contrato 042 de 2018, suscribe en su condición de Gerente General de la citada Institución Hospitalaria, con la Sociedad SOCIMANOR S.A.S. representada legalmente por el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, la modificación No. 01 el 19 de febrero de 2018, la adición No. 01 el 21 de agosto de 2018 y la aclaración a la adición No. 01. el 23 de agosto de 2018 y el Contrato 018 suscribe con el doctor **JORGE EMILIO PARRA MONTOYA**, como persona natural, la adición No. 01 el 30 de agosto de 2018.



Como lo señaló este Despacho en el auto de imputación al disciplinado, lo que pretende ésta normativa, es evitar el dominio de los pasiones familiares en el decurso de la contratación estatal, revistiendo de transparencia, moralidad, responsabilidad y credibilidad la función contractual de las entidades públicas y bloquear los sentimientos naturales y obvios que toda persona tiene de favorecer sus propios intereses o solidarizarse con las personas que forman parte de su núcleo familiar, lo que no puede aceptar la gestión de los asuntos públicos, donde debe prevalecer el interés general sobre el particular, además de todo, para evitar suspicacias y situaciones como la que hoy se debate.

No obstante lo anterior, el aquí disciplinado, pretendió obviar los presupuestos de la norma, frente al hecho que los pluricitados contratos fueron suscritos el 1 de enero de 2018, bajo la regencia del Hospital por parte de la doctora SORAYA TATIANA CACERES SANTOS, quien se encontraba en encargo, olvidando que las adiciones y modificaciones, también hacen parte de la entapa contractual y de la cual depende la ejecución del contrato.

El comportamiento reprochado al doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, a título de presunción en el auto de citación a audiencia, no encontró justificación en tanto participó en el decurso de la ejecución contractual de los Contratos 042 y 018 de 2018, suscribiendo modificaciones y adiciones, no obstante conocía y sabía que le unía un vínculo de parentesco con el contratista, que conforme con las preceptivas señaladas su deber era declararse impedido, para permitir que otros participaran del contrato de prestación de servicios asistenciales que ofrecía el ente hospitalario.

Esta configuración normativa, claramente cuyo propósito es consultar siempre el bien común, evitando que el interés particular que se pudiese tener sobre la suscripción de dichas modificación o adiciones a los Contratos 042 y 018 de 2018, suscritos con su familiar, reprochados al doctor RAMÍREZ MONTOYA, al no declararse impedido inmediatamente, como era su deber como servidor público, constituye claramente una desatención al Estatuto Disciplinario, al actuar a pesar de la existencia del conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales señaladas.

Lo anterior se encuentra en contravía con los principios de la función administrativa de la cual se predica que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en principios constitucionales, en particular para el caso concreto, referentes a la moralidad, responsabilidad y transparencia, debiendo ser interpretados y aplicados por todas las autoridades que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos.

En tal virtud el comportamiento desplegado por el doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, va en contravía con el principio de moralidad, en tanto que como tal, con el simple hecho de posesionarse del cargo que ostenta, se comprometió a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que los servidores públicos se encuentran al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los



artículos superiores 122 numeral 2 y 123 numeral 3, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores.

“La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (arts. 83, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 291, 292 C.P.), (...)”¹⁷

Al doctor JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA, le correspondía vigilar como representante legal de la entidad estatal, la ejecución de los contratos suscritos en el año 2018 con el doctor JORGE ELIECER PARRA MONTOYA, como persona natural y como representante legal de la Sociedad SOCIMANOR S.A.S., y responder por la suscripción de las modificaciones y adiciones realizadas sobre los contratos principales, cuando se percata que es parte del pacto contractual su primo, aun cuando no hubiese sido él como Gerente quien firmará los contratos primigenios.

Pero también sea el momento de recordar, que los jefes y representantes legales de las entidades estatales, en ningún momento se encuentran exentos por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, en virtud del artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, que prescribe:

“**Artículo 21.** De la delegación y la desconcentración para contratar. El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, tendrá un inciso 2° y un párrafo del siguiente tenor:

(...)

“En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. (...)”

Se reitera entonces, que la presunta comisión del comportamiento aquí cuestionado como irregular, pudo haber transgredido el **principio de moralidad**¹⁸,

¹⁷ **Sentencia C-826/13** del 13 de noviembre de 2013, de la Sala Plena de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

¹⁸ Acorde con la sentencia C-823 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, Magistrado ponente: doctor, se recuerda lo siguiente sobre este principio:

3.3 Acerca del **principio de moralidad** en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que *“los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones



según el cual los servidores públicos están obligados a velar por el ejercicio de la función pública encomendada con sujeción a lo establecido en la Constitución Política y la Ley. Lo anterior, por cuanto como servidor público el doctor JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA, estaba obligado a actuar con rectitud, lealtad y honestidad, en virtud de su investidura como Gerente de una Empresa Social del Estado, hacia la consecución de los fines del Estado, no permitiendo el favorecimiento, entre otras, a través de la contratación de su familiar, en detrimento de la prevalencia del interés general y de las finalidades intrínsecas de las normas que procuran el logro de los objetivos y cometidos estatales.

De otra parte el Gerente de la Empresa Social del Estado – Hospital Universitario Erasmo Meoz, bajo el entendido del principio de responsabilidad, está en la obligación de asumir las consecuencias por su omisión al no declararse impedido ante la situación presentada, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos que consagran el impedimento para contratar con un pariente que se encuentra en cuarto grado de consanguinidad

Las atribuciones conferidas al servidor público. están diseñadas por el ordenamiento jurídico para garantizar que la entidad descentralizada del orden departamental, tenga la oportunidad de actuar con **responsabilidad**, y al detectar un extravío de la norma asuma las consecuencias.

Es menester insistir que el texto disciplinario del conflicto de intereses contiene elementos claros y precisos que encajan en el presente asunto.

El artículo 40 disciplinario, recuerda que esta institución señala que todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. En el presente asunto, como se refirió el auto de cargos, el destinatario de conflicto de intereses que se le endilga es el doctor JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA, ostenta la calidad de servidor público, como cabeza visible de una entidad descentralizada territorialmente, como es la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Erasmo Meoz.

Igualmente dentro del supuesto objetivo, quedó establecido irrefutablemente el grado de consanguinidad en cuarto grado que tiene el disciplinado con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, con quien pese a existir familiaridad participó dentro de la ejecución de los Contratos 018 y 042 de 2018, adicionándolos y modificándolos, a sabiendas que el contratista era su primo, lo que eso si supone,

están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2^[10], de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores^[11] [...] (Subrayas de esta Delegada).

De otra parte, esta Delegada advierte que el principio de moralidad se ha definido en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos: “[...] 5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas”.



un interés particular y directo, dado el lazo de consanguinidad existente, ante los ojos implacables de la opinión pública.

En cuanto al tercer elemento, el asunto específico, que refiere la existencia de los pactos contractuales citados dentro de la etapa contractual y en vía de ejecución, momento en el cual se suscriben las modificaciones y adiciones a los Contratos 042 y 018 de 2018, se ven cumplidos los elementos que configuran el conflicto de intereses, inmerso en violación de la norma constitucional y en la infracción consagrada.

De otra parte y de acuerdo con el principio de transparencia, lo reprochable al disciplinado, es haber suscrito tales adiciones y modificación con un pariente, en tanto que supone una orientación a favorecerlo, en contravía con el interés general que conllevan las actuaciones administrativas, e influenciado en la realización de su trabajo por consideraciones personales.

El conflicto de intereses es una institución de transparencia, que se produce en todo acto o negociación entre el Estado y un tercero, cuando entre este último y quien realiza o decide dicho acto y/o participa posteriormente en la administración, supervisión o control de los procesos derivados del mismo, existen relaciones de negocio, parentesco o afectividad, que hagan presumir la falta de independencia o imparcialidad, todo lo cual potencia la posibilidad de beneficiar directa o indirectamente, indebida e indistintamente a cualquiera de las partes relacionadas, colisionando el interés personal de quien ejerce una función pública con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña.

Principios los anteriores que se reproducen en la ley 80 de 1993, cuando recuerda en el artículo 23, que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de **transparencia**, **economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa**. **Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.**

Ahora bien, la norma disciplinaria, dispone en su texto, entre otras, que cuando un servidor público le asista un interés particular, en la gestión de un asunto a su cargo, que es el evento destacado en la pieza inculpatoria, es un imperativo el declararse impedido, advirtiéndose que si no lo hace puede infringir la norma disciplinaria.

Concepto este de gestionar que como se destacó en el auto de citación a audiencia se define como el acto de hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera, de lo que se colige que la norma prohíbe al servidor público ocuparse de actividades encaminadas a hacer realidad un asunto del que había conocido, directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros, hasta el momento de asumir el cargo, debiéndose entender que dicha prohibición involucra no sólo a la persona natural en particular, quien pudo actuar directamente o a través de apoderado o asesor, sino también al representante legal de una entidad o agremiación que hubiese intervenido en



representación de terceros - los asociados - y cuya actividad llegue a desarrollarse directa o indirectamente por apoderado o asesor.

La actuación desplegada por el disciplinado, a pesar de la existencia de conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales, desconoce el régimen disciplinario, bajo el análisis de los preceptos evaluados y por tanto ha de concluirse que la falta que se cuestiona es típica.

4.3. Ilícitud sustancial. (Artículo 5 de la ley 734 de 2.002)

El régimen disciplinario se caracteriza por ser un contexto normativo contentivo de prohibiciones, obligaciones, mandatos y deberes que direccionan, dirigen o regulan el comportamiento y actuar del servidor público o particular que ejerce funciones públicas, y sobre los cuales se predica la responsabilidad disciplinaria ya por el olvido, incumplimiento o desconocimiento lo cual conlleva la respuesta represiva del Estado en aras de proteger la adecuada marcha de la Administración pública, de manera tal que se sancione cualquier omisión o extralimitación ya por dolo, descuido, negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglamentos (Culpa).

La administración pública se materializa con el ejercicio de una función para el cumplimiento de los fines del Estado, es por tanto que el incumplimiento de ese deber funcional determina la antijuricidad de las conductas consideradas como tipo disciplinario por la ley disciplinaria y que atenta contra el buen funcionamiento del Estado.

Tema sobre el cual ha sido posición de la **Procuraduría General de la Nación**¹⁹, que la ilícitud sustancial se presenta cuando hay un quebrantamiento del deber de sujeción que ata al destinatario de la ley disciplinaria con el Estado, lo que significa que el comportamiento antijurídico, por acción, omisión o comisión, quebranta el deber funcional a cargo del sujeto pasivo de la acción disciplinaria, independientemente de la lesividad o daño de derechos, bienes o intereses jurídicos.

El doctor Edgardo José Maya Villazón, ex Procurador General de la Nación y como Jefe del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de «impartir directrices generales de interpretación de las normas disciplinarias para que estas sean leídas y aplicadas en un mismo sentido por los distintos procuradores delegados»²⁰, en el editorial de la publicación Procurando número 043 de abril de 2006, sentó como parámetro pedagógico sobre la ilícitud sustancial a raíz de la sentencia C-818 de 2005, lo siguiente: *“El derecho disciplinario no impone el deber por el deber, tampoco reprocha la afectación material o la puesta en peligro de un bien jurídico, sino que sanciona aquellas conductas que examinadas en el contexto de su realización, impliquen la afectación sustancial de los deberes”*.

¹⁹ Procurando N° 43. Año 2006.

²⁰ T-1093-04.



La ilicitud sustancial se refiere al desconocimiento de los presupuestos de una correcta administración pública que no son diferentes a la diligencia, el cuidado y la corrección en el cometido de la función pública, que aseguran en cumplimiento del deber funcional dentro de un contenido político funcional. Por tanto es antijurídico el comportamiento cuando existe una contradicción entre el hecho y la norma, entre la conducta del sujeto y el mandato que compone el precepto.

Necesario resulta recordar, que en el asunto de análisis el doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, en su condición de Gerente de la Empresa Social del Estado - Hospital Universitario Erasmo Meoz del Municipio de Cúcuta, presuntamente actuó en la etapa contractual de los Contratos Nos. 042 y 018 suscritos el 1º. de enero de 2018, por la doctora SORAYA TATIANA CACERES SANTOS, quien para la época se desempeñaba como Gerente Encargada de la Empresa Social del Estado – Hospital Universitario Erasmo Meoz.

Recuerda que el Contrato 042 de 2018, el doctor RAMÍREZ MONTOYA, suscribe en su condición de Gerente General de la citada Institución Hospitalaria, con la Sociedad SOCIMANOR S.A.S. representada legalmente por el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, la modificación No. 01 el 19 de febrero de 2018, la adición No. 01 el 21 de agosto de 2018 y la aclaración a la adición No. 01. el 23 de agosto de 2018.

Que al Contrato 018 el mismo funcionario suscribe el con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, como persona natural, la adición No. 01 el 30 de agosto de 2018.

Que lo antes señalado configura un conflicto de intereses de conformidad con el artículo 126 de la Constitución Política, al existir un vínculo de consanguinidad en cuarto grado entre el doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA y el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA.

Y finalmente que conforme con las normativas que sustentan el cargo imputado, debió el doctor RAMIREZ MONTOYA declararse impedido.

Se encuentra probado en el plenario que durante la vacancia temporal del Gerente General de la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz, doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, mediante Resolución No. 01353 del 27 de diciembre de 2017, el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, encargó de las funciones de la Gerencia del citado Hospital, a la doctora SORAYA TATIANA CACERES, quien ocupa el cargo de Asesora de Planeación de la misma Entidad, por el lapso comprendido **entre el 26 diciembre de 2017 y el 1 de enero de 2018 inclusive**, durante el disfrute de vacaciones del titular, fecha esta última en la que se suscribieron los Contratos Nos. 018 y 042, de un lado, con el doctor **JORGE EMILIO PARRA MONTOYA**, como persona natural y como representante legal de la Sociedad por Acciones Simplificada SOCIMANOR, S.A.S, respectivamente.

No tiene controversia alguna, el vínculo que une a los doctores JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA y JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, en tanto sus madres



son hermanas, de conformidad con los Registros de nacimiento y Bautizo allegados al plenario.

Como tampoco la tiene la suscripción de la adición 01 al Contrato 018 de 2018, y la modificación 01, adición 01 y aclaración de la adición 01, al Contrato 042 de 2018, fueron suscritas por el doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, conforme con los documentos obrantes en el disciplinario.

Teniendo clara la definición de conflicto de intereses traídos en el pliego inculpatorio, que se resume en el hecho que surge cuando un servidor público o particular que desempeña una función pública es influenciado en la realización de su trabajo por consideraciones personales, que se presenta cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña, es momento de plantear los argumentos de la defensa, que se concretan en los siguientes apartes:

En cuanto a la actuación del doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, señaló que la ESE HUEM, presta servicios de salud eficiente y eficaz, manteniendo la rentabilidad social y financiera de la misma.

Igualmente pone de presente las calidades del doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, para indicar que es un reconocido cirujano plástico que ha venido prestando sus servicios profesionales al hospital desde 1998 a 2000 como servidor público y posteriormente como contratista del año 2001 al 2003 y del 2009 al 2018, para concluir que queda desvirtuado cualquier interés personal del gerente para favorecer a JORGE EMILIO PARRA MONTOYA.

Expresó la defensa, que debe encontrarse probado al proceso en qué consistió el beneficio entre las partes y manifestó que en el presente caso queda desvirtuado cualquier interés económico, en tanto que se estableció que el contrato se pagaría por evento realizado a la tarifa establecida en el manual tarifario, Decreto 2426 de 2006 (tarifas SOAT menos el 40% actualizado 2017).

Recordó la defensa que la intervención del señor gerente respecto al contrato número 018 de 2018 es adicionar el plazo y en el contrato número 42 es adicionar el valor, situaciones que en su sentir se dan dentro de los parámetros legales establecidos. Sustenta lo anterior con la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Consejera Ponente MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, 24 de agosto de 2005, radicación 25000-23-26-000-2003-02458-01(AP), sobre los requisitos sobre los que se configura el conflicto de intereses, señalando que para que configure 1) debe existir un interés en el servidor público respecto del trámite, gestión o decisión a adoptar, de carácter particular que comporte por tanto alguna clase de beneficio sea económico o personal para el agente público; 2) que se trate de un interés directo del funcionario e indirecto cuando éste sea detentado por su cónyuge o compañera permanente o de sus parientes dentro del 4º grado de consanguinidad etc.; 3) que ese interés particular entre en contraposición con el interés general de la función pública. Y esos elementos no se configuran en el caso bajo juicio, por las razones anteriormente expuestas.



Respecto a la aplicación del artículo 126 de la Constitución Política, como la norma que sustenta el cargo, modificado por el artículo segundo de la acto legislativo 02 de 2015, manifestó que es un precepto que debe ser interpretado sistemáticamente y no de manera aislada y descontextualiza, por cuanto no se aplica en el caso examinado, evidenciando un primer grave error de la adecuación típica, debido a que se encuadra la presunta inhabilidad de SOCIMANOR SAS, dentro de la prohibición estipulada en el acto legislativo número 02 de 2015 referida a la contratación de los servidores públicos, con personas con las cuales tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, siendo claro, para la defensa, que no es factible predicar parentesco de consanguinidad con las personas jurídicas, por cuanto dicho vínculo sólo se establece por razones obvias con las personas naturales.

Expresó, que sólo en el supuesto que su representado hubiese suscrito los contratos de prestación de servicios 018 y 042, no se vulneraría el artículo 126 del ordenamiento superior por cuanto dicha norma se refiere a la potestad nominadora mediante la cual se vincula en servidores públicos en planta de personal de dos formas legal y reglamentaria para quienes detentan la calidad de empleados públicos (acto administrativo de nombramiento y posición en el cargo); y contrato de trabajo, para quienes detentan la calidad de trabajadores oficiales.

Indicó que las inhabilidades para el ejercicio de las facultades de contratación estatal totalmente diferentes a las mencionadas en el artículo 126 y por ende, las aplicables al contrato de prestación de servicios profesionales en cuestión, corresponden a las contenidas en el artículo 8º. de la ley 80 de 1993, por remisión expresa del artículo 13 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 54 del Código Disciplinario Único, concordante con el artículo 16 del decreto 128 de 1976. Por lo que en consecuencia la conducta no se encuadra típicamente la prohibición constitucional.

Sostuvo la defensa que el gerente no ejerció la potestad nominadora consagrada en el artículo 126 constitucional, dado que no nombró ni celebró contrato de trabajo con el médico JORGE EMILIO PARRA MONTROYA, porque no hubo relación legal y reglamentaria como tampoco contractual para vincularlo como servidor público.

Reiteró que se celebró por otro funcionario y que se adiciona por él, un contrato de prestación de servicios en materia de inhabilidades por el Estatuto General de Contratación Pública - artículo 8º. de la ley 80 de 1993, norma que restringe el parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad y el contratista tiene vínculo en el cuarto grado de consanguinidad, razones que manifestó, son suficientes para no tipificarse inhabilidades referente a la contratación estatal - contrato de prestación de servicios.

Indicó que la vinculación contractual de los trabajadores oficiales difiere sustancialmente del contrato de prestación de servicios; el primero restringido por el Código Sustantivo del Trabajo y en consecuencia por el artículo 126 constitucional; el último por la ley 80 de 1993 y su reglamentación, por lo que anotó, que en razón de ellos se esboza el marco jurídico pertinente.



Hizo alusión a los artículos 5 y 6 del Decreto 3135 de 1968 y artículo 292 del Decreto 1336 de 1986, sobre las personas que prestan sus servicios como empleados públicos y trabajadores oficiales.

Citó igualmente el texto del artículo 195, que supone este despacho que se refiere al artículo 195 de la ley 100 de 1993, para indicar que conforme a la naturaleza jurídica del hospital se aplican los tres tipos de vinculación: legal y reglamentaria, contrato de trabajo y contratos de prestación de servicios.

Igualmente recordó el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en cuanto a que este plantea dos tipos de servidores públicos para la Empresas Sociales del Estado, que anotó, son a los que se refiere el artículo 126 de la Constitución Política, respecto a lo cual mencionó los pronunciamientos de las altas cortes y conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Citó la defensa al Consejo de Estado, en el sentido de la aclaración de las clases de vinculación de las entidades públicas; la laboral (legal y reglamentaria y contrato de trabajo) y la Contratación Estatal, dentro de la cual se encuentra, reitera, los contratos de prestación de servicios con las entidades públicas, las cuales tienen sus propios elementos.

Anotó igualmente la defensa al CONSEJO DE ESTADO - SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejera Ponente: ROCIO ARAÚJO OÑATE 7 de septiembre de 2016, Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU) Actor: RODRIGO UPRIMNY YEPES Y OTROS. REFERENCIA: Demanda contra el acto de reelección de Alejandro Ordóñez Maldonado, Procurador General de la Nación. Expedientes acumulados núms. 11001-03-28-000-2013-00011-00, 11001-03-28-000-2013-00012-00, 11001-03-28-000-2013-00008-00, en cuanto a la "PROHIBICION INHABILITANTE DEL ARTÍCULO 126 CONSTITUCIONAL – Alcance / SERVIDORES PUBLICOS y del Departamento Administrativo de la Función Pública cita el Concepto 234561 de 2016. Radicación No.: 20166000234561, Fecha: 03/11/2016 02:12:28. Sobre INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para contratar a parientes de un Secretario de Despacho Municipal. RAD.: 20169000256882 del 23 de septiembre de 2016.

Trajo también apartes del Concepto 217331 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública - Radicado No.: 20166000217331 Fecha: 10/10/2016, sobre INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. "Inhabilidad suscribir simultáneamente contrato beca-pasantía programa Jóvenes Investigadores de Colciencias, y un contrato de prestación de servicios con la misma entidad. RAD.: 20169000232232 del 30/08/2016", que referencia al Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Mayo 10 de 2001, Radicación No. 1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, respecto a la vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales.

Señaló la defensa, que el acto legislativo No. 02 de 2015, nunca ha pretendido modificar el régimen de inhabilidades para celebrar contratos de prestación de servicios; que la reforma constitucional se limita al ejercicio de la potestad



nominadora para la vinculación de servidores públicos en forma legal y reglamentaria, así como mediante contrato de trabajo; se circunscribe al acceso a cargos públicos (empleados y trabajadores oficiales).

Sobre el análisis y conclusiones del cargo frente a las conductas imputadas como falta disciplinaria, expresó la defensa, que analizados los elementos constitutivos del conflicto de intereses y en el artículo 126 de la Constitución Política, acorde con los fundamentos legales en jurisprudenciales expuestos, manifestó que no resulta válido predicar que se incurre en conflicto de intereses, cuando lo que se pretende tipificar con la actuación del investigado es una presunta inhabilidad; que aceptar los argumentos expuestos por el despacho, sobre la existencia del conflicto de intereses, por encontrarse el contratista en cuarto grado de consanguinidad con el gerente, cuando no se trató de una vinculación de carácter laboral, es llegar a la absurda conclusión, que cualquier funcionario público puede utilizar la figura del conflicto de intereses y declararse impedido para que por intermedio de un tercero, accedan a la administración que él preside, todos sus parientes señalados en la norma, ya sea como empleado público y trabajadores oficiales.

Expuso que en el caso de estudio, se tiene que el contrato No. 042 de 2019 (sic), se circunscribe con una persona jurídica denominada SOCIMANOR de la cual no puede predicarse ningún tipo de parentesco con el señor gerente.

Sostuvo que por tratarse de un contrato de prestación de servicios asistenciales, el régimen de inhabilidad sin duda alguna es el previsto en el artículo 8º. de la Ley 80 de 1993, de conformidad con la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional. Sentencias C-147 de 1998 y T-282 de 2006), el cual es de aplicación restrictiva, ya que comporta una excepción a la regla general de libertad. (Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios - Concepto número 070 de 2011), por lo que agrega, que entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita los derechos de las personas. (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sentencia del 10 de febrero de 2011. - Radicación 630012331000199704685 01 - Consejero Ponente: doctor HERNANDO ANDRADE RINCÓN) Por tanto concluyó, que con los argumentos expuestos quedan desvirtuados el cargo formulado como falta disciplinaria.

Respecto a las normas presuntamente violadas y conceptos de violación, señaló que se le imputa al disciplinado, que con su comportamiento desplegado, pudo haber infringido la Constitución Política – Acto Legislativo No. 2 de 2015, artículo 2º. Modificatorio del artículo 126), respecto a la cual señaló que es norma que ninguna aplicación tiene frente a los hechos materia investigación; que se está frente a unos contratos de Prestación de Servicios Asistenciales, suscrito y ejecutado, acorde con la normatividad vigente en materia de inhabilidades, artículo 8º. de la Ley 80 de 1993, numeral 2º. inciso b)

Enunció que existiendo una norma específica sobre inhabilidades en materia contractual, no se puede imputar el cargo disciplinario, aduciendo la prelación de la norma constitucional, en virtud de la ordenación jerárquica o escalonada de las normas jurídicas, para lo cual citó a la Corte Constitucional en sentencia C-633 de



1996, para aclarar la diferencia entre la ley estatutaria y el estatuto y así concluir que existiendo una ley especial en materia de contratación pública, aplicable a las Empresas Sociales del Estado.

Manifestó que en ningún momento se ha vulnerado norma de carácter constitucional, debido a que la citada como infringida no resulta aplicable la actuación que se reprocha cómo falta disciplinaria. Por cuanto en su actuar como gerente, éste ha cumplido a cabalidad, buscando el mejor precio, prestación de los servicios y protegiendo los intereses generales de la comunidad que reciben los servicios de salud, y que no se encuentra probado al proceso, ni existe el menor indicio de que su actuación haya contrariado el principio constitucional.

Sobre el Manual de Contratación - Resolución 001236 del 13 de diciembre de 2013 y Resolución 001231 de septiembre 2014, que modifica el Manual de Contratación de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta artículo 114, expresó, que del contenido de esta norma, no se infiere que la misma contenga una función expresa frente a las que le corresponde cumplir el Gerente de la ESE HUEM, en concordancia con lo previsto en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002, artículos 23, 27, que exige para tipificar la falta disciplinaria, señalar en forma expresa el incumplimiento de los deberes funcionales del cargo ya sea por acción u omisión, pues se refiere expresamente a una compilación de normas sobre el régimen de inhabilidades incompatibilidades, mas no a un deber funcional del investigado.

Reiteró que se omite señalar la conducta funcional que presuntamente infringió el investigado, pretendiendo subsanar esta omisión afirmando que la misma se da al disponer compilar para el manejo contractual lo previsto el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, cuando en materia de inhabilidades existe una normatividad específica aplicar y es a partir de ella que puede imputarse la falta disciplinaria por incumplimiento de las funciones del investigado.

Sobre el principio ilicitud sustancial indicó que impone que la conducta sólo sea antijurídica cuando afecta el deber funcional sin justificación alguna y luego de señalar los componentes, y se apoya en la cita de la Corte Constitucional, en Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, MP ALVARO TAFUR GALVIS, sobre el incumplimiento de dicho deber funcional.

Reiteró la defensa, que en los cargos formulados, no se ha indicado ninguna referencia a las normas funcionales de su poderdante, en su sentir, la esencia medular de poder sancionador disciplinario del Estado, se difumina, como consecuencia de la no aparición en escena de la llamada relaciones especiales de sujeción, aunada a que se adopta como soporte exclusivo del reproche, el contenido en el artículo 126 constitucional, el cual no tiene ninguna relación con la suscripción de los contratos estatales.

Cuestionó en consecuencia el deber funcional deshonrado por el doctor JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA, en su condición de Gerente de la HUEM, que considera la defensa de vital importancia porque se convierte en el eje central de la defensa y que en su sentir, no tienen como estructurar, por la inexistencia de las normas funcionales aparentemente desatendidas.



Respecto al artículo 40 de la Ley 734 de 2002, refirió que respecto a las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, tienen cada una sus propias características, por lo que la defensa considera que no es aceptable, que ante la inexistencia de la causal de inhabilidad, figura que considera debió aplicarse en el presente asunto, por tratarse de suscripción de contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, se aplique el conflicto de intereses, por tanto señaló, que al ser inhabilidades taxativas y expresas no se puede acudir a la figura de conflicto de intereses para llevarlas al cuarto grado de consanguinidad, existiendo que la Ley 80 de 1993, artículo 8°. numeral segundo literal b).

Citó la Ley 489 de 1998 artículo 3 y la Ley 437 de 2011, artículo, para concluir la defensa que estando acreditado que la actuación del disciplinario, no incurrió en conflicto de intereses, por no ser aplicable al caso de estudio el artículos 216 de la Constitución, mal podría haber violado los principios que rigen la función administrativa y respecto a los textos de los artículos 23, 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, al citar estas normativas, se está aceptando que el procedimiento de contratación pública está regido por esta Ley, por lo que consideró inaceptable aducir la jerarquía normativa para acudir a la Constitución Política y tipificar una inhabilidad inexistente en materia de contratos de prestación de servicios profesionales.

Tampoco aceptó la aplicación del artículo 48 numeral 17 de la Ley 734 de 2002, y señaló ninguna aplicación tiene frente al caso concreto que se investiga, en tanto que esta norma está dirigida al funcionario que no obstante conocer la existencia de la inhabilidad, incompatibilidad, conflicto de intereses actúa y omite tal declaración. Lo anterior lo fundamenta en lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-391 de 2002.

Señaló la defensa del servidor público JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA, que la potestad disciplinaria del Estado jurisprudencial y doctrinalmente, se fundamenta en la categoría de las relaciones especiales de sujeción, que remite el ejercicio de esta facultad investigativa y sancionadora a la comprobación y determinación de la omisión de extralimitación por parte del servidor público investigado de sus deberes funcionales, en el entendido que estos son los que generan la vinculación laboral especial en la medida en que le son impuestas constitucional o legalmente, y que en desarrollo de esta premisa se encuentra determinado constitucionalmente en los artículos 6, 122, 123 y 124 superiores, cánones que claramente determinan la adscripción de deberes funcionales a los empleos públicos con la indicación de la debida observancia por parte de sus titulares. Para fundamentar lo anterior, citó a la Corte Constitucional en sentencia C-796 de 2004, MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

Destacó la defensa que la responsabilidad disciplinaria se sustenta sobre tres principios fundamentales; legalidad, ilicitud sustancial y culpabilidad.

Manifestó que en el presente caso, se reprocha la supuesta transgresión al artículo 48 numeral 17 por actuar a pesar de la existencia del conflicto de intereses, pero advierte que no se presentan normas funcionales que concreten el



mismo; que no existe en el cargo un ejercicio de aplicación con las normas que adscriben los deberes funcionales de su representado en su condición de Gerente de la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta; realidad que anotó, hace evidente el desconocimiento del principio de legalidad en la presente actuación disciplinaria, para demostrar lo anterior cita lo expuesto por el Procurador FERNANDO CARRILLO FLORES, quien el pasado mes de marzo de 2019, conceptuó ante la Corte Constitucional dentro del expediente D-13023, sobre el tema de los 3 elementos esenciales para la configuración de la responsabilidad disciplinaria: i) la comisión de una conducta sancionable; ii) la ilicitud sustancial y iii) la culpabilidad y que para incurrir en una falta disciplinaria, el funcionario público debe incumplir, omitir o extralimitar funciones, aspecto que considera dejó de lado este despacho.

Indicó que aunado a lo anterior, el despacho tomó como soporte casi que exclusivo en las disposiciones contenidas en el parágrafo primero del artículo 126 constitucional, que en su sentir, reitera, no aplica a la conducta desplegada por su representado, por lo que concluye que ante un comportamiento totalmente atípico, toda vez que el soporte utilizado por el despacho para estructurar el reproche disciplinario, no subsume el comportamiento desarrollado por su prohijado.

Argumentó la defensa como eximente de responsabilidad disciplinaria, en caso de no aceptarse los argumentos expuestos, la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria, causal contenida en el artículo 28 numeral 6 de la ley 734 de 2002, con base en la condición de médico pediatra del señor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, muy reconocido, con especialidad en pediatría, con amplia trayectoria, sin antecedentes disciplinarios, fiscales o penales, apegado al cumplimiento de las normas vigentes, por lo que dado su desconocimiento de la aplicación de normas y específicamente en materia contractual, desde el año 2013, cuando asume la gerencia del hospital, consultó a la asesora jurídica del hospital, doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS, experta en derecho administrativo, sobre la existencia de posible inhabilidad o incompatibilidad para que el doctor PARRA MONTOYA continuara vinculando en la modalidad de contrato de prestación de servicios asistenciales, quien siempre ha manifestado que la inhabilidad para contratar según lo expuesto el artículo 8 numeral 2 inciso b), se extendía hasta el segundo grado de consanguinidad.

Sostuvo que el 25 de noviembre de 2016, la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS expide concepto jurídico sobre inhabilidades e incompatibilidades de los contratos de prestación de servicios, dirigido a JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, el cual fundamenta en pronunciamientos de las altas cortes y conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien hace referencia a que la modificación constitucional por medio de la cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional, contempla inhabilidad para contratos de trabajo hasta el cuarto grado de consanguinidad de los servidores públicos que tengan dicha función; en tratándose de contratos de prestación de servicios continúa aplicándose el artículo 8º. de la Ley 80 de 1993, que extiende las inhabilidades hasta el segundo grado de consanguinidad .



Afirmó la defensa que según acta de reunión de Junta Directiva Ordinaria de la ESE HUEM del 26 de octubre de 2018, la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS refiriéndose a lo preceptuado en el artículo 8º. de la ley 80 de 1993, manifestó que ella personalmente la habría aplicado y el Gerente le habría solicitado concepto previo para cada contratación desde 2013 hasta la fecha, **y que de acuerdo con ese marco normativo profirió concepto, en el sentido que no estaba incurso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades**, por lo que el Gerente carecería de cualquier responsabilidad porque él se sustentó en el concepto jurídico emitido por ella, siendo ella la única persona responsable del evento que tales argumentos no fueran de recibo por el Despacho, por cuanto él es médico pediatra y ella la abogada de ACTISALUD Responsable y experta en el componente jurídico contractual para compra de bienes y servicios del hospital.

La defensa igualmente recuerda que la doctora CARVAJAL CONTRERAS, habría señalado en dicha oportunidad, que ella también fue quien le informó al Gerente que el especialista JORGE EMILIO PARRA MONTTOYA, quien ya venía vinculado a la entidad desde hace muchos años, tampoco estaba inhabilitado; porque según la misma ley, era la que fijaba el segundo grado de consanguinidad.

Señaló la defensa que recientemente la abogada CARVAJAL CONTRERAS, emite otro concepto jurídico del 21 de enero de 2019, donde reitera sus argumentos sobre la inexistencia inhabilidad, manifestando que aunque jurisprudencial y doctrinariamente se ha aclarado el sentido y alcance jurídico del precepto constitucional que se le indica vulnerado, considera relevante precisar que en el caso sub examine no existe discrepancia entre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Estatuto General de Contratación, con el Código Disciplinario Único y mucho menos con el Ordenamiento Superior, como quiera que la situación particular y concreta se circunscribe a inhabilidades para contratar prestación de servicios profesionales consagrada en el artículo 8º. de la Ley 80 de 1993, al cual remite expresamente el C.D.U., norma especial y preferente, por lo que no es factible predicar violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

También acude la defensa al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ (E) en fecha 27 de febrero de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00888-00 (2728-12) frente a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 28 numeral 6 del CDU de la Ley 734 de 2002, en el sentido que para que este para que opere la exención de responsabilidad establecida en el numeral 6 del citado artículo, es obligatorio además de la existencia del error, que este sea invencible, siendo necesario que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico, y adicionalmente, que el error de apreciación no fuera humanamente superable dadas las condiciones personales del procesado y las circunstancias en que éste se realizó, eventos en los cuales, la conducta no es reprochable a título de dolo, porque en el encartado no hay la conciencia de la ilicitud de su acción, sin el cual el fenómeno no se estructura, y que tampoco le puede ser reprochable a título de culpa porque actuó con el cuidado y diligencia para determinar que su conducta no era contraria a la ley.



Agregó la defensa que son elementos estos que se encuentran debidamente acreditados con las pruebas documentales anexas, que son la que evidencian que el investigado, actuó de forma diligente y acudió al profesional idóneo y con pleno conocimiento en materia contractual, quien a través de los conceptos emitidos, lo llevó a la errada convicción que las causales de inhabilidad en materia contractual eran las previstas en el artículo 8º. de la Ley 80 de 1993, situación que no tenía capacidad para entrar a debatir en su condición de médico pediatra.

Sostuvo que es así como la conducta desplegada por el investigado, estuvo exenta de dolo, no actuó con finalidad distinta de cumplir sus funciones de prestar el mejor servicio y menos de dichos contratos de dichos contratos se derivó beneficio para las partes.

La defensa también solicitó nulidad de la presente actuación a partir del auto de fecha mayo 13 de 2019 en los términos previstos en el artículo 143 numeral tercero de la ley 734 de 2002, por la existencia de irregularidades que afectan el debido proceso y que corresponden a la imprecisión en el cargo que se le reprocha el investigado por haber actuado en la ejecución de los contratos 042 y 018 de 2018, por considera que la ejecución del contrato siempre estará cargo del contratista y que la actuación del Gerente se dio previa solicitud debidamente fundamentada de la Subgerencia de Servicios de Salud y el Supervisor del contrato.

Recordó la defensa que las actuaciones reprochadas a su prohijado consiste en el suscribir modificación No. 01 del 19 de febrero de 2018, adición No. 01 del 21 de agosto de 2018 y aclaración a la adición No. 01 del 23 de agosto de 2018 al Contrato 042 del 1 de enero de 2018 y Adición No. 1 del 30 de agosto de 2018 al contrato 018 del 30 de agosto de 2018.

Hizo referencia a que se establece la vulneración de los principios de moralidad responsabilidad y transparencia, sin entrar a analizar lo inane de las conductas desplegadas por el disciplinado RAMÍREZ MONTOYA y sin explicar en debida forma de qué manera se afectaron esos principios con las actuaciones descritas.

Reiteró lo inexplicable que resulta la citación de principios contractuales cuando el reproche se circunscribe a lo estipulado en el numeral 17 del artículo 48 del CDU, disposición que recrimina una actuación a pesar de la existencia del conflicto de intereses, sin hacer referencia alguna a los principios de la contratación estatal.

Insistió sobre cómo se pueden vulnerar los principios de moralidad responsabilidad transparencia, la ampliación del plazo de ejecución de un contrato ya en ejecución, que en concepto de la defensa debieron ser resueltos por el despacho en el análisis de la ilicitud sustancial de la conducta reprochada y no limitarse a describir supuestas vulneraciones que considera evidentemente superfluas.

Continúa la defensa señalando que se detendrá en lo relacionado con la adición número 01 del 21 de agosto de 2018 del contrato 042 del 1 de enero de 2018, suscrito con la sociedad SOCIMANOR SAS.



Sobre el particular consideró la defensa que debe tenerse como punto de partida nuevamente que el supuesto de hecho consagrado en el artículo 126 constitucional ninguna relación tiene con la celebración de contratos estatales, sino únicamente regula aspectos relacionados con la capacidad nominadora del funcionario público.

La defensa trabajó seguidamente, sobre la hipótesis de tomar como aplicables las disposiciones del artículo 126 y señala que esta disposición haría referencia únicamente a la celebración de contratos; actividad de la que dijo la defensa, no participó el doctor Ramirez Montoya, toda vez que para la fecha de la de suscripción de los Contratos, se encontraba de vacaciones fuera del país como lo acredita el Decreto 1335 del 26 de diciembre de 2017, expedido por el señor gobernador del departamento de Norte de Santander.

Por lo que concluyó diciendo, que el investigado en ningún momento participó en la etapa contractual reprochándosele haber actuado en la ejecución de los referidos, cuando la norma que se le imputa violada, artículo 126 CP., en forma expresa determina la acción de contratar, más no ejecutar, por lo que consideró que el cargo formulado resulta ambiguo frente a la norma señalada como vulnerada, y el artículo contemplado como reproche, en el numeral 17 del artículo 48 y por lo que parecería que la Procuraduría pretende como dé lugar enrostrar responsabilidad por actuaciones que no ha desarrollado su prohijado, realidad que evidentemente resulta contradictoria a los principios de legalidad, defensa y debido proceso.

Nuevamente retomó el tema del deber funcional y la ilicitud sustancial, expresando que se le imputa al investigado, omitir funciones contenidas en el manual de contratación, Resolución 1236 del 13 de septiembre de 2013, artículo 114, cuando esta norma dispone compilar normas de carácter nacional quedando allí incluido el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en materia contractual, pero ninguna referencia expresa se hace frente a la función que debía cumplir el señor Gerente y la cual resulta vulnerada, para el efecto cita al Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente WILLIQAM HERNANDEZ GOMEZ, del 24 de enero de 2019, en cuanto a que deben dejar de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen dentro del tipo disciplinario, no tienen una trascendencia tal en la relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general.

Manifestó que no se encuentra acreditado al plenario en qué forma se afectó con las aclaraciones y adiciones descritas en precedencia, la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, situación que hace nugatorio la defensa técnica, en el caso de marras y que permite en su lugar aflorar la duda razonable a favor de su representado.

La intervención de la apoderada doctora LUZ AMPARO GELVEZ REYES, se circunscribió a explicar con sus palabras, lo que quedó consignado en el memorial de descargos presentado.



La intervención del doctor **OSCAR DEL SEÑOR MISERICORDIOSO VERJEL CANAL**, apoderado suplente de la defensa, destacó que el documento que dio inicio a esta investigación, es un informe de auditaje final, que para la defensa no existe, porque quien lo elabora fue designado por el Gobernador WILLIAM VILLAMIZAR LAGUADO, en enero de 2018, quien no cumplía requisitos mínimos para cumplir esa labor, solicita que se pida esos informes de auditaje porque esos tienen unos componentes mínimos, que no se cumplieron, máxime cuando se le está acusando de algo a una persona.

Consideró que en esas condiciones y al no cumplir los requisitos la citada auditoria es irregular el aporte de pruebas. Hizo referencia que en las pruebas aportadas por la defensa aporta el Manual de Control Interno donde está reglamentado como se hace un auditaje que aparezca en un plan anual de auditorías, que reitera no existe.

Insistió en que la persona que se está quejando, se victimizó en redes sociales y pretende enlodar el buen nombre del Gerente del Hospital, quien lleva más de treinta años en su labor, médico pediatra que ganó un concurso, que nunca ha sido cuestionado, como si lo ha sido quien se está quejando.

Un segundo punto lo enmarca en el hecho de la intensión del grupo político al que pertenece el quejoso, que estando en un año electoral, necesita hacerse a los precarios recursos del hospital, que las denuncias interpuestas por la Junta Directiva, ante la Procuraduría y otros órganos estatales, demuestran cómo se han tratado de apropiar de esos recursos.

Destacó la gestión del Gerente del Hospital y los resultados dados por éste.

Señaló que lo que buscan sus opositores, es que se suspenda al Gerente del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta para ellos puedan continuar ellos delinquiendo y que sea destituido a través de estos procesos.

Insistió que el artículo 126 de la Constitución Política es atípica a este caso, que su finalidad era la nominación de cargos y de ninguna manera la contratación estatal, que la prueba aportada por la defensa de la auditoria adelantada por la Contraloría Departamental de Norte de Santander practicada al Hospital, con los procedimientos debidos y respetando el derecho de defensa, concluyen en la inexistencia de Responsabilidad Fiscal, que corrobora que la contratación estatal se llevó a cabo en debida forma y que todos obedecieron a la aplicación del servicio asistencial de alto nivel de complejidad en cirugía de mano, especialmente plástica reconstructiva, no estética, porque en el norte de Santander lo que hay es cirujanos plásticos, pero en plástica reconstructiva generalmente dirigidos sobre pacientes pediátricos, se cuentan con los dedos de las manos.

Señaló que una equivocación por parte de la Contraloría en determinar un presunto hallazgo administrativo sobre las adiciones y modificación de estos contratos aquí mencionados, pero que se aclaró en su momento, en tanto que se decía que se habían contratado a cinco cirujanos plásticos reconstructivos, al confundir un contrato con el otro, siendo en este momento inexistente ese hallazgo.



Pero además dijo que se equivocó la Fiscalía General de la Nación en el Norte de Santander, a través de un Fiscal Especializado, quien asume la denuncia presentada por la misma persona, y que concluye que la tesis de la defensa es la correcta y e que no aplica el artículo 126 de la Constitución Política, previa a llamar al señor Gerente a Indagatoria permitiéndole su defensa.

No entiende entonces como la Procuraduría, si lo aplica cuando no existe ninguna solicitud de modificación del grado de consanguinidad del segundo al cuarto y como se equivoquen casas editoriales y demás.

Planteó en últimas la duda razonable, si es que se persiste en la equivocación.

El abogado suplente de la defensa, doctor **JUAN CARLOS BAUTISTA GUTIÉRREZ**, en términos generales, planteó sobre la potestad disciplinaria del Estado, lo acuñado por el doctor JAIME MEJIA OSSMAN, quien concretó las relaciones especiales de sujeción, entendiéndolo por ello, anota, el fundamento, el soporte sobre las cuales se debe iniciar la labor investigativa y posteriormente la sancionatoria al verificar la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones del servidor público.

Argumentó con base en ello que el examen de tipicidad que debe hacer la Procuraduría, debe fundamentarse de un lado, la adecuación de la conducta del funcionario público en alguno de los tipos disciplinarios que traen los artículos 34, 35 y 48, y de otro lado, considerándolo el más importante, es que dicha actuación tipificada o adecuada a algún tipo corresponda a un deber funcional del servidor público investigado.

Consideró que al mencionar en el auto de citación a audiencia el artículo 126 de la Constitución Política, casi como soporte único, entre otras normas relacionadas, pasa por alto las funciones específicas del cargo del Gerente de la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz, por lo que la relación especial de sujeción, se omitió, que deber del Manual de Funciones se está incumpliendo u omitiendo en este caso, por lo que esa ausencia de la función, se está vilipendiando. Para sustentar lo anterior, citó el Concepto 006638 del doctor FERNANDO CARRILLO FLOREZ, del mes de marzo de 2019, presentado ante la Corte Constitucional, en el que expresó, que el primer elemento para la configuración de una falta disciplinaria, es el incurrir en una conducta de las definidas por el legislador como tales, ya sea por el incumplimiento de un deber funcional, por la omisión o por la extralimitación de funciones.

Indicó en consecuencia, que la función es la columna vertebral para la defensa, y que en este caso no lo tiene el pliego de cargos.

Señaló sobre la culpabilidad calificada en el presente asunto como dolosa, y que estos requiere del conocimiento de los hechos y de la intención de hacerlo y que el presente caso, debe tenerse en cuenta que el doctor RAMIREZ MONTOYA es un médico pediatra y que existe en las pruebas de la defensa aportadas, un concepto de un abogado experto en el tema, que señala que no hay inhabilidad ni



incompatibilidad ni conflicto de intereses para suscribir el contrato, lo que en su sentir, difumina la voluntariedad en la comisión de la conducta.

Argumentos los anteriores que fundamenta la defensa en la Resolución No. 000253 del 21 de febrero de 2013, por la cual se delegan facultades de contratación; en el Acta de reunión de Junta Directiva ordinaria de la ESE HUEM, fecha 26 de octubre de 2018, donde se analiza el tema de las inhabilidades e interviene la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS; en el Concepto emitido por la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS, del 25 de noviembre de 2016; en el Concepto emitido por la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS, del 21 de enero de 2019. Igualmente sustento los argumentos de defensa en el memorial de solicitud de archivo de la investigación penal en contra de JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA. Radicado 2018-809339.; en el Informe Preliminar denuncia D-130.04.0118-044 formulada por el señor CARLOS MARTIN ROJAS CARVAJAL, suscrito por el Contralor Auxiliar Delegado para las Auditorias en los Descargos al informe Preliminar de Contraloría; en el documento por el cual se aprueba el Plan de Gestión del Gerente de la ESE HUEM, en el que se evidencia la grave situación en que se recibe dicha institución; en las evaluaciones ordinarias de la gestión del Gerente de la ESE HUEM, de 2014 a 2019; en el Acta del Comité Evaluador de Control del 12 de octubre de 2018; en el Manual de Procedimiento de Auditoria Interna; en la Copia del oficio dirigido por la asistente de fiscal, informando al señor CARLOS MARTIN ROJAS CARVAJAL, que el pasado 20 de marzo de 2019 ante el Centro de Servicios Judiciales solicitó audiencia de preclusión; en la solicitud de modificación 01 y 02 del Contrato 042 de 2018, adición 01 al mismo contrato, y adición 01 al Contrato 018 de 2018 en el Acta de Gestión septiembre 2017.

Para confirmar los anteriores argumentos, se hace presente la declaración de la doctora **JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS**, quien en resumen señaló que como asesora de la HUEM de Cúcuta, dio todos los conceptos previos sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que le presentó al Gerente, en distintas fechas.

Señaló que ella fue quien profirió conceptos jurídicos en relación con la inexistencia de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses en los hechos que ocupan este proceso.

Manifestó que ella realizó los conceptos en distintas época. En primer lugar señala, que en el año 2013, fecha en la enmarcó y conceptuó en las normas vigentes para la época, lo hizo en esa oportunidad de manera verbal. Posteriormente, anota, lo hace en el año 2016, allegando conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública en los cuales se mantenía el alcance jurídico de inexistencia de inhabilidad que en su criterio planteó.

Expresó que fungiendo como Coordinadora de Adquisición de Bienes y Servicios en cada anualidad a partir del 2013 hasta el 2018 inclusive, viabilizó cada contrato, inclusive los que se citan dentro del plenario, 018 y 042, que suscribió y perfeccionó la Gerente encargada, Ingeniera SORAYA TATIANA CACERES, pero que era ella en cada vigencia era quien los viabilizaba, máxime teniendo en cuenta que por la naturaleza de la entidad, cuya misión es la prestación de servicios



públicos de salud, se debe garantizar la continuidad, no obstante el cierre fiscal y contractual, entonces a partir del 1 de enero se tienen 80 o 90 contratos de prestación de servicios profesionales en la modalidad de contratación directa; igualmente sostuvo que con ocasión a la queja instaurada, en el Comité Interno de Conciliación, intervino y después ante el máximo organismo institucional que es la Junta Directiva, planteó unos conceptos preliminares, teniendo en cuenta que el quejoso y en quien concurre la calidad de asesor de control interno, nunca realizó un proceso de auditaje, sino que trasladó los presuntos hallazgos directamente a los entes de Control y que no se pudo desvirtuar en su momento la oportunidad de presentar descargos, ella presentó los argumentos legales, las razones fácticas y jurídicas ante dichas instancias y adicionalmente manifestó, emitió un concepto jurídico a mayor profundidad, debido a las circunstancias que se estaban presentando y lo aportó a la gerencia, porque esta le solicitó que se pronunciara sobre los hechos, dado que durante los años anteriores, él había sostenido el criterio de la inexistencia de inhabilidad e incompatibilidad y conflicto de intereses.

Afirmó que ella rindió los conceptos siendo asesora externa, inicialmente mediante contrato de prestación de servicios profesionales, posteriormente a través de la agremiación sindical ACTISALUD, en esa condición de particular, profirió los conceptos jurídicos.

Precisó ante el interrogatorio efectuado por la defensa, que dentro del marco jurídico vigente para el 2013, contratada para esa fecha para hacer un proceso de reingeniería en el área de contratación, que involucraba el Estatuto y Manual de Contratación de la Entidad, debido a que por la naturaleza jurídica de la entidad, Empresa Social del Estado, en virtud de la Ley 100 de 1993, artículo 195 numeral 6, se rige por el derecho privado, en concordancia con el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, se establecen unos lineamientos del Ministerio de Salud, para que cada Junta Directiva de cada Empresa Social del Estado, pueda expedir su propio Estatuto y Manual de Contratación, adelantando ese trabajo de actualización y compilando el Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades legales que aplicaría a una ESE, conociendo que estaba exenta del Régimen previsto en el Estatuto General de Contratación, Ley 80 de 1993, pero que por virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, se remite expresamente al Régimen Legal de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses, compilado el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que es el único vigente en materia de contratación; el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, artículo 54 numeral 2 que remite también al artículo 8 de la Ley 80 de 1993; el Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, artículos 1 a 4; Decreto 128 de 1976 artículo 16, que habla de la celebración indebida de contratos, y que en este caso sería para el Gerente y que en este marco normativo que se encontraba vigente la única inhabilidad se extiende hasta el segundo grado de consanguinidad, y nunca se hizo referencia al 4 grado de consanguinidad y que adicionalmente, realizó el estudio de vigencia de dichos preceptos normativos en las páginas web del Sistema Único de Información Normativa, SUIN JURISCOL de Colombia, también en organismos que rigen en materia de contratación, como Colombia Compra Eficiente, en el Departamento Administrativo de la Función Pública, en el Departamento Nacional de Planeación, en páginas que ya tienen su estudio de vigencias desarrollado como la Secretaría del Senado, como la Alcaldía Mayor de Bogotá, en consulta a la norma, inclusive en la Superintendencia de Salud y que en ninguna de ellas



existía ninguna modificación o derogatoria, aún después de haberse proferido el acto legislativo No. 2 de 2015, por lo que inicialmente tiene un marco jurídico que no le refiere nada a extender al 4 grado de consanguinidad, que es la cuestión que se debate en este escenario disciplinario.

Indicó además que cuando se expide el Acto Legislativo 2 de 2015, consulta nuevamente y tampoco hay ninguna modificación, se mantiene vigente, máxime que la Ley 80, afirma, es Ley Estatutaria y el Régimen de Inhabilidades es absolutamente restringido, no se extiende por interpretación analógica.

Señaló también que logró conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el mismo sentido, por lo que se remite a la vinculación de los servidores públicos que también lo desarrolla la Ley 100 de 1993 en el artículo 195 numeral 5, donde se identifica la vinculación legal y reglamentaria que es para los empleados públicos, laboral contractual que es de los trabajadores oficiales y la vinculación mediante la figura de Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, de la cual refiere que es ajena al acceso a cargos públicos y a la función pública y el artículo 126 de la Constitución Política habla de la Función Pública y en todas las interpretaciones anteriores y posteriores a la modificación de la Constitución Política, siempre se ha referido al ejercicio de la potestad nominadora, al acceso a la función pública, y refirió que su concepto se encuadra es en la celebración de contratos de prestación de servicios, cuyo régimen legal solo se ha circunscrito al artículo 8 de la ley 80 de 1983, numeral 1 literal h) cuando hace referencia al Contrato celebrado con la Empresa SOCIMANOR, Contrato 042 de 2018, para el cual manifiesta que no se puede predicar parentesco de consanguinidad con una persona jurídica y que en el caso de la persona natural, el Contrato 018 de 2018, allí se extiende solo hasta el segundo grado de consanguinidad; no es el caso de los primos hermanos que es el caso del Gerente y el Contratista que están en el cuarto grado de consanguinidad y que la interpretación que ha hechos la Función Pública, incluso el SENA, y que no ha habido ninguna modificación de esa norma, es hasta el cuarto grado de consanguinidad, por lo que considera que no existe ni inhabilidad, ni incompatibilidad, ni conflicto de intereses, razón por la cual profiere concepto jurídico favorable, con la plena convicción que no se ha infringido norma alguna y eso es lo que motiva es que el Gerente, perfeccione los Contratos.

Aclaró que los procesos de las etapas contractuales están delegadas y el solamente participa en el perfeccionamiento del Contrato, mas no en la planeación, ni en la Selección y menos en la ejecución, liquidación ni actuaciones posteriores de ninguno de los contratos.

Sostuvo que para este testimonio que debía rendir verificó las mismas páginas, encontrando que no están modificadas y siguen con las mismas anotaciones de vigencias y que se han pronunciado en el año 2019, el Departamento administrativo de la Función Pública, incluso el SENA, con el mismo sentido y alcance jurídico, en el sentido que el artículo 126 se aplica para el ejercicio de la potestad nominadora, no para contratos de prestación de servicios, los que tienen grandes diferencias en su sentir, con el Contrato de Trabajo, que es al que se le aplica la prohibición legal y constitucional.



Señaló que allegaría a esta declaración el Concepto 2408 de 2019, del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente EDGAR GONZALEZ LOPEZ, 12 de marzo de 2019, básicamente en el mismo sentido en el enfoque preponderante a la potestad nominadora que es lo que limita el acceso a los cargos públicos, como quiera que los contratistas no son servidores públicos, sino particulares.

De ese Concepto cita un fragmento que dice:

“(…) En efecto, si la finalidad de las prohibiciones contenidas en el art. 126 de la C.P. es impedir que se repliquen dinastías familiares en los cargos públicos - nepotismo-, así como garantizar la transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos, lo obvio y coherente es que la excepción a estas prohibiciones se oriente a garantizar el acceso al empleo de aquellas personas que deben ingresar o ascender por méritos a un cargo de carrera, aunque su nombramiento le corresponda a un familiar o de un servidor público que, a su vez, fue postulado o designado con su intervención o la de un familiar cercano.

Una interpretación distinta a la expuesta, vale decir, que concluya que la excepción del art. 126 de la C.P., exige a los servidores públicos que acceden a sus cargos en aplicación de las normas de carrera, de las prohibiciones contempladas en la misma norma, llevaría a afirmar que aquellos servidores públicos tienen un fuero especial que les permite ejercer su facultad nominadora sin límites y restricciones y, por lo tanto, pueden incluso nominar o postular libremente a sus familiares en cargos públicos. Esta interpretación, a juicio de la Sala, sería contraria a la finalidad o teleología de la prohibición contenida en el art. 126 Superior y a la coherencia del orden Constitucional.

En este orden de ideas, se concluye que de acuerdo con el contenido finalístico y la coherencia sistemática del art. 126 de la C.P., la excepción contenida en esta disposición está referida a la nominación de las personas que deben ingresar o ascender en un cargo público en aplicación de las normas de carrera, y no a la facultad nominadora de los servidores públicos que acceden a sus cargos por esta modalidad.(…)”

Esto para enfatizar en el principal argumento que plasmó en los conceptos jurídicos que no existe violación al régimen de inhabilidad legales y tampoco del ordenamiento superior, porque se circunscribe a la facultad nominadora.

Expresó que el régimen de inhabilidades es restrictivo y es de origen eminentemente legal y que lo que se hizo en el Estatuto, específicamente en el Manual de Contratación en un acápite especial al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses, fue compilar las normas legales, y que no se expidió ninguno, por cuanto señala que carecen de la competencia legal para ello.

Manifestó que allí se compiló el Código Disciplinario Único, artículo 53 numeral 2º.; artículos 1 a 4 del Estatuto Anticorrupción; artículo 8 de la Ley 80 de 1993; posteriormente a la expedición del Estatuto y Manual de Contratación, a través de la de la Resolución 5185 de 2013, se dieron lineamientos para las Juntas Directivas sobre el manual de contratación, también se estudió el Decreto 126 de



1976, que es propio para los representantes legales y los miembros de las Juntas Directivas y en el artículo 16 señalaba la celebración indebida de contratos hasta el segundo grado, significa que todo ese marco normativo se ha establecido en el segundo grado de consanguinidad.

Expuso toda su formación profesional, su basto recorrido por el sector público especialmente en el área administrativa y de contratación estatal, entre otras.

Indicó que el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, ha estado vinculado con mucha antelación a la administración del doctor RAMIREZ MONTOYA, dice que hace más de 20 años de prestación de servicio. Manifestó que primero fue vinculado dentro de la planta de personal, después como contratista y desde el año 2013 a 2018 que coordinó el grupo de bienes y servicios no se reportó ni por la Contraloría, ni por ningún organismo, ningún hallazgo relacionado con inhabilidades e incompatibilidades.

Afirmó que el mismo asesor de Control Interno, hoy quejoso, doctor CARLOS MARTIN ROJAS, realizó una auditoria para la vigencia 2017, donde se había vinculado también a la entidad y a la persona natural JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, y no planteó ningún hallazgo al respecto y que para el año 2018, que fue una de las intervenciones que hizo en el Comité de Control Interno, ella fue quien planteó las irregularidades porque no hubo proceso auditor, ya que el asesor de Control Interno, pretermiñó todas las etapas del proceso de la auditoria y que lo continua haciendo en muchos de los procesos, porque a ella corresponde contestar los requerimientos de Procuraduría, Contraloría, de Fiscalía, etc., porque él considera que hay presuntas faltas disciplinarias, o hechos punibles y compulsas copias a todos los organismos del Estado; no obstante agregó, él no apertura la auditoria, no presenta informes preliminares y pretermite todas las etapas, no admite que se desvirtúen los presuntos hallazgos y tampoco le garantizó el debido proceso al Gerente en ninguna de esas instancias.

Señaló que ella le planteó las respectivas pruebas a la Oficina de Control Interno e incluso a la Junta Directiva en los cuales señaló, quedó probado que el Asesor de Control Interno, tenía graves inconsistencias en la hoja de vida, donde había señalado que tenía un postgrado en la Universidad de Lomalinda en California, lo que ha afectado mucho la imagen institucional y la de todos los servidores públicos y de quienes han participado del proceso de Contratación, respecto de lo cual dijo a los medios que era un error de digitación y que a partir de eso, se genera una investigación que adelanta el Líder de Talento Humano para verificar los requisitos de las hojas de vida, fue cuando a partir de ello, él empezó a desgastar a la entidad hospitalaria con múltiples derechos de petición, información, tutelas y además conmina a que se le responda con celeridad.

Se dejó constancia en audiencia del recibo del Concepto al cual hizo referencia la declarante y del cual leyó el aparte transcrito.

Por otra parte la doctora **SORAYA TATIANA CACERES SANTOS**, expone sobre las necesidades del servicio, las tarifas acordadas, la causación de pagos y la baja oferta frente la alta demanda de servicios.



Manifestó conocer de los hechos por cuanto fue la persona que suscribió los contratos que se investigan y adicionalmente, por cuanto el Jefe de Control Interno ha ventilado los hechos en el ámbito de Control Interno de Gestión, que en algunos casos ha sido presidente de dicho Comité, en donde se le ha reiterado varias veces el cumplimiento de las normas de auditoria y que sigue incumpliendo.

Señaló que como Subgerente Administrativa encargada actualmente y con anterioridad Secretaria de Planeación, tiene Delegados por Resolución, todo el tema de bienes y servicios los procesos contractuales, el tema administrativo y asistencial.

Manifestó si conocer los vínculos de consanguinidad entre los doctores JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA y JORGE EMILIO PARRA MONTOYA.

La apoderada interrogó a la declarante sobre la situación administrativa del Hospital y como se realiza la contratación de servicios médicos, las tarifas aplicadas a dicha contratación y quien la persona encargada de generar la necesidad de ese servicio, quien manifestó que desde el año 2012, cuando acompañó al doctor JUAN AGUSTIN en el proceso de empalme se identifica que entre muchas variables el hospital tenía un alto riesgo financiero originado, entre muchos factores, por las tasas de negociación que había en la prestación del servicio de salud y por los precios de compra en los elementos o insumos requeridos para el funcionamiento y otra serie de factores que se fueron identificado, también se fueron trabajando con el tiempo.

Expresó que como en el presente caso lo que atañe son los servicios de salud, manifestó que en esa época los contratos de prestación de servicios estaban establecidos a tarifas SOAT.

Indicó que en el sector salud existe un Manual Tarifario para la venta de servicios y el Hospital Erasmo Meoz vende a tarifa SOAT sus servicios y que para la época contrataba los especialistas en tarifa SOAT, es decir al mismo valor que vendía.

Anotó que dentro de las diferentes políticas que el doctor JUAN AGUSTIN inicia en la administración, se encuentra la reducción de esa tarifa, de tal manera que le generara una ganancia o una retribución al hospital.

Agregó entonces, que en la medida que se fueron terminando los contratos que habían quedado firmados por el anterior gerente, se inicia un proceso de negociación a través de la Subgerencia de Salud para disminuir esos valores contractuales, actualmente los valores son SOAT menos 40%, valor este en beneficio del hospital. Agregó, que este es el caso de este contrato, y de todos los otros contratos, por cuanto dentro de las políticas de la Institución había en ese momento alguna disparidad, porque algunos contratos tenían SOAT, otros SOAT mas algo, era muy a criterio de la administración y las políticas actuales son, todos los contratos que son por eventos se manejan a una tarifa unificada de SOAT menos 40.



Aclaró que el proceso contractual en el hospital está por Resolución, delegando en las dos Subgerencias tanto la Administrativa como la Asistencial o de Servicios de Salud, toda la fase precontractual y contractual y de ejecución.

Sostuvo que es su caso, como Subgerente Administrativa, adelanta los procesos precontractuales, cuando son procesos de mínima, menor o de mayor cuantía, y los estudios de mercado. En este caso, anota, que siendo un contrato de prestación de servicios de salud, el Estatuto y Manual de Contratación de la Entidad, lo tiene categorizado como una contratación directa, entonces como subgerentes identifican la necesidad, invitan a las diferentes personas naturales o jurídicas que pueden prestar el servicio de manera verbal o escrita, como tengan a bien las Subgerencias, porque así están establecidas en el Estatuto y en el Manual, agrega, que en consecuencia, se negocia la tarifa, los términos contractuales, se elaboran los estudios de oportunidad y conveniencia y que apoyados por la Oficina de Adquisición, Bienes y Servicios, que es un grupo conformado por esta administración, se hace toda la revisión precontractual con una lista de chequeo para verificar el cumplimiento de cada uno de los requisitos, tanto habilitantes como de ley.

Afirmó que la Oficina de Adquisición, Bienes y Servicios, liderada por un jurídico, antes la doctora Magaly, ahora el doctor Mauricio Pinzón, se encargan de avalar con su firma toda la revisión legal, a través de la Subgerencia Administrativa, se hace la solicitud de disponibilidad presupuestal y el Gerente lo único que hace es firmar la aceptación de la solicitud de disponibilidad presupuestal, y se hace toda la solicitud de CDP, se va a la Oficina de Adquisición de Bienes o Servicios, que es donde se hacen todas las minutas y que dependiendo del tipo de contrato. Señaló que para el caso que nos ocupa hay una minuta contractual, que es firmado por el Gerente o el Gerente encargado, en el caso que no se encuentre el titular y después sigue el trámite a cargo de la Subgerencia, quien tiene la Supervisión de manera directa o se puede delegar a contratistas o a funcionarios públicos.

Expresó que como Gerente encargada fue quien firmó los contratos el 1º de enero de 2018, habiéndose efectuado toda la planeación en el mes de septiembre del año anterior, en octubre se presenta a Junta de la Oficina de Bienes y Servicios, siendo allí ajustado y aprobado en noviembre con el presupuesto.

Hizo referencia a que SOCIMANOR, es una Sociedad Médica, conformada por 4 profesionales, dedicados a cirugía de mano, dos de ellos son ortopedistas, una es ortopedista y especialista en cirugía de mano y el doctor JORGE EMILIO PARRA, que es cirujano plástico, con fellow en cirugía de mano y en microcirugía.

Resaltó que el Hospital Erasmo Meoz, es un hospital de mediana y alta complejidad, es el único hospital público del Departamento de alta complejidad, cubre todo el Departamento de Norte de Santander, lo que significa que le dan la cobertura a los 40 municipios y que los servicios que allí no se prestan, no los presta nadie a la redonda a la población pobre no asegurada o de régimen subsidiado.



Afirmó que en el caso de cirugía de mano solo hay en el Departamento, aparte del doctor PARRA y de la doctora que viaja desde Medellín y que pertenece a SOCIMANOR, solo hay dos cirujanos de mano.

Hizo referencia a que como lo manifestó, hay un tema de tarifas relevante para la contratación. Dijo que estos dos cirujanos de mano, tienen habilitados los servicios como independientes, y aclara que en salud los especialistas pueden venderle los servicios directamente a las EPS, conformándose como una IPS, es decir de persona natural, donde se habilitan sus consultorios y ellos negocian directamente con las EPS las tarifas, muchos de ellos, el que cobra menos tiene una tarifa de \$80.000 pesos y de ahí en adelante hay tarifas de \$200 mil en adelante, lo que se puede corroborar cuando se quiere acudir a un especialista, sin hacer uso del Sistema de Seguridad Social y se va como particular, por tanto la diferencia es que estos dos especialistas que tiene el Departamento, tiene su consultorio, lo que se puede corroborar con el Registro de Prestadores de Salud del Ministerio y al tener consultorios le pueden vender directamente a las EPS por lo que no les interesa contratar con el Hospital a tarifa SOAT menos 40, lo que equivale a \$48 mil pesos, para consulta de especialista, menos el 40%, queda más o menos a \$28 mil, lo que hace que algunas especialidades no contraten con la institución. A manera de ejemplo citó que hoy día la Institución no cuenta con oncólogos porque están bajo esa modalidad y no les interesa económicamente vincularse con la entidad pública.

Explicó concordante con la pregunta de la defensa, el Hospital es considerado un Hospital de Trauma, esto porque su primera causa de morbilidad o sea de atención está relacionado con traumas en diferentes extremidades o diferentes partes del cuerpo, y que en estos momentos, la primera causa en la actualidad, son los partos, por el tema crítico de los venezolanos en este momento, pero fuera de ello, dentro de las primera 50 causas tiene unas cuatro o cinco causas relacionadas con trauma lo que significa, traumas por accidentes de tránsito, traumas por caídas de su propia altura, por caídas en riesgos laborales, traumas originadas por armas de fuego, que para nadie es ajeno que es un departamento que tiene Municipios en zona roja, y adicionalmente existen traumas originados por quemaduras por pólvora y cultivos ilícitos que tienen necesidad de insumos como gasolina y esto hace que se presenten quemaduras por líquidos inflamables, por lo que más o menos 4 mil o 5 mil personas al año están relacionadas con trauma y requieren de cirugía plástica y reconstructiva.

La declarante hizo una lectura de un aparte de la Resolución 2003 que es la norma de habilitación, en donde se hace una diferenciación entre cirugía plástica estética y cirugía plástica reconstructiva y aclara que el Hospital Erasmo Meoz, no maneja la Cirugía plástica estética, maneja cirugía plástica reconstructiva.

Citó de la misma lo siguiente:

“Servicios de Cirugía Estética: Servicio en el que un médico especialista en Cirugía plástica y estética, u otro especialista quirúrgico en el ámbito de su respectiva especialidad, es responsable de realizar tratamientos quirúrgicos, con finalidad de mejora estética corporal, facial o capilar. (...)



Servicios de Cirugía plástica reconstructiva: Servicio en el que un médico especialista en cirugía plástica y estética es responsable de realizar la corrección quirúrgica de procesos congénitos, adquiridos, tumorales o involutivos, que requieren reparación o reposición de estructuras superficiales que afectan a la forma y función corporal.”

Concluyó de dicha cita, la importancia de esta última, por cuanto fusiona lo estético con lo corporal y por lo que además señala, que esta es la razón por la que pese a que en el departamento hay más o menos 14 cirujanos plásticos, no todos están dedicados a la reconstructiva, sino a la estética.

Explicó la declarante que cuando entra a administración al hospital encuentra que los pagos se hacían por disponibilidad o por horas, esto permitía que sí la persona estaba en el hospital, así no operara o no atendiera pacientes, recibía una remuneración, por lo que dentro de las políticas que se fueron ajustando con el tiempo, está establecido que la contratación de los especialistas en salud, es pagado por evento o por producción, lo que significa que en la medida que ellos respondan a las interconsultas, atiendan en consulta externa, realicen los procedimientos quirúrgicos, pueden cobrar de acuerdo a la tarifa predeterminada, lo que significa que si producen mucho, y el hospital también factura mucho, y que si quieren ganar poco, se programan poquito, tanto en consulta externa como en urgencias o en cirugía.

Sobre el beneficio recibido tanto para pacientes como para el hospital, respondió la declarante que lo principal es lograr mitigar los problemas de salud de más de 12 mil personas, en el tema de mano y de cirugía plástica, anota que de mano se atendieron por esta patología más o menos en el año 2018, seis mil ciento y algo pacientes y de cirugía plástica, por el orden de seis setecientos pacientes, y considera que salvar 12 mil personas, bien en sus vidas o bien en su funcionalidad, ya es un impacto social importante para el Departamento y para las finanzas del hospital, porque 12 mil personas atendidas implican 12 mil facturas y respecto de las tarifas diferencial de solo los especialistas, pues son el 40% de lo facturado que le queda al hospital.

Afirmó que el hospital salió del alto riesgo financiero en el 2012, y que terminado ese año, con algunos ajustes en administración, salieron del riesgo, manteniéndose así y logrando por primera vez en 31 años, tener superávit en la Institución.

Indicó que la Gerencia no incide en los procesos contractuales porque está establecido dentro de los procedimientos que ello corresponde a las Subgerencias Administrativa y Asistencial, quienes lideran la fase precontractual y la fase de ejecución, por lo que son estas las que hacen el análisis estadístico y de necesidades son quienes determinan la demanda o la oferta que deben tener para cubrir las necesidades del Departamento y que independientemente quien esta gerenciando y dependiendo si se trata de contratos de menor o mayor cuantía o de prestación de servicios, solo entra en el momento de firmar la adjudicación, no hace parte de la etapa precontractual de ejecución.



No encontró ningún tipo de daño el haber contratado con el primo y por el contrario al ser uno de los únicos cirujanos plásticos reconstructivos y el único con fellow en cirugía de mano que presta el servicios para el hospital, permite tener habilitado y abierto el mismo, si no se contara con el servicio de mano del doctor PARRA, tendrá que cerrarse esa especialidad y no sabe si Bucaramanga o del interior del país pueda atender los 12 mil pacientes que se atendieron allí para el año 2018, y en otros años, siendo las cifras muy equitativas y que difícilmente otra EPS u otra IPS, hubiesen recibido ese número de pacientes para recibir ese servicio, máxime cuando hoy en día el sistema de salud sufre de una falta de pago y de carteras de difícil cobro, entonces las otras entidades prestadoras de salud no cuentan con una red que permita suplir esa necesidad.

Anotó que en el caso de cirugía plástica con fellow en reconstructiva, solo conoce al doctor PARRA con experiencia en el tema de reconstrucción es la doctora CLAUDIA PEREZ, que está trabajando con ellos y es la única de planta, quien tiene alta experiencia en el tema de quemados y que en promedio ellos contrato con 7 de los 13 cirujanos plásticos que hay e insiste que los otros cirujanos plásticos se dedican a la estética y que la mayoría tienen habilitados sus consultorios como particulares y la tarifa del hospital no es apetecible para contratar con ellos.

Allegó los registros del REDS.

En cuanto a la razón por la cual se terminó de común acuerdo el contrato con el doctor PARRA, responde que él decidió retirarse como persona natural cuando empezó todo el problema de control interno, en aras que hubiese un pronunciamiento formal en torno al tema, para él sentirse más tranquilo, dijo que conoce de esto porque la terminación del contrato fue motivo de debate, en tanto que esta situación impactaba la prestación del servicio.

Finalmente le aclaró al despacho, que los contratos de controversia como todos los contratos firmados en enero de 2018, todos llevan el visto bueno del jurídico a cargo del proceso y del coordinador de la oficina jurídica que para el año 2018 era la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL.

Se dejó constancia que se anexo el documento REDS.

El doctor **JORGE EMILIO PARRA MONTOYA**, expuso sobre el trámite de los contratos suscritos con la ESE HUEM, el servicio que presta, su vinculación al Centro Hospitalario.

Señaló conocer el motivo de la declaración e informó que tiene una relación contractual con el Hospital Erasmo Meoz, dijo que esta vinculado como miembro de una Sociedad que tiene un Contrato, el 042 de 2018 para realizar ejercicios profesionales especializados en cirugía de mano y como persona natural, para prestar servicios como cirujano plástico reconstructiva en la misma Institución en ese mismo año.

Manifestó que se encuentra vinculado con el Hospital Erasmo Meoz desde el año 1988 como médico general, año de la fundación del Hospital, que el sitio donde



laboraba paso a ser parte del Hospital, que empezó como médico de planta y posteriormente a su retorno como especialista, antes de terminar su residencia quedó vinculado con el Hospital, e incluso indica que hizo su primer procedimiento como cirujano plástico allí en 1995.

Expresó que en el año 2001 o 2002, hubo una reestructuración a la planta, por reformas que hizo el Gobierno Nacional sobre los sistemas de contratación y algunos de los médicos especialistas cambiaron ese sistema, dejando de ser médicos de planta y vinculándose por distintos modalidades de contratación, una de ellas, la contratación por evento o por unidades de producción y la otra modalidad por otro tipo de contratos y básicamente ha tenido contratación sindical y contratación por cooperativa de trabajo, pero siempre estuvo vinculado con la institución, a excepción un tiempo que estuvo fuera del país.

La defensa cuestiona al declarante sobre como fue la negociación para la celebración de los contratos a que hace referencia el caso que nos ocupa e indicó que dada la necesidad del especialista en la institución y que como no se cuenta con la planta suficiente para ello, el Hospital a través de la Subgerencia Médica hace citación a los profesionales que han estado vinculados desde hace mucho tiempo, se les informa que existe la oferta para prestar el servicio, se les cita y se les entregan esos papeles o entregan ellos los documentos, los estudian y de ello les informan si son o no acreedores para prestar el servicio por evento o por oportunidad de servicio, explicó que trabajan con la Institución en la medida que el hospital tenga los pacientes con los cuales ellos deben actuar, anota que si hay pacientes trabajan y sino no, pero que regularmente hay gran cantidad de eventos, pero siendo una vinculación laboral diferente.

Manifestó que la contratación la hace directamente la Subgerencia de servicios médicos y quien contrata con ellos.

Expuso que la tanto la cirugía reconstructiva y la cirugía estética, hacen parte de la formación como lo es la cirugía maxilofacial, pero básicamente la cirugía reconstructiva maneja la secuela de enfermedades o deformidades congénitas, traumas, etc., buscando más la restitución de funciones y la cirugía estética, esta más a solventar algún tipo de necesidades específicas, porque al fin y al cabo son justificables en poblaciones que quieren mejorar alguna función cosmética de alguna parte de su cuerpo. Agrega que los cirujanos también manejan el concepto que la belleza también es función y por ello también propenden para que también se haga la cosmética, pero básicamente lo que se hace en Instituciones como el Hospital es reconstructiva, consistente en la reconstrucción de secuelas, de traumas severos, de enfermedades congénitas, de alteraciones funcionales por pérdidas de órganos o pérdidas de algún tipo de sistema de tejidos blandos y esa es la parte a la que se dedican en instituciones como el hospital.

La defensa le pregunta al declarante si considera que la contratación tiene algún interés tanto para él como para el hospital y cuál la función que cumple en el hospital y el motivo por el cual cumple esa función y el doctor PARRA MONTOYA, respondió que el hace parte del hospital mucho tiempo antes de la llegada del doctor JUAN AGUSTIN como Director y que lo que determina la vinculación es básicamente la necesidad del servicio en una población muy necesitada en un



Departamento con razones sociales y problemas de toda índole, que hacen que la especialidad que él tiene, desde el punto de vista reconstructivo sea muy necesaria, que la cantidad de pacientes justifican no solo su presencia sino de muchos más especialistas que a veces no están disponibles para atender este tipo de población.

Manifestó como miembro de la academia de cirugía plástica, que existen 19 cirujanos en el Norte de Santander y llegó uno más en estos días, pero dedicados a la cirugía reconstructiva, piensa que es el único que trabaja con instituciones, que hay otro pero que tiene vinculación parcial con algunas entidades, porque ya es un cirujano mayor de 85 años que está a punto de retirarse, pero que no es de interés de todos los cirujanos el trabajar con instituciones en el departamento, y que en estudio reciente incluso donde miran la casuística y menos del 10% de los cirujanos plásticos laboran en instituciones hospitalarias, que la gran mayoría están dedicadas a prácticas privadas, prácticas cosméticas o a clínicas donde hacen otro tipo de procedimientos.

Señaló que la Sociedad SOCIMANOR es la migración de razones sociales de un grupo de especialistas que se reunieron para trabajar con el hospital, que cuando se creó el contrato en el que él participó, lo tuvo originalmente NORTRAUMA, que es el órgano oficial de la Sociedad Norte Santandereana de Ortopedia a la cual pertenecen o pertenecían los cirujanos de mano que anteriormente tenían ese contrato, que cuando ellos dejaron el contrato, el Hospital a través de la Subgerencia de Salud, solicitó a la Sociedad de Ortopedia Especialistas que cubrieran esa especialidad y uno de los especialistas o varios de ellos lo llamaron para que participara en el Contrato, que además no fue otorgado a él, fue otorgado a NORTRAUMA, que cree que es una Sociedad Anónima o una SAS, a través de la cual laboraron ese contrato durante 3 años, y que posteriormente por razones económicas donde era más beneficioso laborar como Sociedad, se asociaron las personas que laboraban exclusivamente este contrato y crearon una sociedad donde migró ese mismo contrato, junto con la misma experiencia laboral y junto con los mismos profesionales y con los mismos requisitos y calidades que solicitaba la contratación, después esa misma sociedad simplemente cambió de nombre o razón social a SOCIMANOR con la cual laboran actualmente con el Hospital, pero es una sociedad que ha mantenido históricamente los mismos miembros, que no es el solo sino que la conforman 4 especialistas en cirugía ortopédica, cirugía plástica, y con especialización y experiencia en cirugía de mano.

Comentó que la Sociedad la conforman 3 ortopedistas y 1 cirujano plástico que actúan complementariamente en el manejo de la parte ósea y la parte de lesiones de tejidos blandos en la mano. Citó al doctor SANCHEZ, con más de 30 años de experiencia, educado como ortopedista en Francia, con especialidad de cirugía de la mano, el doctor FARELO, educado en Argentina, con especialidad en ortopedia y cirugía de la mano; el con 33 años y 28 dedicado a la cirugía plástica y la cirugía de la mano, y la doctora KARINE CUELLO, que dijo labora con ellos, que también es cirujana ortopedista y cirujana de mano.

Manifestó que actúa como representante legal de SOCIMANOR para el año 2018, porque a los médicos no les gusta la parte administrativa y básicamente por un



proceso de rotación cíclica de las cosas que no les gusta hacer, tristemente en ese año, después de la Gerencia del doctor JAIME, luego de la Gerencia del doctor FARELLO y después de la Gerencia de un socio que ya no trabaja con ellos, le correspondió a él coincidentalmente, no por nominación sino porque le tocaba.

Dijo que la tarifa SOAT, para servicios médicos establecidas por el Gobierno Nacional, establecida por la Institución y que viene desde el año 2001, sin haber sido modificada, sino con pequeños incrementos que a veces no alcanzan el IPC, en sus incrementos anuales y es del 40% y son las condiciones para contratar con el Hospital, pues cuando llegó a la Gerencia el doctor JUAN AGUNSTIN, no es un secreto para nadie, el Hospital estaba en ese año en riesgo financiero, acababan de vivir el cierre del hospital EVARISTO GARCIA en Cali y la Clínica del Seguro, la Clínica de la Universidad de Pamplona, se entendía que la situación del hospital no era boyante y que se requería de un ajuste de esas tarifas por lo cual la Gerencia solicitó una disminución de esas tarifas y se pasaron de pagarles del SOAT tarifa plena, a soat menos el 30% y posteriormente menos el 40%.

Expresó que los que han tenido la oportunidad de vivir la historia del hospital por muchísimos años, como él, por más de 30 años, sabían que no iban a perder dinero con el hospital, sino que les iba a garantizar que el hospital saliera adelante, como sucedió y que el hecho que ahora tenga una situación financieramente boyante, que lo hace hospital ejemplo en el país y que ello ha hecho que se incrementen la cantidad de pacientes, se justifica con tarifa menor y con mayor cantidad de pacientes, que además ha permitido prestar un servicio mucho mejor, más digno, con la posibilidad de tener insumos apropiados, medicamentos para tratamientos y recibir el pago de manera continua, por lo menos de manera mensual, cuando antes dejaban de percibir sus pagos por más de 11 meses, y se entienden que unas cosas por las otras.

Manifestó que lo que saben de la denuncia, lo saben a través de los medios, no por el auditor, y a través de las redes sociales, por cuanto este nunca se acercó a ellos para pedirles algún tipo de explicación relacionada con el parentesco entre el Gerente del Hospital y él, que no entiende como buscó la partida de bautismo y los documentos de parentesco, porque él nunca se lo solicitó y como los publicó a los medios como si fueran parte de un cartel y no parte de una familia decente que no tiene que esconderle nada a ninguna persona.

Afirmó que la consulta para contratar si se hizo por parte de ellos, incluso antes de contratar, personalmente cuando el doctor ingreso al Hospital fue con él a hablar con los asesores jurídicos de contratación, para que les aclarara que no había ningún tipo de inhabilidad y se les dio el concepto que han manejado siempre y que creen de buena fe que es el que prima; que posterior al escándalo, han hecho las consultas a diferentes entes jurídicos expertos en el tema, e incluso ahora anotó, que tienen el concepto de la Contraloría Departamental, que señala que no han encontrado ningún tipo de lesión legal, ni de inhabilidad, ni fiscal en las actuaciones.



Ahora bien, para responder los argumentos de defensa presentados en la diligencia de descargos y reiterados en los alegatos de conclusión, el Despacho considera necesario recordar, que cuando una persona se posesiona con el Estado, se le exige aportar una información básica, que le permita constituir cualquier conducta en la que pueda presentarse un conflicto de intereses en el desempeño de sus funciones que será la base de una eventual actuación que implique parcialidad y corrupción, o proceder a sancionar al servidor público cuando incurra en uno de esos actos sin declararse impedido para actuar, definiendo la conducta en detrimento de los principios constitucionales que orientan la función pública.

Dicho de otra manera, no puede el interés particular afectar el interés general, perturbando la transparencia en la toma de decisiones. No obstante, al corresponder ello a un comportamiento del dominio personal, debe ser valorado, sobre el reproche particular aquí elevado al doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, a fin de no vulnerarle al disciplinado ningún derecho o garantía.

Son elementos esenciales del conflicto de interés, como se señaló en el auto de citación a audiencia, el tener un interés particular sobre la regulación, gestión, control o decisión del asunto.

Si el fin último de la figura jurídica que se debate en el presente asunto, lo que pretende es evitar la transgresión de los principios constitucionales, legales y reglamentarios, cuando entre otras, exista un parentesco o afectividad, que forme en el intelecto de cualquier persona o en especial, en quien se analiza una situación concreta, una posible vulneración a la independencia o a la imparcialidad de parte del servidor público, que fortalezca la posibilidad de beneficiar directa o indirectamente, indebida e indistintamente a un tercero, con quien se tiene un vínculo de familiaridad, es válido y obligatorio que el debate se genere en estos escenarios por parte de los entes de control, más aún cuando el interés proviene de personas que intervienen o actúan en su condición de empleado público y que sorprende en primer lugar, cuando al haber surgido el conflicto de intereses, no existió una declaración de impedimento para actuar en un acto o negociación.

En el auto de citación a audiencia, se reprochó que el doctor **JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA**, en su condición de Gerente de la Empresa Social del Estado - Hospital Universitario Erasmo Meoz del Municipio de Cúcuta, presuntamente **actuar dentro de la etapa de ejecución de los contratos Nos. 042 y 018** que habrían sido suscritos el 1º. de enero de 2018, con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, en el primero, siendo este representante Legal de la Sociedad SOCIMANOR S.A.S., suscribiendo la modificación No. 01 el 19 de febrero de 2018, la adición No. 01 el 21 de agosto de 2018 y la aclaración a la adición No. 01. el 23 de agosto de 2018 y dentro del Contrato 018, y en el segundo, como persona natural, la adición No. 01 el 30 de agosto de 2018, **a pesar de existir conflicto de intereses de conformidad con el artículo 126 de la Constitución Política, por encontrarse en cuarto grado de consanguinidad con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA.**”



El primer tema a tratar frente al conflicto de interés que se debate, es el vínculo de parentesco que existe entre el doctor JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA y el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA.

Efectivamente no puede rebatirse ante el acervo probatorio allegado al plenario, el vínculo en cuarto grado de consanguinidad existente entre los doctores RAMÍREZ MONTOYA y PARRA MONTOYA, en tanto que sus madres son hermanas, lo que les da el parentesco de primos hermanos.

En contravía con lo preceptuado en el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto legislativo 2 de 2015, se infiere a primera vista, sobre lo anterior, una confrontación entre el deber público y el interés privado del aquí investigado, que podría influenciar negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades, comprometiendo su independencia de juicio y el principio de imparcialidad en la función que cumple como Gerente de la Institución Hospitalaria.

Recuerda el Despacho, que el inciso primero que se destaca en el auto de citación a audiencia del acto legislativo 2 del 2015, artículo 2, que modifica el artículo 126 de la Constitución Nacional, y una de las normas en las que se fundamenta el cargo, dispone que los **servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones**, entre otras, **contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad**, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Resulta que la norma constitucional, se reitera en este pronunciamiento, frente a las demás normas jurídicas, de rango inferior, no pueden contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior, pues la Constitución garantiza expresamente el principio de **jerarquía** normativa, contrario a lo que manifiesta la defensa.

Debe ser claro el despacho en afirmar, que aun cuando específicamente el Gerente General del Hospital Universitario Erasmo Meoz, no fue directamente quien celebró los contratos Nos. 042 y 018 de 2018 con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, bien como representante de la Sociedad SOCIMANOR S.A.S. y como persona natural, pues fue gestión que realizó la doctora SORAYA TATIANA CACERES, como se reconoce en el auto de imputación, quien estaba encargada de la Gerencia del Hospital por el periodo de vacaciones de su titular, no menos cierto es que al reintegro del disfrute de las mismas, el aquí disciplinado, debió enterarse de dicha suscripción contractual, y según el imperativo de la norma disciplinaria, compilada en el mismo Manual de Contratación de la entidad debió declararse impedido.

No obstante lo anterior, el doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, tampoco se abstuvo al suscribir en su condición de Gerente General de la citada Institución Hospitalaria, con la Sociedad SOCIMANOR S.A.S. representada legalmente por el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, la modificación No. 01 el 19 de febrero de 2018, la adición No. 01 el 21 de agosto de 2018 y la aclaración a la adición No. 01. el 23 de agosto de 2018 y dentro del Contrato 018 suscribió con el doctor **JORGE EMILIO PARRA MONTOYA**, como persona natural, la adición No.



01 el 30 de agosto de 2018, a pesar de existir conflicto de intereses de conformidad con el artículo 126 de la Constitución Política, por encontrarse en cuarto grado de consanguinidad con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA.

Debe quedar claro que la conducta reprochada en este plenario está construida sobre la institución del conflicto de intereses y no las inhabilidades e incompatibilidades para contratar consagradas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en la que resguarda la defensa sus argumentos.

El artículo 8°. inciso 2°. literal b) en referencia, citado por la defensa, describe, además de las establecidas en el numeral 1°. , otras inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, respecto a las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Si bien es cierto, existe una normativa expresamente contractual para la celebración de contratos estatales, regulados efectivamente como lo refiere la defensa, por la Ley 80 de 1993, que en su artículo 8°. numeral 2°, literal b), refiere que a quienes pretenden participar en licitaciones o concursos y celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, entre otras, a las personas que tengan vínculos de parentesco, **hasta el segundo grado de consanguinidad, con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante, se encuentran dentro de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.**

Valga la pena detenernos en este artículo, ya que es punto esencial de la defensa, especialmente en que el artículo 8° que consagra las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

El citado artículo dispone en los dos numerales que lo conforman, siendo el primero de ellos, quienes son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales; y en el segundo, que entre otras cosas, reiteradamente cita la defensa, en la causal contenida en el literal b), que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y celebrar contratos estatales con la entidad respectiva, **“las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante”.**

De conformidad con la Ley 80 de 1993, las inhabilidades o incompatibilidades son impedimentos que restringen el acceso a la función pública o al derecho a contratar con el Estado y debe aclararse, que la diferencia entre unas y otras, radica en que **las inhabilidades** son de carácter general y son imputables al contratista, en otras palabras, se predica la imposibilidad de presentar oferta y



celebrar y ejecutar un contrato estatal con cualquier Entidad pública; **las incompatibilidades** por su parte, se refieren a la imposibilidad de que concurren dos distintas condiciones en un mismo sujeto, esto es, impide que el sujeto ostente una calidad porque ya posee otra.

El conflicto de intereses, por su parte, se configura cuando en el servidor público o en sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o socios, concurre un interés particular y directo en un asunto del dominio de la administración pública, el cual tiene a su cargo para definir, conceptuar, evaluar, controlar o gestionar, y que por tanto afecta su imparcialidad o neutralidad, exigiendo que se declare impedido para conocer del asunto.

Es claro que la norma contractual señalada, lo que pretende también es asegurar la imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia de la contratación administrativa, **para lo cual inhabilita a los familiares de determinados servidores públicos** que, conforme al criterio del Legislador, **pueden incidir en la contratación**. Este propósito armoniza con los valores, principios y derechos constitucionales, toda vez que se procura la salvaguarda del interés general que rige la contratación pública.

Y frente a este tema de inhabilidad por nexos familiares, en Sentencia C-429/97, del 4 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, se destaca:

“Para lograr la transparencia la norma acusada excluye a los familiares de determinados servidores de **la posibilidad de contratar con la entidad de la cual forma parte el funcionario**. Este criterio es adecuado, pues entre los miembros de un mismo grupo familiar existen nexos de lealtad y simpatía, que podrían parcializar el proceso de selección, el cual dejaría entonces de ser objetivo. En efecto, es perfectamente humano intentar auxiliar a un familiar, pero estos favorecimientos en la esfera pública contradicen la imparcialidad y eficiencia de la administración estatal, la cual se encuentra al servicio del interés general.”

No acepta la defensa la referencia del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, por cuanto consideró que debió aplicarse en el presente asunto, por tratarse de suscripción de contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, y que al tratarse de inhabilidades taxativas y expresas no se podía acudir a la figura de conflicto de intereses para elevarlas al cuarto grado de consanguinidad, cuando la Ley 80 de 1993, artículo 8º. numeral segundo literal b), las restringe al segundo grado de consanguinidad.

Debe recordarse a la defensa que **las inhabilidades e incompatibilidades tienen contexto diferente al conflicto de intereses**, por lo que su referencia al segundo grado de consanguinidad que fundamenta en el artículo 8 de la ley 80 de 1993, numeral 2º. Literal b), no es de aplicación en el presente caso, pues el conflicto de intereses aquí reprochado, se basa en el contexto constitucional y no está consagrado en la ley contractual.



En este sentido el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, Bogotá, D.C., veintitrés (23 de marzo de dos mil once (2011), Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045), señaló:

“2. El conflicto de intereses

Esta figura no está definida de manera general en la ley; se prevé en disposiciones de carácter especial, como el régimen de los congresistas o de los concejales o el régimen disciplinario de los servidores públicos; o se enuncia, junto con las inhabilidades, las incompatibilidades y los impedimentos, en el régimen disciplinario aplicable a los particulares que ejercen funciones públicas.
(...)

En cambio, el estatuto de contratación de la administración pública no menciona el conflicto de intereses, como lo explicó esta Sala en el concepto del 10 de agosto del 2006 respecto de la ley 80 de 1993; concepto que sigue siendo pertinente porque tampoco la ley 1150 del 2007 tocó el tema.

La jurisprudencia coincide en interpretar el conflicto de intereses como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.

En la práctica las situaciones de conflicto suelen expresarse en prohibiciones, al igual que ocurre con las inhabilidades y las incompatibilidades y, por ende, la jurisprudencia tiene dicho que “su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica.

La regulación del conflicto de intereses en los pliegos que rijan un determinado proceso de selección, resulta evidente la necesidad de señalar, de manera clara y precisa, las acciones u omisiones a las que se dé como efecto prohibir la participación de una persona en el proceso de que se trate.

Es en razón de este efecto que el conflicto de intereses no puede cimentarse en definiciones ambiguas, abstractas o que permitan un margen de subjetividad en su examen.”

Como quiera que el conflicto de intereses actualmente no contiene causales específicas, necesario es acudir, al conflicto de intereses constitucional y al regulado en la ley disciplinaria, que confirme la correcta aplicación del principio de transparencia.

Mientras que las inhabilidades e incompatibilidades a las que se refiere la defensa, se encuentra consagrada en una norma de carácter contractual y es de aplicación efectivamente restrictiva y de aplicación taxativa, se recuerda que la conducta reprochada por este despacho, no cuestiona la inhabilidad o incompatibilidad para



contratar, sino en el conflicto de intereses que surge de gestionar un acto jurídico o negocio jurídico con un pariente y en el que intervino el Gerente General adicionando, aclarando o modificando un contrato que se habría celebrado con su primo hermano (cuarto grado de consanguinidad) por lo que bajo la regencia del principio de transparencia y moralidad, es inaceptable que percatado de ello en servidor público, no se hubiese declarado impedido y si en cambio hubiese suscrito la modificación y adiciones a los Contratos 042 y 018 de 2018.

Nuestra normatividad ya tiene reconocido en el trámite de actuaciones administrativas, disciplinarias, judiciales o legislativas, las situaciones de conflicto de intereses ante las cuales se pueden ver avocados los servidores de las Ramas Ejecutiva, Legislativa, Judicial y de los órganos de control, por lo que bajo el entendido que el conflicto de intereses, de entrada, no es una falta disciplinaria o un acto de corrupción, es imprescindible que el servidor público se declare impedido para tomar la decisión sobre la cual entra en conflicto un interés con las partes, interesadas en el asunto.

No puede olvidarse que “el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre (art. 35 de la ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de Infancia y la Adolescencia”, estableció nuevos efectos jurídicos para este parentesco.); afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer (art. 47 ibidem); y el parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo (art.64 Ley 1098 de 2006)”

Bajo el contexto que la Empresa Social del Estado, Hospital Universitario Erasmo Meoz, en su Manual de Contratación, Resolución 001236 del 13 de septiembre de 2013 y Resolución 1231 de septiembre de 2014, que modifica el citado Manual, no adopta en si mismo un nuevo Estatuto Contractual, de conformidad a lo señalado el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, sino que lo que hace es compilar **en el artículo 114 del Manual de Contratación específico de la Empresa Social del Estadio – Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, el manejo contractual del Hospital Universitario**, citando en el título IV, artículo 114, bajo el título de “**Inhabilidades e incompatibilidades para contratar**”, y precisando las siguientes normas como referente normativo en lo referente a la gestión contractual:

Ley 1150 de 2007, artículo 13 (Principios Generales de la actividad contractual para las empresas no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública); **La ley 80 de 1993 artículo 8**, (inhabilidades e incompatibilidades); **artículo 9º.** (Inhabilidades e incompatibilidades Sobrevinientes); **Estatuto Anticorrupción – Ley 1474 de 2011, artículo 1º.** (Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción), **artículo 2º.** (Inhabilidad para contratar de quienes financien campaña política; **Artículo 3º.** (Prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados); **Artículo 4º.** (Inhabilidad para que ex servidores públicos contraten con el Estado); **Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002, artículo 36.** (Incorporación de



inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses); **artículo 37.** (Inhabilidades sobrevinientes), **artículo 38.** (Otras inhabilidades); y **artículo 40. (Conflicto de Intereses).**

Lo anterior es importante en la medida que estando dentro del Manual de Contratación de la Empresa Social del Estado, lo propio era citar el artículo 114 de las citadas Resoluciones dentro de las cuales se encuentra citada la norma disciplinaria del Código Disciplinario, artículo 40 referente al Conflicto de Intereses, que trata el tema de debate.

No comparte esta instancia el argumento de defensa referido a que en los cargos formulados, no se ha indicado ninguna referencia a las normas funcionales de su poderdante, en tanto que en el presente asunto, el cargo no se estructuró sobre las causales de inhabilidades e incompatibilidades, que en cualquier área del derecho, efectivamente son taxativas, sino sobre el supuesto de un conflicto de intereses, que en la normativa claramente señala que es deber de todo servidor público “declararse impedido para actuar en un asunto cuanto tenga interés particular y directo, o lo tenga alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad”,

Luego, lo presuntamente desconocido por el disciplinado, es el de no haberse declarado impedido, siendo su deber hacerlo como servidor público que es, al visualizar que estaba suscribiendo unas adiciones y modificación en los contratos 042 y 018 de 2008, en los cuales su primo, doctor JORGE EMILIO PARRA MONYOYA, era contratista, tanto como persona natural, como representante de una persona jurídica.

Contrario a lo manifestado por la defensa, quien argumentó que estando acreditado que la actuación del disciplinado, no incurrió en conflicto de intereses, por no ser aplicable al caso de estudio el artículo 216 de la Constitución, mal podría haber violado los principios que rigen la función administrativa, consagrados en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y artículo 3 de la Ley 437 de 2011, artículo 3, para concluir la defensa que al citar los textos de los artículos 23, 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, se está aceptando que el procedimiento de contratación pública está regido por esta Ley, pero no puede olvidar la defensa que la aplicación de los principios de la ley 80 de 1993, no son incompatibles con los principios que rigen la función administrativa, dispuestas en el artículo 209 de la Constitución Política.

Recordemos que la Ley 80 de 1993, consagra en su artículo 3 que los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

En este mismo orden de ideas, el artículo 23 ibidem sobre los principios en las actuaciones contractuales de las entidades del estado, es quien directamente señala que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y



responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa e igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Razones mínimas para rechazar el argumento de defensa en este sentido.

Respecto al rechazo que hace la defensa en relación a la aplicación del artículo 48 numeral 17 de la Ley 734 de 2002, en tanto que esta norma está dirigida al funcionario que no obstante conocer la existencia de la inhabilidad incompatibilidad **conflicto de intereses actúa y omite tal declaración, no entiende el despacho a que se refiere, cuando el mismo texto de la norma disciplinaria mencionada, es quien señala que se considera una falta gravísima el actuar u omitir**, para nuestro caso, haber actuado el Gerente General, suscribiendo modificaciones y adiciones a los pluricitados contratos, a pesar de la existencia del conflicto de intereses sucedido, de acuerdo a la previsión constitucional.

Encuentra desacertado este despacho, la referencia que de la Sentencia C- 391 de 2002 de la Corte Constitucional hace la defensa, en cuanto a que no existe un nexo causal entre la aplicación del artículo 48 numeral 17 frente a la inhabilidad en la que se puede encontrar incurso un agente estatal que sabe se encuentra incurso en una inhabilidad, relacionado con el nombramiento o elección del servidor público, pues se reitera el cuestionamiento que le hace la Procuraduría al doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, se centra en un conflicto de intereses, que no se puede confundir con los presupuestos de inhabilidades e incompatibilidades.

También resulta claro para el despacho, y así se reitera, que en el asunto de análisis, el artículo 126 constitucional, frente al conflicto de intereses que además es reseñado en el artículo 40 de la ley disciplinaria, marca el punto de partida, pretendiéndose con estas, evitar el dominio de los pasiones familiares en el decurso de la contratación estatal, revistiendo de transparencia, moralidad, responsabilidad y credibilidad la función contractual de las entidades públicas y aislarlas de los sentimientos naturales y obvios que toda persona tiene de favorecer sus propios intereses o solidarizarse con las personas que forman parte de su núcleo familiar, lo que es inadmisibles en la gestión de los asuntos públicos, donde debe prevalecer el interés general sobre el particular y respecto a lo cual el aquí disciplinado, pretendió obviar, frente al hecho que los pluricitados contratos fueron suscritos el 1 de enero de 2018, bajo la regencia del Hospital por parte de la doctora SORAYA TATIANA CACERES SANTOS, olvidando que las adiciones y modificaciones, se reitera, hacen parte de la ejecución del contrato.

El despacho considera importante en este punto hacer una aclaración frente a un errado concepto que expuso la declarante doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS, quien para la época de los hechos se desempeñó como Asesora Jurídica de la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, cuando afirma que la Ley 80 de 1993, es ley estatutaria.



En este sentido valga aclarar que la Ley 80 de 1993, no es ley estatutaria.

En Sentencia C-633/96 del 21 de noviembre de 1996, Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, así lo aclaró:

“LEY ESTATUTARIA Y ESTATUTO-Diferencias

De la Constitución no resulta la identidad entre todo "estatuto" y las leyes estatutarias, pues mientras el primer concepto es genérico y aplicable al conjunto normativo referente a una materia cualquiera, integrado por normas constitucionales, legales o de otro nivel, agrupadas o dispersas, las leyes estatutarias se caracterizan precisamente por estar destinadas, por la propia Constitución, a regular determinadas materias cuya enunciación, es taxativa. Al paso que el nivel jerárquico de las leyes estatutarias es superior al de las demás leyes en el ámbito del asunto que regulan, un estatuto sobre determinada materia respecto de la cual el legislador ha resuelto disponer es, en principio, ley ordinaria y tan sólo de manera excepcional podría adquirir el carácter de estatutaria. La sola utilización de la palabra "estatuto", para distinguir un conjunto de normas, no puede conducir a la conclusión de que se está en presencia de una ley estatutaria o de algo que debiera tramitarse como tal.”

Tampoco es cierto como lo propuso la defensa en el acto de nulidad, que en la ejecución del contrato no actúa el Gerente, sino solo el contratista.

La responsabilidad se encuentra consagrada como principio dentro de la constitución desarrollada en los artículos 6°, 90, 92, 95, 122 y 123.

El principio de responsabilidad se dirige hacia que sujetos que intervienen en la actividad contractual actúen en el estricto marco de la legalidad, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde a cada cual, sin el ánimo y predisposición de inferir daños y con la diligencia y cuidado que es exigible en un ámbito que como la contratación pública se fundamenta en el interés general, so pena de incurrir en diferentes tipos de responsabilidad.

Por ello sus principales funciones son, entre otras, el garantizar el adecuado ejercicio de las competencias públicas, puesto que su rigurosa observancia, impide que las autoridades que se desvíen de su función constitucional y legal evadan las sanciones jurídicas y el costo político de sus actuaciones antijurídicas.

Igualmente, propende por la protección del patrimonio del Estado y los contratistas, ya que cada uno puede repetir contra el otro, en caso de incumplimiento y perjuicio y establece conductas que generan responsabilidad patrimonial, fiscal, disciplinaria, penal, tanto en servidores públicos, como en contratistas, asesores, consultores, interventores.

Se puede determinar que este principio de responsabilidad tiene como objetivo garantizar el cumplimiento tanto de las funciones, en este caso, de las partes intervinientes en el contrato estatal, garantizar los recursos públicos con el fin de



que éstos no sean mal gastados y garantizar la compensación por daños o perjuicios causados por alguna de estas partes.

Las adiciones y modificaciones de los contratos estatales **nacen de la libre autonomía de la voluntad de los contratantes**, la suscripción de las mismas obedece a una necesidad de la administración, hacen parte integral de los contratos que adicionan o modifican, y pueden contener una nueva obligación necesaria para el cumplimiento del objeto del contrato, que a su vez modifique el plazo e inclusive el valor, o simplemente se amplíe el plazo.

El despacho cuestiona al disciplinado JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, que a pesar de existir un presunto conflicto de intereses, por su vínculo de parentesco con el doctor JORGE EMILIO PARRA MONTOYA, en cuarto grado de consanguinidad, no se declarara impedido para actuar dentro de los procesos contractuales 042 y 018 de 2018, en tanto que adicionó, aclaró una adición y modificó los contratos principales que fueron suscritos con anterioridad y con ocasión del disfrute de vacaciones del titular de la Institución Hospitalaria, por la Gerente encargada.

Carece de precisión otro concepto expresado por la defensa, cuando afirma en el escrito de descargos, en el que solicitaba la nulidad del proceso por imprecisión en el cargo formulado, “por cuanto considera que la ejecución del contrato siempre estará a cargo del contratista”.

En primer lugar, el auto de citación a audiencia, no se refiere a que el Gerente General haya intervenido en la ejecución del contrato, sino que si se lee con detenimiento el mismo, lo que se señala es que “(...) la adición 01 del primero de los citados y la modificación 01, adición 01 y aclaración de la adición 01, fueron suscritas en su oportunidad por el doctor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, Gerente titular, **participando en la etapa contractual, habida cuenta que la ejecución de los mismos, hacen parte de esta etapa, periodo durante los cuales suscribió las citadas adiciones y modificaciones.**”

No puede desconocer la defensa que en desarrollo del objeto contractual, participan tanto contratista como contratante. En el desarrollo del objeto contractual, participa el Contratista, y en la contraprestación, el Contratante; en las condiciones forma y plazos pactados y el punto de partida es la guía en el texto mismo del contrato, y las normas que están tácitamente* incorporadas.

Y es que esas situaciones, valga señalar, contiene situaciones o actos como:

- El Silencio administrativo positivo (25.16 ley 80/93)
- Cesión del contrato (9,41, 24-7, 77 I/80)
- Imposición de sanciones (4-2 I/80)
- Terminación anticipada (acuerdo/unilateral) 14-17 I/80
- Interpretación unilateral (14,1-15 I/80)
- **Adición, modificación, ampliación, prórroga**
- Modificación unilateral (14-16)
- Caducidad (14,18 I/80)
- Terminación por cumplimiento de plazo



Y termina cuando vence el plazo; cuando así lo determina la administración; cuando el contratista renuncia a su ejecución; cuando se vence la garantía o cuando sobreviene inhabilidad

La norma disciplinaria, artículo 40 por su parte, dispone, que cuando un servidor público **tenga interés particular y directo en la** regulación, **gestión**, control o decisión **de un asunto a su cargo, deberá declararse impedido, so pena de que su conducta se constituya en una falta disciplinaria.**

Vale señalar que significa el termino gestionar, para el Tribunal Superior de Bogotá, quien en auto del 22 de junio de 1984²¹, señaló:

“Por otra parte el Código Disciplinario, aplicable a empleados y trabajadores del Estado, establece dentro de las prohibiciones a los servidores públicos la de "gestionar en asuntos que estuvieron a su cargo, directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros". El término **gestionar** según el diccionario de la Real Academia Española significa "Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera", de lo que se colige que la norma prohíbe al servidor público ocuparse de actividades encaminadas a hacer realidad un asunto del que había conocido, directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros, hasta el momento de asumir el cargo.

La prohibición se refiere a asuntos que estuvieron "a su cargo", en relación con los cuales no puede gestionar a título personal o en representación de terceros, directa o indirectamente. Debe entenderse que dicha prohibición involucra no sólo a la persona natural en particular, quien pudo actuar directamente o a través de apoderado o asesor, sino también al representante legal de una entidad o agremiación que intervenga en representación de terceros -los asociados- y cuya actividad llegue a desarrollarse directa o indirectamente por apoderado o asesor.”

Sobre las pruebas aportadas por la defensa, bástese con señalar que sustentan claramente la inhabilidades e incompatibilidades para contratar del artículo 8 de la ley 80 de 1993, pero no el conflicto de intereses que aquí se reprocha.

Ahora bien, respecto a la presentación que hace la defensa de la Resolución No. 000253 del 21 de febrero de 2013, por la cual se delegan facultades de contratación en los Subgerentes los procesos precontractuales, contractuales y postcontractuales de la Empresa Social del Estado, necesario es señalar, que ella sería procedente, sino fuera porque en este plenario no se reclama presuntas irregularidades sobre el proceso contractual en sí mismo, sino el no haberse declarado impedido el Gerente de la Institución Hospitalaria, existiendo un conflicto de intereses, por tener vínculo de parentesco con su primo.

Los conceptos emitidos por la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS, del 25 de noviembre de 2016 y el 21 de enero de 2019, por ende

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, Santa fe de Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1022.- I. Fundamentos Constitucionales y legales.



son aplicables al concepto de inhabilidades e incompatibilidades contractuales, no al conflicto de intereses.

En cuanto al memorial de solicitud de archivo de la investigación penal en contra de JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA. Radicado 2018-809339, contiene las mismas conclusiones allegadas por la defensa al presente asunto, que merecen las mismas consideraciones antes expresadas por el despacho, por lo que solo se considera como una reiteración a la defensa disciplinaria presentada.

Los resultados de la investigación Penal y Fiscal, que adelanta la Fiscalía y la Contraloría General del Departamento, aún no se encuentran consolidados, por lo que este despacho no las puede considerar y tal y como se señala la Corte los resultados de una u otra son completamente independientes.

“Tal como lo expuso la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del numeral 1 del artículo 48 de Código Disciplinario Único, «El proceso penal y el disciplinario atienden a naturaleza, materia y finalidades diferentes; [. . .] en el proceso penal el legislador prevé distintos bienes jurídicos objeto de protección, en el disciplinario el único bien jurídico protegido está representado por la buena marcha de la administración, su eficiencia, su buen nombre, la moralidad pública, como también la eficacia y la honradez de la administración pública; además, mientras en el proceso penal la pena tiene una función de prevención general y especial, de retribución justa, de reinserción social y de protección al condenado, en el proceso disciplinario la sanción tiene una función preventiva y correctiva. [...]; además, en materia de tipicidad la descripción de la conducta señalada en la legislación penal no atiende a los mismos parámetros de aquella descrita por la legislación disciplinaria, pues en ésta última el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación.”²²

Por estas razones, ni el Informe Preliminar denuncia D-130.04.0118-044 formulada por el señor CARLOS MARTIN ROJAS CARVAJAL, suscrito por el Contralor Auxiliar Delegado para las Auditorias, ni los descargos al informe Preliminar de Contraloría, en el estado en que se encuentran no aportan nada al presente asunto.

No obstante lo anterior y que el doctor **JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA**, al **intervenir en el proceso contractual, a pesar de la existencia del conflicto de intereses**, está en contravía con la prohibición constitucional, este despacho habrá de hacer el análisis de los argumentos de la defensa fundados en la **convicción errada e invencible que su conducta no constituye falta disciplinaria, causal contenida en el artículo 28 numeral 6 de la ley 734 de 2002, como eximente de responsabilidad.**

4.4. Exclusión de responsabilidad. (Artículo 28 de la ley 734 de 2.002)

²² [sentencia C- 720 de 2006].



La justificación o ausencia de responsabilidad se pregona del comportamiento realizado en unas determinadas condiciones y circunstancias endógenas y exógenas al actor, que influyen en su estado volitivo, intelectual y afectivo, que determinan su acción u omisión de manera positiva o negativa.

Tales condiciones y circunstancias se entienden como el aspecto negativo de la ilicitud sustancial, toda vez que transforman en lícita o jurídica la conducta que se tiene o ha calificado como contraria al ordenamiento jurídico.

Las causales de exclusión de responsabilidad sirven para justificar comportamientos aparentemente injustos permitiendo que estos pierdan el carácter de antijurídico, vale decir, niegan o anulan la responsabilidad en la falta disciplinaria por parte del sujeto pasivo de la acción disciplinaria.

Por lo tanto, quien alegue que el comportamiento calificado como irregular está cobijado por causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, invoque las causales supraleales aceptadas jurisprudencial y doctrinariamente por su origen constitucional o cite las extraleales que son las tomadas de otros ordenamientos jurídicos diferentes y que se aplican por analogía “in bonam partem”, debe plantearlas, sustentarlas y demostrarlas²³.

Señalado lo anterior, procede el despacho a hacer un breve comentario sobre las causales planteadas por la defensa en favor del disciplinado, a la luz de la ley 734 de 2.002, así:

La convicción errada e invencible de que la conducta no constituye falta disciplinaria, tiene su fundamento en la ausencia de dolo o culpa en la acción u omisión del agente pasivo de la acción disciplinaria, ya sea por la ausencia de conocimiento concreto de la tipicidad de la conducta, o por la errada valoración de un elemento normativo del comportamiento definido como falta.

Distinguiéndose en este aspecto el error de la ignorancia, por cuanto el primero implica un concepto equivocado o falso de algo, y la segunda en la falta de conocimiento sobre el hecho, resultando justificable lo primero más no lo segundo.

En cuanto al error debe afirmarse que el mismo no debe ser producto de la negligencia, descuido o desatención por parte del actor, habida cuenta de sus condiciones personales y circunstancias en que se presentó el hecho irregular, de manera tal que sí se ha actuado en esta situación no es viable predicar la causal, puesto que incumplió de manera reprochable el deber de cuidado que es exigible para evitar el resultado definido como típico por el legislador.

“ Consagra el numeral 4 el llamado **error sobre el tipo**, que comprende el que recae sobre su propia existencia y el que apunta a uno cualquiera de sus elementos integradores (sujetos, objetos o conducta): en esta última modalidad, el error del agente puede provenir de una equivocada percepción de la realidad

²³ “Las causas que justifican o excusan la responsabilidad, tienen que aparecer comprobadas plenamente, como todo lo que tiene que producir efectos en la vida del derecho, carga que le incumbe al imputado”. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Consejo Superior de la Judicatura. Radicación 20001279-A-381/00. Sentencia de octubre 12 de 2000.



fáctica que el legislador ha incrustado en el tipo (confunde la cosa propia con la ajena), o de una igualmente equivocada interpretación del alcance y contenido de las expresiones que en veces el legislador plasma en ciertos tipos (ingredientes normativos) y cuyo entendimiento exige especial juicio valorativo no de mera captación sensorial.

En todo caso, para que el error genere inculpabilidad es indispensable que posea la nota de insuperabilidad, es decir, que no le haya sido humanamente posible evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actuó en el caso concreto.

Desde luego, la insuperabilidad de este error no debe medirse con criterio uniforme pues ella varía de acuerdo con las condiciones personales del actor, con las características de aquello que fue objeto de error y con los factores circunstanciales que hayan rodeado el hecho. **Por eso en tratándose de un error de interpretación normativa de expresiones propias del derecho, es importante examinar los conocimientos jurídicos del agente, su experiencia judicial y el texto mismo de la disposición interpretada para deducir su claridad formal o su compleja conformación.**

Evidenciada esta nota del error (su insuperabilidad), la culpabilidad no se da por ausencia de dolo en cuanto faltaría uno de sus elementos: el del conocimiento de la concreta tipicidad de la propia conducta, o lo que es lo igual, del aspecto cognoscitivo del actuar doloso. Si, en cambio, el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención: si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectual de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico. (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, providencia del 24 de mayo de 1.983).

“Pero en tratándose de supuesto o reales errores de interpretación de las normas jurídica por parte de los jueces es necesario examinar si las disposiciones interpretadas mostraban un contexto complejo o simple, pues sólo en los casos en que la oscuridad del texto o la complejidad del fenómeno en él encerrada permitan la posibilidad racional de interpretaciones variada o equívocas, es posible aceptar la existencia de un error invencible; lo que significa, a contrario sensu, que frente a disposiciones de simple y clara redacción cuyo contenido inequívoco para quien poseyendo conocimientos jurídicos normales está en condiciones de entenderlo y aplicarlo adecuadamente, no es lógico suponer ni jurídico aceptar que incurra en errores interpretativos con magnitud suficiente para edificar sobre ellos exoneración de responsabilidad por ausencia de culpabilidad.(CSJ. Sala de Casación Penal. Enero 24 de 1984. Gaceta Judicial N° 2416. Tomo CLXXVII).

En sentencia del 24 de mayo de 1983, la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“Consagra el llamado error de tipo, que comprende el que recae sobre su propia existencia y el que apunta a uno cualquiera de los elementos integradores (sujetos, objetos, conducta); esta última modalidad, el error del agente puede provenir de una equivocada percepción de la realidad fáctica que el legislador ha incrustado en el tipo (se confunde la cosa propia con la ajena), o de una igualmente equivocada interpretación del alcance y contenido de expresiones



que en veces el legislador plasma en ciertos tipos (ingredientes normativos) y cuyo entendimiento exige especial juicio valorativo y no mera captación sensorial..”

Argumentó la defensa como **eximente de responsabilidad disciplinaria**, en caso de no aceptarse los argumentos expuestos, **la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria, causal contenida en el artículo 28 numeral 6 de la ley 734 de 2002.**

Sobre la condición de Médico Pediatra del señor JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, argumentó que el investigado es un reconocido médico con especialidad en pediatría, con amplia trayectoria, sin antecedentes disciplinarios, fiscales o penales, apegado al cumplimiento de las normas vigentes, por lo que dado su desconocimiento de la aplicación de normas y específicamente en materia contractual, desde el año 2013, cuando asume la gerencia del hospital, consultó a la asesora jurídica del hospital, doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS, experta en derecho administrativo, sobre la existencia de posible inhabilidad o incompatibilidad para que el doctor PARRA MONTOYA continuara vinculando en la modalidad de contrato de prestación de servicios asistenciales, quien siempre ha manifestado que la inhabilidad para contratar según lo expuesto el artículo 8 numeral 2 inciso b), se extendía hasta el segundo grado de consanguinidad.

Cita las reiteradas veces en las que la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTRERAS expide concepto jurídico sobre inhabilidades e incompatibilidades de los contratos de prestación de servicios, dirigido a JUAN AGUSTIN RAMÍREZ MONTOYA, el cual fundamenta en pronunciamientos de las altas cortes y conceptos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, ya referidos en acápites anteriores.

Citó la defensa al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ (E) en fecha 27 de febrero de 2014, Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00888-00 (2728 -12) frente a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 28 numeral 6 del CDU de la Ley 734 de 2002:

Agregó la defensa que son elementos estos que se encuentran debidamente acreditados con las pruebas documentales anexas, que son la que evidencian que el investigado, actuó de forma diligente y acudió al profesional idóneo y con pleno conocimiento en materia contractual, quien a través de los conceptos emitidos, lo llevó a la errada convicción que las causales de inhabilidad en materia contractual eran las previstas en el artículo 8º. de la Ley 80 de 1993, situación que no tenía capacidad para entrar a debatir en su condición de médico pediatra.

Sostuvo que es así como la conducta desplegada por el investigado, estuvo exenta de dolo, no actuó con finalidad distinta de cumplir sus funciones de prestar el mejor servicio y menos de dichos contratos de dichos contratos se derivó beneficio para las partes.



En el caso soslayado por la defensa en relación con la exigente de responsabilidad, se concluye que el concepto equivocado o falso de algo, resulta justificable; en el presente asunto, por la condición de médico del disciplinado y no conocedor de la ley que consagra esta prohibición, fue ilustrado sobre un concepto equivocado de la figura jurídica por la cual se le investiga, como es el conflicto de intereses y no la inhabilidad e incompatibilidad contractual sobre la que se sustenta los conceptos la asesora jurídica, que indudablemente inducen a error al galeno.

Lo anterior cierra efectivamente la posibilidad al dolo, pero también cierra la perspectiva de una culpabilidad culposa en tanto que sería improcedente señalar que el disciplinado incurrió en una alguna de las modalidades de culpa, cuando no puede argumentarse desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento; ni por incurrir en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones; como tampoco en un descuido leve o ligero o falta de diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, porque su no conocimiento de derecho, precisamente lo hace acudir a un profesional en tal campo, que sin estar equivocada en sus conceptos que funda sobre la inhabilidad e incompatibilidad para contratar, no aplican al conflicto de intereses que ocupa a éste despacho.

En estas condiciones considera el despacho que le es aplicable la causal invocada por la defensa y por tanto este despacho no hará el análisis de culpabilidad, en el presente fallo.

4.4. Otras determinaciones

Como quiera que dentro del plenario existe material probatorio suficiente que señala como presunta responsable de la actuación que se cuestiona, a la doctora JUDITH MAGALY CARVAJAL CONTERAS, en su condición de Asesora Jurídica de la Empresa Social del Estado, Hospital Universitario Erasmo Meoz, para la época de los hechos, por su participación de acuerdo con sus funciones de asesoría legal al señor Gerente de la entidad hospitalaria, doctor JUAN AGUSTIN RAMIREZ MONTOYA, que lo hicieron incurrir en el error de derecho, se compulsará copias del plenario con destino a la Procuraduría Regional de Norte de Santander para que adelante las actuaciones que sean necesarias, de acuerdo con su competencia.

En mérito de lo expuesto, **el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa,**

RESUELVE



PRIMERO: Declarar **DESVIRTUADO Y NO PROBADO** el cargo formulado al doctor **JUAN AGUSTÍN RAMÍREZ MONTOYA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 13.257.988, en su condición de **Gerente General de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Erasmo Meoz**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: En consecuencia **ABSOLVERLO** de responsabilidad disciplinaria al considerar que los argumentos de la defensa, fueron suficientes para demostrar su inocencia en relación con los señalamientos que se hicieron en el pliego de cargos.

TERCERO: La decisión se tiene por notificada en estrado y contra la misma procede el recurso de **apelación** que debe ser interpuesto sustentado oralmente en desarrollo de esta diligencia o por escrito dentro de los dos (2) días siguientes. Recurso que será concedido en el efecto suspensivo, para ante la Sala Disciplinaria **de la Procuraduría General de la Nación**. (Artículo 180 de la ley 734 de 2.002.).

CUARTO: **COMPULSAR** copias de las diligencias en medio magnético y del presente proveído con destino a la Procuraduría Regional de Norte de Santander, de conformidad con lo señalado dentro del título otras determinaciones, para lo de su cargo.

QUINTO: En firme la decisión dése cumplimiento a los artículos 172 y 174 de la ley 734 de 2.002 y archívese el proceso.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GIANCARLO MANCENARO JÍMENEZ
Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa

GMJ/apn
Revisores: Dr Andrés Varela
Dr. Hernando Aragón González
Cdo. 1 (1 a 251) folios
Cdo. 2 (252 a 500) folios
Cdo. 3 (501 a 669) folios
Cdo. 4 (670 a 948) folios
Cdo. 5 (949 a1096) folios
Cdo. Acumulación 27 folios
Anexo 1 Reserva sumarial y legal
CDs (folios 27A y 73 del cdo 1 y 310 A, 418 y 500 del cno 2)



SALA DISCIPLINARIA

FALLO QUE CONFIRMA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA-Directora de ANLA luego de dejar el cargo suscribió contrato con concesionaria ruta del sol empresa que estuvo sujeta a su inspección y vigilancia

CAUSALES DE NULIDAD DE LA ACTUACION DISCIPLINARIA-Principios que orientan su declaratoria y convalidación según Corte Suprema de Justicia

DIRECTIVA-Declaratoria de nulidad en proceso disciplinario

PLIEGO DE CARGOS-Observancia a requisitos legales busca evitar arbitrariedades por parte del titular de la función disciplinaria al momento de tomar decisiones

PLIEGO DE CARGOS-Deberes del instructor del proceso disciplinario

La formulación de cargos es una actuación de trámite donde se sientan las bases sobre la acusación que se desarrollará en el proceso disciplinario dirigido a establecer la responsabilidad disciplinaria del disciplinable; de modo que, el instructor del proceso debe fijar la descripción y determinación de la conducta investigada, las normas presuntamente violadas, la identificación del autor de la falta, la denominación del cargo, análisis probatorio que fundamenta el cargo, la exposición de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, la forma de culpabilidad y la respuesta a los argumentos expuestos por lo sujetos procesales a efectos de que puedan ejercer el derecho de defensa

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ENTRE EL FALLO Y LA ACUSACIÓN-Aspectos básicos

La congruencia como principio estructurante del proceso y garantía, implica que la sentencia ha de guardar adecuada relación de conformidad con la resolución de acusación, en sus tres aspectos básicos: personal, fáctico y jurídico. La congruencia personal dice relación con la conformidad que debe existir entre los sujetos a que se refiere la acusación y aquellos a que se contrae la sentencia. La fáctica, con la identidad entre los hechos y circunstancias definidos en la acusación, y los que sirven de sustento al fallo. Y, la jurídica, con la correspondencia entre la calificación, entendiéndose por tal el juicio que de los hechos se hace frente a su regulación jurídica, que contiene la acusación, y la que preside la sentencia

Las dos primeras (congruencia personal y fáctica), son absolutas. Es decir que los sujetos y los supuestos fácticos de la sentencia deben ser necesariamente los mismos de la acusación. La jurídica, en cambio, es relativa, pues nuestra legislación permite al juez condenar por una especie delictiva distinta de la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando pertenezca al mismo género, y la situación del procesado no resulte afectada con una sanción mayor. Si estas condiciones no se cumplen, habrá lugar, en principio, a solicitar la enmienda del fallo, para ajustarlo al objeto definido en la acusación



Expediente 161-7780

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA-Situación fáctica es absoluta y no se puede modificar

INCURSIÓN EN PROHIBICIONES-Asesoría al Concesionario Ruta del Sol en materias frente a las cuales tenía restricción

El análisis probatorio realizado, permite establecer que..., al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría con la Concesionaria Ruta del Sol, actuó de manera voluntaria; es decir, que no existió una situación (caso fortuito o fuerza mayor) que la dirigiera a actuar de la forma que lo hizo, como tampoco existió amenaza de un tercero que hubiese disminuido su voluntad. Por el contrario, la prueba que obra en el plenario refleja que la disciplinada actuó voluntariamente, comprendiendo y queriendo lo que hacía. Además, como se indicó en líneas anteriores la disciplinada conocía de la ilicitud de su comportamiento por su condición de Directora Nacional de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, si no, además, por su experiencia al momento de posesionarse en los cargos directivos donde su hoja de vida debía ajustarse a los requisitos legales para aceptar y ejercer el cargo

En este orden de ideas, a..., le era exigible el juicio de reproche, donde su actuar podía ejercerse conforme a derecho, pero decidió voluntariamente en nombre y representación propia celebrar el contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., dentro del término de dos (2) años, previsto en la prohibición legal, esto es, decidió voluntariamente realizar la conducta típica y sustancialmente ilícita, sin que se haya demostrado dentro del plenario que la funcionaria hubiese actuado bajo las circunstancias de un error, quedando demostrado en grado de certeza que la disciplinada actuó con dolo



Expediente 161-7780

Bogotá, D. C., seis (6) de abril de dos mil veintiuno (2021)
Aprobado en Acta de Sala N°14

Radicación n.º	IUS-E-2018-567165-IUC-2018-1209477 (161-7780)
Disciplinado(a)	LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR
Cargo y entidad	Ex directora general de la ANLA
Quejoso	De oficio
Fecha de los hechos	Hasta diciembre de 2015
Asunto	Fallo de Segunda Instancia

P.D. PONENTE SILVANO GÓMEZ STRAUCH

I.- ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la defensa de la doctora **LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR**, en contra del fallo de primera instancia proferido el 31 de agosto de 2020, mediante el cual el grupo Élite Anticorrupción de la Procuraduría General de la Nación **la declaró responsable disciplinariamente** por el cargo único formulado con **sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses e inhabilidad especial por el mismo término**; sanción de suspensión que por cesación del cargo se convirtió a seis meses del salario devengado para la época de los hechos.

II.- HECHOS

La señora LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR fue directora de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) hasta el 10 de septiembre de 2013, luego de la dejación de este cargo suscribió con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría n.º 082 de diciembre de 2014, empresa que estuvo sujeta a la inspección, vigilancia, control y regulación de la mencionada Autoridad.

III.- ANTECEDENTES PROCESALES

En atención a que Noticias Uno y el Espectador revelaron las grabaciones que realizó el entonces Controller del Concesionario Ruta del Sol II, JORGE ENRIQUE PIZANO, de las reuniones que sostuvo con el abogado NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, asesor del Grupo Aval, donde se hizo referencia a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR; la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, el 19 de noviembre de 2018, dispuso apertura de investigación disciplinaria por presuntas irregularidades administrativas consistentes en que la señora LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, en su condición de ex directora de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales pudo haber violado la *prohibición* contenida en el



Expediente 161-7780

numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002¹, al contratar con el Concesionario Ruta del Sol II materias frente a las cuales tenía restricción.²

El despacho del Viceprocurador General de la Nación, mediante Resolución n.º 770 de julio de 2019 asignó competencia al coordinador del Subgrupo Disciplinario del Grupo Élite Anticorrupción como funcionario especial para asumir el conocimiento y adelantar la actuación disciplinaria hasta proferir decisión de fondo.³

El Grupo Élite Anticorrupción, el 9 de octubre de 2019, conforme lo previsto en el artículo 53 de la Ley 1474 de 2011, que adicionó el artículo 160A de la Ley 734 de 2002, dispuso el cierre de la investigación disciplinaria.⁴ El 20 de noviembre de 2019, se formuló el siguiente pliego de cargos:

Cargo único

LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, identificada con C.C. n.º63.366.054, en su condición de ex servidora pública, directora general código 15, del despacho de la dirección general, nombrada mediante Resolución n.º 009 del 7 de octubre de 2011, emitida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, posesionada mediante acta n.º 43 del 7 de octubre de 2011 - cargo que ejerció hasta el **10 de septiembre de 2013**, pudo haber incurrido en la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011, al haber prestado a título personal servicios de asistencia, representación y asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., empresa que estuvo sujeta a la inspección, vigilancia, control y regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, de la cual fue directora general, dentro del término de dos (2) años luego de la dejación del cargo; esto, en razón a que suscribió con dicha concesionaria un **contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría n.º 082 de diciembre de 2014**, por el cual recibió pagos mensuales hasta noviembre de 2015.

Notificado el pliego de cargos⁵ y rendidos los descargos, el 27 de enero de 2020, el Grupo Élite de Anticorrupción negó algunas pruebas de descargos⁶, motivo por el cual, la defensa de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR interpuso recurso de apelación el cual fue concedido el 17 de febrero de 2020.⁷ La Sala Disciplinaria, el 13 de mayo de 2020, resolvió el recurso de apelación en el sentido de ordenar la declaración de ÁLVARO VECINO.⁸

El 26 de junio de 2020, el Grupo Élite Anticorrupción de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 92 y el artículo 169 de la Ley 734 de 2002, corrió traslado a los sujetos procesales por el término de diez (10) días, con el fin de que presenten los alegatos de conclusión.⁹

¹ Modificado por el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011.

² Cuaderno Original n.º1. Folio 12 y Ss.

³ Cuaderno Original n.º1. Folio 187 y Ss.

⁴ Cuaderno Original n.º1. Folio 242.

⁵ Cuaderno Original n.º1. Folio 264.

⁶ Cuaderno Original n.º1. Folio 269, 270.

⁷ Cuaderno Original n.º2. Folio 89.

⁸ Cuaderno Original n.º2. Folio 94 y Ss.

⁹ Cuaderno Original n.º2. Folio 130.

Presentadas las alegaciones finales, el 31 de agosto de 2020, el Grupo profirió fallo de primera instancia declarando responsable disciplinariamente del cargo formulado a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, en consecuencia, se dispuso como sanción suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses e inhabilidad especial por el mismo término y por no continuar en el cargo la suspensión se convirtió a seis meses del salario devengado, correspondiente a \$118'296.480.00, suma que deberá ser cancelada a favor de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales.¹⁰ Contra esta decisión la defensa de la disciplinada interpuso recurso de apelación,¹¹ el cual se concedió el 8 de septiembre de 2020, en el efecto suspensivo.¹²

La secretaria de la Sala Disciplinaria, con fecha del 14 de septiembre de 2020, dejó constancia, que recibió el expediente físico IUS E-2018-567165 – IUC-D-2018-1209477, para impartir trámite a dicho recurso de apelación.¹³

IV.- DECISIÓN RECURRIDA

El Grupo Élite Anticorrupción, el 31 de agosto de 2020, emitió fallo de primera instancia, donde declaró responsable disciplinariamente del único cargo formulado a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, por la falta grave a título de dolo, imponiendo como sanción suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses e inhabilidad especial por el mismo término y que por no continuar en el cargo, la suspensión se convirtió en seis (6) meses de salario correspondiente a (\$118'296.480.00) que deberán ser cancelados a favor de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, en los siguientes términos:

En atención al Manual Especifico de Funciones acompañado del decreto y sus resoluciones, los actos administrativos que conllevaron al cumplimiento de funciones por parte de la investigada en su condición de directora de la ANLA, que tuvieron directa relación con la Concesionaria Ruta del Sol, y revisado el contrato n.º 082 del 15 de diciembre del 2015, permitieron establecer al Grupo Élite Anticorrupción que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR suscribió un contrato con una empresa que fue objeto de vigilancia y supervisión por parte de la entidad de la cual la investigada había sido su directora general dentro de los dos años siguientes a la fecha de su retiro, conforme lo prescribe el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011.

Además de lo anterior, se estableció que los temas sociales del contrato eran inescindibles del licenciamiento ambiental, tal y como lo reflejó la Resolución n.º 0439 del 6 de julio de 2012, mediante la cual otorgó una licencia ambiental, se hacen importantes consideraciones frente a los temas sociales que afectan a las comunidades que serían influenciadas por la vía,

¹⁰ Cuaderno Original n.º2. Folio 142 y Ss.

¹¹ Cuaderno Original n.º2. Folio 174 y Ss.

¹² Cuaderno Original n.º2. Folio 194.

¹³ Cuaderno Original n.º2. Folio 196.



Expediente 161-7780

pues en manera alguna el impacto social que tiene un proyecto vial puede ser desligado del análisis general y profundo que debe hacer la autoridad ambiental a efectos de conceder o no una licencia ambiental; tan es así, que sin el concepto favorable de cumplimiento de este medio socioeconómico y de socialización y consenso con la comunidad la licencia no podía ser otorgada.

LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, adelantó reuniones con los equipos para establecer cómo se estaban manejando los programas sociales por parte de la Concesionaria y no se presentarán afectaciones a la construcción de la vía, éstas evidentemente tenían relación con las funciones propias de su cargo como directora de la ANLA, puesto que tenía que verificar y validar el cumplimiento de dicho componente social por parte de la Concesionaria con el fin de otorgar la licencia ambiental respectiva. Recordó el *a quo* que la Concesionaria Ruta del Sol estaba sujeta a la inspección, vigilancia, control o regulación de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales de la cual LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, era su directora general.

En ese sentido, se constató que no transcurrieron los dos (2) años que estipula como prohibición el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011, sin embargo, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR suscribió contrato de prestación de servicios a título personal con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por lo que en principio no podía prestar sus servicios de asistencia, representación o asesoría a dicha Concesionaria, en razón a que la investigada como directora de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ejercía funciones de inspección, vigilancia, control y regulación sobre esa empresa.

Conclusión a la que llegó el Grupo Anticorrupción, al verificar con la certificación laboral que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, fue directora de la ANLA desde el 7 de octubre de 2011 hasta el 10 de septiembre de 2013, fecha a partir de la cual empezó a regir la prohibición contenida en el Estatuto Anticorrupción y se mantenía hasta el 10 de septiembre de 2015; lo que implicaba que no podía contratar para realizar alguna de esas actividades con las entidades que hubieran estado sujetas a su inspección, vigilancia, control y regulación, como es el caso de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en el tema ambiental, **pero** se constató que el contrato con esta Concesionaria empezó el 15 de diciembre de 2014, esto es, estando en plena vigencia la mencionada prohibición.

Normas violadas, concepto de violación y modalidad específica de la conducta.

Adecuación Típica

Tal y como se indicó en el pliego de cargos, a la ex servidora pública LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR le son aplicables el artículo 6.º y 209 de la



Expediente 161-7780

Constitución Política, que establecen que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, la leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado y que de conformidad con el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011 hay una *prohibición* para los ex servidores públicos.

En ese sentido, señaló el *a quo*, que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, en su condición de ex directora general de la ANLA, incurrió en la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011, al haber prestado a título personal servicios de asistencia, representación y asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. que estaba sometida a la inspección, vigilancia, control y regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, de la cual aquella era directora general, lo cual le estaba prohibido hasta por un término de dos (2) años luego de la dejación del cargo.

Artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011.

Artículo 3. Prohibición para que exservidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.

LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, luego de haberse desvinculado de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, dentro de los dos (2) años que señala la prohibición, prestó a título personal servicios de asistencia, representación a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en aspectos que también tenían directa relación con sus funciones como directora de la ANLA, de conformidad con lo previsto en el Decreto 3573 del 27 de septiembre de 2011. Fundamentalmente al momento del otorgamiento de licencias ambientales a dicha Concesionaria, tales como, el aspecto social y relacionamiento con la comunidad como transversal y trascendente en el

otorgamiento de una licencia ambiental. Tal y como se desprende de la norma que regula la materia y las resoluciones que otorgaron licencias ambientales a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para cuando la exdirectora investigada era la cabeza de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales.

Ilicitud Sustancial

La conducta que se le imputó vulneró el principio de moralidad pública y de contera los deberes funcionales a ella encomendados, los cuales por expresa disposición legal y con aval constitucional, fueron extendidos en el tiempo, para evitar las indebidas injerencias de exfuncionarios en aspectos que fueron de su resorte funcional.

Así las cosas, se vulneró el principio de moralidad de la función administrativa, toda vez que, en su condición de ex directora general de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, estaba aún obligada a respetar las leyes y no incurrir en el prohibición del Estatuto Anticorrupción, utilizando de manera ilegal su conocimiento, trabajo e intereses en provecho de intereses particulares con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que tuvo acceso por razón de la calidad de servidora pública y la cercanía y posición administrativa que ocupó cuando era servidora pública respecto del vigilado y posterior contratante.

Culpabilidad

Señala el *a quo*, que para el momento de los hechos que se imputan, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR tenía la capacidad de motivarse por la regla que prohibía asesorar y asistir a particulares que habían sido objeto de inspección, vigilancia, control o regulación de la ANLA, entidad de la cual, la investigada era su directora general. Tenía la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión y para el caso concreto es imputable.

Conforme a los elementos que obran dentro del proceso, la investigada conocía los elementos estructurales del tipo disciplinario, pues sabía del catálogo de deberes y prohibiciones de todo servidor y ex servidor del Estado, Así mismo, trató de eludir la configuración de la prohibición señalada en razón a la vaguedad del objeto del contrato de prestación de servicios suscrito con la concesionaria.

Del mismo modo, se logró establecer que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, actuó voluntariamente, comprendiendo y queriendo lo que hacía, como también conocía de la ilicitud de su comportamiento por su condición de directora general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. En conclusión, al encontrarse todos los elementos de la categoría de la culpabilidad y demostrado con certeza que SARMIENTO VILLAMIZAR, actuó con dolo, se le reprocha en esa condición la conducta objeto de censura.

Calificación definitiva de la falta

El despacho encontró que la conducta desplegada por LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR goza de trascendencia y gravedad, al tratarse de la incursión en una prohibición legal que, en el marco de las normas de anticorrupción, buscan en el caso de la denominada puerta giratoria, preservar la probidad, independencia, imparcialidad y transparencia de la Administración Pública; razón por la cual, se calificó definitivamente la falta como grave a título de dolo.

Sanción por imponer

Teniendo en cuenta que la conducta se calificó como falta grave a título de dolo, la sanción a imponer será la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses e inhabilidad especial por el mismo término; toda vez que la suspensión mínima es de un (1) mes y las máxima de doce (12) meses, conforme el artículo 47 del CDU; para el caso concreto concurren los siguientes criterios, (i) la no existencia de antecedentes fiscales o disciplinarios, (ii) el grave daño social de la conducta, (iii) por la lesión que conlleva para la administración pública que un alto directivo del Estado vulnere la denominada puerta giratoria, (iv) pertenecer al nivel directivo de la entidad, los demás criterios, conforme a lo señalado por el *a quo*, no concurren en el presente caso.

Como LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, no continúa en el ejercicio del cargo, la sanción de suspensión se convertirá en seis (6) meses de salario para la fecha en la cual cesó en el ejercicio del cargo, que ascendía a la suma de (\$19'716.080) para el año 2013, es decir, un valor de (\$118 '296.480) que deberán ser cancelados a favor de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales.

V.- RECURSO DE APELACIÓN

La defensa de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, solicitó revocar la totalidad del fallo sancionatorio y en su lugar absolverla. En desarrollo y sustento del recurso de apelación se formularon los siguientes planteamientos:

En el pliego de cargos se precisó el marco fáctico de la imputación y solo se hizo referencia a los temas de licenciamiento ambiental y no a las actividades de carácter social o vinculadas con el tema social; motivo por el cual, al no haberse imputado desde el punto de vista fáctico cargo alguno derivado de las actividades o temas relacionados con el contenido o nexos sociales del licenciamiento ambiental, no se podía declarar responsable a su defendida por aspectos que no fueron materia y sustento de la imputación en punto a la facticidad comunicada del único cargo formulado, donde se señaló que “claramente se ejercían funciones de inspección, vigilancia,

control y regulación frente a todo el tema de licenciamiento ambiental, específicamente para el caso que nos ocupa, en la construcción vial”.

Agrega la defensa que las referencias a la inhabilidad solo se invocaron los deberes funcionales relacionados con el tema ambiental, la construcción vial y aprovechamiento forestal; tema ambiental que fundamentó la imputación fáctica, razón por la cual la defensa considera que su defendida fue sancionada por unos hechos que no fueron imputados en el pliego de cargos, puesto que los argumentos para sostener que el tema social era inescindible del licenciamiento fue un aspecto novedoso en el fallo sin que se haya permitido su controversia en el desarrollo del proceso, lo que sorprendió a la defensa sobre todo porque el contrato suscrito con la concesionaria alude expresamente al tema social, por tanto, al haber sido un tema conocido el operador disciplinario prefirió la tesis de un objeto contractual indeterminado.

Agrega la defensa que la literalidad del contrato demuestra que el objeto del mismo expresa claramente que el componente social fue determinante para su celebración, señalando que esa realidad fue desconocida por la Procuraduría al afirmar que no lo era porque su descripción no era suficiente para precisar el objeto del acuerdo del bilateral; por tanto, el hecho de que la Ruta del Sol no haya allegado los productos del contrato, eso no implica que no existan, de ahí la importancia de la declaración del señor VECINO y el contenido de los correos electrónicos que dejaron claro que el objeto del contrato tenía que ver con temas sociales y no con el licenciamiento ambiental vinculado a la construcción de obras civiles y aprovechamiento forestal tal y como lo señaló el señor VECINO en su declaración.

Solicitudes de nulidad

(i).- Estima la defensa que de aceptar la tesis del *a quo*, esto es, de tener por implícito el tema social para concluir que fue materia en consideración en el pliego de cargos y sancionar por esa conducta que no fue atribuida, se estaría frente a la hipótesis de nulidad de los pliegos ambiguos e imprecisos, pues en el pliego de cargos no se destacó lo inescindible entre lo social y el licenciamiento ambiental, puesto que lo único reprochado fue lo relacionado con los temas vinculados con el licenciamiento ambiental, construcción vial y aprovechamiento forestal. Situación que atenta abiertamente contra el derecho de defensa y, por ello, el pliego sería nulo, como nula sería la actuación surtida con posterioridad al mismo, lo cual no es saneable precisamente por el principio de trascendencia de las nulidades procesales.¹⁴

(ii).- Acudiendo a lo previsto en el artículo 146 de la Ley 734 de 2002, la defensa de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, formuló dos nulidades previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 143 de Código Disciplinario

¹⁴ Cuaderno Original n.º2. Folio 179 (Reverso).

Único por violación al derecho de defensa y la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso por manifiesta violación al principio de congruencia en atención a que se evidencia que el pliego de cargos fue variado en el fallo tanto en lo fáctico como en lo jurídico, pues se agregaron hechos que no fueron imputados, aprovechando expresiones utilizadas al momento de formular el único cargo “sin que se haya variado la calificación provisional como lo dispone el artículo 165 de la Ley 734 de 2002 para garantizar el derecho a la defensa”; por tanto, se ha desconocido el mencionado principio en desmedro al derecho de defensa y al debido proceso de la disciplinada.¹⁵

De conformidad con lo anterior, la defensa considera que en el presente caso la “facticidad contenida en el pliego de cargos delimitó la actuación de la defensa como lo hemos consignado con detalle al sustentar la petición de absolución y esto quiere decir que fue sobre esa base fáctica que se edificó el cargo y en ese proceso de construcción nada se precisó sobre ese vínculo inescindible entre lo social y el licenciamiento”. Y agrega, “Para disimular el desaguado en que incurrió el operador disciplinario se acudió a la falacia argumentativa denominada “petición de principio” pues es evidente que esa forma de argumentar para sustentar el fallo pone, aquí sí de manifiesto, que la proposición que debía ser probada se incluyó de manera explícita en las premisas que se han subrayado y destacado y la única forma de lograrlo era incluyendo hechos que no fueron señalados de manera clara e inequívoca en el pliego de cargos. Justamente por ello se utilizó otra falacia argumentativa conocida como “afirmación del consecuente” pues afirmado el antecedente se afirma el consecuente y se remata con una tercera falacia denominada “ad verecundiam” o “falacia de autoridad...”

Indica que el pliego de cargos y el fallo se construyeron sobre elementos que el despacho previamente elaboró, creando el espacio topológico dentro del cual debía desenvolverse la defensa, y conforme a esa argumentación consideró la convergencia y conectividad de los hechos disciplinariamente relevantes y que no incluyó en el pliego de cargos, estimando que así queda demostrado la introducción de hechos nuevos en el fallo violando el debido proceso y el derecho de defensa. Advierte la defensa luego de acudir a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la aplicación de los principios que gobiernan las nulidades en la Ley 600 de 2000, que el operador disciplinario fue quien dio lugar a la configuración del motivo “invalidatorio” y no por causas imputables a la defensa técnica como tampoco a la convalidación de tal accionar.

Por lo expuesto considera que se debe declarar la nulidad de lo actuado a partir del fallo de primera instancia, petición que es subsidiaria, en la medida

¹⁵ Cuaderno Original n.º2. Folio 187 (Reverso). El profesional del derecho apoya su postura en las decisiones reiteradas y pacíficas del Consejo de Estado 250002342000201306148-01 (0491-2017), en la que se reiteró lo manifestado por la Subsección A de la misma corporación dentro del radicado 11001-03-25-000-2011-00651-00. La sentencia de constitucionalidad C-1076 de 2002 y el radicado 161-5927 (IUS2013-263587) de la Sala Disciplinaria, como también el de la Procuraduría Delegada para la Economía y Hacienda Pública. Rad. 052-8106/04.

que por virtud de los principios que gobiernan la nulidad del fallo, la decisión absolutoria es el mejor mecanismo para subsanar el yerro.

Finalmente, la defensa señaló que no cabe duda que su representada no cometió falta disciplinaria y si la llegó hacer fue bajo la convicción errada e invencible de que su actuar no se ajustaba a una falta disciplinaria, con el recaudo probatorio el actuar de su defendida a lo sumo configuraría una culpa leve que, en todo caso es impune al interior del derecho disciplinario.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR; para tal fin, con el propósito de adelantar una adecuada metodología en la resolución del caso se hará referencia: (i) a la competencia de la Sala para resolver el recurso, (ii) se atenderán las solicitudes de nulidad del pliego de cargos y el fallo de primera instancia y (iii) se resolverán los temas sobre la responsabilidad y culpa planteados por la defensa.

6.1.- Competencia

La Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal dispuso apertura de investigación disciplinaria en contra de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, por la posible violación a la *prohibición* contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, al contratar con la Ruta del Sol II materias que tenían restricción, conforme lo previsto por el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011.

El procurador general de la Nación mediante Resolución n.º 028 de 2017, creó el grupo Élite Anticorrupción y designó como su coordinador al procurador primero delegado para la contratación estatal¹⁶, en atención a que el mencionado grupo adelantaba, entre otros, el presente proceso disciplinario por posibles actos de corrupción administrativa, designó mediante la Resolución n.º 770 del 26 de julio de 2019, al titular de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal como funcionario especial para que continuar adelantado la actuación disciplinaria.

Conforme a lo expuesto, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación es competente para revisar, por vía de apelación, el fallo de primera instancia que profirió el 31 de agosto de 2020 el Grupo Élite Anticorrupción cuya titularidad se encuentra en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, con fundamento en el artículo 22, numeral 1.º, del Decreto ley 262 de 2000, en concordancia con el artículo 171 de la Ley 734 de 2002, que faculta al *ad quem* a revisar los aspectos impugnados y los que estén inescindiblemente vinculados a su objeto, ya

¹⁶ Resolución 229 de 2017.

que el recurso de apelación fue presentado en forma oportuna; sobre este punto, el Consejo de Estado señaló:

[D]e acuerdo con el trámite que se debe dar en segunda instancia esta solo se circunscribe a resolver los aspectos debatidos y señalados en el recurso de apelación, la competencia del operador en esta instancia no fue instituida para inmiscuirse en situaciones que no hayan sido propuestas en el recurso de apelación a menos que se trate de cuestiones que resulten inescindiblemente vinculadas a la impugnación¹⁷

En consecuencia, al ser competente el Grupo Anticorrupción cuya titularidad se encuentra en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal para conocer en primera instancia de la presente actuación, el recurso de apelación interpuesto lo debe desatar esta Sala Disciplinaria.

6.2.- Nulidades

El artículo 143 de la Ley 734 de 2002, prevé como causales de nulidad (i) la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo, (ii) la violación del derecho de defensa del investigado y (iii) la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. El párrafo del citado artículo 143 establece que al momento de resolver la solicitud de nulidades deben tenerse en cuenta los principios que orientan su declaratoria y convalidación que, conforme a los principios que regulan su declaratoria, según lo previsto en la Ley 600 de 2000, los que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia concreta así:

- Taxatividad, (motivos establecidos en la ley);
- Protección, (quien haya dado lugar a la nulidad no puede plantearla);
- Convalidación, (la irregularidad puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado);
- Trascendencia, (quien solicita la nulidad debe demostrar la afectación);
- Residualidad, (cuando la nulidad es la única forma de enmendar el agravio);
- Instrumentalidad de las formas, (no procede la nulidad cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa) y
- Acreditación, (quien alega la configuración de un motivo invalidatorio está llamado a especificar la causal).¹⁸

¹⁷ Confrontar decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia n.º 11001-03-25-000-2011-00288-00 del 27 de noviembre de 2014. C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

¹⁸ CSJ, Sentencia 21580 de marzo 3 de 2004.



Expediente 161-7780

En virtud de lo reseñado, es claro que la nulidad se erige como el último recurso de corrección frente a flagrantes violaciones que afectan derechos fundamentales y/o valores del procedimiento, por tanto, su aplicación no corresponde a situaciones de informalidad, sino que exige un perjuicio real para la garantía y validez de la actuación.

Así las cosas, principios y derechos como el debido proceso y el derecho a la defensa, desarrollados en los artículos 6.º y 17 del Código Disciplinario Único, son fundamentales, toda vez que van encaminados a garantizar al disciplinado que el trámite procesal disciplinario se adelante con respeto, no sólo a la ritualidad procesal, sino al derecho a la defensa. Sobre el tema, el Consejo de Estado ha indicado:¹⁹

La Sala recordó que, de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política, en las actuaciones de la administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial”. “(...) En aplicación de esta pauta, el Consejo de Estado ha establecido en una línea jurisprudencial pacífica que, en el **contencioso de anulación de los actos administrativos disciplinarios, no cualquier irregularidad que se presente tiene por efecto generar una nulidad de las actuaciones sujetas a revisión – únicamente aquellas que, por su entidad, afectan los derechos sustantivos de defensa y contradicción del investigado.**

Así lo ha expresado inequívocamente el Consejo de Estado, al afirmar que “no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera de por sí la nulidad de los actos a través de los cuales se aplica a un funcionario una sanción disciplinaria, pues lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal entidad que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso”

Reafirmando lo antes dicho, este ente de control expidió la Directiva n.º 10 de 2005, en la que se señaló lo siguiente:

1. La declaratoria de nulidad no procede ante la presencia de cualquier irregularidad, sino cuando la misma trasciende a la existencia de un vicio irremediable, caso en el cual reclama su reconocimiento por el mecanismo de nulidad;
2. La nulidad sólo puede ser declarada una vez el funcionario haya constatado que no existe remedio procesal diferente y que la decisión está informada por los criterios señalados en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, por virtud de lo ordenado por el parágrafo del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, por tanto, el funcionario debe dejar claramente sentado en la decisión:
 - a) Cuál o cuáles de los principios que orientan la declaratoria de nulidad justifica su decisión y como se manifiesta, de conformidad con lo alegado por las partes o verificado en el expediente, la necesidad de nulidad.
 - b) Por qué razón no existe remedio procesal o alternativo diferente a la declaratoria de nulidad.

¹⁹ Consejo de Estado, sentencia del 21 de noviembre de 2013, radicado 11001-03-25-000-2011-00190-00(0649-11. Consejero ponente GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

El artículo 146 de la misma normatividad señala que la solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo, indicando de forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y derecho que la sustenten.

Es de destacar que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el fallo disciplinario definitivo lo constituye la decisión que concluye la actuación administrativa, es decir, aquella que la resuelve de fondo, ya que los actos que deciden los recursos interpuestos en vía gubernativa no pueden ser considerados como los que imponen la sanción. Sobre el tema, el Consejo de Estado señaló:

[S]e considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.

Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto²⁰

Sobre el particular, la Procuraduría General de la Nación, de manera constante y pacífica, viene sosteniendo que las solicitudes de nulidad que se plantean después de emitido el fallo de primera o única instancia se tienen que hacer a través del recurso de apelación, para los procesos de doble instancia, o el de reposición, para los fallos de única instancia, dentro del tiempo que se tiene para presentarlos y sustentarlos, y que su resolución se hace dentro del fallo de segunda instancia o el fallo que resuelve la reposición dentro de los procesos de única instancia, en donde se verificará su procedencia y la validez de los argumentos que sustentan la nulidad; igualmente, se ha manifestado que contra la decisión de nulidad tomada en el fallo de segunda instancia o de reposición de única instancia no procede ningún tipo de recurso.

Varias posturas doctrinales suelen poner el acento de las nulidades en la causa que generó el vicio, la consecuencia jurídica que lo generó o en la situación que dio lugar al defecto del acto procesal. Hay quienes señalan que la nulidad es un estado del acto procesal que requiere, en atención a su carácter normativo, su declaratoria de anormalidad por parte del operador disciplinario; por tanto, la nulidad es el estado de anormalidad jurídica del acto procesal que se produce por la ausencia de alguno de los elementos

²⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Susana Buitrago Valencia. Sentencia del 29 de septiembre de 2009. Radicado. 11001-03-15-000-2003-00442-01.

constitutivos o en los vicios que recaen sobre ellos e impiden lograr la finalidad a la cual está destinado.²¹

La nulidad también se ha entendido como la inidoneidad del acto para cumplir con su finalidad, su declaratoria resulta procedente cuando el acto vulnera gravemente la sustanciación regular del procedimiento o carece de algún requisito que impide su finalidad. Las normas que regulan el proceso deben ser respetadas en toda su extensión no solo por los operadores jurídicos, sino también, por los destinatarios de la ley disciplinaria. Lo que implica que, la nulidad se genera por la actuación del funcionario investido de autoridad y no por el disciplinado, quien no podrá invocar el decreto de nulidad cuando con su conducta ha coadyuvado con el acto señalado de irregular.²²

6.2.1.- Nulidad del pliego de cargos por ambiguos e imprecisos

Para entrar a resolver el planteamiento de validez del pliego de cargos, la Sala (i) se referirá a los requisitos legales del pliego de cargos, (ii) revisará lo relacionado con la ambigüedad de los cargos, (iii) analizará la actuación procesal en lo correspondiente a la formulación del pliego cargos y el ejercicio del derecho de defensa desplegado por el apoderado. Finalmente, a modo de conclusión (iv) se atenderá el fundamento de nulidad planteados y se determinará si la formulación del pliego de cargos vulneró el derecho de defensa.

6.2.1.1.- Requisitos legales del pliego de cargos.

El Código Disciplinario Único del año 2002, reguló en el Capítulo Tercero lo concerniente a la evaluación de la investigación disciplinaria, en su artículo 163, estableció el contenido de la decisión de cargos en los siguientes términos:

Artículo 163.- Contenido de la decisión de cargos. La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

- 1.- La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se realizó.
- 2.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación, concretando la modalidad específica de la conducta.
- 3.- La identificación del autor o autores de la falta.
- 4.- La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.
- 5.- El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.
6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código.
7. La forma de culpabilidad.
8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

²¹ Dogmática practicable del derecho disciplinario. Preguntas y Respuestas. Esiquio Manuel Sánchez Herrera. Tercera Edición 2019. Editorial Ediciones Nueva Jurídica.

²² El proceso disciplinario. Componentes sustanciales y procesales en la Ley 1952 de 2019. Nuevo Código General Disciplinario. Oscar Villegas Garzón. Editorial Ibáñez. Tercera Edición 2019.

Conforme a la norma en comento, el acto de formulación de cargos dentro del proceso disciplinario debe atender lo establecido en el artículo 163 de la Ley 734 de 2002; su observancia busca evitar arbitrariedades por parte del titular de la función disciplinario al momento de tomar decisiones, tales como, hacer imputaciones de responsabilidad disciplinaria a la persona o funcionario vinculado a la investigación.

La formulación de cargos es una actuación de trámite donde se sientan las bases sobre la acusación que se desarrollará en el proceso disciplinario dirigido a establecer la responsabilidad disciplinaria del disciplinable; de modo que, el instructor del proceso debe fijar la descripción y determinación de la conducta investigada, las normas presuntamente violadas, la identificación del autor de la falta, la denominación del cargo, análisis probatorio que fundamenta el cargo, la exposición de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, la forma de culpabilidad y la respuesta a los argumentos expuestos por lo sujetos procesales a efectos de que puedan ejercer el derecho de defensa.

6.2.1.2.- Ambigüedad del Pliego de cargos.

La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación ha señalado que el pliego de cargos es una actuación que tiene requisitos de fondo y de forma, entre ellos, la formulación clara y precisa de los cargos imputados; toda vez que, allí se establecen los límites fácticos y jurídicos del reproche disciplinario; de llegar a incurrirse en ambigüedades en los cargos, siempre que no haya otra solución, procederá la nulidad de la actuación.²³

Se vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa cuando hay una inadecuada estructuración del pliego de cargos, circunstancia que ocurre, por ejemplo, cuando se hace una incorrecta descripción y determinación de la conducta o no se señala la norma violada o el concepto de violación.²⁴

En ese sentido, la descripción y determinación de la conducta debe redactarse de forma clara y precisa, indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó, porque solo así, el disciplinable podrá defenderse si conoce qué se le imputa o de qué se le acusa. Siendo ello una de las formas de garantizar el derecho a la defensa y evitar ser sorprendido con una nueva imputación y sanción, de lo cual no pudo defenderse; en consecuencia, se vulnera el derecho a la defensa si la conducta imputada es confusa, incomprensible o no precisa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló o no señaló la norma violada o el concepto de violación; estas inconsistencias imposibilitan a la defensa controvertir, valorar y solicitar adecuadamente las pruebas.²⁵

²³ Sala Disciplinaria Procuraduría General de la Nación. Radicado 161-7621 del 25 de febrero de 2020.

²⁴ Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Fallo del 13 de mayo de 2019, expediente 161-7332(IUS-2017-609915/IUC-2017-9); autos que declararon la nulidad en segunda instancia del 23 de octubre de 2018, radicación 161-7266 / IUS 2017-2771, D.P. JAIME MEJÍA OSSMAN; del 28 de agosto de 2018, radicación 161-7159 / IUS 2015-141031, D.P. ALFONSO CAJIAO CABRERA.

²⁵ Sala Disciplinaria Procuraduría General de la Nación. Radicado 161-7621 del 25 de febrero de 2020.



Expediente 161-7780

6.2.1.3.- Cargo formulado a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR.

El 20 de noviembre de 2019, el Grupo Élite Anticorrupción, evaluó el mérito del sumario y formuló el siguiente cargo:

Cargo Único

LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, identificada con cédula de ciudadanía n.º63.366.054, en su condición de ex servidora pública: Directora General Código 15 de despacho de la Dirección General, nombrada mediante Resolución n.º009 del 7 de octubre de 2011, emitida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y posesionada mediante acta n.º43 del 7 de octubre de 2011- cargo que ejerció hasta el 10 de septiembre de 2013, pudo haber incurrido en la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011, al haber prestado a título personal servicios de asistencia, representación y asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., empresa que estuvo sujeta a la inspección, vigilancia, control y regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, de la cual fue Directora General, dentro del término de dos (2) años luego de la dejación del cargo; esto, en razón a que suscribió con dicha concesionaria un contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría n.º082 de diciembre de 2014, por el cual recibió pagos mensuales hasta noviembre de 2015.

En el pliego de cargos se estableció que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR fue directora de la ANLA hasta el 10 de septiembre de 2013, fecha a partir de la cual empezaba a regir la *prohibición* contenida en el estatuto anticorrupción y no podía realizar ningún tipo de asesoría, prestación de servicios o representación con una entidad que estuvo sujeta a su inspección, vigilancia, control y regulación como es el caso de la Concesionaria Ruta del Sol en el tema ambiental. **Precisando que en el pliego de cargos reprocha la segunda parte del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, esto es, la misma prohibición para prestar servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.**²⁶

En el pliego de cargos también se analizó la prueba, tales como, los actos administrativos suscritos por la investigada por medio de las cuales otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencias ambientales²⁷, para determinar que la Concesionaria estuvo sujeta a la inspección, vigilancia, control y regulación de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y de la cual LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR era su directora general, que además era la funcionaria que ejercía esas funciones frente al tema del licenciamiento ambiental en la construcción vial.

²⁶ Cuaderno Original n.º1 Folio 255 (reverso)

²⁷ Resolución n.º0439 del 6 de junio de 2012, Resolución n.º0650 del 10 de agosto de 2012, Resolución n.º0651 del 10 de agosto de 2012, Resolución n.º0997 del 30 de noviembre de 2012, Resolución 0244 del 14 de marzo de 2013, Resolución n.º290 del 3 de abril de 2013.

Como normas presuntamente violadas, concepto de violación y modalidad específica de la conducta, el pliego de cargos señaló que a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, en su condición de ex directora general le son aplicables los artículos 6.º y 209 de la Constitución²⁸ y pudo incurrir en la prohibición prevista en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011, puesto que luego de su desvinculación de la dirección de la ANLA, 10 de septiembre de 2013, suscribió contrato de prestación de servicios el 15 de diciembre de 2014 para la Asesoría y consultoría con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. que había sido objeto de inspección, vigilancia, control y regulación desde el punto de vista del licenciamiento ambiental por parte de la agencia y para cuando la investigada era su directora general.

Artículo 3.- Prohibición para que exservidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 que dará así:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y **para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.**

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados.

Se reitera en el pliego de cargos que la disciplinada luego de desvincularse de la ANLA suscribió contrato de prestación de servicios para la asesoría y consultoría con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sociedad que había sido objeto de inspección, vigilancia, control y regulación desde el punto de vista de licenciamiento ambiental para cuando LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR era su directora general y tenía como funciones principales todas las relacionadas con dichas licencias. Así mismo, de acuerdo con el Decreto 3573 del 27 de septiembre de 2011, la ANLA es la encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normatividad ambiental.

La falta fue calificada provisionalmente conforme lo previsto en el artículo 50 de la Ley 734 de 2002 como grave, por violación al régimen de prohibiciones, el grado de culpabilidad dolosa, teniendo como agravantes la jerarquía y mando que el servidor público tuviera en la respectiva institución y las trascendencia social de la falta; puesto que, la implicada se prevalió de su cargo como directora de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

²⁸ Responsable ante las autoridades por infringir la Constitución, las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

(ANLA) con el fin de obtener contratos de asesoría y consultoría con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., dentro del término que expresamente prohíbe el estatuto anticorrupción.

Dentro de la ilicitud sustancial se verificó que con la conducta LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR vulneró el principio de moralidad de la función administrativa y de contera vulneró los deberes funcionales a ella encomendados, los cuales por expresa disposición legal y con el aval constitucional fueron extendidas en el tiempo, precisamente para evitar indebidas injerencias de exfuncionarios en aspectos que fueron resorte funcional de ellos.

En cuanto a la culpabilidad, se estableció que la disciplinada para el momento de los hechos era imputable, porque tenía la posibilidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y actuar conforme a esa comprensión; es decir, tenía la capacidad de ser motivada por la regla que *prohibía* asesorar y asistir a particulares que habían sido objeto de inspección, vigilancia, control o regulación de la ANLA, entidad de la cual, era su directora general. También tenía conocimiento de los elementos estructurales de la conducta disciplinara que se le reprocha y actuó voluntariamente.

6.2.1.4.- Ejercicio del derecho de defensa desplegado por el apoderado conforme al pliego de cargos formulado.

La defensa técnica de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, procedió en sus descargos solicitando el archivo de la actuación al considerar que la misma no se podía adelantar por la presunta ilegalidad de la grabación con la que se fundamentó la indagación preliminar y la investigación disciplinaria; igualmente, solicitó absolver a su defendida del único cargo formulado por cuanto la suscripción del contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría 082 del 15 de diciembre de 2014 con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no comportó quebrantamiento de un deber funcional en condición de servidor público o de particular que ejerciera funciones públicas; lo que implica la atipicidad de la conducta.

En lo correspondiente a la tipicidad objetiva, señaló que el análisis probatorio no hizo una ponderación respetuosa del derecho de legalidad de la falta a la descripción de la prohibición prevista en el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011; puesto que, se enlistaron algunas funciones sin especificar las normas que las contiene lo que generó dificultad para la defensa porque no se concretó la tipicidad en forma debida.

Se refirió al contrato n.º 082 del 15 de diciembre de 2014, suscrito entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, haciendo énfasis en el aparte resaltado en el pliego de cargos respecto a la indeterminación del objeto contractual y al requerimiento hecho a la concesionaria para que se allegaran los productos del contrato, información

que nunca fue remitida al expediente, sobre el particular, señaló que el pliego de cargos parte de la base de que existe una identidad o similitud entre el objeto del contrato de prestación de servicios suscrito y ejecutado con la compañía Ruta del Sol S.A.S., y las funciones que la disciplinada desempeñaba como directora general de la ANLA, a pesar de la indeterminación o vaguedad del objeto contractual, poniéndose de manifiesto los errores de la imputación fáctica y jurídica.

Indicó que el pliego de cargos se apoyó en un entendimiento equivocado de la falta al afirmar que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, no podía prestar ningún tipo de asesoría a la mencionada sociedad porque había estado bajo su vigilancia, control, inspección y regulación por parte de la entidad que dirigió, sin que esos aspectos fueran los únicos componentes del tipo objetivo para la estructuración de la falta, remitiéndose a diferenciar las dos prohibiciones contenidas en el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, conforme a las sentencias de constitucionalidad C-257 de 2013 y C-893 de 2003.

Luego de referenciar las precisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, la defensa señaló que “En el presente caso, se le endilga a mi representada haber prestado servicios de asistencia, representación o asesoría de quienes estuvieron sujetos de inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad a la que perteneció, pero el análisis prescinde del examen relacionado con si los servicios profesionales prestados en su condición de ex servidora pública tienen relación o no con sus funciones, pues estos elementos del tipo hacen parte de la tipicidad”.

Además, que, “en el caso bajo examen, se le reprocha a mi representada haber asesorado a la empresa RUTA DEL SOL S.A.S., que estuvo bajo vigilancia de la ANLA mientras ella fue directora de esa entidad, tanto así que la doctora Luz Helena suscribió varias licencias ambientales para proyectos de los cuales esa compañía es titular”. Pues la relación jurídica regulatoria de la Concesionaria mientras la disciplinada era la directora de la ANLA fue tramitar y obtener las licencias ambientales necesarias para el manejo ambiental de los proyectos que debía desarrollar en virtud de un contrato de concesión suscrito con el Estado colombiano.

Como estrategia defensiva en los descargos, se indicó que la licencia ambiental es independiente frente a las demás autorizaciones estatales que requiere un proyecto de infraestructura, de tal suerte que las cuestiones asociadas a la gestión predial, viabilidad social o licencia social no hacen parte del ámbito de competencia de la autoridad ambiental; en tratándose con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) de la cual su representada fue la directora, las funciones como servidora pública en esa entidad no tenían relación con la gestión social de la empresa Ruta del Sol S.A.S., razón por la cual, en el escrito de descargos la defensa estimó que resultaba importante diferenciar la licencia social de la licencia ambiental; puesto que, la ANLA en el marco del proceso de autorización de licenciamiento ambiental otorga de manera formal y regulada la autorización

para desarrollar el proyecto a licenciar ambientalmente para realizar proyectos de inversión. El licenciamiento social se trata de un instrumento informal que refleja la aprobación continua o amplia aceptación de la comunidad local y otros grupos de interés a un proyecto de inversión.

Al referirse a la finalidad de la viabilidad social del proyecto, la defensa aclaró que dentro de las funciones de la ANLA y su directora general, no se encuentra la de evaluar o hacer seguimiento a la viabilidad social de un proyecto, ya que la licencia ambiental se limita a los aspectos netamente ambientales; razón por la cual, concluye que el objeto del contrato suscrito con la concesionaria no guarda relación con las funciones que su representada ejercía como directora de la ANLA, por ende, no se incurrió en la prohibición endilgada en la segunda parte del inciso primero del artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011.

6.2.1.5.- Conclusión

En el desarrollo del recurso de apelación, la defensa hizo referencia a la nulidad del pliego de cargos por violación al derecho de defensa, al considerar que estos fueron ambiguos e imprecisos al tener por implícito lo inescindible del tema social en el licenciamiento ambiental; puesto que allí lo único reprochado fueron los temas vinculados al licenciamiento ambiental, construcción vial y aprovechamiento forestal.

La descripción y determinación de la conducta atribuida en el pliego de cargos se delimitó a indicar que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR ejerció como directora general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) desde el 7 de octubre de 2011 hasta el 10 de septiembre de 2013; luego de la dejación del cargo y dentro del término previsto por la prohibición legal, suscribió contrato de prestación de servicios el 15 de diciembre de 2014 con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., empresa que estuvo sujeta a la inspección, vigilancia, control y regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, de la cual, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR era la directora general.

Además de lo anterior, el pliego de cargos, conforme con la descripción y determinación de la conducta precisó que desde el momento de la dejación del cargo como directora general de la ANLA, esto es, 10 de septiembre de 2013, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR no podía realizar ningún tipo de asesoría, prestación de servicios, representación ni demás con una entidad que había estado sujeta a su inspección, vigilancia control y regulación, como ocurrió con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en el tema ambiental, y que dicha conducta encuadraría en la segunda hipótesis contemplada en la prohibición del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificada por el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011; es decir, la misma prohibición para prestar servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia y control o

regulación de la entidad, corporación u organismo al que se haya estado vinculado.

Por manera que, el pliego de cargo formulado a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, lejos de ser ambiguo e impreciso, se ajustó a las previsiones del artículo 163 de la Ley 734 de 2002, pues tal y como se evidenció en el numeral 6.2.1.3 de la presente decisión, la descripción y determinación de la conducta se redactó de manera clara y precisa, expuso las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó, señaló la norma presuntamente violada y el concepto de violación especificando la modalidad de la conducta y la forma de culpabilidad, lo que refleja que el pliego de cargo se estructuró adecuadamente.

La claridad, precisión y adecuada estructuración del pliego de cargos permitieron a la disciplinada y su defensa conocer previamente de la conducta imputada para efectos de ejercer su derecho de defensa y evitar ser sorprendida con una nueva y distinta imputación y sanción; tal y como se determinó en el numeral 6.2.1.4 de esta decisión, en donde se logra apreciar que la defensa presentó los descargos solicitando una decisión absolutoria del único cargo formulado por atipicidad de la conducta al considerar que la suscripción del contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría 082 del 15 de diciembre de 2014 con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no comportó quebrantamiento de un deber funcional en condición de servidor público o de particular que ejerciera funciones públicas.

La determinación y descripción de la conducta permitieron a la defensa controvertir el pliego de cargos, atacando la imputación fáctica y jurídica por la inexistencia de identidad o similitud entre el objeto del contrato de prestación de servicios y ejecutado con la compañía Ruta del Sol y las funciones desempeñadas por la disciplinada como directora general de la ANLA, a pesar de la indeterminación o vaguedad del objeto contractual advertida por el despacho. Además, alegó que el pliego de cargos se apoyó en un entendimiento equivocado de la falta al afirmar que su defendida no podía prestar ningún tipo de asesoría a la Concesionaria porque había estado bajo la vigilancia, control, inspección y regulación por parte de la entidad que dirigió LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, considerando que esos aspectos no eran los únicos componentes del tipo objetivo para la estructuración de la falta.

El cargo formulado a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, igualmente permitió a la defensa, acudir al desarrollo jurisprudencial del artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011 realizado por la Corte Constitucional en sentencias C-257 de 2013 y C-893 de 2003, para señalar que a su representada se le estaba endilgando haber prestado servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad a la que perteneció, sin analizar la relación que tenían los servicios profesionales prestados como ex servidora con las

funciones como directora de la ANLA, agregando, que la licencia ambiental es independiente frente a las demás autorizaciones estatales que requiere un proyecto de infraestructura, de tal suerte que las cuestiones asociadas a la gestión predial, viabilidad social o licencia social no hacen parte del ámbito de competencia de la autoridad ambiental; en tratándose con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) de la cual su representada fue la directora, las funciones como servidora pública en esa entidad no tenían relación con la gestión social de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., razón por la cual, en el escrito de descargos la defensa estimó que resultaba importante diferenciar la licencia social de la licencia ambiental.

Conforme lo expuesto, encuentra la Sala que el planteamiento de nulidad del pliego de cargos no está llamado a prosperar, puesto que tal y como se ha ilustrado, este cumplió con el contenido previsto en el artículo 163 de la Ley 734 de 2002, la determinación y descripción de la conducta fue clara y precisa estableciendo los límites fácticos y jurídicos del reproche disciplinario, esto es, la prohibición en la que habría incurrido SARMIENTO VILLAMIZAR al contratar con la Concesionaria Ruta del Sol que había estado sujeta a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad a la que aquella estuvo vinculada en el tema ambiental, tal y como lo dispone la segunda parte o hipótesis del artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011.

6.2.2.- Nulidad por violación al principio de congruencia

La defensa de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, acudió a las causales 2 y 3 del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, para solicitar la nulidad de lo actuado a partir del fallo de primera instancia al considerar que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa por falta de congruencia entre el pliego de cargos y el fallo de primera instancia.

Precisa que, se evidencia que el pliego de cargos fue variado en el fallo tanto en lo fáctico como en lo jurídico, pues se agregaron hechos que no fueron imputados, insistiendo en que nada se precisó sobre el vínculo inescindible entre lo social y el licenciamiento ambiental, aprovechando expresiones utilizadas al momento de formular el único cargo “sin que se haya variado la calificación provisional como lo dispone el artículo 165 de la Ley 734 de 2002 para garantizar el derecho a la defensa”; por tanto, se ha desconocido el mencionado principio en desmedro del derecho de defensa y al debido proceso de la disciplinada.²⁹

Para resolver la nulidad invocada la Sala entrará a: I. pronunciarse sobre el principio de congruencia II. verificar la congruencia en la estructuración del pliego de cargos y el fallo de primera instancia en lo correspondiente al acontecer fáctico y jurídico, y, finalmente, III. a modo de conclusión se

²⁹ Cuaderno Original n.º2. Folio 187 (Reverso). El profesional del derecho apoya su postura en las decisiones reiteradas y pacíficas del Consejo de Estado 250002342000201306148-01 (0491-2017), en la que se reiteró lo manifestado por la Subsección A de la misma corporación dentro del radicado 11001-03-25-000-2011-00651-00. La sentencia de constitucionalidad C-1076 de 2002 y el radicado 161-5927 (IUS2013-263587) de la Sala Disciplinaria, como también el de la Procuraduría Delegada para la Economía y Hacienda Pública. Rad. 052-8106/04.

atenderá los planteamientos de nulidad para responder y decidir lo que corresponda.

6.2.2.1- Principio de congruencia

En atención a que el tema alegado por la defensa es la violación al principio de congruencia, previo a resolver los planteamientos resulta oportuno aludir a la postura desarrollada por la Sala Disciplinaria sobre el particular. En este sentido se ha indicado que la falta que puede ser sancionada debe coincidir con la señalada en el pliego de cargos o en el auto de citación a audiencia, tanto en su aspecto personal, fáctico y jurídico y, en caso de no cumplirse, constituye una violación al derecho de defensa que conlleva la nulidad de la actuación, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado, al señalar:

Entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario debe existir correspondencia en lo que respecta a la denominación jurídica que se atribuye al disciplinado, en garantía de los derechos que le asisten, en particular los de acceso a la investigación, rendir descargos, motivo por el cual los cargos deben estar plenamente identificados en cuanto delimitan el marco de acción de su derecho de defensa; de igual manera garantiza el derecho de impugnación de la decisión ya que su controversia está delimitada por los cargos que se hubieran formulado.

Tal es la relevancia del principio de congruencia, que su desatención puede dar lugar a la invalidación de la actuación, por violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción, es por ello que entre una y otra decisión debe haber consonancia y armonía y puede ocurrir que se formule un cargo por una falta y el fallo disciplinario se emita atribuyendo una distinta a aquella que fue imputada en el pliego de cargos, dado que tal incongruencia redundaría en violación de los derechos previamente aludidos.

Si bien es cierto la ley permite la variación del pliego de cargos, ello no implica la sustitución total de la imputación inicialmente formulada, pues la conducta o falta atribuida no puede ser modificada, a ese respecto se hace precisión en el inciso 5 del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, cuando refiere que la variación permitida surge por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente³⁰

Así mismo, el ordenamiento jurídico interno ha contemplado el aludido principio, en el sentido de establecer que nadie puede ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, como tampoco por delitos por los cuales no se ha solicitado condena³¹, tal y como lo ha expuesto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

La congruencia como principio estructurante del proceso y garantía, implica que la sentencia ha de guardar adecuada relación de conformidad con la resolución de acusación, en sus tres aspectos básicos: personal, fáctico y jurídico. La congruencia personal dice relación con la conformidad que debe existir entre los sujetos a que se refiere la acusación y aquellos a que se contrae la sentencia. La fáctica, con la identidad entre los hechos y circunstancias definidos en la acusación, y los que sirven de sustento al fallo. Y, la jurídica, con la

³⁰ Confrontar, sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, del 30 de junio de 2016, Rad. 0683-11, C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

³¹ Artículo 448 de la Ley 906 de 2000.

correspondencia entre la calificación, entendiendo por tal el juicio que de los hechos se hace frente a su regulación jurídica, que contiene la acusación, y la que preside la sentencia.

Las dos primeras (congruencia personal y fáctica), son absolutas. Es decir que los sujetos y los supuestos fácticos de la sentencia deben ser necesariamente los mismos de la acusación. La jurídica, en cambio, es relativa, pues nuestra legislación permite al juez condenar por una especie delictiva distinta de la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando pertenezca al mismo género, y la situación del procesado no resulte afectada con una sanción mayor. Si estas condiciones no se cumplen, habrá lugar, en principio, a solicitar la enmienda del fallo, para ajustarlo al objeto definido en la acusación.³²

Posteriormente señaló:

[R]ecientemente, en CSJ SP, 30 nov.2016, rad. 45589, al examinar un asunto regulado por la Ley 906 de 2004, esta corporación señaló que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal, al igual que en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000 [...]

De lo anterior se sigue que, hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, siempre que se mantenga el núcleo fáctico de imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes,³³

De conformidad con lo anterior, el principio de congruencia también es aplicable en el derecho disciplinario, por lo que entre el pliego de cargos y el fallo debe existir correspondencia personal, fáctica y jurídica, como ya se señaló precedentemente; lo anterior en garantía de los derechos al debido proceso y a la defensa que le asiste al disciplinado; motivo por el cual, los cargos deben estar identificados en cuanto delimitan el marco de acción de su derecho de defensa; de igual manera garantiza el derecho de impugnación de las decisiones ya que su controversia está delimitada por los cargos que se hubieran formulado.

Tal es la relevancia del principio de congruencia, que su desatención puede dar lugar a la invalidación de la actuación por violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción, es por ello que entre una y otra decisión debe haber consonancia y armonía y no puede ocurrir que se formule un cargo por una falta y el fallo disciplinario se emita atribuyendo una distinta a aquella que fue imputada en el pliego de cargos, dado que tal incongruencia redundaría en violación de los derechos previamente aludidos.

No obstante, como lo ha precisado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la congruencia personal y fáctica son absolutas, en tanto que la congruencia jurídica es relativa, pues esta puede variar, sin acudir a la

³² Confrontar, sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 19 de julio de 2001, Rad. 10868, M.P. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL.

³³ Confrontar, sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 22 de febrero de 2017, Rad. 43041. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

figura del inciso 5.º del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, cuando ella comporta un beneficio para el investigado y no una agravación; sobre este punto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, en relación al artículo 404 de la Ley 600 de 2000, norma similar a la del inciso 5.º del artículo 165 del Código Disciplinario Único, lo siguiente:

De manera que si el fiscal estima que el acusado debe ser condenado, pero por una especie delictiva menos grave o que se le debe reconocer una circunstancia específica de atenuación o, en general, que se le debe aminorar la responsabilidad, así lo debe alegar **y no proceder a modificar la calificación a su favor** [...]

La Sala insiste, lo que no puede hacer el juez, sin romper la congruencia, es agravar la responsabilidad con relación a los cargos imputados en la resolución de acusación y sus modificaciones. Así, si se acusó por homicidio culposo y se varió a homicidio simple, no se podrá condenar por homicidio agravado; y si se acusó por lesiones personales, no se podrá condenar por tentativa de homicidio.³⁴

La anterior postura fue confirmada posteriormente por la misma Sala de Casación Penal, al indicar que:

De otra parte, más allá de lo que viene de señalarse, no se observa que en el *sub judice* se esté ante una variación de la calificación jurídica en los términos del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 como lo sugiere el libelista con el propósito de cuestionar la legalidad de la actuación, pues si como él mismo lo reconoce y la actuación se encarga de mostrarlo, en la sentencia se cambió el delito contra la libertad individual de secuestro extorsivo agravado por un secuestro simple, es claro que simplemente se está ante una morigeración de la imputación jurídica más no frente a su agravación, único escenario frente al cual se puede hablar de la referida variación.

En efecto, cuando se produce una modificación en la imputación jurídica que favorece al procesado, no hay lugar a pregonar que se está ante la variación de la calificación jurídica en los términos del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, como lo insinúa el defensor con el propósito de crear una realidad procesal ajena a la que ofrece la actuación³⁵

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que lo que si no se puede hacer es modificar la situación fáctica, pues ésta, como ya se dijo, es absoluta, sin que ello implique que no se puedan hacer precisiones modales sobre la conducta, tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional, al señalar:

En el terreno práctico la anterior limitación conlleva la imposibilidad de variar la acusación para incluir hechos nuevos adicionales a los que motivaron la acusación, o hechos diferentes que sustituyan a los que motivaron originalmente el pliego de cargos. En cambio, las circunstancias en que se cometió el comportamiento sí puede ser objeto de modificación, toda vez que la conducta, lo que aconteció naturalmente, el acto humano, no resulta siendo sustituido ni adicionado por la modificación de las circunstancias de su acontecer³⁶

³⁴ Confrontar, auto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 14 de febrero de 2002, Rad. 18457. M.P. JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA.

³⁵ Confrontar, sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 27 de noviembre de 2013, Rad. 39870.

³⁶ Confrontar, sentencia C-199 de 2002, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Lo que se debe respetar, entonces, es el núcleo esencial fáctico de la conducta, permitiéndose los cambios circunstanciales. Si no se pudieran precisar estas condiciones implicaría desconocer los fines del proceso. El objeto de todo proceso, en especial los procesos sancionatorios, es esclarecer los hechos con fundamento en el material probatorio recaudado, para administrar justicia con apoyo en la verdad y en la convicción razonada de quien resuelve. De ahí que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de precisar las apreciaciones con base en las cuales se inició el proceso, sin que le esté permitido el cambio del núcleo fáctico de la acusación.

Pretender la inmutabilidad absoluta de la acusación, conllevaría a la ineficacia del juicio, ya que, bajo esta lógica, en el juicio no se podría precisar las circunstancias de modo, tiempo y lugar o, en cada momento en que se aclarara un aspecto de la conducta imputada, se requeriría el cambio de la calificación, convirtiendo el proceso en una actuación ineficaz.

6.2.2.2.- Estructura del pliego de cargos y fallo de primera instancia

Procede la Sala Disciplinaria a verificar la estructuración del pliego de cargos y el fallo de primera instancia en lo relativo al acontecer fáctico y jurídico en cada una de las categorías de la falta endilgada:

Pliego de cargos 20 de noviembre de 2019	Fallo de Primera instancia 31 de agosto de 2020
<p>Cargo Único</p> <p>LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, identificada con la C.C. n.º63.366.054, en su condición de exservidora pública: directora general código 15, del Despacho de la Dirección General, nombrada mediante Resolución n.º009 del 7 de octubre de 2011, emitida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y posesionada mediante acta n.º43 del 7 de octubre de 2011- cargo que ejerció hasta el 10 de septiembre de 2013-, pudo haber incurrido en la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011, al haber prestado a título personal servicios de asistencia, representación y asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., empresa que estuvo sujeta a la inspección, vigilancia, control y regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, de la cual fue directora general, dentro del término de dos (2) años luego de la dejación del cargo; esto, en razón a que suscribió con dicha concesionaria un contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría n.º082 de diciembre de 2014, por el cual recibió pagos mensuales hasta noviembre de 2015.</p>	<p>Cargo Único</p> <p>Las conductas irregulares imputadas provisionalmente a la señora LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, identificada con la C. C. n.º63.366.054, en su condición de exservidora pública: directora general código 15, del despacho de la Dirección General, nombrada mediante Resolución n.º009 del 7 de octubre de 2011, emitida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y posesionada mediante acta n.º43 del 7 de octubre de 2011, fueron las siguientes:</p> <p>LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, identificada con la C.C. n.º63.366.054, en su condición de exservidora pública: directora general código 15, del Despacho de la Dirección General, nombrada mediante Resolución n.º009 del 7 de octubre de 2011, emitida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y posesionada mediante acta n.º43 del 7 de octubre de 2011- cargo que ejerció hasta el 10 de septiembre de 2013-, pudo haber incurrido en la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011, al haber prestado a título personal servicios de asistencia, representación y asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., empresa que estuvo</p>

<p>Normas Presuntamente violadas, concepto de violación y modalidad específica de la conducta.</p> <p>Partiendo del hecho de que a la exservidora pública investigada a través del presente cargo, le es aplicable el artículo 6 y 209 de la Constitución Política, que establece que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado y que de conformidad con el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011- que adiciona como PROHIBICIÓN para los ex servidores públicos una adicional, se tiene que de acuerdo al análisis del acervo probatorio explicado, se aprecia presuntamente la transgresión de las siguientes disposiciones:</p> <p>(...) de conformidad con el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, constituye falta disciplinaria y por tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en el Código Disciplinario Único que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación al régimen de inhabilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.</p> <p>En tal sentido, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, identificada con la C.C. n.º63.366.054, en su condición de exservidora pública: directora general código 15 del despacho de la Dirección General, nombrada mediante Resolución n.º009 del 7 de octubre de 2011, emitida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y posesionada mediante acta n.º43 del 7 de octubre de 2011, pudo incurrir en la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de</p>	<p>sujeta a la inspección, vigilancia, control y regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, de la cual fue directora general, dentro del término de dos (2) años luego de la dejación del cargo; esto, en razón a que suscribió con dicha concesionaria un contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría n.º082 de diciembre de 2014, por el cual recibió pagos mensuales hasta noviembre de 2015.</p> <p>Normas violadas, concepto de violación y modalidad específica de la conducta.</p> <p>En el pliego de cargos se indicó que partiendo del hecho de que a la exservidora pública investigada a través del presente cargo, le es aplicable el artículo 6 y 209 de la Constitución Política, que establece que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado y que de conformidad con el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011- que adiciona como PROHIBICIÓN para los ex servidores públicos una adicional, se tiene que de acuerdo al análisis del acervo probatorio explicado, se confirma presuntamente la transgresión de las siguientes disposiciones:</p> <p>(...)de conformidad con el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, constituye falta disciplinaria y por tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en el Código Disciplinario Único que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación al régimen de inhabilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.</p> <p>En tal sentido, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, identificada con la C.C. n.º63.366.054, en su condición de exservidora pública: directora general código 15 del despacho de la Dirección General, nombrada mediante Resolución n.º009 del 7 de octubre de 2011, emitida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y posesionada mediante acta n.º43 del 7 de octubre de 2011, incurrió en la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de</p>
--	--

2002, modificada por el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011, al haber prestado a título personal, servicios de asistencia, representación y asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., empresa que estaba sometida la inspección, vigilancia, control y regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (de la cual SARMIENTO VILLAMIZAR era Directora General) hasta por un término de dos (2) años, luego de la dejación del cargo, norma que señala con precisión lo siguiente:

Artículo 3.- Prohibición para que exservidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y **para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.**

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.

Como se observa, de todo el material probatorio que obra en el expediente, es posible que la señora LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, luego de haberse desvinculado de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (y dentro de los dos años que señala la prohibición) hubiera prestado a título personal de servicios de asistencia, representación y a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., incurriendo en la prohibición señalada.

No se debe olvidar que SARMIENTO VILLAMIZAR luego de desvincularse de la ANLA el 10 de septiembre de 2013, suscribió un contrato de prestación de servicios para la asesoría y consultoría el 15 de diciembre de 2014 con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sociedad que había sido objeto de inspección, vigilancia, control y regulación desde el punto de vista de licenciamiento ambiental por parte de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, para cuando la investigada era su directora general y quien tenía como funciones principales, precisamente todas las relacionadas con dichas licencias.

2002, modificada por el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011, al haber prestado a título personal, servicios de asistencia, representación y asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., empresa que estaba sometida la inspección, vigilancia, control y regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (de la cual SARMIENTO VILLAMIZAR era Directora General) hasta por un término de dos (2) años, luego de la dejación del cargo, norma que señala con precisión lo siguiente:

Artículo 3.- Prohibición para que exservidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y **para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.**

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.

Como se observa, de todo el material probatorio que obra en el expediente, la señora LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, luego de haberse desvinculado de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (y dentro de los dos años que señala la prohibición) prestó a título personal de servicios de asistencia, representación y a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., incurriendo en la prohibición señalada.

No se debe olvidar que SARMIENTO VILLAMIZAR luego de desvincularse de la ANLA el 10 de septiembre de 2013, suscribió un contrato de prestación de servicios para la asesoría y consultoría el 15 de diciembre de 2014 con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sociedad que había sido objeto de inspección, vigilancia, control y regulación desde el punto de vista de licenciamiento ambiental por parte de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, para cuando la investigada era su directora general y quien tenía como funciones principales, precisamente todas las relacionadas con dichas licencias.

<p>Así mismo, de acuerdo con el Decreto 3573 del 27 de septiembre de 2011. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA- es la encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normatividad ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del país.</p>	<p>Así mismo, de acuerdo con el Decreto 3573 del 27 de septiembre de 2011. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA- es la encargada de que los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental cumplan con la normatividad ambiental, de tal manera que contribuyan al desarrollo sostenible ambiental del país.</p>
<p>Ilicitud sustancial</p> <p>En tal sentido, se verifica que, en el presente caso, existe la violación de los principios en el que se sustentan estas reglas en el que se ha adecuado o tipificado el comportamiento de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, es decir, con la conducta que se le imputa, aparentemente vulneró el principio de la moralidad pública y de contera, la vulneración de los deberes funcionales a ella encomendados, los cuales por expresa disposición legal y con el aval constitucional, fueron extendidas en el tiempo, precisamente para evitar las indebidas injerencias de ex funcionarios en aspectos que fueron resorte funcional de ellos.</p>	<p>Y según se ha visto y ha quedado probado, las obligaciones y actividades que desarrolló en ejecución del contrato suscrito con la CRDS S.A.S., estaban estrechamente relacionadas con sus funciones como directora de la ANLA, fundamentalmente al momento del otorgamiento de licencias ambientales a dicho concesionario; el aspecto social y de relacionamiento con la comunidad eras (Sic) transversal y trascendente en el otorgamiento de una licencia ambiental; así lo dice la norma que regula la materia y así se desprende de la resoluciones que otorgaban licencias ambientales a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para cuando la ex directora investigada era la cabeza de la Agencia Nacional de licencias ambientales.</p>
<p>Ilicitud sustancial</p> <p>En tal sentido, se verifica que, en el presente caso, existe la violación de los principios en el que se sustentan estas reglas en el que se ha adecuado o tipificado el comportamiento de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, es decir, con la conducta que se le imputa, vulneró el principio de la moralidad pública y de contera, la vulneración de los deberes funcionales a ella encomendados, los cuales por expresa disposición legal y con el aval constitucional, fueron extendidas en el tiempo, precisamente para evitar las indebidas injerencias de ex funcionarios en aspectos que fueron resorte funcional de ellos.</p>	<p>Ilicitud Sustancial</p> <p>En tal sentido, se verifica que, en el presente caso, existe la violación de los principios en el que se sustentan estas reglas en el que se ha adecuado o tipificado el comportamiento de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, es decir, con la conducta que se le imputa, vulneró el principio de la moralidad pública y de contera, la vulneración de los deberes funcionales a ella encomendados, los cuales por expresa disposición legal y con el aval constitucional, fueron extendidas en el tiempo, precisamente para evitar las indebidas injerencias de ex funcionarios en aspectos que fueron resorte funcional de ellos.</p>
<p>Lo anterior, por cuanto la investigada, al parecer, vulneró el principio de moralidad de la función administrativa, toda vez que en su condición de ex directora general de la Agenda Nacional de Licencias Ambientales, estaba aún obligada a respetar las leyes y la no incurrir en la prohibición del Estatuto Anticorrupción sobre la que ya nos hemos detenido, al parecer utilizando de manera ilegal su conocimiento, trabajo e intereses, en provecho de intereses particulares, con ventajas obtenida a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público.</p>	<p>Lo anterior, por cuanto la investigada, vulneró el principio de moralidad de la función administrativa, toda vez que en su condición de ex directora general de la Agenda Nacional de Licencias Ambientales, estaba aún obligada a respetar las leyes y la no incurrir en la prohibición del Estatuto Anticorrupción sobre la que ya nos hemos detenido, al (Sic) utilizando de manera ilegal su conocimiento, trabajo e intereses, en provecho de intereses particulares, con ventajas obtenida a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público, y a la cercanía y posición administrativa que ocupó cuando era servidora pública respecto del vigilado y posterior contratante.</p>
<p>Culpabilidad</p>	<p>Culpabilidad</p>

Para el presente LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, tenía para el momento de los hechos que se le imputan, la capacidad de ser motivada por la regla que PROHIBÍA asesorar y asistir a particulares que habían sido objeto de inspección, vigilancia, control o regulación de la ANLA, entidad de la cual ella era su directora general. Ella tenía plena capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues no padecía trastorno mental, no era inmadura psicológicamente, ni se le podía atribuir una diversidad sociocultural que le hubiera impedido actuar conforme a la comprensión de la conducta. Así las cosas, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR era capaz, tanto formal como materialmente, por lo que se puede decir que, para este caso concreto, es imputable.

El segundo elemento de la culpabilidad, es el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta disciplinaria que se reprocha, lo cual implicaría no solo la realización objetiva de la descripción típica sino el conocimiento de lo que realmente se realiza (...) de acuerdo con la prueba que obra en el proceso y que fue valorada en su momento, aparece demostrado que la implicada conocía los elementos estructurales del tipo disciplinario, pues conocía del catálogo de deberes y prohibiciones que tiene todo servidor y ex servidor del Estado (...)

En cuanto al tercer elemento del dolo, es decir que haya actuado voluntariamente, de todo el acontecer fáctico aparece probado que no actuó LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, a causa de una *vis absoluta* o una *vis compulsiva*... Así mismo, no existió una fuerza mayor o un caso fortuito que la obligara a actuar de la manera que lo hizo, ni existió amenaza de un tercero que hubiera disminuido su voluntad. Por el contrario, actuó voluntariamente comprendiendo y queriendo lo que hacía.

En cuanto a la conciencia de antijuricidad, con la prueba arrimada hasta este momento a la actuación, se tiene que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, conocía de la ilicitud de su comportamiento y ello se puede probar por vía indirecta por las siguientes razones: por su condición de directora Nacional de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales.

Finalmente, como elemento de la culpabilidad, está el juicio de reproche, en donde se determina que pudiéndose actuar conforme a derecho se decide voluntariamente realizar la conducta típica y sustancialmente ilícita. En este caso, está demostrado con grado de probabilidad que LUZ HELENA SARMIENTO

Para el presente LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, tenía para el momento de los hechos que se le imputan, la capacidad de ser motivada por la regla que PROHIBÍA asesorar y asistir a particulares que habían sido objeto de inspección, vigilancia, control o regulación de la ANLA, entidad de la cual ella era su directora general. Ella tenía plena capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues no padecía trastorno mental, no era inmadura psicológicamente, ni se le podía atribuir una diversidad sociocultural que le hubiera impedido actuar conforme a la comprensión de la conducta. Así las cosas, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR era capaz, tanto formal como materialmente, por lo que se puede decir que, para este caso concreto, es imputable.

El segundo elemento de la culpabilidad es el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta disciplinaria que se reprocha, lo cual implicaría no solo la realización objetiva de la descripción típica sino el conocimiento de lo que realmente se realiza (...) de acuerdo con la prueba que obra en el proceso y que fue valorada en su momento, aparece demostrado que la implicada conocía los elementos estructurales del tipo disciplinario, pues conocía del catálogo de deberes y prohibiciones que tiene todo servidor y ex servidor del Estado...

En cuanto al tercer elemento del dolo, es decir que haya actuado voluntariamente, de todo el acontecer fáctico aparece probado que no actuó LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, a causa de una *vis absoluta* o una *vis compulsiva*... Así mismo, no existió una fuerza mayor o un caso fortuito que la obligara a actuar de la manera que lo hizo, ni existió amenaza de un tercero que hubiera disminuido su voluntad. Por el contrario, actuó voluntariamente comprendiendo y queriendo lo que hacía.

En cuanto a la conciencia de antijuricidad, con la prueba arrimada hasta este momento a la actuación, se tiene que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, conocía de la ilicitud de su comportamiento y ello se puede probar por vía indirecta por las siguientes razones: por su condición de directora Nacional de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales.

Finalmente, como elemento de la culpabilidad, está el juicio de reproche, en donde se determina que pudiéndose actuar conforme a derecho se decide voluntariamente realizar la conducta típica y sustancialmente ilícita. En este caso, está demostrado con grado de probabilidad que LUZ HELENA SARMIENTO

<p>VILLAMIZAR, no actuó bajo ninguna causal de inculpabilidad, como lo sería un estado de necesidad, un estado de ira o de intenso dolor, entre otros, que impidieran la configuración de esa categoría o que por lo menos la disminuyera.</p> <p>Al configurarse todos los elementos de la categoría de la culpabilidad y habiéndose demostrado con grado de probabilidad que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR actuó con DOLO, se le reprocha, en esa condición la conducta objeto de esta censura.</p>	<p>VILLAMIZAR, no actuó bajo ninguna causal de inculpabilidad, como lo sería un estado de necesidad, un estado de ira o de intenso dolor, entre otros, que impidieran la configuración de esa categoría o que por lo menos la disminuyera.</p> <p>En versión libre ofrecida por la señora SARMIENTO VILLAMIZAR, aportó una serie de documentos y certificaciones que le extendieron sendos abogados (Aspecto que recoge su defensa en alegatos de conclusión) para indicar que la investigada sí acudió a expertos en derecho para afirmar que la ex directora de la ANLA no tenía inconvenientes legales para suscribir el citado contrato con la concesionaria, en la medida que sobre ella no gravitaba ninguna prohibición para tales efectos. (...)</p> <p>Desde el aspecto sustantivo dada la forma como aconteció la conducta y la gravedad que comporta la misma, tampoco aparece probado que la funcionaria estuviera en un error, del cual tampoco aparece probado que hubiera hecho las acciones procedentes para salir del mismo... El despacho no le otorga valor probatorio alguno a los documentos y certificaciones que allegó la investigada con su escrito de versión libre.</p> <p>Al configurarse todos los elementos de la categoría de la culpabilidad y habiéndose demostrado con grado de certeza que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR actuó con DOLO, se le reprocha, en esa condición la conducta objeto de esta censura.</p>
<p>Calificación de la falta</p> <p>Este despacho entiende que la conducta desplegada por la investigada implica que la falta deba ser calificada provisionalmente como GRAVE de acuerdo con lo indicado en el artículo 50 de la Ley 734 de 2002.</p>	<p>Calificación de la falta</p> <p>En razón a los argumentos anteriormente indicados, el despacho califica definitivamente la falta como GRAVE de acuerdo con lo indicado en el artículo 50 de la Ley 734 de 2002.</p>

Observa la Sala que entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario existe correspondencia respecto a la situación fáctica y jurídica; en cuanto a lo fáctico, se indicó que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR fue directora de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) hasta el 10 de septiembre de 2013, luego de la dejación del cargo suscribió un contrato de prestación de servicios para la asesoría y consultoría, el 15 de diciembre de 2014, con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que había sido objeto de inspección, vigilancia, control y regulación desde el punto de vista de licenciamiento ambiental por parte de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, para cuando la investigada era su directora general y quien



Expediente 161-7780

tenía como funciones principales, precisamente todas las relacionadas con dichas licencias.

El pliego de cargos como el fallo disciplinario señalaron que, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR incurrió en la *prohibición* contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificada por el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011, al haber prestado a título personal servicios de asistencia, representación y asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que estuvo sometida a inspección, vigilancia, control y regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (de la cual era Directora General) estándole prohibido hasta por un término de dos (2) años, luego de la dejación del cargo.

Encuentra la Sala que existe identidad de imputación fáctica y jurídica entre el pliego de cargos y el fallo, pues quedó claro que lo que se le reprochó a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR fue, luego de haberse desvinculado de la dirección de la ANLA (y dentro de los dos (2) años que señala la prohibición) haber prestado a título personal servicios de asesoría, asistencia, representación a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sociedad que había sido objeto de inspección, vigilancia, control y regulación desde el punto de vista de licenciamiento ambiental, incurriendo en la prohibición señalada en el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011, conducta que se adecuó a la prohibición prevista en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

6.2.2.3.- Conclusión

La defensa de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, solicitó la nulidad de lo actuado a partir de fallo de primera instancia al considerar que se vulneró el derecho de defensa de la investigada y se presentaron irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso por la falta de congruencia entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario, indicando que el pliego de cargos fue variado tanto en lo fáctico como en lo jurídico, agregándose hechos nuevos que no fueron imputados en el cargo, como lo es, el vínculo inescindible entre lo social y el licenciamiento ambiental, lo cual afectó el derecho de defensa y debido proceso.

De conformidad con lo expuesto en el numeral 6.2.2.2 de la presente decisión, se logró establecer que el grupo Élite Anticorrupción en el fallo sancionatorio de primera instancia no varió el pliego de cargos para incluir hechos nuevos adicionales a los imputados o hechos diferentes que hubiesen sustituido los que inicialmente motivaron el pliego de cargos; la revisión de la estructuración del pliego de cargos y el fallo dieron cuenta que el *a quo* entró a demostrar la circunstancia de que el tema social era inescindible del licenciamiento ambiental, punto que se desarrolló no por discrecionalidad o capricho del instructor disciplinario, sino ante el insistente planteamiento defensivo propuesto desde los descargos.

Por la razón expuesta, el *a quo* en el fallo de primera instancia sobre el particular señaló (folio 160):

De tal manera, el punto central de la defensa ha sido que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, en desarrollo de su contrato con la CRDS no desarrolló actividades propias de licenciamiento ambiental, sino que se encargaba de gestionar temas sociales; sin embargo, el despacho pasa a demostrar que estos temas sociales eran inescindibles del licenciamiento ambiental; veamos:

En la Resolución n.º0439 del 6 de julio de 2012
(...)

En general, a lo largo de toda la licencia ambiental concedida, se hacen varias e importantes consideraciones frente a los temas sociales que afectan a comunidades que serían influenciadas con la vía, de distintos índole...
(...)

Véase, en manera alguna el impacto social que tiene un proyecto vial puede ser desligado del análisis general y profundo que debe hacer la Autoridad Ambiental a efectos de conceder o no una licencia ambiental; tan es así que sin el concepto FAVORABLE de cumplimiento de este medio socio económico y de socialización y consenso con la comunidad, dicha licencia no puede ser otorgada y así quedó consagrada, por ejemplo, en esta licencia ambiental otorgada a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por parte de la ex directora investigada, aspecto que se puede revisar en las demás analizadas en el pliego de cargos a ella formulados.

Por tanto, **el argumento de la defensa** cuando expresa que dicho aspecto social no tiene relación alguna con sus funciones como directora de la ANLA, no tiene sustento alguno; este aspecto es punto trascendente e ineludible del otorgamiento de una licencia ambiental por parte de la dirección de dicha agencia, según se ha probado sin lugar a duda (Negrilla no es del texto original).

En la citada licencia que se ha analizado, se citó para su verificación el Decreto 2820 de 2010, donde se señalaba (para la época de los hechos), que por ejemplo, las medidas de compensación son las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las **comunidades, las regiones, localidades** y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad, que no puedan ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos; pues bien, esto era precisamente lo que pretendía precaver con la ejecución contractual la señora Sarmiento Villamizar, según ha quedado probado en el expediente disciplinario...

Las precisiones realizadas por el fallo de primera instancia sobre la relación del aspecto social con las funciones de la entonces directora de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, de manera alguna sorprendieron al recurrente cercenando su derecho a la defensa; por cuanto dicha circunstancia de lo social fue abordada por el *a quo* al momento de atender y demostrar que los argumentos propuestos por la defensa no tenían sustento alguno; por tanto, lejos de variar la situación fáctica del pliego de cargos para agregar hechos nuevos, lo que hizo el *a quo* fue respetar el núcleo esencial fáctico para precisar la circunstancia de lo social con el licenciamiento ambiental de la conducta reprochada, tal y como se puede observar cuando en el fallo disciplinario se razonó así:

... la señora SARMIENTO, en la medida que adelantaba reuniones con equipos sociales, con el fin de establecer cómo se estaba manejando los programas sociales por parte de la Concesionaria, con el fin de que no se presentaran afectaciones a la construcción de la vía, evidentemente tenía relación con las funciones propias de su cargo como directora de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales; ella tenía que verificar y validar dicho cumplimiento del componente social por parte de la Concesionaria, con el fin de otorgar la licencia ambiental respectiva.

Ahora bien, recuérdese que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., si era una empresa que estaba sujeta a la inspección, vigilancia y control o regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, de la cual LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR era su directora general.

También es cierto que no transcurrieron los dos (2) años que trae la norma en cita y sin embargo, SARMIENTO VILLAMIZAR, suscribió un contrato de prestación de servicios a título personal con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., siendo que en principio existía una prohibición legal en cuanto a prestar sus servicios de asistencia, representación o asesoría a dicha concesionaria, en razón a que la investigada, como directora de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ejercía funciones de inspección, vigilancia, control y regulación sobre aquella.

Por manera que, tal y como quedó demostrado, en el desarrollo de la presente actuación la correspondencia entre el pliego de cargos y el fallo de primera instancia garantizó el derecho de defensa y debido proceso que le asisten a la investigada, hasta el punto que permitió delimitar el marco de acción de la estrategia defensiva dirigida a tratar de desligar el tema social del trámite de las licencias ambientales que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR otorgó en cumplimiento de sus funciones como directora general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, actuación que de contera descarta la existencia de alguna irregularidad sustancial que afecte el debido proceso.

El planteamiento de nulidad de la actuación a partir del fallo de primera instancia no está llamado a prosperar, al establecerse, que el fallo no agregó hechos nuevos que hayan variado el pliego de cargos tanto en lo fáctico como en lo jurídico, razón por la cual, no existió irregularidad sustancial y la violación al derecho de defensa invocados por la defensa.

6.3.- Otros planteamientos

Luego de atender las nulidad invocadas por la defensa, procede la Sala Disciplinaria a (i) realizar un análisis del acervo probatorio para (ii) resolver la solicitud de revocar el fallo y en su lugar absolver a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, del cargo formulado y, finalmente, (iii) el planteamiento defensivo de que la comisión de la falta se realizó bajo la convicción errada e invencible de que su actuar no se ajustaba a una falta disciplinaria, lo que con el recaudo probatorio, el actuar de su defendida a lo sumo configuraría una culpa leve.



Expediente 161-7780

La Sala, para responder las objeciones que hizo el recurrente al fallo de primera instancia, explicará inicialmente, cómo se realizará la valoración de las pruebas y verificará si esto conlleva a la certeza del cargo formulado.

6.3.1.- La sana crítica como sistema de valoración probatoria en el derecho disciplinario

El artículo 128 del Código Disciplinario Único exige que: «[t]oda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. **La carga de la prueba corresponde al Estado**» [negrillas fuera del texto original].

En el derecho disciplinario, como en cualquier derecho sancionatorio, existe la presunción de inocencia y, lo que se debe demostrar por parte del Estado, para poder sancionar, es la responsabilidad, así se desprende del artículo 9.º de la Ley 734 de 2002, que reconoce la garantía fundamental de presunción de inocencia, en los siguientes términos:

A quien se le atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla

La prueba de la responsabilidad, por tanto, está a cargo del Estado, pero en el proceso disciplinario, de naturaleza inquisitiva, no solo tiene esa obligación, sino que también tiene la de realizar una investigación integral. La Ley 734 de 2002 prevé, en su artículo 129, el principio de investigación integral así:

Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio

En materia disciplinaria, a partir de los principios y derechos de presunción de inocencia, debido proceso y legalidad, el operador disciplinario tiene la obligación de desvirtuar la presunción de inocencia, no sin antes haber investigado integralmente tanto lo favorable como lo desfavorable al disciplinado.

La actividad de valoración de la prueba se constituye en una de las mayores exigencias para el juez, toda vez que es allí donde se construye la decisión definitiva. Solo sobre los hechos probados se pueden hacer las respectivas valoraciones jurídicas. Nuestro sistema legal ha instaurado como sistema de valoración probatoria el de la sana crítica, al disponer en el artículo 141 de

la Ley 734 de 2002, que: «Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, **de acuerdo con las reglas de la sana crítica**» [negritas fuera del texto original].

La apreciación conjunta exige la confrontación y conexión de las pruebas obrantes en la actuación, solo así se puede concluir cuáles ofrecen credibilidad, confiabilidad y atención, y qué prueba o conjunto de pruebas rompen la coherencia o no brindan certeza. Ningún medio de prueba tiene señalado de antemano un valor probatorio específico. Es al juez disciplinario a quien le corresponde examinar la prueba de manera conjunta y esa confrontación, como lo señala la norma citada, debe hacerse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que no son otras que las de la lógica, la experiencia decantada de la vida, el correcto entendimiento humano, los principios generales del derecho.

La doctrina, refiriéndose a este sistema de valoración, ha dicho que: «Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio»³⁷, son: «las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia».³⁸

Este sistema de valoración configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última. La sana crítica es una fórmula para regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Este será el sistema de valoración que se aplicará en el presente fallo, por expresa disposición legal.

6.3.2.- Valoración del acervo probatorio

Con la prueba allegada al plenario, se logró acreditar:

6.3.2.1.- La calidad de Directora General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales- ANLA.

El Grupo de Talento Humano de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, allegó la Resolución 0009 del 7 de octubre de 2011, mediante el cual el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible nombró a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, identificada con la cédula de ciudadanía n.º 63.366.054, en el empleo de Director General de la Unidad Administrativa Especial Código 0015 de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.³⁹ Se certificó que laboró en la entidad desde el 7 de

³⁷ ALSINA, Hugo (1956): Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, v. I: 760 pp.

³⁸ COUTURE, Eduardo (1979): Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, t. II: 478 pp.

³⁹ Cuaderno Original n.º1. Folio 24.



Expediente 161-7780

octubre de 2011 hasta el 10 de septiembre de 2013, en el cargo de Director General Código 15 del Despacho del Director General.⁴⁰

Funciones de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, como directora general de la ANLA

El Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la planta de personal de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, describen las funciones esenciales de la siguiente manera.⁴¹

En la descripción de las funciones esenciales, se encuentra (1) impartir los criterios y directrices para la evaluación de los estudios ambientales allegados en los procesos de licencias, permisos y trámites ambientales, (2) suscribir los actos administrativos mediante los cuales se otorguen, modifiquen o nieguen licencias, permisos y trámites ambientales, o se declare la caducidad o terminación de los mismos, (3) suscribir los actos administrativos a través de los cuales se imponen, legalizan y levantan medidas preventivas, se imponen sanciones ambientales, se exonera de responsabilidad o cesa el procedimiento o se archivan las indagaciones preliminares, dentro del marco del procedimiento sancionatorio ambiental, (4) suscribir los actos administrativos mediante los cuales se resuelven los recursos de reposición que se interpongan contra los actos administrativos expedidos en ejercicio de sus funciones, (5) suscribir autos que declaren la cesación y ordenen el archivo de las actuaciones administrativas ambientales o que decreten el desistimiento de las peticiones y solicitudes de conocimiento de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA... (17) suscribir los actos administrativos a través de los cuales se aprueben o imprueban licencias ambientales para explotaciones mineras y de construcción de infraestructura vial y los permisos y concesiones de aprovechamiento forestal de que tratan los artículos 34, 35 y 39 de la Ley 99 de 1993.⁴²

Trámites de licenciamiento de la Concesionaria Ruta del Sol ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales.

La Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal realizó visita a las instalaciones de la dirección general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, donde obtuvo copia de los actos administrativos que acreditaron que la disciplinada intervino en los trámites de licenciamiento ambiental del proyecto Ruta del Sol.

⁴⁰ Cuaderno Original n.º1. Folio 36.

⁴¹ Cuaderno Original n.º1. Folio 30 (Reverso) y folio 31, 32. Resolución n.º 0030 del 31 de octubre de 2011. Resolución n.º 0271 del 30 de abril de 2012. Resolución n.º 0206 del 20 de febrero de 2013. Resolución n.º 0347 del 12 de abril de 2013.

⁴² Descripción de funciones esenciales Resolución 0347 del 12 de abril de 2013. Resolución 0206 del 28 de febrero de 2013. Funciones que también se encuentran en los numerales 1, 3, 4, 5 y 13 de la Resolución 0271 del 30 de abril de 2012.



Expediente 161-7780

Resolución 0068 del 15 de noviembre de 2011⁴³. Mediante el cual la directora de la ANLA, atendiendo la solicitud de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en el sentido de modificar el plazo establecido en el literal b) del artículo tercero de la Resolución 1460 del 21 de julio de 2011 para entregar la información requerida (completar y presentar el plan de abandono y restauración (Plan de cierre) para el manejo y recuperación de las fuentes de materiales autorizadas en un plazo de dos meses, resuelve modificarlo y concede un plazo hasta el 31 de diciembre de 2011.

Resolución 0097 del 22 de noviembre de 2011⁴⁴. Mediante el cual la directora de la ANLA, en atención a la solicitud de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para el trámite de modificación de licencia ambiental, resolvió sustraer con carácter temporal y por un período de un (1) año de la reserva forestal de la Ley 2.^a de 1959 del Río Magdalena una superficie de 12,4 Ha, donde se encuentran ubicadas las dos (2) áreas de explotación de fuentes de materiales para el Proyecto vial Ruta del Sol, sector 2, Etapa 1, tramos 1, 5 y 6 y obras anexas (...) entre otras modificaciones.

Resolución 0164 del 6 de diciembre de 2011⁴⁵, mediante el cual, la Autoridad Ambiental de Licencias otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, licencia ambiental para el proyecto construcción y operación de la variante El Juncal, localizada en jurisdicción del municipio de Aguachica, departamento del Cesar, el cual hace parte de la etapa 1 del “Proyecto vial Ruta del Sol, sector 2 Puerto Salgar -San Roque.

Resolución 0439 del 6 de junio de 2012⁴⁶, mediante la cual, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado “Construcción del Paso por el Centro Poblado de Puerto Libre”, localizado en jurisdicción de los municipios de Puerto Salgar, en el departamento de Cundinamarca, y Puerto Boyacá, en el Departamento de Boyacá, el cual hace parte de la etapa 1 del proyecto Ruta del Sol Sector 2 Puerto Salgar – San Roque.

Resolución 0650 del 10 de agosto de 2012⁴⁷, mediante la cual, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado “Construcción y operación del Paso vial por el Centro Poblado del corregimiento El Líbano, ubicado en jurisdicción del municipio de San Alberto, en el departamento de Cesar, el cual hace parte de la etapa 1 del Sector 2 Puerto Salgar – San Roque del proyecto vial Ruta del Sol”.

Resolución 0651 del 10 de agosto de 2012⁴⁸, mediante la cual, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado

⁴³ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 147. Carpeta LAM5228

⁴⁴ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 147. Carpeta LAM5228

⁴⁵ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5427

⁴⁶ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5641

⁴⁷ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5682

⁴⁸ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5684



Expediente 161-7780

“Construcción y operación de la variante San Martín, localizado en jurisdicción del municipio de San Martín, departamento del Cesar”.

Resolución 0652 del 10 de agosto de 2012⁴⁹, mediante la cual, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado “Construcción y operación del paso vial por el centro poblado de Minas, ubicado en el municipio de San Martín, el cual hace parte de la etapa 1 del sector 2, Puerto Salgar-San Roque del Proyecto Vial Ruta del Sol”.

Resolución 0653 del 10 de agosto de 2012⁵⁰, mediante la cual, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado “Construcción y operación del paso vial por el centro poblado del corregimiento de Morrison, ubicado en el municipio de Río de Oro, departamento de Cesar, el cual hace parte de la etapa 1 del sector 2, Puerto Salgar-San Roque del Proyecto Vial Ruta del Sol”.

Resolución 0694 del 23 de agosto de 2012⁵¹, mediante la cual, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado “Construcción y operación del proyecto vial por el centro poblado del corregimiento de Besote, municipio de La Gloria, departamento del Cesar, el cual hace parte de la etapa 1 del sector 2, Puerto Salgar-San Roque del Proyecto Vial Ruta del Sol”.

Resolución 0724 del 03 de septiembre de 2012⁵². Por medio de la cual la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA- modifica la licencia ambiental otorgada mediante Resolución 0861 del 11 de mayo de 2011, modificada por la Resolución 1460 del 21 de julio de 2011, Resolución 1815 del 8 de septiembre de 2011, Resolución 68 del 15 noviembre de 2011, Resolución 97 del 22 de noviembre de 2011 y se toman otras determinaciones.

Resolución 0731 del 06 de septiembre de 2012⁵³, mediante la cual, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado “Construcción y operación del paso vial por el municipio de Aguachica del departamento del Cesar, (...) entre el fin del tramo 5 y el inicio del tramo 6 del Proyecto Vial Ruta del Sol, sector 2, que corresponde a las coordenadas (Manga Sirgas Origen Bogotá) (...) el cual hace parte de la etapa 1 del sector 2: Puerto Salgar- San Roque del Proyecto vial Ruta del Sol”.

⁴⁹ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5723

⁵⁰ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5681

⁵¹ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5683

⁵² Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 147. Carpeta LAM5228. Expediente 5228.

⁵³ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5718



Expediente 161-7780

Resolución 0759 del 12 de septiembre de 2012⁵⁴, mediante la cual, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado “Construcción y operación del paso vial por el centro poblado de la Mata, ubicado en el municipio de la Gloria, departamento del Cesar, (...) el cual hace parte de la etapa 1 del sector 2: Puerto Salgar- San Roque del Proyecto vial Ruta del Sol”.

Resolución 0997 del 30 de septiembre de 2012⁵⁵, mediante la cual, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto denominado “Construcción del tramo 2 Caño Alegre- Puerto Araujo (...) tramo 3, Puerto Araujo – La Lizama – San Alberto (...) y tramo 7 La Mata- San Roque (...) del Proyecto vial Ruta del Sol, sector 2: Puerto Salgar- San Roque, y sus obras asociadas”.

Resolución 0244 del 14 de marzo de 2013 “Por el cual se imponen medidas adicionales en desarrollo del control y seguimiento ambiental a fin de prevenir, mitigar o corregir impactos ambientales no previstos en la Licencia Ambiental establecido mediante Resolución 861 del 11 de mayo de 2011⁵⁶. Mediante la cual la directora general de la ANLA a fin de prevenir, mitigar o corregir los impactos no previstos en la licencia ambiental del proyecto, resuelve imponer a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., unas obligaciones en aplicación a lo establecido en el artículo 39 del Decreto 2820 de 2010, dentro de las cuales se encuentran, la restauración de lechos y rondas de protección de los drenajes afectados por el desarrollo del proyecto y afectaciones a la comunidad tales como medidas de mitigación al impacto que se le generó al centro Educativo Antonio José Restrepo, implementación de medidas necesarias para garantizar la seguridad y condiciones adecuadas que no afecten las salud de la población aledaña a las fuentes de material.

Resolución 0290 del 03 de abril de 2013⁵⁷. Mediante la cual la directora general de la ANLA aclaró el artículo segundo de la resolución n.º 0131 del 11 de febrero de 2013, en el sentido de precisar que el plazo otorgado a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., es de treinta días.

La calidad de contratista con la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

CARLOS GONZÁLEZ VARGAS, en su condición de representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., certificó que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, fue contratista de la Concesionaria, mediante contrato de

⁵⁴ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5680

⁵⁵ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5671

⁵⁶ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 147. Carpeta LAM5228. Expediente 5228.

⁵⁷ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 147. Carpeta LAM5671. Expediente 5228.

prestación de servicios n.º 082 de 2014, suscrito el 15 de diciembre de 2014 hasta el 15 de diciembre de 2015.⁵⁸

Contrato 082 del 15 de diciembre de 2014.⁵⁹

El representante legal suplente de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en su condición de contratante y LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, como contratista, quien, en nombre y representación propia, convinieron celebrar el contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría.

Dentro de las consideraciones del contrato, se dispuso que el contratante en aras de mejorar las buenas prácticas de comunicación estratégica formación en política, responsabilidad social y relacionamiento con los grupos de interés, decidió implantar políticas que le permitan mejorar en cuanto estos temas, razón por la cual, decidió contratar una asesoría que le permita implementar y desarrollar dichas políticas. Además, especificó que el contratista posee los conocimientos técnicos, la capacidad jurídica y financiera necesarios para prestar con el lleno de los requisitos previstos en el contrato de Concesión y legislación vigente los servicios objeto del contrato, que le permiten asesorar al contratante respecto de las estrategias de comunicación.

Objeto del contrato. “**EL CONTRATANTE** con la suscripción del presente documento contrata al **CONTRATANTE** (sic), para que preste servicios de consultoría y asesoría en procesos de comunicación estratégica y talleres internacionales de formación en política, responsabilidad social y relacionamiento con grupos de interés del entorno del **CONTRATANTE**, de tal manera que se optimicen los procesos sociales y de comunicaciones en pro de conseguir la viabilidad social de los proyectos que se adelantan”.

Otrosí Contrato n.º 082 de 2014 para la Prestación de Asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.⁶⁰

El representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol el 2 de junio de 2015, en atención a que en el desarrollo de la asesoría prestada y en respuesta a las buenas prácticas implementadas por el asesor se logró una respuesta positiva de las comunidades lo que se reflejó en la viabilidad y favorabilidad de los procesos de comunicación estratégica y talleres internacionales de formación en política, responsabilidad social y relacionamiento con grupos de interés del entorno, razón por la cual las partes pactaron un Fee de éxito en respuesta a lo favorable del proceso para el contratante.

Gestiones realizadas por LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR como contratista de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

⁵⁸ Cuaderno Original n.º1. Folio 169.

⁵⁹ Cuaderno Original n.º1. Folio 195 y Cd Folio 196. Carpeta Contrato.

⁶⁰ Cuaderno Original n.º1. Folio 195 y Cd Folio 196. Carpeta Contrato.



Expediente 161-7780

Los correos electrónicos aportados en los descargos reflejan la gestión realizada por la disciplinada como contratista de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., ante el Departamento para Prosperidad Social -DPS para la realización de una alianza público-privada en los proyectos implementados y formulados por la Concesionaria.⁶¹

Correo electrónico de Natalia del Pilar Gil Ramos Natalia.gil@dps.gov.co para Luz Sarmiento. Asunto Compromisos DPS del 7 de mayo de 2015. “Buenos días, Doctora Luz Helena. La presente tiene como fin informarles que para la firma del documento es indispensable realizar un trabajo previo, que permite tener claridad de los lineamientos de la alianza y la forma como esta se llevaría a cabo. Para ello necesitamos amablemente la información requerida en el correo anterior (Abril 22/15). 1. Listado de la población objeto de atención (nombre y documento de identidad). 2. Vacantes y perfiles 3. Trazados de la RUTA DEL SOL II con frentes de obra 4. Cronograma de trabajo.⁶²

Caso en concreto

La prueba relacionada hasta este momento permite llegar a la certeza de que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR se desempeñó como directora general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA-, hasta el **10 de septiembre de 2013**, en ejercicio de su cargo y en cumplimiento de sus funciones impartió los criterios y directrices para la evaluación de los estudios ambientales presentados por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en los distintos procesos de licencias y suscripción de los actos administrativos (Resoluciones); mediante los cuales, la disciplinada otorgó las licencias ambientales a los proyectos de construcción vial de la Ruta del Sol.

La relación expuesta de las licencias ambientales de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., otorgadas en el periodo que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR se desempeñó como directora general de la ANLA, permiten establecer las labores de inspección, vigilancia, control o regulación ejercidas por la entonces funcionaria en los trámites y procesos del licenciamiento presentados por la concesionaria ante la autoridad ambiental, tal y como se puede observar en los siguientes actos administrativos:

Resolución n.º 0068 del 15 de noviembre de 2011⁶³, donde la disciplinada en uso de sus facultades modificó la Resolución 1460 de 2011 en el sentido de conceder una prórroga, en los siguientes términos:

Que el literal b) del Artículo Tercero de la Resolución 1460 del 21 de julio de 2011, modificatoria de la Resolución 861 del 11 de mayo de 2011, contempla que la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, debe complementar y presentar ante esta Entidad en un plazo de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de la

⁶¹ Cuaderno Original n.º2. Folio 30.

⁶² Cuaderno Original n.º2. Folio 73.

⁶³ Cuaderno Original n.º1. Folio 147. Carpeta LAM5228.



Expediente 161-7780

Resolución referida, el Plan de Abandono y Restauración (Plan de Cierre) para el manejo y recuperación de las fuentes de materiales autorizadas.

Que la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SAS, mediante escrito con radicado 4120-E1-119165 del 20 de septiembre de 2011, solicitó una ampliación al término establecido para la presentación del Plan de Abandono y Restauración (Plan de Cierre), de tres (3) meses con el fin de cumplir a cabalidad conforme a los requerimientos señalados en la Resolución 1460 del 21 de julio de 2011.

Que el grupo de evaluación de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales (Hoy Autoridad Nacional de Licencias Ambientales), **una vez revisada, analizada y evaluada, la solicitud elevada por la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** y la documentación obrante en el expediente 5228, emitió el memorando 2400-E4-119165 del 10 de octubre de 2011 (Negrillas no son del texto original).

Que este Ministerio una vez evaluada la información presentada por la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, considera favorable la solicitud de prórroga para la presentación del Plan de Abandono y Restauración (Plan de Cierre), establecido mediante el literal b) del Artículo Tercero de la Resolución 1460 del de julio de 2011.

Resolución 0097 del 22 de noviembre de 2011⁶⁴, donde LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, en uso de sus facultades modificó la licencia ambiental otorgada mediante Resolución 861 de 2011, en atención a las siguientes consideraciones:

Que la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., mediante escrito con radicado 4120-E1-116710 del 14 de septiembre de 2011, emitió información Aclaratoria para el trámite de Modificación de la Licencia Ambiental, así mismo precisó las obras y actividades que finalmente solicita el trámite de modificación, y presenta los soportes técnicos correspondientes ajustados y complementados para dicha evaluación.

(...)

DE LAS MEDIDAS DEL MANEJO AMBIENTAL

A fin de controlar, mitigar, prevenir o compensar los impactos potenciales previstos durante el proceso de construcción el Concepto Técnico 1831 del 16 noviembre de 2011 puntualizó lo siguiente:

"La Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. con base en los Programas de Manejo Ambiental" ' generales del proyecto, relaciona los que considera que aplican para el manejo de las actividades relacionadas con los ZODME, referenciando fichas para los tres medios (Abiótico, Biótico y socioeconómico (...)

Sin embargo, presentan como única ficha a tener en cuenta para el medio socioeconómico, la PMA-28. Educación y capacitación ambiental al personal vinculado al proyecto; que es semejante a la acogida mediante la resolución 861 de 2011. Al respecto, debe tenerse en cuenta que no sólo aplican para el manejo de los impactos generados sobre este; medio por las actividades a desarrollar la ficha precitada, sino también las siguientes:

Para las ZODME:

⁶⁴ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 147. Carpeta LAM5228



Expediente 161-7780

GS-01	Información y participación comunitaria
GS-02	Vinculación de mano de obra
GS-03	Estructuras de servicios
GS-04	Sensibilidad ambiental a los trabajadores
GS-05	Prevención y seguridad de la movilidad

Si bien de alguna forma, en las fichas presentadas para las fuentes de materiales en el trámite de modificación de la Licencia Ambiental se detallan algunos manejos no contemplados antes para las mismas zonas, siguen siendo importantes las medidas igualmente relacionadas en los anteriores programas ya establecidos para estas actividades, por lo cual se considera que se debe realizar la integración de ellos; es decir, los programas aquí presentados deben ser los de implementación general para cada uno de los componentes, los cuales de forma detallada serán complementados con los programas establecidos en la Licencia Ambiental, Parágrafo del Artículo Décimo Séptimo.

Adicionalmente, y para el medio socioeconómico, se considera que además de dichas fichas, deben ser tenidas en cuenta las siguientes medidas pertenecientes al PMA general del proyecto:

FICHA	PROGRAMA
PMA-30	Adquisición predial y traslado de población
PMA-32	Capacitación y Educación ambiental de la comunidad
PMA-35	Restablecimiento de infraestructura

Lo anterior teniendo en cuenta que fueron identificados impactos relacionados con afectación a infraestructuras de vivienda, económicas o de servicios; afectación a una vivienda en la fuente de material Villa Nery - Las Palmas; y que la explotación de material genera impactos de alta magnitud sobre los medios abiótico, biótico y socioeconómico, por lo cual debe haber compensación en el sentido de brindar capacitación a la comunidad referente al manejo del ambiente.

De conformidad. con lo **evaluado en el complemento del Estudio de Impacto Ambiental**, como soporte de la solicitud de modificación de la Licencia Ambiental, **se considera suficiente y adecuada la información aportada** para tomar la decisión sobre la viabilidad ambiental de la solicitud de modificación de la Resolución 861 del 11 de mayo de 2011(...) (Negrillas no son del texto original).

Resolución n.º 0244 del 14 de marzo de 2013⁶⁵, mediante la cual, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, en su condición de directora general de la ANLA, en desarrollo del control y seguimiento ambiental impuso unas obligaciones a la Concesionario Ruta del Sol S.A.S., en los siguientes términos:

Que de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del Artículo 3º del Decreto 3573 del 27 de septiembre de 2011, mediante el cual se disponen las funciones de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, le corresponde a esta Autoridad, realizar el seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales.

Que dicha gestión de seguimiento y control permite a la Autoridad Ambiental conocer el estado de cumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa titular de la Licencia Ambiental, y actos administrativos expedidos en razón del proyecto, lo que conlleva a efectuar los requerimientos a que haya lugar.

Que a su vez, el numeral 7 del artículo 39 del Decreto 2820 de 2010 señala que uno de los propósitos de las actividades de control y seguimiento que la autoridad

⁶⁵ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 147. Carpeta LAM5228. Expediente 5228.

ambiental competente efectúa a los proyectos, obras o actividades es el de "imponer medidas ambientales adicionales para prevenir, mitigar o corregir impactos ambientales no previstos en los estudios ambientales del proyecto".

En atención a lo anterior, dentro de las medidas de seguimiento y control tenidas en cuenta en la Resolución n.º 0244 de 2013 se encuentran:

2.- Tomar las acciones requeridas para realizarla limpieza del cauce que se encuentra en la vía de acceso a la fuente de materiales La Palma y el cual es utilizado por los habitantes del predio para sus actividades diarias, debe presentar a esta Autoridad los soportes de las medidas implementadas.

5.- Establecer e implementar medidas de mitigación al impacto que se les está generando al centro educativo Antonio José Restrepo respecto al problema de sanidad por el daño del 'baño que tienen actualmente.

6.- Establecer e implementar las medidas necesarias para garantizar seguridad y condiciones adecuadas que no afecten la salud de la población aledaña a las fuentes de material, especialmente la Florida, con registro fotográfico y actas de compromiso, entre otros.

Quedó demostrado en grado de certeza que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., estuvo sujeta a las labores de inspección, vigilancia y control por parte de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, como directora general de la ANLA, en la resolución de las solicitudes de licenciamiento ambiental, prórroga, aclaraciones y modificaciones de actos administrativos como también en el seguimiento de todos aquellos impactos causados a la población por el desarrollo del proyecto vial licenciado. Además de lo anterior, conforme a lo establecido en los artículos 19 y 20 del Decreto 2820 de 2010, la evaluación de los estudios ambientales presentados por la concesionaria incluía las características del entorno social y económico para cada alternativa presentada, la identificación de las comunidades y los mecanismos utilizados para informarles sobre el proyecto.

Lo anterior se puede constatar en las consideraciones que hacía la autoridad ambiental en los actos administrativos suscritos por la disciplinada, mediante los cuales otorgó licencias ambientales a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., dentro de los criterios de evaluación se encontraban, entre otros, los temas sociales y económicos, por ejemplo, (i) las actividades de ganadería extensiva e intensiva como actividad general de la zona de influencia que debía ser preservada, (ii) las reuniones con los presidentes de las JAC sobre la afectación a los pobladores por el cierre del acceso directo a los centros poblados, (iii) la imposibilidad de trasladar la maquinaria agrícola, (iv) los impactos por afectación a los predios de las familias que debía garantizarse la reposición de la vivienda, (v) las afectaciones a la movilidad por el aumento de tiempo en los desplazamientos debido a cierres de vías secundarias, (vi) el impacto causado por la construcción de la vía a vendedores ambulantes y pequeños negocios por no contar con igual afluencia vehicular.⁶⁶ Todos estos aspectos sociales y económicos eran de conocimiento de la directora

⁶⁶ Resolución 0439 de 2012. Página 27, 34, 35, 36 concretamente en los puntos 3.3.4.1 y 3.3.4.3.

general de la ANLA al momento de evaluar los estudios ambientales presentados por la concesionaria para otorgar la licencia ambiental y realizar sus respectivos seguimientos.

Se estableció la condición de contratista de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., puesto que la disciplinada en nombre y representación propia celebró el **15 de diciembre de 2014** contrato de prestación de servicios de asesoría y consultaría con el Representante Legal de la Concesionaria que había estado sujeta a inspección, vigilancia y control de la ANLA, esto es, la entidad a la cual había estado vinculada en su condición de directora general.

También se probó dentro del plenario que la disciplinada como contratista de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en desarrollo de su objeto contractual, en el primer semestre del año 2015 realizó gestiones para una alianza público-privada entre la concesionaria y el Departamento de la Prosperidad Social - DPS en los proyectos implementados y formulados por la Concesionaria,⁶⁷ tal y como se puede observar en el cuadro en el que se relacionan las Unidades Sociales Productivas de Nivel 1 por Centro Poblado.⁶⁸

Relación de Unidades Sociales Productivas de Nivel 1 por Centro Poblado

No.	Centro Poblado	Total USP Vulnerables Nivel 1	Proyectos Implementados	Proyectos formulados	Por definir
1	Puerto Libre	5	5	0	0
2	El Trique	7	2	0	5
1	San Pedro de la Paz	16	0	5	11
2	Cruce de Puerto Parra (Aguas Negras)	14	0	9	5
3	La Gómez (Sabana de Torres)	13	12	0	1
4	Líbano (San Alberto)	5	5	0	0
5	Caño Sánchez (San Alberto)	20	20	0	0
6	San Martín	4	4	0	0
7	Morrison (Río de Oro)	8	8	0	0
8	Aguachica	2	2	0	0
9	Besote (La Gloria)	18	10	0	0
10	La Mata (La Gloria)	8	0	0	8
11	Pelaya	20	0	20	0
12	La Floresta	11	0	10	1
13	El Burro	8	0	7	1
14	Pailitas	14	0	14	0
15	Las Vegas	26	0	23	3
17	Curumaní	21	0	21	0
Total		220	68	109	35

*	Para la implementación de estos proyectos (Formulados y Pendientes) la CRDS cuenta con un presupuesto de Mil Millones de pesos
---	--

Dentro de los correos aportados, se allegó el informe que la disciplinada envió a las Funcionaras del Departamento para la Prosperidad Social, el 6 de febrero de 2015⁶⁹, donde la ex directora de la ANLA y en ese momento

⁶⁷ Cuaderno Original n.º2. Folio 30.

⁶⁸ Cuaderno Original n.º2. Folio 30.

⁶⁹ Cuaderno Original n.º2. Folio 78 y Ss.



Expediente 161-7780

contratista de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en el documento denominado “ALIANZA PÚBLICO PRIVADAS” enfatizó en los proyectos de infraestructura impulsados por el Gobierno Nacional en los últimos cuatro años, evidenciado en su informe, que la viabilidad de estos dependían de los temas ambientales y sociales que su viabilidad se había vuelto compleja a causa de la indefinición de las responsabilidades y la presión de las comunidades del área de influencia en busca de una solución a sus necesidades.

El otorgamiento de las licencias ambientales y los seguimientos de estas a los impactos de los proyectos viales de la Concesionaria de la Ruta del Sol S.A.S., realizados por LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, en su condición de directora de la autoridad ambiental, dan cuenta del grado de conciencia que la disciplinada tenía al momento de suscribir a título personal el contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y la relación del objeto contractual con las funciones ejercidas con la entidad a la que estuvo vinculada. Pues no de otra forma en las gestiones desarrolladas para la consecución de la alianza público-privada entre la concesionaria y el Departamento para la Prosperidad Social (DPS) habría evidenciado en su informe que la viabilidad de los proyectos dependía de los temas ambientales y sociales; y que estos temas sociales eran complejos por la presión de las comunidades del área de influencia en busca de una solución a sus necesidades, pues esos temas, hacían parte del estudio del impacto ambiental que realizaba como directora general de la ANLA en el otorgamiento y seguimiento a las licencias ambientales.

En cuando a la tipicidad de la conducta desplegada por LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, en su condición de ex directora general de la ANLA, se adecuó a la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 3.º de la Ley 1474 de 2011, al haber prestado a título personal servicios de asistencia, representación y asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., empresa que estaba sometida a la inspección, vigilancia, control y regulación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, dentro del término establecido por la prohibición, esto es, hasta por un término de dos (2) años luego de la dejación del cargo.

Encuentra la Sala que no le asiste razón a la defensa al señalar que no se podía declarar responsable a su defendida por hechos que no fueron materia y sustento en el marco fáctico de la imputación, como sostener que el tema social era inescindible del licenciamiento y que las referencias a la inhabilidad solo se invocaron deberes funcionales relacionados con el tema ambiental, la construcción vial y aprovechamiento forestal.

Sobre el particular resulta oportuno señalar que aunado a la prueba analizada en precedencia, al plenario se allegó el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la planta de



Expediente 161-7780

personal de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA⁷⁰, para el caso objeto de estudio, se relacionaron las funciones esenciales, dentro de las cuales se precisaron las de: (i) impartir criterios y directrices para la evaluación de los estudios ambientales allegados en los procesos de licencias, permisos y trámites ambientales, (ii) la suscripción de actos administrativos mediante los cuales se otorguen, modifiquen o nieguen licencias, permisos y trámites ambientales, o se declare la caducidad o terminación de los mismos y (iii) la suscripción de los actos administrativos a través de los cuales se imponen, legalizan y levantan medidas preventivas, se imponen sanciones ambientales, se exonera de responsabilidad o cesa el procedimiento o se archivan las indagaciones preliminares, dentro del marco del procedimiento sancionatorio ambiental.⁷¹

Examinados los actos administrativos de licenciamiento ambiental de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., se pudo corroborar que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR como directora general de la ANLA evaluó los estudios ambientales presentados por la concesionaria para efectos de la aprobación del licenciamiento ambiental y dentro de los temas objeto de estudio se encontraban todos los relacionados con el **impacto ambiental** que conforme al artículo 1.º del Decreto 2820 de 2010 consisten en cualquier alteración del sistema ambiental biótico, abiótico y socioeconómico adverso o beneficioso, total o parcial que pueda ser atribuido al desarrollo de un proyecto, obra o actividad, como también se evaluaron las **medidas de compensación** como las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, regiones, localidades y al entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por el proyecto vial, tal y como se pudo corroborar, entre otras, en las resoluciones 439 de 2012 y las medidas de seguimiento y control de la resolución n.º 0244 de 2013.

Se reitera que, no es cierto que se haya sancionado a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR por hechos que no fueron objeto del marco factico de la imputación, pues como se demostró en el acápite de las nulidades, la procuraduría de primera instancia entró a revisar la relación del tema social con el licenciamiento ambiental a partir de los argumentos defensivos propuestos desde los descargos, hasta el punto de que, el testimonio de ÁLVARO VECINO se solicitó con ese propósito.

En el testimonio de ÁLVARO VECINO se consignó que el objeto contractual estaba orientado a ayudar a conseguir la viabilidad social del proyecto, en atención a que el Concesionario para esa época estaba construyendo unas variantes hacía el paso de los centros poblados en el departamento de Cesar y varios sitios como el corregimiento de La Mata, en La Gloria, municipio de Pelaya, Pailitas, corregimiento El Burro. Dos frentes en el sur desde Puerto Salgar hasta Curumaní y Puerto Boyacá y Cimitarra lo que

⁷⁰ Cuaderno Original n.º1. Folio 30 (Reverso) y folio 31, 32. Resolución n.º 0030 del 31 de octubre de 2011. Resolución n.º 0271 del 30 de abril de 2012. Resolución n.º 0206 del 20 de febrero de 2013. Resolución n.º 0347 del 12 de abril de 2013.

⁷¹ Descripción de funciones esenciales Resolución 0347 del 12 de abril de 2013. Resolución 0206 del 28 de febrero de 2013. Funciones que también se encuentran en los numerales 1, 3, 4, 5 y 13 de la Resolución 0271 del 30 de abril de 2012.

generó bastante conflicto social, razón por la cual, se necesitaba un apoyo para ayudar a viabilizar el proyecto socialmente.

El testimonio de ÁLVARO VECINO es consistente al advertir que, para la época, la Concesionaria Ruta del Sol se encontraba construyendo hacia el paso por los centros poblados unas variantes, pues en esos proyectos había intervenido LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, cuando fue directora general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, tal y como se expone a continuación:

Resolución 0164 del 6 de diciembre de 2011⁷², otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto construcción y operación de la **variante El Juncal, localizada en jurisdicción del municipio de Aguachica, departamento del Cesar**, el cual hace parte de la etapa 1 del “Proyecto vial Ruta del Sol, sector 2 Puerto Salgar -San Roque.

Resolución n.º 0439 del 6 de junio de 2012⁷³, mediante la cual, otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado **“Construcción del Paso por el Centro Poblado de Puerto Libre” localizado en jurisdicción de los municipios de Puerto Salgar, en el departamento de Cundinamarca y Puerto Boyacá**, en el Departamento de Boyacá, el cual hace parte de la etapa 1 del proyecto ruta del sol sector 2 Puerto Salgar – San Roque.

Resolución n.º 0650 del 10 de agosto de 2012⁷⁴, mediante la cual, otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado **“Construcción y operación del Paso vial por el Centro Poblado del corregimiento El Líbano, ubicado en jurisdicción del municipio de San Alberto, en el departamento de Cesar**, el cual hace parte de la etapa 1 del sector 2 Puerto Salgar – San Roque del proyecto vial Ruta del Sol”.

Resolución n.º 0651 del 10 de agosto de 2012⁷⁵, mediante la cual, otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado **“Construcción y operación de la variante San Martín, localizado en jurisdicción del municipio de San Martín, departamento del Cesar”**.

Resolución n.º 0652 del 10 de agosto de 2012⁷⁶, mediante la cual, otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado **“Construcción y operación del paso vial por el centro poblado de Minas, ubicado en el municipio de San Martín**, el cual hace

⁷² Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5427

⁷³ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5641

⁷⁴ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5682

⁷⁵ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5684

⁷⁶ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5723

parte de la etapa 1 del sector 2, Puerto Salgar-San Roque del Proyecto Vial Ruta del Sol”.

Resolución n.º 0653 del 10 de agosto de 2012⁷⁷, mediante la cual, otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado **“Construcción y operación del paso vial por el centro poblado del corregimiento de Morrison, ubicado en el municipio de Rio de Oro, departamento de Cesar**, el cual hace parte de la etapa 1 del sector 2, Puerto Salgar-San Roque del Proyecto Vial Ruta del Sol”.

Resolución n.º 0694 del 23 de agosto de 2012⁷⁸, mediante la cual, otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado **“Construcción y operación del proyecto vial por el centro poblado del corregimiento de Besote, municipio de la Gloria, departamento del Cesar**, el cual hace parte de la etapa 1 del sector 2, Puerto Salgar-San Roque del Proyecto Vial Ruta del Sol”.

Resolución n.º 0731 del 06 de septiembre de 2012⁷⁹, mediante la cual, otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado **“Construcción y operación del paso vial por el municipio de Aguachica del departamento del Cesar”**.

Resolución n.º 0759 del 12 de septiembre de 2012⁸⁰, mediante la cual, otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto Vial denominado **“Construcción y operación del paso vial por el centro poblado de la Mata, ubicado en el municipio de La Gloria, departamento del Cesar”**.

Resolución n.º 0997 del 30 de septiembre de 2012⁸¹, mediante la cual, otorgó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., licencia ambiental para el proyecto denominado “Construcción del tramo 2 Caño Alegre- Puerto Araujo (...) tramo 3, Puerto Araujo – La Lizama – San Alberto (...) y tramo 7 La Mata- San Roque (...) del Proyecto vial Ruta del Sol, sector 2: Puerto Salgar- San Roque, y sus obras asociadas”.

Las diez (10) licencias ambientales que se allegaron al proceso y que fueron estudiadas y otorgadas por la disciplinada como directora general de la autoridad ambiental demuestran que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, **el 15 de diciembre de 2014**, al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S tenía pleno conocimiento que (i) la empresa para la que se disponía a prestar asesoramiento y consultoría de manera personal había estado sujeta a su control y vigilancia en la entidad en la que había estado vinculada hasta el **10 de septiembre de 2013** y (ii) que el objeto contractual guardaba relación

⁷⁷ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5681

⁷⁸ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5683

⁷⁹ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5718

⁸⁰ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5680

⁸¹ Cuaderno Original n.º1. Cd Folio 146. Expediente 5671

con las funciones desempeñadas en la dirección de la ANLA; pues los problemas sociales advertidos por ÁLVARO VECINO y por la cual fue contratada, fue uno de los aspectos que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR conoció al momento de evaluar los estudios e impactos ambientales presentados por la Concesionaria Ruta del Sol para el trámite de las licencias ambientales.

En ese orden, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, luego de haberse desvinculado de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, dentro de los dos (2) años que señala la prohibición prestó a título personal servicios de asistencia, representación o asesoría a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en aspectos que también tenían directa relación con sus funciones como directora de la ANLA, de conformidad con lo previsto en el Decreto 3573 del 27 de septiembre de 2011 y demás normas que regulan la materia, como las resoluciones que otorgaron licencias ambientales a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para cuando la exdirectora investigada era la cabeza de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales.

En cuanto a la ilicitud sustancial, la conducta de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR vulneró el principio de moralidad pública y de contera los deberes funcionales a ella encomendados, los cuales por expresa disposición legal y con aval constitucional fueron extendidos en el tiempo, para evitar las indebidas injerencias de exfuncionarios en aspectos que fueron de su resorte funcional.

Se vulneró el principio de moralidad de la función administrativa, toda vez que, en su condición de ex directora general de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, estaba aún obligada a respetar las leyes y no incurrir en el prohibición del Estatuto Anticorrupción (Artículo 3.º, Ley 1474 de 2011), utilizando de manera ilegal su conocimiento, trabajo e intereses, en provecho de intereses particulares con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público y la cercanía y posición administrativa que ocupó cuando era servidora pública respecto del vigilado y posterior contratante.

La categoría dogmática de la culpabilidad, para el momento de los hechos, esto es, al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR tenía la capacidad de motivarse por la regla que *prohibía* asesorar y asistir a particulares que habían sido objeto de inspección, vigilancia, control o regulación de la ANLA, entidad de la cual la investigada era su directora general. Tenía la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión y para el caso concreto es imputable.

Al plenario se allegaron los extractos del formato único de hoja de vida declarados por LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR⁸², documentos que dan cuenta de la experiencia laboral de la disciplinada desde el año de 1996;

⁸² Cuaderno Original n.º1. Folios 33 y Ss., Folio 96, 97



Expediente 161-7780

tales como, gerente de Termosantander⁸³, director de área en Ecopetrol⁸⁴, Jefe de División en Cerrejón⁸⁵, Especialista en el Banco Interamericano de Desarrollo⁸⁶ contratista OPS 5212010 en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial⁸⁷, director administrativo o financiero del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial⁸⁸ y director general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales⁸⁹.

Se allegaron las resoluciones y actas de posesión de los cargos directivos ocupados desde el 9 de febrero de 2011 en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.⁹⁰ Acta de posesión n.º 005 del 9 de febrero de 2011, en donde con la firma de la posesionada se da por enterada que de conformidad con los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 190 debía allegar todos los documentos necesarios para acreditar los requisitos exigidos para el ejercicio de las funciones del cargo.⁹¹ El acta de posesión n.º 043 del 07 de octubre de 2011, en donde la disciplinada con su firma dejó constancia bajo la gravedad de juramento no estar incurso en alguna causal de inhabilidad general o especial, de incompatibilidad o prohibición.

La prueba documental en comento demuestra que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, al momento de aceptar los nombramientos expuestos en su hoja de vida, en especial los públicos, sabía que debía reunir los requisitos para la celebración y ejercicio del cargo; por tanto, el tema de las prohibiciones e inhabilidades no era un tema ajeno como tampoco extraño a su conocimiento a la hora de asumir un cargo o empleo. Para el caso en concreto y conforme a los elementos que obran dentro del proceso, la investigada conocía los elementos estructurales del tipo disciplinario, pues tenía conocimiento del catálogo de deberes y prohibiciones de todo servidor y ex servidor del Estado.

Observa la Sala que la defensa sin argumento y sustento alguno alegó que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR cometió la falta disciplinaria bajo la convicción errada e invencible de que su actuar no se ajustaba a una falta disciplinaria.

Sobre el particular es oportuno precisar que la disciplinada en su versión libre del 9 de julio de 2020⁹², señaló que el contrato que firmó con la Concesionaria Ruta del Sol, lo hizo después de haber consultado con dos (2) profesionales del derecho de su entera confianza, expertos en temas jurídicos relacionados con su actividad como servidora pública, a quienes les preguntó si existía algún impedimento al suscribir el contrato por haber

⁸³ Febrero de 1996 a septiembre 1999

⁸⁴ Mayo de 2000 a 14 de marzo de 2003.

⁸⁵ Del 25 de marzo de 2003 a 31 de julio de 2006

⁸⁶ Del 16 de junio de 2007 a 1 de noviembre de 2010 (folio 134 C.O)

⁸⁷ 9 de noviembre de 2010 a 31 de diciembre de 2010.

⁸⁸ 9 de febrero de 2011 a 6 de octubre de 2011.

⁸⁹ Desde el 7 de octubre de 2011

⁹⁰ Cuaderno Original n.º 1. Folio 131 y 132

⁹¹ Cuaderno Original n.º 1. Folio 132

⁹² Cuaderno Original n.º 2. Folio 105.

sido directora de la ANLA y que cada uno de ellos le preguntó cuál era el objeto del contrato que desarrollaría con la concesionaria. Ambos abogados le prestaron asesoría y confió ciegamente en lo que le manifestaron “pues ellos y yo siempre entendimos que el impedimento solo podía darse si habían asuntos relacionados directamente con mis funciones como directora de la ANLA (...), dado que el contrato nada tenía que ver con licencias o licenciamientos ambientales, ellos entendieron y yo también que no existía ningún impedimento legal que me permitiera celebrar y ejecutar dicho contrato, es decir, hizo lo que resultaba necesario para tener certeza si estaba o no inhabilitada o impedida para celebrar y ejecutar el contrato con la Concesionaria Ruta del Sol II”.

Las certificaciones de los profesionales del derecho mencionadas se extendieron en los siguientes términos:

Certificación del Profesional del derecho JORGE ELIÉCER DÍAZ GONZÁLEZ⁹³

Conozco de vista, trato y comunicación desde hace varios años a la doctora LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR. A finales del año 2014, sin que pueda precisar fecha exacta, en todo caso antes del comienzo de las fechas navideñas (novenas) y ya en mi condición de profesional del derecho conversé personalmente con la doctora LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, quien me consultó sobre si existía algún impedimento legal para que ella suscribiera un contrato con la Concesionaria Ruta del Sol relacionado con una consultoría o asesoría que le habrían solicitado a ella, esto relacionado con temas de comunicación y talleres en el campo de la responsabilidad social con el fin de que los proyectos sociales que esa Concesionaria desarrollaba en zonas del Magdalena Medio resultaran viables.

“le pregunté a la doctora si únicamente ese era el tema y me respondió que si frente a lo cual le manifesté que de acuerdo a mi conocimiento si la asesoría o consultoría se limitaba a esos aspectos sociales no tenía ningún problema porque las funciones de ella como directora de la ANLA eran precisas de acuerdo con lo señalado en el Decreto Ley 3573 de 27 de noviembre de 2011 aún vigente pues el artículo 10 del referido decreto ley señaló como funciones de la Directora de la ANLA las siguientes:

Artículo 10. Funciones del Despacho del Director General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Las funciones del Despacho del Director General son las siguientes:

(...)

Finalmente le manifesté que no existía ninguna ley que hubiera modificado ese decreto ley y que las resoluciones que se habían expedido con posterioridad habían reiterado las mismas funciones de la ANLA y por tanto de la dirección se circunscribían exclusivamente a temas ambientales. En constancia firmo como aparece a continuación, hoy (09) de julio de 2020 a solicitud de la interesada.”

Certificación del Profesional del derecho Fernando I Santos M⁹⁴

⁹³ Cuaderno Original n.º2. Folio 107 y S.s.

⁹⁴ Cuaderno Original n.º2. Folio 109.

Conozco de vista, trato y comunicación a la doctora LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, desde el mes de febrero de 2011. Igualmente, que a finales de noviembre o comienzo de diciembre de 2014, sostuve un dialogo con la doctora LUZ HELENA, sobre su incursión o no en una presunta inhabilidad para suscribir un contrato de consultoría y asesoría con la Concesionaria Ruta del Sol II para llevar a cabo actividades de comunicación y talleres relacionados con la responsabilidad social de la Concesionaria en los proyectos sociales que desarrollaba en zonas del Magdalena Medio, teniendo en cuenta que se había desempeñado como Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y posteriormente como directora de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA.

Teniendo en cuenta que la doctora SARMIENTO VILLAMIZAR, indicó que el objeto del contrato a celebrar versaba sobre temas sociales, le pregunté si alguna de las obligaciones que se derivaban del mismo, tenían que ver con temas de licenciamiento ambiental, a lo que señaló que no, ya que requerían sus servicios para desarrollar programas que le permitieran a las personas del sector, compuesta principalmente por personas de bajos recursos y o desplazadas, realizar actividades económicas, razón por la cual le manifesté que si ese era el objeto de su contrato, no tendría problema alguno en contratar con la concesionaria a la que se ha hecho referencia, porque el objeto del mismo, no guardaba relación directa o indirecta con las funciones asignadas al cargo que desempeñó como Directora de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA. Expresado en otros términos, le comenté que su eventual vinculación mediante la modalidad de prestación de servicios, en temas sociales, no le generaban ningún tipo de ventaja al Concesionario frente a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, como Autoridad Ambiental.

Incluso, le dije que revisado el contenido del Decreto-Ley 3573 de 2011, en donde, entre otras, se establecen las funciones del Director General de la Entidad, en concreto, el artículo 10 ibídem, el objeto del contrato no guardaba relación con alguna de las 21 funciones allí enlistadas. Firmo este documento, a solicitud de la interesada, hoy 6 de julio de 2020.

Observa la Sala que la documentación aportada por LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, no demuestran que la disciplinada haya realizado una consulta jurídica para suscribir el contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en primer lugar, las certificaciones suscritas por los profesionales del derecho dan cuenta que los abogados en el mes de noviembre – diciembre de 2014 sostuvieron una conversación personal con la disciplinada; llama la atención, que los profesionales del derecho no precisan la fecha en que dichas conversaciones se concretaron.

En segundo lugar, las certificaciones extendidas por los profesionales del derecho en el mes de julio de 2020 no corresponden a los documentos que respaldarían la decisión de LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, para suscribir el contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría con la Concesionaria Ruta del Sol. Lo que certifican los profesionales del derecho a solicitud de la interesada, es que, sin precisar fecha, en el mes de noviembre o diciembre de 2014, tuvieron una conversación informal (personal) con la disciplinada donde se consultó acerca de la posible



Expediente 161-7780

existencia de algún impedimento legal para que ella suscribir un contrato con la Concesionaria Ruta del Sol.

Por último, las certificaciones extendidas por los profesionales del derecho tampoco fueron acompañadas con los soportes documentales que especifiquen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se haya rendido un concepto o estudio técnico que le brindaran la confianza manifestada por LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, de que la eventual suscripción del contrato de prestación de servicios de consultoría y asesoría con la empresa que había estado sujeta a su vigilancia, control o regulación como directora de la ANLA no generaría causal de impedimento.

Los documentos aportados en versión libre por la disciplinada de manera alguna tienen la identidad de demostrar que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR haya cometido la falta disciplinaria bajo la convicción errada e invencible de que su actuar no se ajustaba a una falta disciplinaria; por tanto, tal y como se logró establecer en el fallo de primera instancia, LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, actuó voluntariamente, comprendiendo y queriendo lo que hacía, como también conocía de la ilicitud de su comportamiento por su condición de directora general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Es que es clara la norma prohibitiva, no se puede prestar a título personal servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, y en este proceso está probado y es claro que el objeto del contrato de prestación de servicios celebrado por la disciplinada atendía a asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, por lo tanto, dada su formación profesional y su experiencia en cargos de dirección el Estado tenía conocimiento del alcance la prohibición y no obstante procedió a contratar, por ello incurrió en la prohibición, o lo que es lo mismo, cometió la falta.

El análisis probatorio realizado, permite establecer que LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría con la Concesionaria Ruta del Sol, actuó de manera voluntaria; es decir, que no existió una situación (caso fortuito o fuerza mayor) que la dirigiera a actuar de la forma que lo hizo, como tampoco existió amenaza de un tercero que hubiese disminuido su voluntad. Por el contrario, la prueba que obra en el plenario refleja que la disciplinada actuó voluntariamente, comprendiendo y queriendo lo que hacía. Además, como se indicó en líneas anteriores la disciplinada conocía de la ilicitud de su comportamiento por su condición de Directora Nacional de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, si no, además, por su experiencia al momento de posesionarse en los cargos directivos donde su hoja de vida debía ajustarse a los requisitos legales para aceptar y ejercer el cargo.

En este orden de ideas, a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR, le era exigible el juicio de reproche, donde su actuar podía ejercerse conforme a derecho, pero decidió voluntariamente en nombre y representación propia celebrar el



Expediente 161-7780

contrato de prestación de servicios de asesoría y consultoría con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., dentro del término de dos (2) años, previsto en la prohibición legal, esto es, decidió voluntariamente realizar la conducta típica y sustancialmente ilícita, sin que se haya demostrado dentro del plenario que la funcionaria hubiese actuado bajo las circunstancias de un error, quedando demostrado en grado de certeza que la disciplinada actuó con dolo.

Finalmente, el recurrente plantea que “el actuar de mi defendida a lo sumo configuraría una culpa leve, que, en todo caso, es impune al interior del derecho disciplinario” ante lo cual la Sala Disciplinaria sin mayores consideraciones y ante el planteamiento exiguo de la defensa técnica, reitera que en el plenario se probó que el actuar de la disciplinada se llevó a cabo de manera definitiva con dolo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en uso de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar en su integridad el fallo de primera instancia, proferido el 31 de agosto de 2020, por medio del cual el Grupo Élite Anticorrupción declaró responsable disciplinariamente a **LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR**, identificada con cédula de ciudadanía n.º 63.366.054, en su condición de ex servidora pública como directora general de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, del cargo único formulado y que hizo la merecedora a la **sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses e inhabilidad especial por el mismo término**, conforme a lo señalado en el parágrafo del artículo segundo de la decisión recurrida; esto es, como la señora LUZ HELENA, no continúa en el ejercicio del cargo, la sanción de suspensión se convertirá en seis (6) meses de salario para la fecha en la cual cesó en el ejercicio del cargo, que ascendía a la suma de **diecinueve millones setecientos dieciséis mil ochenta pesos (\$19.716.080.00)**, es decir, un valor total de **ciento dieciocho millones doscientos noventa y seis mil cuatrocientos ochenta pesos (\$118.296.480.00)**, suma que deberá ser cancelada a favor de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, una vez quede en firme la presente decisión, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Por la secretaría de la Sala Disciplinaria, **notificar la presente decisión a los sujetos procesales**, advirtiéndoles que contra lo decidido no procede recurso alguno; para ello, remitirá la correspondencia a las



Expediente 161-7780

direcciones vistas a folios 172, 173 y 174 y Ss. Del cuaderno original n.º 2, como a folios 243 y 263 del Cuaderno Original n.º 1.

TERCERO: Por el Grupo Élite Anticorrupción, **remitir las comunicaciones pertinentes a efectos de ejecutar, reportar y registrar la sanción disciplinaria impuesta a LUZ HELENA SARMIENTO VILLAMIZAR**, conforme lo disponen los artículos 172, 173 y 174 de la Ley 734 de 2002.

CUARTO: Por la Secretaría de la Sala Disciplinaria, previo los registros y anotaciones a que haya lugar, **devolver el expediente** al Grupo Élite Anticorrupción para que adelante todas las gestiones necesarias para el acatamiento de lo aquí dispuesto.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVANO GÓMEZ STRAUCH
Procurador Segundo Delegado
Presidente

LUZ STELLA GARCÍA FORERO
Procuradora Primera Delegada

EXP. IUS-E-2018-567165-IUC-2018-1209477 (161-7780)
SGS/LEGF/OMHR



APELACION FALLO DE PRIMERA INSTANCIA-Contra fallo de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos que sancionó a miembros del ejército

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA-Muerte endilgada a funcionarios del Ejército Nacional Batallón de Artillería de la Cuarta Brigada

REVOCATORIA-De la orden de archivo en oficina de control interno del ejército

FALTA GRAVISIMA-Contra miembros del ejército de la Cuarta Brigada por graves violaciones al derecho internacional humanitario/**GRAVE VIOLACION AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Desconocimiento del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra

PROTECCION DE LA POBLACION CIVIL-Circunstancias que deben observarse para hacerla efectiva

FALTA GRAVISIMA-Consagrada en el art. 48 numeral 7° de la ley 734 de 2002

APELACION FALLO DE PRIMERA INSTANCIA-Por inexistencia de ilicitud sustancial/**CAUSALES DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA**-El disciplinado invocó las contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002/**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Quebrantamiento del principio de proporcionalidad y de distinción/**DECLARACION DE TESTIGOS**-Condiciones del lugar impedían percepción clara/**ERROR DE APRECIACION PROBATORIA**-Se alega respecto al informe de necropsia/**PRUEBA TESTIMONIAL**-Cuestionamiento a testimonios de familiares del occiso/**PRINCIPIO IN DUBIO PRO DISCIPLINADO**-Se alega que si no existe certeza de la responsabilidad y existen dudas razonables se debe resolver a favor del inculpado

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-La conducta derivada de una operación que viola derechos humanos no puede justificarse en el marco del cumplimiento de una orden/**VIOLACION AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Deben ser objeto de investigación y juzgamiento tanto penal como disciplinariamente

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA-Muerte de civil en operación militar/**ANALISIS PROBATORIO**-La evidencia del fallador de instancia conduce a desvirtuar lo alegado por el recurrente



Radicado No. 161-4322

En el caso que nos ocupa, es claro que la muerte del señor..., al igual que lo consideró el a quo, no se dio dentro de los parámetros legales a los que se refiere la orden, esto es, bajo la característica de una resistencia armada o en términos más elementales, como consecuencia de un combate legítimo, como lo ha alegado la defensa insistentemente a lo largo del proceso, reiterándolo en el correspondiente recurso de apelación. La evidencia probatoria arrimada a la investigación, a la cual ha hecho referencia el fallador de instancia, así lo demuestra, no obstante el esfuerzo hecho por la recurrente con miras a demostrar lo contrario

PRUEBA TESTIMONIAL-Credibilidad

Para la Sala Disciplinaria lo expuesto por el suboficial..., merece plena credibilidad, pues se trata ni más ni menos de una versión que proviene de quien tenía a su mando el destacamento Thanatos que en últimas fue el que ejecutó la acción de dar muerte en estado de indefensión a... y no es una versión simplemente incriminatoria en contra de sus superiores como lo quiere hacer ver la apelante, sino que igualmente es autoincriminatoria, a tal punto que el mismo suboficial aclara que bajo la modalidad de aceptación de cargos, se encuentra condenado a veinte (20) años de prisión

EJECUCION ARBITRARIA-No existió combate

ELEMENTOS PROBATORIOS-Permiten inferir que se encuentra probado el cargo imputado al investigado/**PROTOCOLO DE NECROPSIA**-Prueba de disparo a corta distancia/**VICTIMA**-Se encontraba en estado de indefensión y luego fue reportarla como dada de baja en combate

CAUSAL DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD-Al disciplinado no lo ampara por inexistencia de combate

CONFLICTO ARMADO INTERNO-Prohibición de atentar contra la vida de quienes no participan directamente según art 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949/**FALTA DISCIPLINARIA**-Por quebrantar derecho a la vida de persona ajena al conflicto armado y protegida por derecho internacional humanitario/**FALTA GRAVISIMA**-Por incurrir en una grave violación al derecho internacional humanitario

El artículo 3° común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, entrados en vigor para Colombia desde el 8 de mayo de 1962 en virtud de la Ley 5ª de 1960, prohíbe, en caso de conflictos armados de carácter interno, entre otros, los atentados contra la vida respecto de las personas "que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa", debiendo ser tratadas con humanidad y sin distingo alguno desfavorable. Así, los responsables de dicha conducta están incurso en la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48.7 de la Ley 734 de 2002, esto es, incurrir en una grave violación al derecho internacional humanitario, por desconocimiento a lo previsto en el artículo 3° Común a los Convenios de Ginebra citado anteriormente, que prohíbe, entre otras cosas,



Radicado No. 161-4322

los atentados contra la vida, en relación con las personas protegidas por dicha normatividad

En el caso que nos ocupa, es claro que... estaba protegido por el artículo 3° antes mencionado, pues la evidencia probatoria demuestra que se trataba de un trabajador en el área de la arepería, y si hipotéticamente hubiese tenido algún vínculo con un grupo armado ilegal, igualmente en las condiciones en que sucedieron los hechos, esto es, encontrándose en estado de indefensión y en poder de los militares, también se encontraba protegido por la norma en cita. Por lo tanto, la ejecución arbitraria que se consumó en su humanidad, sin duda constituye una verdadera y grave violación al derecho internacional humanitario y, por ende, sus autores, están incurso en la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48.7 de la Ley 734 de 2002

SANCION DISCIPLINARIA-Obra prueba que conduce a la certeza de la responsabilidad y participación del encartado/**CONDUCTA DEL DISCIPLINADO**-Afectó el deber funcional de garantizar el derecho a la vida que le asistía/**DISCIPLINADO**-Incumplió los parámetros de actuación para no atentar contra la vida y para desplegar todas las actividades tendientes a su protección

ALCANCE DEL RECURSO DE APELACION-Competencia segunda instancia solo para quienes impugnaron/**FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**-En firme para quienes no hicieron uso de recurso de apelación

SANCION DISCIPLINARIA-Se confirma destitución e inhabilidad por 20 años a miembro del ejército por graves violaciones a los derechos humanos



Radicado No. 161-4322

SALA DISCIPLINARIA

Bogotá D.C., nueve (9) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado en
Acta de Sala
Ordinaria No. 1

Radicación No:	161-4322 (IUS 008-134552-05)
Disciplinados:	Sargento Segundo Jorge Eliécer Valle y otros
Cargo:	Miembros del Ejército Nacional
Quejoso:	De oficio
Fecha queja:	11 de noviembre de 2005
Fecha hechos:	2 de marzo de 2005
Asunto:	Apelación fallo de primera instancia

P.D. PONENTE: Dr. ANDRÉS MUTIS VANEGAS

I. TEMA POR TRATAR

En virtud del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del cabo primero del Ejército Nacional HERNÁN DARÍO DUARTE BUITRAGO, revisa la Sala Disciplinaria la decisión del 24 de agosto de 2016, mediante la cual la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos lo sancionó con destitución del cargo e inhabilidad general por el término de veinte (20) años, al haberlo hallado responsable del cargo formulado.

No obstante que igualmente fueron sancionados el sargento segundo JORGE ELIÉCER VALLE y los soldados profesionales DIBER DE JESÚS QUIROZ TOBÓN, DIEGO FERNANDO HIDALGO PADIERNA, JUVENAL DE JESÚS HIGUITA SUÁREZ, FABIO LEÓN TORRES QUINTERO, DELIO ANTONIO VALENCIA ZEA, ÓSCAR DARÍO JIMÉNEZ, JORGE ALBERTO DÍEZ SILVA y HERIBERTO MARTÍNEZ MUÑOZ, ninguno de ellos hizo uso del recurso de apelación.

II. HECHOS

El 2 de marzo de 2005, en horas de la noche, miembros del Ejército Nacional pertenecientes a la Agrupación de Fuerzas Especiales Urbanas n.º 5 del Batallón de Artillería n.º 4, adscritos a la Cuarta Brigada, en cumplimiento de la orden de operaciones Mito n.º 030, arribaron a la vereda El Llano del corregimiento de San Cristóbal a la altura del kilómetro 12 sobre la vía que conduce al Túnel de Occidente comuna 13 del municipio de Medellín, en donde, según su decir, sostuvieron un enfrentamiento armado



Radicado No. 161-4322

con un grupo de hombres, dando como resultado la baja de un sujeto N.N. que portaba un arma de fuego conocida como changón calibre 16, quien fue posteriormente identificado como NELSON DARÍO SALAZAR MONCADA.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

El día 11 de noviembre de 2005, la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá, remitió a la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos las diligencias radicadas bajo el n.º 136-6466/05, que en síntesis trata de algunas copias del proceso penal seguido por la muerte de NELSON DARÍO SALAZAR MONCADA¹.

Con fundamento en las anteriores diligencias la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, mediante auto del 26 de mayo de 2006, ordenó la apertura de investigación disciplinaria en contra de los miembros del Ejército Nacional, sargento JORGE VALLE, CABO PRIMERO HERNÁN DUARTE BUITRAGO Y SOLDADOS DIVER QUIROZ TOBÓN, DIEGO HIDALGO PADIERNA, JUVENAL DE JESÚS HIGUITA SUÁREZ, FABIO TORRES QUINTERO, DELIO VALENCIA ZEA, ÓSCAR DARÍO JIMÉNEZ, JORGE ALBERTO DÍEZ SILVA y HERIBERTO MARTÍNEZ MUÑOZ².

El 27 de febrero de 2007, la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos solicitó al entonces Procurador General de la Nación la posibilidad de revocar la decisión de archivo que la oficina de control interno de la institución militar había adoptado el 11 de abril de 2005, en relación con los mismos hechos, solicitud que fue acogida en proveído del 25 de abril de 2007, revocándose dicha decisión³.

En auto del 8 de febrero de 2008, la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos formuló a los investigados el siguiente cargo⁴:

Formular cargo disciplinario a [...] servidores públicos pertenecientes al Ejército Nacional, adscritos a la Cuarta Brigada, para la época de los hechos investigados 2 de marzo de 2005, por incurrir en la conducta descrita en el artículo 48, numeral 7 de la Ley 734 de 2002, graves violaciones al derecho internacional humanitario, consistente en el desconocimiento de los artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5 de 1960 y en vigor para Colombia desde el 8 de mayo de 1962 y 4, numeral 2, literal a) del Protocolo II, aprobado por la Ley 171 de 1994 y en vigor para Colombia el 15 de febrero de 1996, al dar muerte al ciudadano NELSON DARÍO SALAZAR MONCADA, quien por su condición, era parte de la población civil objeto de protección.

¹ Confrontar folios 6 a 105 del cuad. Original 1

² Confrontar folio 106 del cuad. Original 1

³ Confrontar folios 416 y 423 del cuad. Original 2

⁴ Confrontar folio 455 del cuad. Original 3



Radicado No. 161-4322

Presentados los respectivos descargos, en auto del 17 de abril de 2009 se resolvió sobre las pruebas entonces solicitadas y, como quiera que se negaron algunas, se interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, resolviéndose el primero en auto del 24 de junio de 2009, en tanto que el segundo se desató por esta Sala en auto del 26 de noviembre de 2009⁵.

Mediante auto del 20 de octubre de 2015 la Delegada *a quo* corrió traslado para alegar de conclusión, emitiéndose el fallo objeto de impugnación el 24 de agosto de 2016⁶.

IV. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En decisión proferida el 24 de agosto de 2016, la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos declaró disciplinariamente responsables del cargo formulado a todos los investigados, a quienes les impuso sanción de destitución del cargo e inhabilidad general por el término de veinte (20) años, bajo los siguientes argumentos:

Luego de hacer un resumen de la prueba allegada a la investigación, el *a quo* puso de relieve algunas contradicciones e inconsistencias que se reflejan en los dichos de los militares, a las que se agrega lo expuesto por el disciplinado JORGE ELIÉCER VALLE, quien refirió que NELSON DARÍO SALAZAR MONCADA fue llevado hasta un punto de la carretera que conduce hacia el Túnel de Occidente vía a Urabá, en donde fue ejecutado en estado de indefensión.

Trajo a colación el informe de análisis de disparo en mano que realizó el CTI, del cual se deduce que SALAZAR MONCADA no disparó el arma que, según dicen los militares le fue encontrada, lo que descarta el que se haya enfrentado en supuesto combate con los miembros del Ejército Nacional.

Igualmente citó el informe técnico presentado por el especialista en medicina forense, LUIS EDUARDO ROMERO ANTURI, adscrito a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, para referir especialmente la lesión producida por proyectil de arma de fuego que dejó como huella ahumamiento, lo que significa que por lo menos ese disparo se hizo a corta distancia, situación que descarta el presunto enfrentamiento.

Refiere las heridas que presentó el occiso en la espalda, las cuales no se conciben aceptables bajo la teoría del enfrentamiento armado, máxime

⁵ Confrontar folios 584, 631 y 794 del cuad. Original 3

⁶ Confrontar folios 1281 y 1424 del cuad. Original 5



Radicado No. 161-4322

cuando todos los militares se encontraban en el cerro, de frente a la víctima y, agrega, que en la posición ventajosa que tenían los miembros del Ejército, resulta inexplicable que se presente un enfrentamiento armado originado supuestamente por quienes se encontraban en la parte baja y que además la única víctima haya sido SALAZAR MONCADA.

Coherente con lo considerado citó la prueba testimonial correspondiente a los familiares de la víctima, prueba que descarta el que haya pertenecido a una organización armada al margen de la ley.

Concluyó en la responsabilidad de los disciplinados, a título de dolo, de la falta disciplinaria gravísima contenida en el artículo 48 numeral 7 de la Ley 734 de 2002, razón por la cual les impone la sanción ya referida.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del cabo primero HERNÁN DARÍO DUARTE BUITRAGO apeló la decisión de primera instancia, al tenor de los siguientes argumentos⁷:

Precisó que respecto de su prohijado no existe ilicitud sustancial en su conducta, pues lo que hizo fue no solo ejercer la función constitucional que le fue encomendada junto con los demás integrantes del destacamento, al ser atacados por un grupo de hombres al margen de la ley, sino también ejercer el derecho constitucional de defensa ante el ataque inminente, siendo claro que se presentan las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

Advirtió que el desplazamiento de los miembros del Ejército Nacional hasta el sitio en donde ocurrieron los hechos, se hizo en el marco de la legalidad, toda vez que a la fecha, tanto la Orden de Operaciones Élite como la Misión Táctica Mito, se encuentran en firme, no han sido objeto de anulación.

Dijo que a quien resultó muerto se le encontró material de guerra y así mismo se le practicó prueba de absorción atómica de la que se pudo concluir que accionó su arma de fuego contra la tropa, resaltando que como se indicó en el concepto emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la prueba que se realizó es de orientación y, por lo tanto, no se puede, como lo hizo el a quo, afirmar que el sujeto no disparó, menos cuando para el análisis no se tuvieron en cuenta las condiciones de toma de muestras ni las condiciones climáticas para el momento de ocurrencia de los hechos y momentos posteriores hasta que arribaron al lugar los funcionarios de policía judicial.

⁷ Confrontar folio 1472 del cuad. Original 5



Radicado No. 161-4322

Respecto de la condición personal de NELSON DARÍO SALAZAR MONCADA afirmó que en el caso de que fuera un civil y se dedicara a trabajar en la arepería, se encontraba el día y hora en el mismo sitio de ocurrencia de los hechos, por su voluntad y en compañía de otros sujetos, armado y a su vez hizo uso del material de guerra que portaba en contra de la tropa, perdiendo de esta forma, si es que en algún momento la tuvo, la calidad de persona protegida por el DIH, lo que descarta, además, la violación a los principios de proporcionalidad y distinción.

Citó el informe de balística respecto del arma que le fue encontrada al occiso, así como las vainillas y cartuchos, del que se concluye que el arma es apta para disparar, está en buen funcionamiento y, las vainillas calibre 38 especial, presentan características de haber sido percutidas con la misma arma.

Criticó el hecho de que se sostenga que existen contradicciones entre los miembros del Ejército que participaron en el operativo, desconociéndose que en la diligencia de inspección judicial practicada en el mes de septiembre de 2010, se evidenció que las condiciones del lugar impedían tener una percepción clara de la ubicación y del número de personas que allí se encontraban, pues no todos se ubicaron en el mismo sitio una vez llegaron al cerro donde se presentó el enfrentamiento, aunado a la poca visibilidad que había y lo único que permitía identificar a las personas que se encontraban en la vía, eran los fognazos que se generaban con las armas que ellos disparaban.

Aseguró que en lo sustancial y de fondo los dichos de los militares son coincidentes y lo narrado por ellos guarda directa y estrecha relación con lo percibido por las autoridades en la diligencia de inspección al lugar de los hechos, tanto la adelantada el día de ocurrencia de los mismos, como la llevada a cabo el día en que se realizó la reconstrucción y, adicionalmente, cada uno tenía una posición diferente respecto del hoy occiso y de los sujetos que lo acompañaban, por eso las distancias referidas en sus versiones varían, pues no todos podían percibir lo mismo y en los mismos instantes.

Cuestionó el hecho de que no se acreditaron las calidades del galeno para el día en que se adelantó la necropsia, evidenciándose la falta de preparación al no dársele el debido manejo a las prendas que portaba el occiso, en consecuencia no se realizó análisis y estudio de prendas.

Respecto de la necropsia, afirmó que el instructor se limitó en el pliego de cargos a resaltar dentro de la relación de heridas, aquella producida en el antebrazo derecho interno que mostraba ahumamiento, sin especificar las características del mismo, sin embargo esta prueba junto con el acta de levantamiento del cadáver fueron objeto de estudio por parte de la Dirección



Radicado No. 161-4322

Nacional de Investigaciones Especiales, y en relación a las conclusiones a las que arribó el mismo ha de señalarse que con estos dos únicos documentos no se podía obtener los resultados a los que llegó el funcionario, máxime si con los mismos se pretende endilgar responsabilidad a los disciplinados, pues estos son subjetivos e hipotéticos en su gran mayoría, “como ocurre con el numeral 6 de las mismas, en relación a la cual se debe precisar que la misma es inválida, pues allí se afirma que se documentó con fotografía el hallazgo macroscópico de ahumamiento y que se practicó la prueba de rodizonato con resultado positivo, y deduce que el impacto se realizó a corta distancia” dejando de lado no sólo el resultado negativo del análisis de residuos de disparo a las prendas que vestía el occiso, sino además de que ésta es una prueba preliminar indiciaria, que sirve para determinar algunos metales, pero no para determinar distancias de disparo. Agregó que para obtener esos resultados se requiere de elementos científicos, no son circunstancias que se puedan concluir con la simple observación.

Criticó el testimonio de los familiares del occiso por no haber desplegado algunas actividades que de acuerdo a sus dichos, según el apelante, debían realizar, como también cuestiona el que nunca se haya confirmado lo dicho por éstos en cuanto a que SALAZAR MONCADA trabajaba en la arepería, amén de que ninguno es testigo presencial de los hechos.

En cuanto a la versión inculpativa del sargento JORGE ELIÉCER VALLE, puso de presente que éste era el comandante de la operación militar que culminó con la muerte de SALAZAR MONCADA y que en sus primeras intervenciones describió en forma detallada cómo habían acontecido los hechos. Sin embargo, de manera sorpresiva creó una serie de conjeturas desatinadas, narrando hechos sin un hilo conductor y que claramente no tienen nada que ver con el caso investigado, pretendiendo desprestigiar la Institución y buscando salpicar a sus comandantes y compañeros “fantasea e improvisa respecto de la forma en como presuntamente ocurrieron los hechos, pero desestimando que siendo el comandante debía conocer los pormenores de la forma en que se desarrollaron los hechos y dejando dicha responsabilidad a la casualidad y tratando de inculpar sobre todo a sus superiores, pero desviando o manifestando desconocer los pormenores del desarrollo de los hechos”.

Por último, enfatiza que si el fallador no está convencido de la inocencia, tampoco puede estar convencido de lo contrario, pues no existen pruebas que conduzcan a la certeza de la responsabilidad y por lo menos existen dudas razonables que en virtud del principio “in dubio pro disciplinado” deben ser resueltas a favor de su defendido.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA DISCIPLINARIA

6.1. Competencia



Radicado No. 161-4322

Con fundamento en las atribuciones conferidas por el numeral 1.º del artículo 22 del Decreto Ley 262 de 2000, la Sala Disciplinaria procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del cabo primero del Ejército Nacional HERNÁN DARÍO DUARTE BUITRAGO, contra la decisión del 24 de agosto de 2016, mediante la cual la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos lo sancionó con destitución del cargo e inhabilidad general por el término de veinte (20) años, al haberlo hallado responsable del cargo formulado.

6.2 Análisis de fondo

Como bien lo precisó la recurrente, la presencia de las tropas en el sitio en donde ocurrieron los hechos, encuentra respaldo probatorio en la orden de operaciones fragmentaria n.º 030 “MITO” del 2 de marzo de 2005⁸, que ordenaba al destacamento Thanatos al mando del sargento segundo JORGE ELIÉCER VALLE llevar a cabo un operativo con el objetivo de capturar y/o en caso de resistencia armada someter por la fuerza y combatir a los grupos armados al margen de la ley que delinquieran en la zona. Sin embargo, como bien lo dispone la misma orden “El respeto por los Derechos Humanos y la observancia de las normas del Derecho Internacional Humanitario [...] sin excepción serán garantía por parte del personal comprometido en la operación”, significando con ello que no toda conducta asumida en desarrollo del operativo, puede justificarse al amparo del cumplimiento de la orden, por lo tanto, aquellas que vulneren o violen en términos generales los derechos humanos, necesariamente deben ser objeto de investigación y juzgamiento tanto penal como disciplinariamente.

En el caso que nos ocupa, es claro que la muerte del señor NELSON DARÍO SALAZAR MONCADA, al igual que lo consideró el *a quo*, no se dio dentro de los parámetros legales a los que se refiere la orden, esto es, bajo la característica de una resistencia armada o en términos más elementales, como consecuencia de un combate legítimo, como lo ha alegado la defensa insistentemente a lo largo del proceso, reiterándolo en el correspondiente recurso de apelación. La evidencia probatoria arrojada a la investigación, a la cual ha hecho referencia el fallador de instancia, así lo demuestra, no obstante el esfuerzo hecho por la recurrente con miras a demostrar lo contrario.

En ese orden de ideas, no se pueden desconocer inicialmente los testimonios rendidos por las señoras LUZ AMILBIA MONCADA ARREDONDO⁹ y NATALIA MILENA SALAZAR MONCADA¹⁰, madre y hermana de la víctima, respectivamente, quienes refirieron las condiciones personales de éste, alejadas de cualquier clase de actividad delincriminal, trabajador en la

⁸ Confrontar folio 279 del cuad. Original 2

⁹ Confrontar folios 355 del cuad. Original 2 y 971 del cuad. Original 4

¹⁰ Confrontar folios 18 del cuad. Original 1 y 966 del cuad. Original 4



Radicado No. 161-4322

arepería de propiedad de doña JUANA, que si bien no fue escuchada en declaración al respecto, hecho que pone de presente la apelante, no por ello se pueden descartar de plano sus dichos, pues la evidencia de la responsabilidad de los disciplinados, no depende única y exclusivamente de la verificación de las condiciones personales del occiso, sino de la existencia de un conjunto articulado de hechos que así lo determinan, como bien se consideró en la decisión objeto de impugnación.

Tampoco se puede desconocer la versión inculpativa que hace el propio sargento JORGE ELIÉCER VALLE, comandante del grupo militar que adelantó el operativo del que hizo parte igualmente el disciplinado, cabo primero HERNÁN DARÍO DUARTE BUITRAGO, versión a la que la apelante le resta importancia, por cuanto, según ella, se hizo simplemente con el ánimo de desprestigiar la Institución militar y buscando salpicar a los comandantes y compañeros, dado que en su relato fantasea e improvisa, manifestando desconocer los pormenores de los hechos.

En su ampliación de indagatoria rendida el 7 de mayo de 2012 ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario¹¹, el sargento JORGE ELIÉCER VALLE decide colaborar con la justicia y refiere varios casos de los llamados falsos positivos en los que participaron miembros del Ejército Nacional incluido el propio indagado, destacándose, entre otros, el caso que ocupa la presente investigación, sobre el que señaló:

El quinto muerto es el de los túneles eso también fue coordinado con el soldado TORRES. Al parecer la novia de TORRES era hermana del muerto y que supuestamente el muerto era miliciano de las FARC quien le había dicho la novia de TORRES así cuando el soldado TORRES se enteró comenzaron a organizar cómo iba a ser la baja en ese sector de los túneles, no siendo como dicen unas declaraciones que el soldado SIERRA fue que lo llevo (sic) y lo entrego (sic) ni tampoco como dicen en la declaración que yo di la orden al sargento DUARTE de asesinar al muchacho, siendo que nosotros estábamos dando instrucción en el batallón Pedro Nel Ospina cuando comenzaron a organizar como (sic) se iba a hacer el movimiento siendo que yo soy el comandante del destacamento y el que da la orden es el comandante de la agrupación que era el capitán SALAMANCA, allí estaba el sargento DUARTE fuera de la agrupación y mi capitán SALAMANCA me dijo que lo recogiera que íbamos a hacer una operación, cuando llegamos al sitio se bajo (sic) del carro del furgón NPR de la agrupación un soldado y después me gritaron listo, avanzamos y llegando antes de los túneles estábamos buscando el sitio donde se iba a hacer el montaje del supuesto combate, buscamos el sitio de una parte donde se asimilara que habían delincuentes siendo así que por ahí no existía ningún grupo al margen de la ley, y cuando bajaron al muchacho del furgón a la víctima, y ahí le dispararon y el muchacho cayo (sic) en la vía que era destapada en esa época, cayo (sic) en el barrial, entonces se pusieron de acuerdo los soldados para cuando llegara la Fiscalía, quién había disparado y la ubicación de cada uno, yo ese día no dispare (sic) y

¹¹ Confrontar folio 1067 cuad. Original 4



Radicado No. 161-4322

en una declaración yo digo que no dispare y los muchachos, los soldados se enojaron por eso y ellos acomodaron todo lo que era el montaje en las parte que supuestamente habíamos disparado siendo que no fue así, porque el changon hechizo no quería disparar y el soldado HIGUITA se desespero (sic) y lo medio acomodo (sic) y lo hizo supuestamente disparar hacía donde nos habíamos organizado, cuando yo llegue (sic) a la agrupación ellos ya llevaban varios años los soldados con estas situaciones de los falsos positivos desde la comuna 13.

Posteriormente, en la versión libre rendida el 11 de noviembre de 2014 ante la Procuraduría General de la Nación, el disciplinado JORGE ELIÉCER VALLE ratificó lo expuesto en la indagatoria antes citada, al señalar:

Como siempre lo he ratificado y lo manifesté ante la fiscalía 26 cómo fueron los hechos, en ese entonces yo era el comandante del destacamento y se hizo un montaje de acuerdo a la orden de operación, que en ese entonces que como comandante de la agrupación se encontraba el hoy en día el señor TC. SALAMANCA NEMBEK BEIMAR, de la orden de operación que me dio él, hasta el sitio donde se produjeron los hechos que fue la vía hacia el túnel de occidente vía a Urabá, donde se le produjo la muerte al NN, que le llaman MONCADA, donde se reportó como muerte en combate y fue un falso positivo como lo llaman [...] PREGUNTADO: Quiénes participaron y cómo estaba distribuido el grupo y formación de miembros del Ejército durante y después de los hechos? CONTESTADO: pues la verdad no me acuerdo de todo bien, pero ahí hubo como un error, yo lo ratifiqué en la fiscalía, ahí hay uno o dos soldados que no fueron a participar de eso y yo lo ratifiqué en la fiscalía. Me acuerdo del CABO DUARTE porque era el suboficial que iba, el segundo al mando. Del SOLDADO JIMÉNEZ me acuerdo también, de HIDALGO PADIERNA, pues no me acuerdo porque tantos soldados que tienen (sic) uno, no me acuerdo bien [...] se hizo un montaje, y se llevó a la persona al punto de la carretera y se le propinó unos disparos, y se hizo el simulacro de un combate. La Realidad es eso [...] PREGUNTADO: [...] Quiere expresar usted que el encargado de realizar el montaje era directamente usted? CONTESTO: No, ahí había un segundo al mando en la agrupación que era el cabo DUARTE BUITRAGO, pues con él yo coordinaba.

Para la Sala Disciplinaria lo expuesto por el suboficial VALLE, merece plena credibilidad, pues se trata ni más ni menos de una versión que proviene de quien tenía a su mando el destacamento Thanatos que en últimas fue el que ejecutó la acción de dar muerte en estado de indefensión a NELSON DARÍO SALAZAR MONCADA y no es una versión simplemente incriminatoria en contra de sus superiores como lo quiere hacer ver la apelante, sino que igualmente es autoincriminatoria, a tal punto que el mismo suboficial aclara que bajo la modalidad de aceptación de cargos, se encuentra condenado a veinte (20) años de prisión.

Igualmente, el hecho de que en su versión el suboficial VALLE no pueda precisar con detalle todos los aspectos que rodearon la muerte de SALAZAR MONCADA, no es circunstancia esencial que contamine su dicho, pues, en primer lugar, no debemos olvidar que fueron varios los casos de falsos



Radicado No. 161-4322

positivos a los que hizo referencia ejecutados en diferentes épocas y, en segundo lugar, el caso que nos ocupa ocurrió el 2 de marzo de 2005, en tanto que, cuando se decide a contar la verdad ante la Fiscalía, ya habían transcurrido más de siete años y medio, y cuando la ratifica ante la Procuraduría, ya han transcurrido cerca de nueve años y medio, por lo tanto, dado el paso del tiempo y la multiplicidad de operativos en que intervienen los miembros del Ejército Nacional, es imposible exigir el que se recuerde con exactitud los más mínimos detalles. Es más, el sentido común y la lógica natural como elementos esenciales de la sana crítica, nos indican que sí así ocurriera, podría catalogarse casi que de sospechoso, puesto que en las condiciones antes anotadas, es muy probable que cualquier persona haya olvidado una u otra cosa en relación con lo vivido.

En ese orden de ideas, cobran plena vigencia la interpretación y consideraciones que se hicieron en relación con otros elementos de prueba, que en su conjunto corroboran lo expuesto por el suboficial VALLE, en el sentido de que la muerte de SALAZAR MONCADA obedeció a una ejecución arbitraria y lo de la teoría de que había sido dado de baja en combate, obedece simplemente a un montaje tendiente a justificar su muerte.

Es así como debemos resaltar el análisis de residuos de disparo en mano por Espectrometría de Masas¹² efectuado sobre la toma de muestras realizada al cadáver, el cual arrojó resultado negativo al señalarse que “NO existe entre los metales relación compatible estadísticamente con residuos de disparo en mano”, lo que en otras palabras significa que no existía evidencia que indicara que había disparado un arma de fuego, prueba que, contrario a lo expuesto por la apelante, para la Sala no admite duda, no sólo porque corrobora lo expuesto por el suboficial VALLE, sino porque desde el mismo levantamiento del cadáver sus manos fueron debidamente embaladas para la práctica de dicha prueba, tal como se evidencia en el acta de levantamiento del cadáver y el protocolo de necropsia¹³.

Igualmente, adquiere vital importancia la evidencia referida en el protocolo de necropsia, respecto de la herida que con arma de fuego presentaba el occiso en el antebrazo interno derecho, toda vez que se observó en la misma el fenómeno de AHUMAMIENTO, hecho sobre el cual hizo referencia el informe técnico presentado por el médico especialista en medicina forense adscrito a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, doctor LUIS EDUARDO ROMERO, quien confirmó que tal hallazgo corresponde a un disparo realizado a corta distancia, conclusión que quiso derribar el apelante a través de la objeción al dictamen con argumentaciones similares a las expuestas en el recurso, objeción que no prosperó al amparo de consideraciones sólidas y fundamentadas que sobre el particular hizo el *a quo*, y que por compartirse plenamente, no se reiterarán por esta Sala.

¹² Confrontar folio 76 del cuad. Original

¹³ Confrontar folios 10 y 77 del cuad. Original 1



Radicado No. 161-4322

Este elemento probatorio es importantísimo, bajo el entendido que, como bien lo citó el fallador de instancia, el disparo a corta distancia es aquel que doctrinariamente se conoce como realizado a menos de 120 centímetros de distancia, lo que sin lugar a dudas descarta la posibilidad que se hubiera realizado en medio de un combate, mucho más cuando los militares disciplinados refirieron haberse enfrentado estando a una distancia de entre 15 a 25 metros, hecho que comprueba aún más sus apócrifas versiones y que dan mayor sustento a la versión inculpativa del sargento VALLE, en el sentido de que todo se trató de un montaje, pues SALAZAR MONCADA fue ejecutado en estado de indefensión. Esta conclusión desvirtúa la teoría de defensa expuesta por la apelante, referida a la existencia de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, esto es, que la conducta se haya realizado en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificio o que se haya realizado por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad o razonabilidad.

El artículo 3° común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, entrados en vigor para Colombia desde el 8 de mayo de 1962 en virtud de la Ley 5ª de 1960, prohíbe, en caso de conflictos armados de carácter interno, entre otros, los atentados contra la vida respecto de las personas “que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa”, debiendo ser tratadas con humanidad y sin distingo alguno desfavorable.

Así, los responsables de dicha conducta están incurso en la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48.7 de la Ley 734 de 2002, esto es, incurrir en una grave violación al derecho internacional humanitario, por desconocimiento a lo previsto en el artículo 3° Común a los Convenios de Ginebra citado anteriormente, que prohíbe, entre otras cosas, los atentados contra la vida, en relación con las personas protegidas por dicha normatividad.

En el caso que nos ocupa, es claro que NELSON DARÍO SALAZAR MONCADA estaba protegido por el artículo 3° antes mencionado, pues la evidencia probatoria demuestra que se trataba de un trabajador en el área de la arepería, y si hipotéticamente hubiese tenido algún vínculo con un grupo armado ilegal, igualmente en las condiciones en que sucedieron los hechos, esto es, encontrándose en estado de indefensión y en poder de los militares, también se encontraba protegido por la norma en cita. Por lo tanto, la ejecución arbitraria que se consumó en su humanidad, sin duda constituye una verdadera y grave violación al derecho internacional



Radicado No. 161-4322

humanitario y, por ende, sus autores, están incurso en la falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48.7 de la Ley 734 de 2002.

Así las cosas, surge clara y con certeza la responsabilidad del cabo primero HERNÁN DARÍO DUARTE BUITRAGO, de quien se encuentra plenamente demostrado participó en los hechos, como él mismo lo acepta en su versión apócrifa y como lo reitera su superior, el sargento segundo JORGE ELIÉCER VALLE y, siendo así, tanto él, como sus compañeros incumplieron el deber funcional que les imponía garantizar el derecho a la vida de NELSON DARÍO SALAZAR MONCADA, traducido en la obligación de no atentar contra la misma y desplegar todas las actividades tendientes para su protección, deber que se deduce claramente de los principios fundamentales previstos en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política en los que el respeto por la dignidad humana y la vida misma como fuente de existencia de todos los derechos, adquieren la mayor de las importancias en un Estado social y democrático de derecho, como lo es el nuestro.

En ese orden de ideas, la decisión objeto de impugnación se confirmará.

OTRA CONSIDERACIÓN

Como quiera que el sargento segundo JORGE ELIÉCER VALLE y los soldados profesionales DIBER DE JESÚS QUIROZ TOBÓN, DIEGO FERNANDO HIDALGO PADIerna, JUVENAL DE JESÚS HIGUITA SUÁREZ, FABIO LEÓN TORRES QUINTERO, DELIO ANTONIO VALENCIA ZEA, ÓSCAR DARÍO JIMÉNEZ, JORGE ALBERTO DÍEZ SILVA y HERIBERTO MARTÍNEZ MUÑOZ, no hicieron uso del recurso de apelación, su situación jurídico disciplinaria ha quedado en firme con la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en uso de sus facultades legales,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del 24 de agosto de 2016, mediante la cual la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos sancionó con **DESTITUCIÓN DEL CARGO E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE VIENTE (20) AÑOS** al entonces cabo primero **HERNÁN DARÍO DUARTE BUITRAGO**, identificado con la cédula de ciudadanía 9.736.550, adscrito para la época de los hechos a las Fuerzas Especiales Urbanas AFEUR n.º 5 del Batallón de Artillería n.º 4 de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, al haberlo hallado responsable del cargo formulado, conforme a lo expuesto en esta providencia.



Radicado No. 161-4322

SEGUNDO: Por la Secretaría de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría **NOTIFICAR** personalmente esta decisión al sujeto procesal apelante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 101 de la Ley 734 de 2002, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno.

La doctora LEIDY PAOLA LÓPEZ ALDANA, apoderada del disciplinado HERNÁN DARÍO DUARTE BUITRAGO se localiza en la dirección visible a folio 1472 del cuad. Original 5

TERCERO: PRECISAR que la situación jurídico disciplinaria en relación con el sargento segundo **JORGE ELIÉCER VALLE** y los soldados profesionales **DIBER DE JESÚS QUIROZ TOBÓN, DIEGO FERNANDO HIDALGO PADIerna, JUVENAL DE JESÚS HIGUITA SUÁREZ, FABIO LEÓN TORRES QUINTERO, DELIO ANTONIO VALENCIA ZEA, OSCAR DARÍO JIMÉNEZ, JORGE ALBERTO DÍEZ SILVA** y **HERIBERTO MARTÍNEZ MUÑOZ**, ha quedado en firme con la decisión de primera instancia, toda vez que no hicieron uso del recurso de apelación.

CUARTO: Por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos **INFORMAR** de esta decisión y del fallo de primera instancia al Comandante del Ejército Nacional, para los fines previstos en el artículo 172 de la Ley 734 de 2002.

QUINTO: Por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos **INFORMAR** de las decisiones de primera y segunda instancia a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, en la forma indicada en la Circular No. 055 del 23 de septiembre de 2002, emanada del Despacho del Señor Procurador General de la Nación y en el artículo 174 incisos 1 y 2 de la Ley 734 de 2002, respecto del reporte de sanciones disciplinarias.

SÉXTO: DEVOLVER la actuación disciplinaria a la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, una vez realizados los registros y anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME MEJÍA OSSMAN
Procurador Primero Delegado
Presidente



Radicado No. 161-4322

ANDRÉS MUTIS VANEGAS
Procurador Segundo Delegado

Exp. 161-4322 (IUS-008-134552-2005)
Proyectó Luis Alberto Cardona M.



ARCHIVO DE INVESTIGACIÓN EN INSTRUCCIÓN-No se configuró ninguna irregularidad en nombramiento de asesor por Alcalde de Armenia (Quindío)

CONFLICTO DE INTERÉSES-Según Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

CONFLICTO DE INTERÉSES-Definición según Consejo de Estado

El conflicto de intereses podría definirse como aquella conducta en que incurre un servidor público, contraria a la función pública, en la que, movido por un interés particular prevalente o ausente del interés general, sin declararse impedido, toma una decisión o realiza alguna gestión propia de sus funciones o cargo, en provecho suyo, de un familiar o un tercero y en perjuicio de la función pública. Por ello, la norma exige que, ante la pugna entre los intereses propios de la función y los particulares del funcionario, éste deba declararse impedido, pues es la manera honesta de reconocer la existencia de esa motivación y el deseo de cumplir con las funciones del cargo de manera transparente e imparcial

CONFLICTO DE INTERÉSES-Configuración según Consejo de Estado

CONFLICTO DE INTERÉSES-Noción, finalidad, fundamento y necesidad de análisis en cada caso particular según Consejo de Estado

CONFLICTO DE INTERÉSES-Garantía de la imparcialidad en la función pública/**CONFLICTO DE INTERÉSES**-Características

El conflicto de intereses se estructura cuando el servidor público con su actuación se favorece a sí mismo o a sus parientes, lo que el constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, cuando el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general, buscando acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicán de la generalidad, disponiendo el procedimiento para separarse del conocimiento de asuntos propios de su cargo, para que otro servidor libre de intereses decida lo correspondiente, garantizando la imparcialidad de la función pública

Las principales características del conflicto de intereses, según la doctrina son: a) Implican una confrontación entre el deber público y los intereses privados del servidor. b) Son inevitables y no se pueden prohibir debido a que los servidores públicos tienen familiares y amigos que podrían estar involucrados en alguna decisión laboral. c) Pueden ser detectados y declarados voluntariamente antes de que existan y generen irregularidades o corrupción. d) Por medio de su identificación y declaración se pretende preservar la independencia de criterio y el principio de equidad de la función pública. e) Se pueden constituir en un riesgo de corrupción y si se materializa, se incurrirá en actuaciones fraudulentas o corruptas. f) Afecta el normal funcionamiento de la administración pública



CONFLICTO DE INTERÉSES-Listado de eventuales situaciones

EXPERIENCIA RELACIONADA-Se acreditaron requisitos de formación académica y laboral en nombramiento de asesor/**PROCESO DISCIPLINARIO POR CONFLICTO DE INTERÉSES**-No se configura según se logró acreditar con pruebas recaudadas

Según el formato único de hoja de vida de..., con formación profesional como Administrador de Negocios graduado con terminación de estudios en octubre de 2015, da cuenta del cumplimiento del requisito de formación académica en el área de las ciencias económicas, administrativas y contables, quien anotó tener experiencia laboral desde 2011 hasta 2015 en la empresa privada y en la Tesorería del mismo municipio en virtud de contrato de prestación de servicios profesionales desde el 10-06-2016 hasta el 09-09-2016, permiten indicar que la experiencia exigida para el cargo fue cumplida

En este orden de ideas, de las pruebas legal y oportunamente decretadas y recaudadas se acreditó: - Que el alcalde no es pariente en ningún grado de consanguinidad del nominado, - Que este último no registra sanciones que hubiesen impedido su nombramiento, - Que el asesor fue nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, no celebró un contrato, como al parecer mal interpretó el quejoso, - Que no existe prueba de que hayan tramitado algún asunto en el que tuvieran interés directo ellos o sus parientes en los grados de ley, por lo que no se configuró conflicto de intereses, - Que el asesor no desempeñó dos cargos públicos al mismo tiempo, - Que el haber sido socios comerciales no está prevista en la ley como falta disciplinaria, por lo que el despacho comparte en su totalidad las alegaciones presentadas oportunamente por el doctor..., las cuales están llamadas a prosperar y como consecuencia el deber de esta instancia disciplinaria es el de declarar la terminación de este proceso disciplinario y ordenar el archivo definitivo de las diligencias en los términos del artículo 224 de la Codificación disciplinaria, en concordancia con el artículo 90 ídem



**PROCURADURÍA DELEGADA DISCIPLINARIA DE INSTRUCCIÓN 2
SEGUNDA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA**

Radicación N°: IUS E-2020-241369 IUC D-2020-1530520
Disciplinados: JOSE MANUEL RÍOS MORALES y JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA
Cargo y Entidad: ALCALDE Y EX ASESOR ADMINISTRATIVO DE ARMENIA- QUINDIO
Quejoso: ALEJANDRO RODRÍGUEZ TORRES- COORDINADOR JUNTA CIUDADANA DE ARMENIA
Fecha hechos: 2018 A 2019
Fecha radicación: 15 DE MAYO DE 2020
Hechos: PRESUNTA INFRACCIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES
Asunto: DECISIÓN DE EVALUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA (ART. 224 C.G.D.)

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo del 2023

I. ASUNTO

Esta investigación disciplinaria en contra de JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES y JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA, en condiciones de Alcalde y Ex asesor Administrativo de Armenia, Quindío, fue ordenada con auto del 16 de junio de 2022¹, en consecuencia, para esta fecha conforme lo dispuesto en el artículo 213² del Código General Disciplinario, el término se encuentra vencido por lo que se procede a analizar jurídicamente el acervo probatorio, con el fin de disponer lo pertinente como sigue :

II. ANTECEDENTES PROCESALES

II.1 La queja

Con memorial adiado el 10 de mayo de 2020³, enviado mediante correo electrónico del 12 de ese mes y año⁴, dirigido al Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, el señor ALEJANDRO RODRÍGUEZ TORRES en condición de Coordinador de la junta Ciudadana de Armenia, denunció que el 29 de diciembre de 2019, el doctor JOSÉ MANUEL RÍOS

¹ Fls. 25 a 26 y vtos. C.O

² **Artículo 213. Término de la investigación.** La investigación tendrá una duración de seis (6) meses, contados a partir de la decisión de apertura. Este término podrá prorrogarse hasta en otro tanto, cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o a dos (2) o más servidores o particulares en ejercicio de función pública y culminará con el archivo definitivo o la notificación de la formulación del pliego de cargos.

Quando se trate de investigaciones por infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de investigación no podrá exceder de dieciocho (18) meses.

Con todo, si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación jurídica del disciplinable, los términos previstos en los incisos anteriores se prorrogarán hasta por tres (3) meses más. Vencido el cual, si no ha surgido prueba que permita formular cargos se archivará definitivamente la actuación. (Subrayas extralíterem)

³ Fls. 2 a 16 y vtos. C.O

⁴ Fl. 1 C.O



MORALES se posesionó como Alcalde Municipal de Armenia ante el Notario Primero de ese círculo notarial, conforme Acta N° 001 de 2019, con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2020, allegando su declaración de bienes y rentas.

El 7 de enero de 2020 el alcalde RÍOS MORALES mediante Decreto N° 016 nombró en el cargo de Asesor Administrativo Código 105 grado 05 L.N (Despacho del Alcalde) a JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA identificado con la XXX y antes de esa fecha, el 26 de septiembre de 2018 mediante documento privado registrado en la Cámara de Comercio de Armenia con el N°XXX libro IX del 27 de septiembre de 2018, constituyeron la persona jurídica SOLUMOBILE DEL EJE ZOMAC S.A.S, representada legalmente por JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES hasta el 2 de julio de 2019 y seguidamente por DIEGO ARMANDO BARRERA CHIQUIZA, con el objeto de comercializar computadores, equipos periféricos, programas de informática y equipos de telecomunicaciones en establecimientos especializados, actividades de telecomunicaciones inalámbricas y actividades alámbricas.

Cuestionó el quejoso que la dirección de la anterior persona jurídica, fuese la misma de la sede de campaña a la alcaldía de JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES, XXXX, así como las reuniones extraordinarias de Asamblea General de SOLUMOBILE DEL EJE ZOMAC S.A.S., realizadas el 2 de julio de 2019 y el 21 de febrero de 2020, con participación de los accionistas JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES, Alcalde de Armenia, su hijo, su esposa, del ex asesor JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA y de su hermano DIEGO ARMANDO, insertando imágenes de tales actas.

Por lo que en criterio del memorialista los servidores enunciados incurrieron en falta disciplinaria gravísima consistente en nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses, y por esa razón solicitó la apertura de investigación disciplinaria en contra del Alcalde de Armenia y los funcionarios enunciados, adelantar el proceso verbal y tener como pruebas los documentos adjuntos a su denuncia, que militan a folios 5 a 16 C.O y serán analizados en este provisto en los acápite de pruebas y consideraciones.

II.2 Actuación surtida

Con auto del **23 de junio de 2021**⁵, la antes Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y Judicial, hoy Delegada Disciplinaria de Instrucción 2, Segunda para la Vigilancia Administrativa, dispuso iniciar indagación preliminar en contra de los señores JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES y JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA, en condiciones de Alcalde y ex Asesor Administrativo del Municipio de Armenia, Quindío, respectivamente.

Posteriormente con auto del **16 de junio de 2022**⁶, este despacho ordenó la apertura de investigación disciplinaria en contra de los señores JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES identificado con la CC XXX, en calidad de

⁵ Fl. 17 y vto. a 18 C.O

⁶ Fls. 25 a 26 y vtos. C.O



Alcalde, y de JOSÉ LUIS BARRERA CHIQUIZA identificado con la CC XXXX en condición de Ex Asesor Administrativo de la Alcaldía de Armenia, Quindío, notificado mediante edicto N° 0056 de 30 de junio de 2022⁷.

Ante el deber del despacho de buscar la verdad real, consignado en el artículo 148 del C.G.D., con auto del **22 de noviembre de 2022**⁸ se decretó la práctica de pruebas de oficio en etapa procesal diferente a descargos, comunicada a los disciplinados como consta a folios 60 a 65 del C.O.

Con auto del **30 de enero de 2022**⁹, se declaró el cierre de la investigación y corrió traslado a los sujetos procesales para alegaciones previas a la evaluación en los términos del artículo 220 del C.G.D., comunicado a los disciplinados y notificado por estado del 6 de febrero de 2023¹⁰.

El disciplinado JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA confirió poder para su defensa en este proceso al docto JHON FABER QUINTERO OLAYA, reconocido en tal calidad con auto del **15 de febrero de 2023**¹¹.

Según constancia secretarial del 22 de febrero de 2023¹², el investigado JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES presentó alegaciones previas¹³ en tiempo¹⁴, en tanto el apoderado reconocido del disciplinado JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA lo hizo extemporáneamente¹⁵, que se analizarán en el acápite correspondiente.

III. SÍNTESIS PROBATORIA

Las pruebas obrantes en esta acción disciplinaria son las siguientes:

- La Gaceta Municipal N° 2334 de Armenia del 7 de enero de 2020¹⁶, que enlista en su contenido los Decretos de nombramiento en cargos de libre nombramiento y remoción N°s 015 y 016 de 7 de enero de 2020, correspondiendo este último al de nombramiento del doctor JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA identificado con la CC XXXX de Calarcá en el empleo Asesor Administrativo Código 105 Grado 05 L.N del despacho del Alcalde.

- Copia del certificado de existencia y representación legal o de inscripción de documentos de la Cámara de Comercio de Armenia y del Quindío, expedido con fecha 2020/05/04¹⁷, que certificó que la persona jurídica principal SOLUMOBILE DEL EJE SOMAC S.A.S (sociedad por acciones simplificadas) con NIT XXXX con domicilio en Armenia, dirección XXX, correo electrónico XXX, dirección para notificación judicial XXX, cuya actividad

⁷ Fl. 52 y vto. C.O

⁸ Fls. 58 y vto. a 59 C.O

⁹ Fl. 96 y vto. C.O

¹⁰ Fl. 106 C.O

¹¹ Fl. 107 C.O

¹² Fl. 125 C.O

¹³ Fls. 111 a 118 C.O

¹⁴ Remitidas el 20 de febrero de 2023 fl. 110 C.O

¹⁵ Fl. 125 C.O

¹⁶ Fl. 5 y vto. C.O

¹⁷ Fls. 6 a 7 y vtos. C.O



económica fue la informada en la queja, fue constituida conforme acta N° 1 del 2 de julio de 2019- Asamblea General Extraordinaria representada legalmente por el Gerente DIEGO ARMANDO BARRERA CHIQUIZA, cuyo suplente era JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA identificado con la CC XXX. La matrícula mercantil fue renovada el 19 de febrero de 2020¹⁸. *Constitucionalmente, se garantiza el derecho de libre asociación para desarrollar distintas actividades, por tanto, la constitución de SOLUMOBILE DEL EJE SOMAC S.A.S el 2 de julio de 2019, siendo los accionistas o socios particulares en ejercicio de un derecho constitucional, no es trascendente disciplinariamente.*

- Según acta N° 001 de 2 de julio de 2019¹⁹ de reunión extraordinaria de Asamblea de Accionistas de SOLUMOBILE DEL EJE SOMAC S.A.S, con presencia de JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES, JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA, SEBASTIAN RÍOS GONZÁLEZ, DIEGO ARMANDO BARRERA CHIQUIZA y MARTHA JANETH GONZÁLEZ, designando como representante legal a DIEGO ARMANDO y representante suplente a JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA, y tal acto de nombramiento de representante legal (gerente) y reelección del suplente fue inscrita en la Cámara de Comercio de Armenia y del Quindío en 2019-08-01. *Esta prueba demuestra que la persona jurídica constituida por el hoy Alcalde Municipal de Armenia, JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES, fue anterior al ejercicio del cargo público para el que fue elegido y a la posesión del mismo, por lo que sobre este cuestionamiento, no le asiste razón al quejoso.*

- Certificados del 31 de agosto de 2019²⁰, expedidos por el Grupo de Atención e información Ciudadana de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en los que se lee que la cédula de ciudadanía XXX XXX de a JORGE ARMANDO BARRERA CHIQUIZA, y la cédula de ciudadanía XXX corresponde al documento a nombre de JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA.

- Con Acta de Asamblea General Extraordinaria N° 002 de 21 de febrero de 2020 a las 2 pm, se reunieron den las oficinas del domicilio principal de SOLUMOBILE DEL EJE ZOMAC SAS, los accionistas JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES, JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA, SEBASTIAN RÍOS GONZÁLEZ, DIEGO ARMANDO BARRERA CHIQUIZA y MARTHA JANETH GONZÁLEZ, presidida por JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA, acordaron el cambio de domicilio principal de la empresa a la calle XXX. *En cuanto a la dirección registrada de la persona jurídica, que según el quejoso corresponde a la misma de su sede de campaña para la Alcaldía de Armenia, no existe prohibición legal, que sumado a que siendo candidato a un cargo de elección popular, es un particular que ejerce el derecho constitucional de elegir y ser elegido, y no una función pública, por lo que sote este punto no existe irregularidad con alcance disciplinario.*

- Formato de observaciones y requerimientos jurídicos del 21 de febrero de 2020²¹, que la Cámara de Comercio de Armenia y del Quindío, dirigió a

¹⁸ Fl. 8 y vto. C.O

¹⁹ Fls. 9 vto. a 10 C.O

²⁰ Fls. 11 vto a 12 C.O

²¹ Fl. 16 y vto. C.O



SOLUMOBILE DEL EJE ZOMAC S.A.S, devolviendo el Acta 2 -Asamblea de Accionistas Reunión Extraordinaria (Reforma estatutos cambio de domicilio), porque en la parte inicial tiene fecha 21 de febrero de 2020 y al final 20 de febrero de 2020, falta firma del secretario de la reunión en la constancia de autenticidad del acta, sugiriendo tener en cuenta el cambio de razón social eliminando la palabra Zomac, porque la sociedad dejará de estar en un municipio en el que aplica de beneficio tributario y el valor del cambio en otra acta, junto con notificación del mismo día a CARLOS EDUARDO BARRERA CHIQUIZA. *Esta prueba demuestra que una persona jurídica realizó un trámite ante la entidad de registro mercantil, que debió subsanar para cumplir el requisito correspondiente, lo que tampoco es constitutivo de falta disciplinaria.*

- Sendos certificados de antecedentes impresos del 21 de junio de 2020 N° 198859971 a nombre del señor JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA²² identificado con la CC XXX, y N° 198860008 a nombre del señor JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES²³ identificado con la CC XXX, quienes no registran sanciones ni inhabilidades vigentes.

- Con mensaje de correo electrónico del 21 de junio de 2022²⁴, desde la cuenta de correo electrónico notificaciones judiciales de Armenia se informó que el señor JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA no hace parte de la planta de personal de ese municipio.

- El 29 de junio de 2022²⁵, el Director del Departamento Administrativo de Fortalecimiento Institucional del Municipio de Armenia, Quindío, libró el oficio DF-PTH-1527 al que adjuntó información de los doctores JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES quien funge como alcalde del Municipio desde el 1 de enero de 2020 con correo electrónico XXX y JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA quien ocupó el cargo de Asesor Administrativo entre el 8 de enero y el 10 de mayo de 2020, con cuenta de correo electrónico jXXX.

- La Personería Municipal de Armenia con oficio del 24 de noviembre de 2022²⁶, envió constancia de revisión de su base de datos de procesos disciplinarios sin encontrar proceso contra JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA, precisando que no se han registrado sanciones disciplinarias interpuestas por esa dependencia.

- El 5 de diciembre de 2022²⁷, el Director del Departamento Administrativo de Fortalecimiento Institucional del Municipio de Armenia, remitió copia del acto de posesión de JOSE MANUEL RIOS MORALES en que declaró la inexistencia de inhabilidades e incompatibilidades para desempeñar el cargo de alcalde; copia del acto de nombramiento y posesión de JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA quien a su turno declaró la inexistencia de inhabilidades, incompatibilidades para desempeñar el cargo de asesor, copia

²² Fl. 40 C.O

²³ Fl. 41 C.O

²⁴ Fl. 43

²⁵ Fl. 48 C.O

²⁶ Fls. 70 a 71 C.O

²⁷ Fls. 73 a 82 y vtos. C.O



de los últimos formatos de hoja de vida de los prenombrados, así como de la declaración de bienes y rentas de cada uno, junto con la certificación de inhabilidades e incompatibilidades según manuales o decretos de estructura del municipio de Armenia.

- Con mensaje de correo de 19 de enero de 2023²⁸, la asesora adscrita a este despacho que tenía a su cargo este proceso, remitió las pruebas que tenía en su poder, recibidas por correo electrónico a mediados de 2022, procedentes de la Alcaldía de Armenia y de la Cámara de Comercio de Armenia y del Quindío.

IV. INTERVENCIÓN DE LOS DISCIPLINADOS

El 7 de julio de 2022²⁹, con mensaje de correo electrónico procedente de la cuenta de correo XXX de JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES, solicitó copia completa del expediente para ejercer su defensa técnica y material, indicando recibir las copias en el mismo correo, y con oficio N° 2359 del 11 de julio de 2022³⁰, se anunció remitirle copia del cuaderno original con 52 folios, por lo que es evidente que el disciplinado conoce de la existencia de esta acción disciplinaria.

En memorial de alegaciones signado por el doctor JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES³¹, Alcalde municipal de Armenia, Quindío, solicitó ser desvinculado del proceso y archivadas las diligencias, anotando que la queja no contiene una descripción precisa de la presunta irregularidad y para aclarar si existió o no, extrajo que JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA por pertenecer a la sociedad SOLUMOBILE DEL EJE CAFETERO estaba en una posible falta al ser nombrado asesor administrativo de su despacho, transliterando el concepto de falta disciplinaria en el régimen de funcionarios de la rama judicial del artículo 242 del Código General Disciplinario, que no se aplica a este caso porque ninguno de los investigados tiene el carácter de funcionario judicial.

Indicó que la queja no precisa cuál es la limitación jurídica del señor BARRERA CHIQUIZA, o cuáles inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses en los que incurrió, transliterando los artículos Constitucionales 122, 126, 128, 179 y 292 inciso segundo, y la referencia a las inhabilidades sobrevinientes, así como las incompatibilidades de los alcaldes, la prohibición del artículo 1 de la Ley 1148 de 2007, todo lo que no encaja en la condición particular del señor BARRERA para con el memorialista.

Anotó que tampoco se aplica la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, ni el conflicto de intereses del artículo 44 de la Codificación Disciplinaria, calificando errada la presunción del quejoso al asumir que por el solo hecho de haber perteneció a una sociedad comercial de la que hizo parte el nominador y el nominado, infringen el régimen de restricciones que rodea el empleo público o el régimen de conflicto de intereses, situación que por sí misma no es

²⁸ Fls. 92 a 95 C.O

²⁹ Fl. 53 C.O

³⁰ Fl. 54 a 56 C.O

³¹ Fls. 111 a 118 C.O



sombría, porque no está definida en ninguna de las normas referidas, cosa contraria hubiera sido la celebración de algún contrato con la empresa comercial a la que pertenece o perteneció el señor Barrera, lo que no ocurrió.

En cuanto a las funciones del cargo expuso, que no se configuró ninguna irregularidad trayendo el encabezado del cargo y las funciones conforme el manual de funciones y competencias laborales contenido en el Decreto 375 de 2020, por lo que no incurrió en falta disciplinaria, no faltó a sus deberes, no se extralimitó en sus derechos, ni incurrió en prohibición alguna, no existió falta y no se configuran los elementos estructurantes de la falta disciplinaria de la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad que analizó por separado, que son ausentes en este caso, concluyendo que en este momento lo procedente es terminar y archivar definitivamente el proceso conforme el artículo 90 en concordancia con el artículo 224 del C.G.D.

Frente a los argumentos exculpatorios que el doctor JHON FABER QUINTERO OLAYA envió por correo electrónico el 21 de febrero de 2023, cuando el término de diez días hábiles para descorrer el traslado de las alegaciones previas a la decisión, venció el 20 de febrero del mismo año, que según constancia secretarial son extemporáneos, no serán revisados.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

En este momento procesal, dado que la investigación disciplinaria se inició en vigencia del Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021), es apropiado anotar que el término para esta etapa procesal es de 6 meses contados a partir de la apertura, es decir, el 16 de junio de 2022, por ende, al estar vencido ese término, sin que exista prórroga de la etapa procesal, lo procedente es valorar el acervo recaudado, previas las siguientes precisiones:

V.1 Conflicto de intereses

Lo primero que se debe indicar en este caso es que el artículo 40 del Código Disciplinario Único- norma vigente para el momento de las conductas denunciadas- establece el deber de todo servidor público de *“declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga un interés particular y directo en su regulación, gestión control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segunde afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho”,* y en el inciso segundo de la misma norma se consagró que *“cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, deberá declararse impedido”.*

La norma referida establece un deber, y el momento en que debe cumplirse, consagrando las circunstancias que ponen en riesgo la obligación de garantizar el interés general del servicio público y afectan la confianza ciudadana en la administración pública, para que el servidor público o el particular incurso den a conocer las situaciones en las que sus intereses personales pueden influir en el cumplimiento de sus funciones y responsabilidades, en beneficio particular, afectando el interés público, con el fin de que puedan ser advertidos y gestionados en forma preventiva,



evitando que se favorezcan intereses ajenos al bien común.

En el año 2011, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³², dispuso:

Artículo 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. *Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:*

- 1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.*
- 2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.*
- 3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.*
- 4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.*
- 5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.*
- 6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.*
- 7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.*
- 8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.*
- 9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.*
- 10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.*
- 11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.*
- 12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.*
- 13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes*

³² Ley 1437 de 2011.



en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.

14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición.

Y el Consejo de Estado lo definió así:

“El conflicto de intereses podría definirse como aquella conducta en que incurre un servidor público, contraria a la función pública, en la que, movido por un interés particular prevalente o ausente del interés general, sin declararse impedido, toma una decisión o realiza alguna gestión propia de sus funciones o cargo, en provecho suyo, de un familiar o un tercero y en perjuicio de la función pública. Por ello, la norma exige que, ante la pugna entre los intereses propios de la función y los particulares del funcionario, éste deba declararse impedido, pues es la manera honesta de reconocer la existencia de esa motivación y el deseo de cumplir con las funciones del cargo de manera transparente e imparcial.”³³

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de la misma Corporación, con ponencia del Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, en sentencia con Radicación núm.: 25000-23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011, sobre el mismo tema señaló:

*“Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto **debe ser directo**, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma **inmediata**, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un **beneficio especial, particular y concreto en favor suyo**, de su cónyuge o de un pariente; y que además **no se manifieste el impedimento** por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas. Así, por ejemplo, en la sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. IP-0130, Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:*

“Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando él [...] se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados” (Negritas del texto)

Mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación 1572 del 28 de abril de 2004, el Magistrado Ponente Flavio Rodríguez Arce, anotó:

“El conflicto de intereses: Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.

³³ Consejo de Estado. Radicación 11001-03-25-000-2005-00068-00 C.P. César Palomino Cortés.



2.1 Noción. *En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.*

2.2 Finalidad. *El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.*

2.3 Fundamento. *De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión - para el caso, la motivación del voto -. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.*

2.4 Necesidad de análisis en cada caso particular: *La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley.”*

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de intereses se estructura cuando el servidor público con su actuación se favorece a sí mismo o a sus parientes, lo que el constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, cuando el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general, buscando acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad, disponiendo el procedimiento para separarse del conocimiento de asuntos propios de su cargo, para que otro servidor libre de intereses decida lo correspondiente, garantizando la imparcialidad de la función pública.

Las principales características del conflicto de intereses, según la doctrina son:

- a) Implican una confrontación entre el deber público y los intereses privados del servidor.
- b) Son inevitables y no se pueden prohibir debido a que los servidores públicos tienen familiares y amigos que podrían estar involucrados en alguna decisión laboral.
- c) Pueden ser detectados y declarados voluntariamente antes de que existan y generen irregularidades o corrupción.
- d) Por medio de su identificación y declaración se pretende preservar la independencia de criterio y el principio de equidad de la función pública.
- e) Se pueden constituir en un riesgo de corrupción y si se materializa, se incurrirá en actuaciones fraudulentas o corruptas.
- f) Afecta el normal funcionamiento de la administración pública.

Situaciones de conflicto de intereses

- Interés directo/ conocimiento previo/concepto o consejo fuera de la actuación
- Curador o tutor del interesado



- Relación con las partes
- Amistad o enemistad
- Organización, sociedad o asociación a la cual perteneció o continúa siendo miembro
- Litigio o controversia/ decisión administrativa pendiente
- Denuncia penal o disciplinaria
- Acreedor/ deudor
- Antiguo empleador
- Lista de candidatos
- Recomendación
- Relación contractual o de negocios
- Heredero o legatario
- Dávivas
- Participación directa/ asesoría de alguna de las partes interesadas
- Participación en proceso arbitral respecto de cuyo laudo se esté surtiendo recurso de anulación
- Parientes en una de las entidades públicas que concurren al respectivo proceso
- Haber prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado

Estando clara la figura objeto de esta acción disciplinaria, en el siguiente acápite analizarán integralmente las pruebas acopiadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

V.2 Inhabilidades e incompatibilidades de servidores públicos

Como lo consagra el artículo 23 de la Codificación disciplinaria, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, lo consagran la Constitución Política y las leyes.

La Constitución Política dispone:

Artículo 293. Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones.

El artículo 126 de la Constitución consagra la siguiente prohibición general a los servidores públicos:

"ARTICULO 126. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos".

Igualmente, el artículo 292 Superior, en el inciso segundo establece:

"Artículo 2o. (...) No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil"



Las dos normas constitucionales comparten una misma finalidad, haciéndose compatibles en su aplicación, y para que esa prohibición opere se requiere que el servidor público sea el nominador y su pariente el nominado, por ello la norma constitucional dice *"los servidores públicos no podrán nombrar..."*. Y el artículo 292, consagra la prohibición para ciertos ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial, cuando en la misma ejercen su actividad como diputados o concejales personas con quienes tienen un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Ahora, si bien es cierto que el propio texto Constitucional consagra la prohibición en relación con el acceso al servicio público por vínculos familiares, también lo es que corresponde al legislador desarrollarla en ejercicio de las facultades otorgadas por el mismo ordenamiento superior en los artículos 123 al disponer que *"Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, - ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento"*, y 150.23, según el cual: *"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones... 23. Expedir las leyes que regirán el servicio de las funciones públicas..."*.

En virtud de esa facultad de configuración legal, se expidió la ley 1148 de 2007³⁴, en la que el legislador reiteró la prohibición contenida en los artículos 126 y 292 de la Carta Política.

Dice el artículo 1o. de la Ley 1148 de 2007 por medio del cual se modificó el artículo 49 de la ley 617 de 2000: *"Artículo 1o. El artículo 49 de la ley 617 de 2000 que dará así. Artículo, 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. (...) Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas. (...) Parágrafo 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa. (...)"*

La Ley 1952 de 2019 sobre el tema consagra:

"Artículo 40. Incorporación de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses. Se entienden incorporados a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley.

Artículo 42. Otras inhabilidades. 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.

Esta inhabilidad tendrá una duración igual al término de la pena privativa de la libertad.

³⁴ "Por medio de la cual se modifican las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000"



2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

Parágrafo 1. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo 2. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

Artículo 43. Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia.

Esta incompatibilidad se extiende desde el momento de su vinculación y hasta doce meses después del retiro del servicio.

3. Para todo servidor público, contratar con el Estado, salvo las excepciones constitucionales o legales.”



V.3 Funciones, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones del alcalde

Según el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, el alcalde ejerce diferentes funciones según los ámbitos del municipio y para el caso que nos ocupa ejercen

“d) En relación con la Administración Municipal:

1. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y de la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente.

2. Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes y directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

3. Suprimir o fusionar entidades o dependencias municipales de conformidad con los acuerdos respectivos.

Los acuerdos que sobre este particular expida el Concejo, facultarán al alcalde para que ejerza la atribución con miras al cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad definidos por el Artículo 209 de la Constitución Política.

4. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijarles sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.

Los acuerdos que sobre este particular se expidan, podrán facultar al alcalde para quien, sin exceder el monto presupuestal fijado, ejerza dicha función pro tempore, en los términos del Artículo 209 de la Constitución Política.

5. Ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales de acuerdo con el plan de desarrollo económico, social y con el presupuesto, observando las normas jurídicas aplicables.

6. Ejercer jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro de las obligaciones a favor del municipio. Esta función puede ser delegada en las tesorerías municipales y se ejercerá conforme a lo establecido en la Legislación Contencioso-administrativa y de Procedimiento Civil.

7. Velar por el cumplimiento de las funciones de los empleados oficiales municipales y dictar los actos necesarios para su administración.

8. Apoyar con recursos humanos y materiales el buen funcionamiento de las Juntas Administradoras Locales.

9. *Imponer multas hasta por diez (10) salarios mínimos diarios, según la gravedad, a quienes le desobedezcan, o le falten al respeto, previo procedimiento sumario administrativo donde se observe el debido proceso y el derecho de defensa, de conformidad con los acuerdos correspondientes.*

La oportunidad para el pago y la conversión de las sumas en arresto se gobiernan por lo prescrito en la ley.

Nota: (Numeral declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-107 de 2013.)

10. Ejercer el poder disciplinario respecto de los empleados oficiales bajo su dependencia.

11. Señalar el día o los días en que deba tener lugar el mercado público.

12. Conceder licencias y aceptar renunciaciones a los funcionarios y miembros de las juntas, concejos y demás organismos cuyos nombramientos corresponda al Concejo, cuando éste no se encuentre reunido, y nombrar interinamente a quien deba reemplazarlos, excepto en los casos en que esta ley disponga otra cosa.

13. Coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta, fondos rotatorios y unidades administrativas especiales del municipio.

14. Distribuir los negocios, según su naturaleza, entre las secretarías, departamentos administrativos y establecimientos públicos.



15. Autorizar comisiones a los empleados públicos municipales de carrera administrativa para aceptar, con carácter temporal, cargos de la Nación, de los Departamentos o municipios.

16. Plantas de Beneficio de Animales Destinados para el Consumo Humano: La Administración Municipal con el fin de abastecer adecuadamente de carnes a la población deberá utilizar eficientemente los recursos públicos destinados al funcionamiento y prestación del servicio que ofrecen las Plantas de Beneficio de Animales para el Consumo Humano, garantizando su viabilidad desde el punto de vista sanitario, ambiental, económico y social en los términos establecidos por las autoridades sanitarias.

Las Administraciones Municipales podrán fomentar e incentivar la inversión pública y privada, la asociación de usuarios y/o cualquier otra modalidad que permita el cumplimiento de este Artículo.

17. Plazas de Mercado Públicas: Las Administraciones Municipales deberán fomentar e incentivar la inversión pública y privada, la asociación de usuarios y/o cualquier otra modalidad que permita el adecuado funcionamiento y prestación del servicio de abastecimiento de alimentos a la población que ofrecen las Plazas de Mercado Públicas. Lo anterior para el óptimo desarrollo desde el punto de vista sanitario, ambiental, económico y social de las mismas.

18. Solicitar al juez la declaratoria sobre la validez o la revisión de las condiciones económicas de los contratos de concesión que haya celebrado el municipio, cuando a su juicio el objeto verse sobre asuntos que no pueden ser realizadas por particulares, o cuando se trate de la prestación de servicios públicos domiciliarios u otros, motivado por una ecuación contractual que se encuentre desequilibrada en contra del municipio o porque esté afectando en forma grave el principio de sostenibilidad fiscal consagrado en la Constitución.

19. Ejecutar acciones tendientes a la protección de las personas, niños e indigentes y su integración a la familia y a la vida social, productiva y comunitaria; así como el diseñar, dirigir e implementar estrategias y políticas de respeto y garantía de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, asegurando su inclusión en los planes de desarrollo y de presupuesto anuales.

PARÁGRAFO. El alcalde que en ejercicio de la función conferida en el numeral 5 de este literal exceda el presupuesto de la vigencia o la capacidad de endeudamiento establecida, incurrirá en falta gravísima. (Subrayas fuera del original)

La misma ley en materia de inhabilidades y prohibiciones consagra:

“ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien, dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad



civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección.

(Modificado por el Art. 37 de la Ley 617 de 2000)

(Art. 37 ley 617 de 2000 declarado exequible mediante Sentencia C-837 de 2001)

Norma Anterior

PARÁGRAFO. - Nadie podrá ser elegido simultáneamente alcalde o miembro de una corporación o cargo público, si lo respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

ARTÍCULO 96.- Incompatibilidades. Los alcaldes, así como los que lo reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

2. Tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

Nota: (Declarado EXEQUIBLE. Sentencia C 231 de 1995 Corte Constitucional.)

3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito o sus entidades descentralizadas.

5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.

6. (Modificado por el Art. 5 de la Ley 177 de 1994)

Nota: (Declarado EXEQUIBLE. Sentencia C 194 de 1995, Sentencia C 232 de 1995 Corte Constitucional.)

7. (Modificado por el Art. 5 de la Ley 177 de 1994)

8. (Modificado por el Art. 5 de la Ley 177 de 1994)

Nota: (Declarado EXEQUIBLE. Sentencia C 194 de 1995 Corte Constitucional. Excepto las expresiones "así medie renuncia previa de su empleo", los cuales se declaran inexecutable; Ver: Artículo 5 Ley 177 de 1994)

PARÁGRAFO 1.- Las incompatibilidades de que trata este Artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones de todo orden que deba cumplir el alcalde por razones del ejercicio de sus funciones.

PARÁGRAFO 2.- (Derogado Artículo 5 Ley 177 de 1994)

PARÁGRAFO 3.- Para efectos de lo dispuesto en el numeral 3, de este Artículo, al alcalde le son aplicables las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a), b), c), y d) del Artículo 46 de esta Ley. (Este párrafo quedó siendo el 2). Ver Sentencia C 10 de 1997, Sentencia C 7 de 1998 Corte Constitucional.

ARTÍCULO 97.- Otras prohibiciones. Es prohibido a los alcaldes:

1. Inmiscuirse en asuntos de actos oficiales que no sean de su competencia.

2. Decretar en favor de cualquier persona o entidad, gratificaciones, indemnizaciones o pensiones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley, los acuerdos y las decisiones jurisdiccionales.

3. Decretar por motivos políticos, actos de proscripción o persecución contra personas o corporaciones, o decretar insubsistencias masivas. Los retiros masivos de personal solamente podrán realizarse en los casos autorizados por la ley o cuando se ordene la supresión, fusión o restauración de entidades, con arreglo a los acuerdos que lo regulen.

También es necesario anotar que la Ley 821 de 2003, modificó la Ley 617 de 2000 así:

"Artículo 49. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales, y Distritales;



concejales municipales, y Distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradores locales municipales y Distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

PARÁGRAFO 1º. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2º. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

V.4 El caso concreto

El quejoso denunció el presunto conflicto de intereses en que incurrieron el Alcalde de Armenia, JOSÉ MANUEL RIOS MORALES y su Asesor Administrativo JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA, porque antes de ocupar tales cargos constituyeron una sociedad por acciones simplificada, por lo que el despacho deja constancia que los impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses son limitaciones legales para el ejercicio de funciones públicas consagrados de manera taxativa, es decir, no se generan por interpretación o analogía alguna, ni obedecen al querer del denunciante.

Ahora bien, en esta investigación disciplinaria se acreditó:

- Que la persona jurídica SOLUMOBILE DEL EJE ZOMAC SAS – sociedad por acciones simplificada identificada con NIT tiene fecha de matrícula mercantil del 27 de septiembre de 2018 según certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Armenia y del Quindío expedido el 17 de junio de 2022, con dirección principal en la XXX de Armenia, Quindío, el representante legal es DIEGO ARMANDO BARRERA CHIQUIZA identificado con la CC XXX y gerente suplente JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA identificado con la CC XXX y de esa sociedad hace parte el señor JOSÉ MANUEL RIOS MORALES. - Como se analizó respecto de la prueba de constitución de la persona jurídica SOLUMOBILE DEL EJE ZOMAC Sociedad por Acciones Simplificada en el año 2018, los prenombrados como ciudadanos, sin estar en ejercicio de funciones públicas, hicieron uso del derecho de libre asociación garantizado en el artículo 38 Constitucional, conformando una sociedad, lo que no es irregular



disciplinariamente.

- Que JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES identificado con la CC XXX, de profesión Administrador Financiero, especialista en gerencia, con experiencia laboral de 22 años en el sector privado, fue electo y posesionado como alcalde municipal de Armenia, capital del departamento del Quindío para el periodo constitucional de 2020 a 2023.- El artículo 94 Constitucional establece en el numeral 5 el deber del ciudadano de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, y en el mismo orden de ideas, el artículo 99 *idem*, establece que la calidad de ciudadano es requisito necesario para ejercer el sufragio, elegir y desempeñar cargos públicos, como los elección popular

- Que el alcalde RÍOS MORALES, en ejercicio de la función legal y reglamentaria de nombrar a los funcionarios bajo su dependencia, mediante el Decreto N° 016 de 7 de enero de 2020 nombró al Administrador de negocios JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA identificado con la CC XXX en el cargo de Asesor Administrativo Código 105 grado 02 de libre nombramiento, y por medio del Decreto N° 175 del 8 de mayo del mismo año aceptó la renuncia al cargo. – Respecto del nombramiento, se tiene que el alcalde es nominador de los cargos de libre nombramiento y remoción del municipio, y al revisar las causales de impedimento, inhabilidad, prohibición y conflicto de intereses traídas en esta providencia, al no existir parentesco alguno entre el nominador y el nombrado, no existir ninguna evidencia de afectación del interés público, ni la función pública en contraposición a algún interés particular, no se configura irregularidad disciplinaria.

- Que los requisitos para el cargo en el momento del nombramiento eran:

FORMACION ACADEMICA	EXPERIENCIA
<ul style="list-style-type: none"> - Área del conocimiento Ciencias Económicas, Administrativas y Contables: Núcleo Básico del conocimiento en Economía, Administración o Contaduría. - Área del conocimiento en Ciencias Sociales y Humanas: Núcleo Básico del Conocimiento en Derecho, Ciencia Política, Relaciones internacionales - Área del conocimiento en INGENIERIA, Arquitectura, URBANISMO Y AFINES: Núcleo Básico del Conocimiento en ingeniería industrial y afines. - Título de postgrado en áreas relacionadas con las funciones del cargo. - Tarjeta profesional vigente. 	<p>Dos (02) años de profesional relacionada</p>

Y según el formato único de hoja de vida de JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA, con formación profesional como Administrador de Negocios graduado con terminación de estudios en octubre de 2015, da cuenta del cumplimiento del requisito de formación académica en el área de las ciencias económicas, administrativas y contables, quien anotó tener experiencia laboral desde 2011 hasta 2015 en la empresa privada y en la Tesorería del mismo municipio en virtud de contrato de prestación de servicios profesionales desde el 10-06-2016 hasta el 09-09-2016, permiten indicar que la experiencia exigida para el cargo fue cumplida.



En este orden de ideas, de las pruebas legal y oportunamente decretadas y recaudadas se acreditó:

- Que el alcalde no es pariente en ningún grado de consanguinidad del nominado,
- Que este último no registra sanciones que hubiesen impedido su nombramiento,
- Que el asesor fue nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, no celebró un contrato³⁵, como al parecer mal interpretó el quejoso,
- Que no existe prueba de que hayan tramitado algún asunto en el que tuvieran interés directo ellos o sus parientes en los grados de ley, por lo que no se configuró conflicto de intereses,
- Que el asesor no desempeñó dos cargos públicos al mismo tiempo,
- Que el haber sido socios comerciales no está prevista en la ley como falta disciplinaria, por lo que el despacho comparte en su totalidad las alegaciones presentadas oportunamente por el doctor JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES, las cuales están llamadas a prosperar y como consecuencia el deber de esta instancia disciplinaria es el de declarar la terminación de este proceso disciplinario y ordenar el archivo definitivo de las diligencias en los términos del artículo 224³⁶ de la Codificación disciplinaria, en concordancia con el artículo 90³⁷ *idem*.

En mérito de lo expuesto, la suscrita Procuradora Delegada Disciplinaria de Instrucción 2, Segunda para la Vigilancia Administrativa, en uso de sus atribuciones legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la terminación de este proceso disciplinario en favor de los investigados JOSÉ MANUEL RÍOS MORALES identificado con la CC XXX, en calidad de Alcalde, y de JOSÉ LUIS BARRERA CHIQUIZA identificado con la CC XXX en condición de Ex Asesor Administrativo de la Alcaldía de Armenia, Quindío, y **ORDENAR** el archivo definitivo de las diligencias, de acuerdo con el análisis precedente.

SEGUNDO: NOTIFICAR lo aquí resuelto en los términos del artículo 122 del C.G.D, a los sujetos procesales así:

³⁵ Ley 80 de 1993. **ARTÍCULO 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:**

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

[...]

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso. (Subrayas extra litterem)

³⁶ **Artículo 224. Archivo definitivo.** En los casos de terminación del proceso disciplinario previstos en el artículo 90 y en el evento consagrado en el artículo 213 de este código, procederá el archivo definitivo de la investigación. Tal decisión hará tránsito a cosa juzgada. Cuando no haya sido posible identificar e individualizar al presunto autor, el archivo hará tránsito a cosa juzgada formal.

³⁷ **Artículo 90. Terminación del proceso disciplinario.** En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el disciplinado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias la que será comunicada al quejoso.



A JOSÉ MANUEL RIOS MORALES enviando el citatorio a la cuenta de correo electrónico XXX.

A JORGE LUIS BARRERA CHIQUIZA por medio de su apoderado reconocido doctor JHON FABER QUINTERO OLAYA enviando el citatorio a la cuenta de correo electrónico XXX.

TERCERO: COMUNICAR al quejoso ALEJANDRO RODRÍGUEZ TORRES con cuenta de correo electrónico XXX, informándole la fecha de esta providencia, la decisión adoptada, adjuntando copia de la misma. y que en contra de la decisión de archivo de la investigación procede el recurso de apelación, para cuya interposición y sustentación cuentan con el término hasta de cinco días siguientes a la notificación respectiva como lo disponen los artículos 131³⁸, 132³⁹ y 134⁴⁰ del C.G.D.

CUARTO: ADELANTAR por la secretaría de la Delegada todas las gestiones necesarias para el acatamiento de lo aquí ordenado, librando las comunicaciones, previas las constancias a que haya lugar y una vez en firme la decisión de archivo, en caso tal, proceder al archivo físico del expediente.

QUINTO: REGISTRAR en el Sistema de Información Misional de la Procuraduría General de la Nación, SIM, la presente providencia, por el funcionario comisionado.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

MARÍA TERESA NOGUERA GUTIÉRREZ
Procuradora Delegada Disciplinaria de Instrucción 2

³⁸ **Artículo 131.** Modificado por el artículo 25 de la Ley 2094 de 2021. El nuevo texto es el siguiente: **Oportunidad para interponer los recursos.** Los recursos de reposición y apelación se podrán interponer desde la fecha de expedición de la decisión hasta el vencimiento de los cinco (5) días siguientes a la notificación respectiva. Si la notificación de la decisión se hace en estrados, los recursos deberán interponerse y sustentarse en el curso de la audiencia o diligencia. Si la misma se realiza en diferentes sesiones, se interpondrán en la sesión en la que se profiera la decisión a impugnar.

³⁹ **Artículo 132.** Modificado por el artículo 26 de la Ley 2094 de 2021. El nuevo texto es el siguiente: **Sustentación de los recursos.** Quien interponga un recurso expondrá las razones en que lo sustenta, ante el funcionario que profirió la decisión y en el plazo establecido en el artículo anterior. Si la sustentación no se presenta en tiempo o no se realiza en debida forma, el recurso se declarará desierto.

⁴⁰ **Artículo 134. Recurso de apelación.** El recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la decisión que niega pruebas en etapa de juicio, la decisión de archivo, la decisión que finalice el procedimiento para el testigo renuente y el quejoso temerario, y el fallo de primera instancia. En el efecto suspensivo se concederá la apelación de la decisión de archivo, del fallo de primera instancia y de la decisión que niega totalmente la práctica de pruebas si no se han decretado de oficio. Cuando se niegue la totalidad de las pruebas y se decreten de oficio, o la negación de pruebas a solicitud del disciplinado sea parcial, se concederá en el efecto devolutivo.



Segunda para la Vigilancia Administrativa



INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA CONTRA DOCENTE POR ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS-Falta gravísima dolosa por actos libidinosos de carácter penal en la Institución Educativa Técnica San Bartolomé Sede Kennedy de Sutatenza (Boyacá)

NOTICIA CRIMINAL-Entrevistas realizadas a menores afectadas en proceso de la Fiscalía 29 Seccional de Guatemala

COMISARIAS DE FAMILIA-Informe de valoración psicológica de menores/**COMISARIAS DE FAMILIA**-Se concluye vulneración a derechos a la integridad personal, a la protección y a la formación sexual

TESTIMONIO DE MENORES VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES-Valoración probatoria

TESTIMONIO DE MENORES VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES-Revisten de especial importancia por la naturaleza y caracterización de los actos del sujeto activo

TESTIMONIO DE MENORES VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES-Posición jurisprudencial imperante respecto a su credibilidad en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

TESTIMONIO DE MENORES VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES-Evaluación de las pruebas y aplicación de principios según Altas Cortes

DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES-Determinación de los elementos que dan soporte al cargo imputado en actuación disciplinaria

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS CARGOS, DESCARGOS Y ALEGACIONES-Se demostró que docente desplegó conductas constitutivas de actos sexuales abusivos conforme a los hechos señalados por las víctimas y otros

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS CARGOS, DESCARGOS Y ALEGACIONES-Se comprobó que actuar abusivo del docente no se dio solamente con una estudiante

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS CARGOS, DESCARGOS Y ALEGACIONES-Tocamientos no fueron algo accidental e involuntario



ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS CARGOS, DESCARGOS Y ALEGACIONES-Docente se aprovechó de su posición y cometió actos libidinosos que atentaron contra la integridad sexual de las menores

DELITOS A PUERTA CERRADA-Tendencia en delitos sexuales contra menores de edad donde se actúa por el agresor en la clandestinidad sin que nadie los perciba

FALTAS QUE COINCIDEN CON DESCRIPCIONES TÍPICAS DE LA LEY PENAL-Remisión a normas complementarias o de reenvío en materia penal para completar el tipo respecto a actos sexuales con menor de 14 años

El Código Disciplinario está regido por tipos en blanco, tipos abiertos, y con conceptos indeterminados

En el tipo abierto, el legislador no describe de forma certera y exhaustiva la conducta que es objeto de la prohibición, correspondiéndole al juez disciplinario concretar la imputación. En este caso la descripción de la conducta remite a normas complementarias o de reenvío que permiten completar el tipo en lo que alude al presupuesto de hecho o a la consecuencia de su comisión

En ese sentido la ley disciplinaria remite a las conductas previstas en el Código Penal y por ende comete falta gravísima todo aquel servidor público o particular que realiza el tipo objetivo de un delito sancionable a título de dolo, cuando lo comete en razón, con ocasión, o como consecuencia de la función o abusando del mismo

En este caso, por realizar el tipo objetivo del delito previsto en el artículo 209 de Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000. Artículo 209, modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008

JUICIO DE TIPICIDAD-La conducta desplegada por el docente se encuentra prevista como falta gravísima

Como quedo analizado en el acápite del análisis del tipo penal, en el caso se concretan los elementos objetivos del delito de actos sexuales con menor de catorce años, conducta que fue desplegada por el investigado, abusando del cargo de docente que ocupaba para la época de los hechos, por ende, falta se tipifica como GRAVISIMA

ILICITUD SUSTANCIAL EN DERECHO DISCIPLINARIO-Afectación sustancial del deber que implique desconocimiento de principios de la función pública/**ILICITUD SUSTANCIAL DE LA CONDUCTA DEL DISCIPLINADO-**Pretende encauzar la conducta reprochando comportamientos que vulneren la garantía de la función pública en aras que se cumplan los fines del Estado

La ilicitud sustancial disciplinaria debe entenderse como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, lo cual debe armonizarse con el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, el cual establece que la garantía de la función pública descansa en la salvaguarda, por parte del sujeto disciplinable, de los principios que la gobiernan, a los cuales se suscribe el cumplimiento de sus deberes y demás exigencias constitucionales y legales, siendo en consecuencia el objeto, fin o interés jurídico protegidos por el derecho disciplinario, norma que es concordante con el artículo 209 de la Constitución Política

Lo anterior por cuanto lo que pretende el derecho disciplinario es encauzar la conducta del servidor público, reprochando comportamientos que vulneren la garantía de la función pública en aras de que se cumplan los fines del Estado Social de Derecho, por ello la sustancialidad de la ilicitud debe comprobarse cuando el deber exigible al disciplinado



implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la antijuridicidad sustancial del comportamiento

ANÁLISIS DE LA ILICITUD SUSTANCIAL DEL COMPORTAMIENTO-Desconocimiento del principio de moralidad por parte del docente

El disciplinado XXX desconoció el principio de moralidad, por cuanto se apartó de la conducta que se espera de todo servidor público de ceñirse a la ley, en especial las tipificadas en la legislación penal como un delito, que buscan proteger la libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad, derechos fundamentales que fueron transgredidos por el funcionario que al ingresar al ejercicio de la función pública entendía y conocía que su labor era de carácter social y dirigida a la formación de los niños y niñas de básica primaria, y que en consecuencia debía buscar la protección de sus derechos, y no la vulneración de ellos

Era deber del docente de acuerdo con el artículo 44, numeral 4º de la Ley 1098 de 2006, garantizar a sus estudiantes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar

Por el contrario, es evidente la vulneración de los derechos a la integridad física y moral de las niñas SPRA, LECT y NNBN, por parte de quien debía, como docente, procurar por su bienestar mientras asistía a su formación académica

PRINCIPIO DE MORALIDAD-Ejemplos contrarios a la honestidad en la actuación de los servidores públicos según CSJ

El principio de moralidad busca la honestidad en la actuación de los servidores públicos. Se proponen como ejemplos contrarios a tal moral (i) el irrespeto a la autoridad jerárquica, (ii) las faltas contra la honra de las personas o su intimidad, (iii) el trato discriminatorio o vejatorio contra alguien, (iv) la traición del interés nacional en beneficio del exterior, (v) las afrentas a la dignidad inherente a la persona humana, (vi) la expedición de actos administrativos o celebración de contratos con desconocimiento del régimen de inhabilidades (vii) incompatibilidades y (viii) requisitos o calidades para el desempeño de la función pública”

ANÁLISIS DE LA ILICITUD SUSTANCIAL DEL COMPORTAMIENTO-Transgresión del docente al principio de moralidad por acto de contenido sexual no se halla amparado en causal alguna de excluyente de responsabilidad

PROHIBICIÓN DE SANCIONAR CON BASE A CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA-La dignidad humana exige considerar la culpabilidad como requisito esencial

En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado –entendido éste en su dimensión normativa– o por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad



objetiva esté proscrita

ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD-Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa/**ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD**-Requisitos para imputar una conducta a título de dolo o a título de culpa

Consagra el artículo 13 del Código Disciplinario Único: “Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”

Para que una conducta sea imputada a título de dolo, el servidor público tuvo que haber tenido conocimiento de que su acción u omisión generaba una infracción al deber funcional (elemento cognoscitivo), pese a que le correspondía actuar conforme a este y orientar su voluntad a la realización del hecho (elemento volitivo)

Una conducta se despliega a título de culpa cuando los supuestos fácticos de esta se realizan sin el conocimiento actual del deber infringido por parte del sujeto, es decir, que desconoció cuando estaba en situación de conocerlos

DOLO EN MATERIA DISCIPLINARIA-Elementos configurativos según sala Disciplinaria de la PGN

El derecho disciplinario, como derecho sancionador que es, exige la imputación subjetiva, que en punto de estructura de la falta disciplinaria implica la categoría de culpabilidad, siendo el dolo y la culpa las dos únicas modalidades de aquellas. En cuanto a la primera (dolo), los elementos para su configuración son los siguientes: 1. Atribuibilidad de la conducta (imputabilidad). En este punto es donde adquiere la regla disciplinaria su función de precepto de determinación. Así, quien no es determinable por la norma, no haber cometido la conducta en una causal de inimputabilidad o porque sencillamente no es sujeto disciplinable, no puede ser culpable. 2. Exigibilidad del cumplimiento del deber (juicio de reproche). 3. Conocimiento de la situación típica. Es decir, el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta que se realiza. 4. Conciencia de la ilicitud. Para que se dé esta se requiere el conocimiento de la prohibición o deber; es decir, el conocimiento del tipo disciplinario. 5. Voluntad, para realizar u omitir el deber o la prohibición

ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD-En la conducta imputada al docente se dan los elementos estructurales del dolo/**FALTA GRAVÍSIMA DOLOSA**-La conducta inapropiada de tomar fotos y tocamientos constituye un acto positivo y volitivo del docente

Se tiene que XXX es sujeto disciplinable, dada la función pública que desempeñaba como docente de una institución educativa de naturaleza pública, en virtud de la cual tenía a su cargo los deberes inherentes al ejercicio de la función de docencia, los que no solamente tenían que ver con la cátedra de básica primaria y el seguimiento de los contenidos académicos, sino que lo obligaban a tratar con respeto, decoro y ética a sus estudiantes, sin excepción alguna, su conducta vulneró códigos mínimos de ética y trato de un profesor hacia una estudiante, preceptos que por su naturaleza le eran conocidos, y estaban contenidos, tanto en el Código Único Disciplinario, como en el Código Penal que tipifica la conducta que le fue imputada

No existe ningún elemento de juicio que permita advertir que la presunción legal de conocimiento de la ley esté desvirtuada para el caso del disciplinado; por el contrario se advierte que tenía plena consciencia de que su actuar era contrario a derecho y pudiendo orientar su voluntad, dirigir su comportamiento y actuar en forma distinta, optó por ejecutar conductas inapropiadas, sobre las menores SPRA, LECT y NNBN, al tomarles fotos por debajo de su falda, y tocarles sus partes íntimas (cola), situación que a todas luces deja



entrever su intención clara de quebrantar sus deberes mínimos que como docente, lo obligan a respetar a sus estudiantes y abstenerse de realizar estas conductas que a todas luces resultan inapropiadas con un menor de 14 años, y de mayor gravedad tratándose de un profesor hacia una estudiante

De acuerdo a lo anterior, es claro que en la conducta imputada al investigado se dan los elementos estructurales del DOLO. Además, la propia estructura objetiva del tipo previsto en el numeral 1 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 209 del Código Penal Colombiano, conlleva a que el comportamiento subsumido en este corresponda a un acto positivo y, por ende, volitivo del autor

Por ello la falta cometida por XXXXXX, se atribuye de manera definitiva a título de DOLO

FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA FALTA-Falta atribuida al disciplinado como gravísima a título de dolo

PRUEBA PARA SANCIONAR-Se presentan los elementos estructurales necesarios y determinantes de la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del disciplinado

Para proferir un fallo de carácter sancionatorio, se requiere que la prueba que lo fundamente, previa valoración de la misma conforme a las reglas de la sana crítica cumpla con el deber de dar certeza o convicción sobre cada uno de los elementos de la falta disciplinaria previamente enunciados. Esto indica con suficiente claridad, que cuando el Estado ejerce esa prerrogativa sancionatoria de carácter constitucional y de desarrollo legal, lo hace con la plena certeza, tanto de la existencia de la falta como de la responsabilidad del procesado. Al respecto, el Código Disciplinario Único establece: "Artículo 142. Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado."

En el presente caso, se ha demostrado, que las menores SPRA, LECT y NNBN, fueron víctimas de conductas indebidas y abusivas de parte del investigado, con las cuales se incurrió en una conducta señalada como punible en el artículo 209 del Código Penal Colombiano, denominada actos sexuales con menor de 14 años y que al tenor del numeral 1 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, constituye falta disciplinaria gravísima

En cuanto al elemento subjetivo, que a su vez debe estar plenamente demostrado para sancionar, conforme a las pruebas allegadas al proceso se tiene la plena convicción a manera de certeza que el investigado, actuó con dolo

En consecuencia, considera el despacho que se presentan los elementos estructurales necesarios y determinantes de la certeza que debe tener el fallador para concluir probada la existencia de la falta y la responsabilidad del señor XXX, según se ha expuesto a lo largo de esta providencia, por lo cual se hace imperioso proceder a establecer la respectiva sanción disciplinaria

CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN-Considerada la imputación de falta gravísima con dolo la sanción será de destitución e inhabilidad general cuyo término será de 10 a 20 años/**CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN-**Aplicación como criterio atenuante que no ha sido sancionado disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta/**CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN-**Aplicación como criterio agravante el grave daño social, afectación de derechos y conocimiento de la ilicitud de su comportamiento

Considerada la imputación de falta gravísima con dolo, la sanción a imponer será la de destitución e inhabilidad general conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, cuyo término será de 10 a 20 años, según lo dispuesto en el inciso



primero del artículo 46 ibídem, el cual se fijará de acuerdo con los criterios de graduación señalados en el artículo 47 ibídem...

Se aplicará como criterio atenuante que el señor XXX, no ha sido sancionado disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga

Como agravantes se tiene que la falta cometida por XXX, es de las que comportan un grave daño social, pues dada su condición de docente, representa en sus alumnos un modelo a seguir e incide en que estos a través de las concepciones e ideologías que se imparten, formen parte de la estructura social

Indiscutiblemente con su conducta afectó los derechos fundamentales de la menores víctimas, como ha quedado demostrado en sus valoraciones psicológicas

Además, el investigado conocía la ilicitud de su comportamiento

En este sentido se tienen como agravantes los contenidos en los literales g), h), e i), del numeral 1 artículo 47 Ley 734 de 2002

Por lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 ibídem y en atención al principio de proporcionalidad, el término de la inhabilidad general será de DOCE (12) años, atendiendo lo dispuesto en los artículos 44, 46 y 47 de la Ley 734 de 2002

Al tenor de lo previsto en la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, se tiene que aplica la misma sanción para este tipo de falta, y los mismos criterios agravantes que han sido considerados; precisando frente a la carencia de antecedentes disciplinarios, que en la nueva normatividad se tiene como agravante, no obstante la Ley 734 de 2002, aplicable al caso, no lo distingue, y así se ha venido aplicando tanto para agravar como para atenuar la sanción, de ahí que en este caso se considere como un criterio atenuante



PROCURADURÍA DELEGADA DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO 1

Radicación: IUS E 2017 – 687734 / IUC-D-2017-994308
Investigado: XXXXXXXXXXXXXXXX
Cargo y Entidad: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.
Quejoso: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.
Fecha queja: 07/10/2016
Fecha hechos: Vigencia 2016
Asunto: Fallo de Primera Instancia (Art. 169 A, 170 de la Ley 734 de 2002).

Bogotá, 31 de mayo de 2022

I. ASUNTO POR TRATAR

Procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro del presente radicado adelantado en contra de XXXXXXXXXXXX, en su condición de Docente de la Institución Educativa San Bartolomé del Municipio de Sutatenza Boyacá, de conformidad con lo previsto por el artículo 170 de la Ley 734 de 2002.

II. IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN FUNCIONAL DEL INVESTIGADO

Se investiga a XXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía No. XXXXXXXXXXXX, en su condición de XXXXXXXXXXXX, cargo en el que se posesionó el 29 de febrero de 2016.¹

III. RESUMEN DE LOS HECHOS

Dentro de la presente actuación disciplinaria se investigan hechos ocurridos en la vigencia 2016, relacionados con actos sexuales abusivos a las menores de 10 y 11 años SPRA, LECT y NNBA², estudiantes del grado cuarto de la Institución Educativa Técnica San Bartolomé Sede Kennedy de Sutatenza - Boyacá, por parte del docente XXXXXX, quien abusando de su condición las ponía a hacer ejercicios los cuales consistían en hacerlas agachar, abrir las piernas, cuando se encontraba con uniforme de falda, para tomarles fotos y videos en las piernas y en la cola, así como tocarles la cola, y sentarlas en sus piernas mientras veían películas en el computador.

IV. ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL

A través de oficio PMS-165 de 7 de octubre de 2016³ radicado en la Oficina de

¹ Cfr. Folio 83 Cuaderno principal 1

² 1 Se omite identificar a las menores por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y abuso de poder (Asamblea General de la ONU, Resolución No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo normado en los artículos 47.8 y 193.7 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

³ Cfr. Folios 1 – 3 Cuaderno principal 1



Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Boyacá, el Personero Municipal de Sutatenza, remite queja suscrita por XXXXXXXXXXXX y otras madres de familia de alumnas de la institución educativa, en contra de XXXXXXXXXXXX, en su condición de docente de la mencionada Institución, por presuntos actos sexuales abusivos a menores estudiantes.

La Oficina de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Boyacá, a través de auto de 2 de noviembre de 2016⁴, inició indagación preliminar en contra de XXXXXX, en su condición de docente de la Institución Educativa Técnica San Bartolomé del municipio de Sutatenza - Boyacá.

El 25 de abril de 2017⁵, esa Oficina de Control Interno Disciplinario, dispuso la apertura de investigación disciplinaria en contra del docente XXXXXX.

Por auto de 13 de julio de 2017⁶, se remitieron en virtud del ejercicio del poder preferente, las presentes diligencias, a la Procuraduría Regional de Boyacá.

A través de auto de 8 de febrero de 2018⁷ la Procuraduría Regional de Boyacá ordenó acumular la indagación preliminar radicada con el IUS-E-2017-897673, a la presente investigación con radicado IUS-E-2017-687734, tramitadas en ese despacho.

El 22 de septiembre de 2021⁸, se ordenó el cierre de la etapa de investigación.

A través de auto de 13 de octubre de 2021⁹, la Regional, formuló pliego de cargos a XXXXXX.

Por auto de 29 de noviembre de 2021¹⁰ se dispuso la remisión a las Procuradurías Delegadas con funciones de juzgamiento, correspondiendo por reparto a la Delegada para la Moralidad Pública.

El 2 de febrero de 2022¹¹ la Delegada para la Moralidad Pública, avocó conocimiento de la actuación y corrió traslado para alegatos de conclusión.

V. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EL INVESTIGADO

5.1 Síntesis de los descargos

⁴ Cfr. Folios 5 – 12 Cuaderno principal 1

⁵ Cfr. Folios 117 – 121 Cuaderno principal 1

⁶ Cfr. Folios 301 – 303 Cuaderno principal 2

⁷ Cfr. Folio 307 reverso Cuaderno principal 2

⁸ Cfr. Folio 441 Cuaderno principal 3

⁹ Cfr. Folios 446 – 471 cuaderno principal 1

¹⁰ Cfr. Folios 492 – 494 Cuaderno principal 3

¹¹ Cfr. Folio 496 Cuaderno principal 3



El 9 de febrero de 2022¹², a través de SIGDEA, se radicó escrito de descargos que fue remitido por el disciplinado XXXXXX a través de correo electrónico enviado el 26 de noviembre de 2021.

Luego de hacer una relación de las circunstancias por las cuales llegó a la institución, hizo las siguientes manifestaciones, en torno a su relación con los estudiantes y las actividades diarias realizadas.

En primer lugar, señala que para el grado cuarto en la sede Kennedy a la estudiante N se le registraron en el observador varias anotaciones por incumplimiento de las tareas, llegadas tarde a la institución y por mal comportamiento ya que solía esconderles los cuadernos a otros compañeros, precisando que es ella una de las menores que hace parte con su prima S y su mejor amiga L de la queja que dio origen al presente proceso.

Refiere que para el mes de junio de 2016, habían catorce estudiantes en el grado cuarto de primaria, señalando que para esa fecha se entregaron informes de rendimiento académico en reunión de padres de familia la cual transcurrió de manera normal, sin observaciones, novedades o quejas pero sí resaltando las debilidades y fortalezas de cada uno, y dejando trabajos de refuerzo, frente a lo cual se mostró inconformidad por las estudiantes N y S.

Aclara frente al trabajo en el aula de clases, que no todos los días se cerraban las ventanas y que esto dependía tanto del ruido de otras aulas como del clima que en su mayor parte del año era frío y nublado, y en atención a la petición realizada por otros estudiantes que se encontraban con molestias de salud.

Indica que le fue asignada la semana de disciplinada del 3 al 7 de octubre de 2016, precisando que para el día martes 4, siendo la 1:25 pm les propuso a sus alumnos una serie de actividades de aseo y orden en diferentes lugares de la institución, siendo las estudiantes N y L las responsables ese día de realizar el aseo. Señala que al pasar cerca al pupitre de la estudiante SR se percató que había tierra y papeles de dulce entonces señaló con el pie para que lo recogiera y les llamó la atención por el aseo, ante lo cual ellas volvieron a barrer, se miraron y susurraron unas palabras, ante lo cual continuo revisando detrás de la puerta del aula, e hizo cerrar las ventanas para dirigirse al timbre, y en ese momento la estudiante SR solicita ir al baño, luego de esto se dirigió a sala de profesores y acciono el timbre, momento en que se marcharon todos los estudiantes a sus casas.

Manifiesta que las menores N y L llegan a sus casas con un comentario que aparentemente era una conducta de su parte, el cual fue contado vía telefónica entre las madres de las dos menores, y luego contado vía telefónica a la señora Patricia, sin tener conocimiento de lo que en realidad había sucedido, lo cual se convirtió ligeramente en un chisme en el pueblo.

¹² Cfr. Folios 501 – 508 Cuaderno principal 3



Señala que, el día jueves 6 de octubre, se recibió en la institución la visita del Personero Municipal, acompañado de una psicóloga que atendía a sus instrucciones, en esa oportunidad fue indagado por el funcionario sobre sus actividades, ante lo cual terminada la diligencia requirió a la rectora para que le informara lo sucedido, al respecto ella le respondió que en el pueblo se decía que supuestamente había violado a una niña delante los otros estudiantes en el aula de clase, momento desde el cual hasta el último día de trabajo fue observado y señalado como un delincuente.

Indica que el 8 de noviembre se realizó una reunión en el aula del grado cuarto de primaria con los padres de familia XXXXXXXX, donde realizan un comunicado, en el cual solicitaron al Personero no involucrarlos, ni entrevistar a sus hijos porque rechazaban esos señalamientos al profesor XXXXXXXX, aduciendo que el disgusto del funcionario se evidencio a tal punto que cito a las tres madres y las tres menores para desarrollarles constantes entrevistas y declaraciones, con el ánimo de preguntarles de una y otra manera cualquier tipo de actividad que se hicieron en el año en el aula para así sostener el proceso con base en la queja radicada ante la oficina de control interno disciplinario.

5.2 Síntesis de los alegatos de conclusión

Según constancia secretarial de 25 de febrero de 2022¹³, el disciplinado actuando en nombre propio presentó escrito de alegatos de conclusión, en el cual reitera los argumentos presentados en el escrito de descargos, y adicionalmente expuso lo siguiente;

Sin dar más detalles indica que mover accidentalmente en un desplazamiento dentro del aula a un estudiante y en presencia de todos los integrantes no es abuso sexual.

Respecto de las actividades cotidianas, refiere que el día iniciaba con una oración, pedagogía de la motricidad que tiene como objeto el proceso de formación, desarrollo y potenciación de las capacidades del ser humano haciendo uso de los movimientos motrices como vivenciación del cuerpo, actividad que era de gusto de todos los estudiantes, ya que se hacía con canciones y esto daba como resultado concentración y buen uso del tiempo en el aula y desde luego en el autocontrol, y disciplina en los juegos deportivos de la asignatura de educación física recreación y deportes, razón por la cual no entiende como un ejercicio de “Brazos arriba, brazos a los lados, brazos abajo, manos a la cabeza, manos a los hombros, manos abajo, girar el cuello hacia la derecha y hacia la izquierda. ¡Sentados!” que ilustra en su escrito, termine siendo utilizado para señalarlo como un morbosos y abusador sexual.

¹³ Cfr. Folio 511 Cuaderno principal 3



Indica que no hay registros fotográficos o videos de esas supuestas acciones negativas de su parte, además ningún adulto miembro de la comunidad educativa observó o le costa que en su proceder hubiera actuaciones irregulares.

Aduce que los celulares de la época y el de su propiedad eran de tecnología básica y los registros, sin precisar a qué registros se refiere, se hacían para lograr llevar de forma evidencial el trabajo que se realizaba en artística, competencias deportivas, exposiciones de los trabajos manuales y desde las celebraciones culturales. Además, que para él era importante comunicarse a diario a primera hora con su familia en la ciudad de Ibagué.

Agrega finalmente que solicito que se entrevistara nuevamente a las quejas ya que en esas dos semanas para terminarse octubre y siendo los hechos muy recientes, ellas fueron citadas y orientadas por el Personero de la época, quien insistió que el conducto regular estaba siendo realizado, lo cual a su juicio fue violentado toda vez que ningún escrito o queja fue hecha en la institución, y su caso no fue llevado a un comité de convivencia.

A su parecer la actuación del Personero estuvo dirigida a tratar de demostrar su culpa en los hechos por los cuales fue acusado, sin haberle otorgado el derecho de escuchar sus argumentos, esto es que el hecho de acercarse y mover intencionalmente un estudiante no es motivo para envenenar el futuro y la honra de una persona, lo cual considera fue fruto de unos dichos con soberbia y sin evidencias suficientes.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1. Competencia y procedimiento aplicable.

La Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1, es competente para proferir el fallo de primera instancia dentro del proceso disciplinario adelantado contra XXXXXX, en su condición de docente de la Institución Educativa San Bartolomé del Municipio de Sutatenza, conforme las siguientes previsiones;

El **Decreto 1851 de 2021**¹⁴, que entró en vigencia el 29 de marzo de 2022, dispuso;

“**Artículo 20.** Adiciónese el artículo 75A al Decreto Ley 262 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 75A. Procuradurías regionales de juzgamiento. Las procuradurías regionales de juzgamiento tienen, dentro de su circunscripción territorial, las siguientes competencias:

1. Conocer de la etapa de juzgamiento de los procesos adelantados por las procuradurías regionales de instrucción.

¹⁴ Por el cual se modifican los Decretos ley [262](#) y [265](#) de 2000 con el fin de reconfigurar la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación, modificar el régimen de competencias internas, crear, fusionar cargos y determinar los funcionarios que los ocupaban a donde pasarán a ocupar los nuevos cargos que se creen, así como la reasignación o cambio de la estructura de funcionamiento y asignación de las diferentes funciones y cargos de los empleados y se dictan otras disposiciones.



2...”.

Al tenor de lo previsto en la **Resolución No. 113 de 8 de abril de 2022**¹⁵ suscrita por la Señora Procuradora General de la Nación, la competencia para conocer de la presente actuación correspondería a la Procuraduría Regional de Juzgamiento Santander.

“ARTÍCULO 3. CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL DE LAS PROCURADURIAS REGIONALES Y DISTRITAL DE JUZGAMIENTO. Las Procuradurías Regionales y Distrital de Juzgamiento, actuaran dentro de la siguiente circunscripción territorial:

1..

7. Procuraduría Regional de Juzgamiento Santander, con sede en la ciudad de Bucaramanga (Santander): En la ciudad de Bucaramanga funcionará la Procuraduría Regional de Juzgamiento Santander, con competencia en la circunscripción territorial de las Procuradurías Regionales de Instrucción de Boyacá y Santander.

A través de **Resolución No. 137 de 29 de abril de 2022**, suscrita por el Viceprocurador General de la Nación (E), se dispuso;

“ARTÍCULO 1. DESIGNAR como funcionario especial de juzgamiento a las dependencias que se relacionan a continuación, para que conozcan de los siguientes expedientes.

FUNCIONARIO ESPECIAL DE JUZGAMIENTO	IUS	IUC
Delegada para la Moralidad Pública.	E – 2017 -687734	D-2017 - 994308

La Procuradora General de la Nación expidió la **Resolución No. 150 de 12 de mayo de 2022**, *“Por medio de la cual se distribuyen competencias y funciones en las procuradurías delegadas, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto Ley 1851 de 2021”* que respecto de la distribución de expedientes en juzgamiento determinó;

“ARTÍCULO 13. DISTRIBUCIÓN DE EXPEDIENTES EN JUZGAMIENTO. Todos los procesos en etapa de juzgamiento que se encontraban a cargo de las Procuradurías Delegadas para la Moralidad Pública, Segunda para la Vigilancia Administrativa y Sexta ante el Consejo de Estado se distribuirán así:

Los procesos a cargo de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública serán asumidos por la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1. (...)”.

Conforme a lo antes expuesto, compete a la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1, conocer de la presente actuación, por virtud de la designación como funcionario especial de juzgamiento, realizada por el Viceprocurador General de la Nación (E), a la Delegada para la Moralidad Pública, y que por virtud de lo

¹⁵ “Por la cual se distribuyen y asignan de manera transitoria competencias en materia de instrucción y juzgamiento a las procuradurías territoriales y se crean secretarías comunes territoriales”.



dispuesto en la Resolución No. 150 de 12 de mayo de 2022, los procesos a cargo de esa delegada fueron asumidos por este despacho.

Ahora en cuanto al procedimiento aplicable, previó el artículo 263 de la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, que rige a partir del 29 de marzo de 2022, salvo el artículo 2 relativo a las funciones jurisdiccionales que entró a regir a partir del 29 de junio de 2021, y el artículo 33 que entrará a regir a partir del 29 de diciembre de 2023, lo siguiente:

“ARTÍCULO 263. ARTÍCULO TRANSITORIO. <Artículo modificado por el artículo 71 de la Ley 2094 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> A la entrada en vigencia de esta ley, los procesos en los cuales se haya surtido la notificación del pliego de cargos o instalado la audiencia del proceso verbal, continuarán su trámite hasta finalizar bajo el procedimiento de la Ley 734 de 2002. En los demás eventos se aplicará el procedimiento previsto en esta ley”.

Así las cosas, el procedimiento aplicable a la presente actuación, es el contenido en la Ley 734 de 2002, sin perjuicio de las disposiciones que, en virtud del principio de favorabilidad, le resulten más permisivas.

6.2 Análisis de las pruebas

Conforme a los elementos de prueba que obran en la actuación, procede esta delegada de juzgamiento al análisis probatorio, para en seguida conforme a ello, descender al análisis de la conducta y los argumentos de defensa del investigado.

Esta demostrado que XXXXXX, se desempeñó como docente de educación básica de la Secretaría de Educación de Boyacá desde el 2 de marzo al 2 de diciembre de 2016, desempeñando actividades en la Institución Educativa Técnica San Bartolomé, sede Kennedy, del Municipio de Sutatenza (Boyacá)¹⁶.

El Personero Municipal de esa localidad, puso en conocimiento que, en el mes de octubre de 2016, la señora XXXXXXXXXXX, y otras madres de familia de esa Institución Educativa, presentaron queja ante su despacho, en contra del profesor XXXXXX, por presuntos actos sexuales abusivos a menores estudiantes.

Dentro de la actuación, se recibieron los siguientes testimonios;

Testimonio de XXXXXXXXXXX madre de la menor SPRA,¹⁷ recepcionado el 21 de noviembre de 2016, en el cual se ratifica de la queja presentada en la Personería Municipal de Sutatenza. En esta oportunidad señaló: *“el día martes cuatro de octubre me enteré de los hechos cuando llegue de trabajar porque la señora Alexandra Niño me llamó en la noche a preguntarme si yo estaba enterada de lo que estaba pasando con las niñas del grado cuarto especialmente con mi hija, yo le dije que hasta el momento yo no sabía nada y ella me empezó a contar que era lo que estaba pasando con el profesor y con las niñas, que la hija de ella le había comentado y que eso venía pasando mucho tiempo atrás. No terminamos la conversación porque se*

¹⁶ Cfr. Folios 83 – 84 Cuaderno principal 1

¹⁷ Cfr. Folios 46 – 47 Cuaderno principal 1

cortó la llamada y después me volvió a llamar y me dijo que nos encontrábamos al otro día y buscábamos a ver quién nos colaboraba. Cuando mi hija se dio cuenta que la otra señora me estaba contando lo que estaba pasando la niña empezó a llorar y cuando la pude controlar me comentó lo que estaba pasando. La niña me dijo que el profesor el día martes, siempre los ponía en una posición encima del pupitre, con los ojos serrados (sic) y que el día martes él le había levantado la falda a la niña, que ella se sintió mal, le pidió permiso y se salió para el baño donde duró mucho tiempo encerrada y que eso siempre sucedía y que ella sentía que el profesor la intimidaba seguido y ella siempre se quedaba callada hasta que ya no pudo más con eso. Todo eso sucedía en el salón de la escuela Kennedy. (...) ella en ningún momento me dijo nada más, solo me decía en algunas oportunidades que no quería volver a la escuela porque el profesor era muy cansón, yo le pregunté que por qué no me había dicho nada y ella me respondió que no contaba porque el profesor les había dicho que si contaban les ponía más tareas” (...) “Ella no quiso volver a estudiar desde el día que se supo esto y actualmente está asistiendo con la psicóloga y últimamente está en tratamiento médico con taquicardia, no sé si será por lo que pasó.”

Esta versión de los hechos es coincidente con la declaración rendida por la testigo el 28 de noviembre de 2016, en la Comisaría de Familia del municipio de Sutatenza.¹⁸

Testimonio de XXXXXXXXXX madre de la menor NNBN¹⁹ de fecha 21 de noviembre de 2016, en el cual se ratifica de la queja presentada en la Personería Municipal de Sutatenza.

Indicó: “Fue en el mes de octubre que la niña me hizo el comentario que venían sucediendo cosas raras con el profesor, del profesor con los alumnos; yo le dije que cosas eran las que se venían presentando, entonces ella me dijo que resultaba que el profesor en las horas de la mañana cuando llegaban al salón los ponía boca abajo en el piso a todos y que abrieran las piernas todos, entonces yo le pregunté que mientras el profesos (sic) los mandaba a hacer eso el donde está ubicado y me dijo que en la parte de atrás y que curiosamente él siempre tenía el celular en las manos y que ella presentía como si los estuviera grabando. Que también había sucedido que él ponía a los niños con los brazos cruzados sobre el pupitre, de pie, y con los ojos cerrados y que les ordenaba abrir las piernas y que no abrieran los ojos porque o si no les dejaba más tareas, entonces llego un día que yo le dije a la niña que si volvía a suceder que me comentara y más o menos pasó un lapso de unos 15 días y volvió la niña con el comentario a la casa; mamá hoy volvió el profe a hacer lo mismo y yo le pregunté qué es lo mismo, entonces ella dijo que nos volvió a colocar de pie, con los brazos cruzados contra el pupitre, con los ojos cerrados, dijo yo y varias niñas nos pusimos a ver por entre el cabello que hacía el profesor y que entonces habían visto que el profesor estaba grabando con el celular por debajo de la falda de la niña S y la niña entonces viéndose que la estaban tocando se levantó y pidió permiso para salir al baño y entonces la niña duró en el baño como cuestión de una hora, que ellas salieron y que la niña no salía del baño, entonces yo le dije a la niña que me trajera los números de celular de las mamás de esas niñas que son las más acosadas y la niña me llevó los números de celular de tres mamás, luego precedí a llamar las señoras y les pregunté que si sabían qué situación se estaba presentando con las niñas de ellas con un asunto relacionado que él estaba haciendo cosas que anteriormente comente y las señoras me dijeron que no sabían nada y que entonces ellas iban a hablar con las hijas para saber que tan cierto era; ellas efectivamente dicen haber hablado con las

¹⁸ Cfr. Folio 403 Cuaderno principal 3.

¹⁹ Cfr. Folios 52 – Cuaderno principal 1 54

hijas y que las niñas les afirmaron lo que mi hija me había comentado, que era cierto. Luego entonces las mamitas me llamaron y me pidieron el favor que las acompañara a poner la queja con la señora rectora en personería”.

Testimonio de XXXXXXXXXXXXX²⁰ madre de la menor LECT de fecha 21 de noviembre de 2016, en el cual se ratifica de la queja presentada en la Personería Municipal de Sutatenza.

Refirió: “Yo me enteré el 5 de octubre porque la mamá de Nicoll me llamo y me pregunto si yo sabía sobre los hechos que estaban pasando con las niñas yo a ella le conteste que no sabía nada, entonces ella empezó a contarme que la niña de ella le había dicho que el profesor en varias ocasiones les había tocado la cola y que a la niña S le había bajado la pantaloneta, yo llegue a la casa y le pregunte a mi hija que era lo que estaba pasando, ella se puso a llorar y me dijo que no la fuera a regañar que ella me iba a contar esa noche, empezó a decirme que el profesor en varias ocasiones le había tocado la cola a ella y a tres niñas más, a S, a V y a N y que a S le había bajado la pantaloneta y que también les había tocado por detrás de las rodillas, entonces le pregunte que porque no me había comentado las cosas a tiempo, ella me contesto que estaba esperando hablar con las mamás de las tres muchachas, le pregunte que si algo más había pasado y ella me dijo que no”.

Igualmente se aprecian los testimonios de las menores afectadas con los hechos, desplegados por el docente XXXXXX, quienes señalaron:

Testimonio de la menor **SPRA**,²¹ de 10 años de edad, grado de instrucción cuarto de primaria, rendido el 21 de noviembre de 2016, quien señaló: *“El profesor nos ponía a acostarnos encima de las sillas con los ojos cerrados y nos decía que el que los abriera le ponía más tareas para el día siguiente, entonces cuando estábamos acostadas a las niñas se nos pasaba por detrás y nos levantaba la falsa (sic) y cuando golpeaban la puerta él se hacía al lado de la ventana para que no se dieran cuenta que lo que estaba haciendo y mandaba a alguien a abrir la puerta, yo sentí cuando el profesor me levantó la falda con la mano, yo no vi si a otras compañeras también les levantó la falda pero ellas me contaron que sí. El profesor traía unos ejercicios para la última hora y siempre los hacía cuando teníamos falda, el nos acostaba en el piso y nos hacía abrir las piernas a las niñas y si no las abría nos bajaba las notas. Nos preguntaba a todos si queríamos hacer los ejercicios o escribir y los niños decían que los ejercicios y nos tocaba hacer los ejercicios. El tenía dos celulares y las niñas que veían decían que el profesor pasaba el teléfono por debajo de las faldas y tomaba las fotos; L me dijo que el profesor me había pasado el teléfono por debajo de la falda. El profesor me levantó la falda cuidadosamente que yo no sintiera, yo me di cuenta cuando subió la balda (sic) y me tocó la cola con la mano y después bajo la falda, luego golpearon en la puerta y yo le dije que me dejara salir al baño, el se quedó mirándome y me dijo que sí, yo me demore en el baño hasta que sonó el timbre para ir a almorzar porque no quería ir al salón yo le conté esto a N, L y L. Después del almuerzo nos dejó hora libre para que jugáramos en el salón y mientras tanto él se quedó en el piso acostado. En la noche la mamá de N llamó a mi mamá y le conto porque ella si vio lo que paso porque tiene el cabello cortico y alcanzaba a mirar porque el puesto de ella está al pie de mi puesto; cuando mi mamá me pregunto yo le conté todo y no he vuelto a clases porque tengo miedo que el profesor me dijera algo. (...) “Casi siempre a la última hora nos ponía a hacer esos ejercicios, esos ejercicios lo hizo solo tres veces y no los volvió a hacer, el decía que eran ejercicios para tener equilibrio en el*

²⁰ Cfr. Folios 70 - 72 Cuaderno principal 1

²¹ Cfr. Folios 49 - 51 Cuaderno principal 1

cuerpo; él nos decía que teníamos que abrir más las piernas, que levantáramos una pierna o que levantáramos las dos piernas, el profesor se hacía al frente de nosotras” (...). “Nadie se daba cuenta que el profesor nos hacía esos ejercicios porque el profesor cerraba las ventanas y la puerta y después yo no se porque no volví al colegio (...). “Las que se dieron cuenta fueron L, L y N y los niños también se daban cuenta cuando el profesor no los miraba. Indicó que: (...) a V y a L las sentaba en las piernas para manejar el computador y ver una película, yo no me senté nunca en las piernas del profesor”.

Testimonio de la menor **NNBN**²² de 10 años de edad, grado de instrucción cuarto de primaria, rendido en fecha 21 de noviembre de 2016, indicó: *“La primera vez fue cuando a todos los niños y niñas nos pusieron en el pupitre con la cabeza sobre el pupitre y los ojos cerrados y el profesor se hizo atrás de S y por medio de mi cabello yo vi que el profesor cogió el celular y comenzó a grabarle debajo de la falda de S y entonces S le dijo que si le daba permiso de salir al baño, entonces ella fue y después nos contó que había pedido permiso para salir al baño porque ella sentía que el profesor estaba haciendo eso. Y hay veces en que nos pone a todos acostados en el piso y que abriéramos las piernas o que subiéramos una por una y en ocasiones estando las niñas en falda; los ejercicios los hacíamos todas las mañanas y cuando salíamos. Eso pasaba en el salón y casi todos los días. En una reunión con el profesor, la profesora Neilda, L, S, S, V y yo no me acuerdo quien más estaba, en esa reunión la profesora Neilda le dijo al profesor que porque le tocaba la cola a S y el profesor dijo que de pronto él levanto la mano y le tocó la cola, y yo le dije que porque le estaba grabando debajo de la falda de S y el dijo que de pronto estaba recibiendo una llamada y yo le dije debajo de la falda de S? Y él se quedó callado”. (...). “Todo empezó como en tercer periodo, el empezó a hacer esos ejercicios y a que durmiéramos de pie sobre los pupitres. El profesor sentaba a V y L en sus piernas cuando ponía películas en el computador.” Al preguntarle cuantas veces pudo observar que el profesor JUAN PABLO miraba por debajo de la falda de S o que la tocara, respondió; “Unas dos veces”“(…) cuando el pasó el celular por debajo de la falda de S estaba hablando un compañero que se llama Julián y cuando se le disparó el video yo escuché la voz de mi compañero y el profesor lo pauso y además yo vi una luz que se le prende al celular cuando se grava (sic). Cuando nos ponía el ejercicio de estar todos en el piso a veces yo volteaba mirar y el tenía el celular en la mano como si nos estuviera grabando; el tiene dos celulares uno nuevo que cuando grava (sic) prende la luz y el viejito no prende la luz”.*

Al preguntarle si después de la reunión con la profesora Neila el profesor XXXXXXXXXXXXXXX le dijo algo sobre estos hechos, contestó: *“Nos dijo que eso era algo muerto que lo echáramos en un huequito y que le echáramos tierra y que por favor cambiaran de opinión y habláramos con nuestros padres para que le quitaran la queja (...)”.*

Testimonio de la menor **LECT**²³ de 11 años de edad, grado de instrucción cuarto de primaria, rendido en fecha 21 de noviembre de 2016, quien señaló: *“Primero cuando veíamos películas en el computador, el se sentaba en la cilla (sic) y todos nosotros nos hacíamos alrededor comenzó a sobarnos por detrás de las rodillas a S y a V y a mí, otros días que veíamos películas también todos estábamos alrededor y el nos tocaba la cola por debajo de la falda a S, V y a mí, eso paso varios días, nosotros le queríamos contar a la profesora Neilda pero ella estaba ocupada, entonces N le conto a los papas y ellos hablaron con la profesora Neilda, al otro día en la mañana la profesora Neilda nos reunió con el profesor y el profesor mintió porque dijo que de pronto*

²² Cfr. Folios 57 - 59 Cuaderno principal 1

²³ Cfr. Folios 73 – 75 Cuaderno principal 1

por subir las manos nos había podido tocar la cola, dijo que le miráramos los celulares para ver si tenía algún video porque yo también alcance a mirar cuando el celular tenía el bombillo prendido y le estaba tomando el video, no sé si fotos, debajo de la falda de S. (...) el profesor cuando teníamos la silla encima del pupitre nos hacía colocar la cabeza en la maleta en la cilla (sic), con los ojos cerrados, sin poder mirar a ningún lado y si los abríamos nos ponía más tarea, también nos decía que debíamos hacernos los muertos, que hiciéramos grupos de a cuatro o grupos de niñas y niños aparte, después a los niños los acostó boca abajo al lado del tablero y a las niñas nos hizo acostar en la parte de atrás del salón, también boca abajo, estábamos con falda, él decía que nos teníamos que quedar con las manos en la cara sin poder mirar a ningún lado, nos hacía levantar las piernas hacia arriba y a abrir las piernas hacia los lados (...). También un día estábamos haciendo el ejercicio de poner la cabeza sobre el pupitre y yo vi cuando el profesor se hizo el disimulado, puso la mano sobre la pata de la silla donde estaba S y la ora (sic) mano se la metió debajo de la falda de S y le tocó la cola y la bajo rápido ahí fue cuando S le dijo que si la dejaba salir al baño y él le dijo que si, S se demoró todo el tiempo en el baño mientras que salíamos a descanso, ella también ya nos contó y en ese momento era que íbamos a contarle a la profesora.”

Al preguntarle si tenía conocimiento si con anterioridad habían ocurrido hechos similares, respondió: *“El llevo y antes de vacaciones de mitad de año el hacía eso y después de vacaciones él lo seguía haciendo.”*

Estos testimonios con coincidentes con las entrevistas practicadas a las menores SPRA, NNBN, LECT, por la psicóloga de la Comisaría de Familia de Sutatenza²⁴, de los cuales se puede señalar que, pese a su corta edad, son consecuentes y claras en sus señalamientos.

También es importante citar el testimonio de PATRICIA TORRES DÍAZ, Psicóloga de la Comisaría de Familia del Municipio de Sutatenza, rendido el 21 de noviembre de 2016,²⁵ el cual aporta serios elementos que conllevan a aclarar aspectos relacionados con la ocurrencia de la conducta irregular desplegada por el disciplinado.

La testigo manifestó: *“Trabaje con **SPRA** el 8 de noviembre de 2016 donde se hizo entrevista y valoración psicológica a la menor sobre los hechos; donde se observa ansiosa, nerviosa, con poco contacto visual, y cuando se hace alusión a la situación con carga negativa la menor se muestra angustiada, y entra en llanto, cuando se le hace a la menor preguntas alusivas al docente Juan Pablo, la menor manifiesta que efectivamente si le cogió la cola dos veces y que le ponía a hacer ejercicios en falda donde se tenía que acostar boca abajo, abrir las piernas y dejar ver sus interiores. Frente a lo que sucedió con el docente la menor decide no volver a la institución ni continuar con sus estudios por temor al docente. Después de eso se viene trabajando con la menor se viene brindando orientación frente al autocuidado y también se viene trabajando con los padres para que ellos no vayan a tomar represalias en contra del docente y lo dejen en manos de la fiscalía y también que eso que sucedió no afecte la relación entre padre e hija pues la menor lo puede asociar con lo sucedido con el docente que también es hombre. La menor no se ve afectada con la motivación de seguir con los estudios, lo que dice es que si el profesor continúa en la institución la menor no vuelve a retomar sus estudios en ese mismo colegio. La relación con la madre es buena porque existe una comunicación asertiva y hay*

²⁴ Diligencias que obran a folios 100 a 105 del Cuaderno principal 1

²⁵ Cfr. Folios 60 – 61 Cuaderno principal 1

confianza entre ellas dos; la relación con el padre también es buena ya que comparten tiempo juntos. Respecto a las circunstancias de tiempo la menor asegura que cuando ella llegó a la institución en agosto de este año el profesor tenía un comportamiento adecuado con la menor pero al transcurrir las semanas su comportamiento cambió y la empezó a observar de manera diferente. **En conclusión la menor si se ve afectada anímica y emocionalmente y que no soporta hablar de lo sucedido y entra en llanto pero solamente cuando se hace alusión a ese tema.** Respecto a LSCT se le realizó la entrevista y valoración psicológica el día 8 de noviembre de 2016 donde se observó menos ansiosa con un tono de voz más adecuado, mantiene contacto visual y se encuentra ubicada en tiempo y espacio; esta menor si especifica la fecha de los hechos, la menor manifiesta que el docente la ponía a hacer ejercicios en falda, boca abajo con las piernas abiertas y se ponía atrás de la mesa donde ella piensa que el docente tomaba foto o videos; con la menor se ha venido trabajando orientación ante el autocuidado, trabajando con los padres para que no tomen represalias y lo dejen todo en manos de las autoridades; en conclusión la menor no se ve afectada pero si hay que continuar con un seguimiento de manera preventiva para descartar alguna secuela más adelante. Respecto a NNBN a ella le practiqué entrevista y valoración psicológica el 15 de noviembre de 2016, se observa tranquila, su tono de voz es adecuado, se logra empatía con la menor, sus niveles de ansiedad son controlados y frente a lo sucedido la menor manifiesta que el tercer periodo el profesor empezó a hacernos ejercicios en el suelo, boca abajo, con las piernas abiertas, con el uniforme no adecuado; **la declaración de las tres menores coinciden con los hechos de la queja;** se viene trabajando orientación frente al autocuidado, también se ha trabajado con los padres para concientizarlos sobre no tomar represalias en contra del docente y dejar el tema en manos de las autoridades; la menor no se evidencia afectada emocionalmente ya que puede hablar del tema sin ninguna carga emocional negativa; se hace un seguimiento de prevención para verificar que más adelante no se presenten secuelas”. (Negrilla fuera de texto).

Además, obra en la actuación el informe de apoyo y seguimiento realizado por la mencionada profesional de fecha 28 de febrero de 2017²⁶ practicado a la menor **SPRA** en la cual se emitió el siguiente concepto psicológico:

“Se realizó seguimiento y apoyo a la menor SPRA, por un período de cuatro meses, en las cuales asiste una vez por semana; trabajando su afectación emocional y psicológica; se empieza el proceso con la niña trabajando su estado anímico puesto que cada vez que se hace referencia al perpetrador muestra temor, con reacciones ansiosas y depresivas; a raíz de lo sucedido tiene fracaso escolar dado que abandonó sus estudios y presenta dificultades para sus relaciones interpersonales. Se trabajó con S y su madre la señora Clara Patricia Alfonso la parte de comunicación asertiva, brindando herramientas para que su diálogo fuera acorde y propiciara confianza entre su vínculo familiar. En el transcurso del proceso se observa que la menor tiene más comunicación con su madre resaltando valores de respeto y amor.

(...)

Al finalizar el proceso las secuelas que quedan a corto plazo se han ido manejando de manera progresiva, aunque se recomienda que continúe en proceso psicológico para prevenir secuelas a largo plazo”.

De otra parte se tiene que en la Resolución de fecha 13 de marzo de 2017²⁷, por

²⁶ Cfr. Folios 404 – 405 Cuaderno principal 3

²⁷ Cfr. Folios 412 a 417 Cuaderno principal 3

medio de la cual, la Comisaría de Familia de Sutatenza, culmina la etapa probatoria dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niña SPRA, se estableció: *“De la manifestación de la niña SPRA dentro de la valoración Psicológica en la verificación de derechos se puede concluir se le vulnero sus derechos a la Integridad Personal en cuanto al derecho a ser protegida contra el maltrato y abusos de toda índole por parte de uno de los miembros de su grupo escolar, en este caso el profesor a quien ella se refiere, así mismo se ve vulnerado su derecho a la Protección toda vez que las conductas del profesor descritas por la niña, atentan contra la integridad y formación sexual de la persona menor de edad, hechos que ya son parte de una investigación por la Fiscalía toda vez que se remitió el respectivo oficio poniendo en conocimiento el caso.*

(.....)

Al hacer relato de las pruebas encontradas se puede concluir y analizar que a SPRA, se le vulnero su derecho a integridad personal y a la protección, se le afecto sus derechos contra la formación sexual de acuerdo a los hechos narrados por la niña frente a la conducta de sus profesor, la menor se vio expuesta a esta vulneración, por lo que se tiene como medida de restablecimiento de derechos que la niña continúe en su medio familiar bajo la protección de su progenitora, así mismo con apoyo y seguimiento psicológico constante con el fin de restablecer su condición emocional adquiriendo habilidades de afrontamiento frente al hecho vivenciado, teniendo un abordaje integral con herramientas para que no se vea expuesta a situaciones que le afecten su integridad personal.

Otros de los elementos de prueba, son el testimonio²⁸ y el informe rendido por la rectora de institución MARIA TERESA SALCEDO BRAVO.

El 29 de enero de 2018, la funcionaria presentó informe a la Procuraduría Regional de Boyacá²⁹, en el cual señaló: *“(....) Con este informe le dije a la madre de familia que fuéramos a la Personería Municipal para poner en conocimiento el respectivo caso el señor Personero Fabian Duran Vacca y yo como rectora de la Institución nos desplazamos a la Sede Kennedy para dialogar con el profesor sobre el caso. El docente al ser interrogado sobre el particular manifestó que el siempre tomaba fotos de las diferentes actividades académicas que desarrollaba con los estudiantes y que también les indicaba ejercicios de relajación.*

También se indagó a varios niños sobre el comportamiento del docente en las horas de clase y los niños manifestaron que si les tomaban fotos y hacían ejercicios.

Como rectora dialogué personalmente con el profesor y le recomendé evitar estas actividades porque los padres de familia no estaban de acuerdo”.

También fue llamada en la instrucción del proceso la docente de la Institución Educativa Técnica San Bartolomé NEILDA AREVALO NIÑO³⁰, quien rindió testimonio el 30 de noviembre de 2016, en el cual expuso; *“(..) Yo me entere porque la señora Alexandra Niño un miércoles me abordó en Guateque para pedirme el favor que le ayudara a investigar una situación que era la versión de su hija y de algunas niñas del grado cuarto de la sede*

²⁸ Cfr. Folios 66 - 67 Cuaderno principal 1

²⁹ Cfr. Folio 372 Cuaderno principal 2

³⁰ Cfr. Folios 79 - 81 Cuaderno principal 1

Kennedy quienes le habían comentado sobre unos ejercicios raros que les estaba exigiendo el profesor, por esa razón al día siguiente llame a las niñas N,N, S,NS y V de manera independiente para que me contaran lo que supuestamente me decía la señora que eran algunos ejercicios raro; las niñas NS y S, me dijeron que el profesor le hacia subió la silla (sic) sobre el pupitre y ubicados en media luna los niños aparte y las niñas aparte, se colocaban de pie colocando la cara sobre la silla y que cerraban los ojos, según ellas vieron que él disparaba el flas (sic) de la cámara del celular pasándolo por debajo de las faldas de las niñas, luego llame a L y a V y la primera niña me dijo que el profesor le había metido la mano por debajo de la falda y le había cogido la cola, V me dijo que el profesor la sentaba a ella y a L en las rodillas y le sobana las pernas (sic); posteriormente les comente si querían sostener lo que me habían dicho frente al profesor, ellas me dijeron que si y por eso nos reunimos en la sala de profesores de la sede Kennedy y las niñas le sostuvieron frente a él todo lo que me habían dicho y además le dijeron que a la niña SPR un día que estaban haciendo el ejercicio que hacían de agacharse sobre el pupitre le había tirado la pantaloneta hacía abajo y que la niña había salido corriendo llorando y que había durado un buen tiempo en el baño hasta la hora de salir para la casa. Según ellas esto sucedía porque el profesor mantenía las ventanas y la puerta del salón cerrada a toda hora; el profesor dijo que ellas estaban equivocadas porque lo que él les hacía eran unos ejercicios de relajación y a la niña L él le ofreció disculpas porque dijo que se le había zafado la mano pero ella le sostuvo que no, que la mano no se zafaba de para aria (sic) y que efectivamente él le había metido la mano y le había cogido la cola. Las niñas dijeron que un niño del mismo grado SY también se había dado cuenta de algunas de esas conductas, entonces también lo llame junto con ellas y el profesor y el dijo que lo único que él sabía era que el profesor si las sentaba en las piernas y les pasaba las manos por las piernas de las niñas. Luego las niñas se fueron al salón y yo le dije al profesor que él debía informarle eso a la señora rectora, el se enojó un poco porque dijo que lo estábamos juzgando injustamente, sin embargo yo le dije que lo que fuera con los niños y las niñas yo iría hasta las últimas consecuencias porque se debían respetar”

Además de los referidos testimonios, se allegaron al proceso disciplinario las entrevistas realizadas a los compañeros de las menores afectadas, las cuales fueron recopiladas dentro de la noticia criminal No. 153226000115201600233, adelantada en contra de XXXXXX por la Fiscalía 29 Seccional de Guatemala, en dichas diligencias los menores ratifican las manifestaciones de las víctimas y corroboran que en efecto el encartado, desplegaba este tipo de comportamientos descritos hacia sus alumnas.

De los informes de las entrevistas se tiene lo siguiente;

Informe de la entrevista realizada al menor P.J.M.H el 4 de abril de 2017³¹

*“Minuto 5:27. “Pedro, su merced sabe por qué lo trajeron a hablar conmigo, **AFIRMA CON LA CABEZA**, cuénteme porque, **POR LO QUE ESTABA HACIENDO EL PROFESOR**, cual profesor, **JUAN PABLO**, cuénteme que hacia el profesor Juan Pablo, **LES TOMABA FOTOCO (sic) A LAS NIÑAS EN LA COLA**, donde estaban las niñas cuando el profesor hacia eso, **EN EL SALÓN**, y como hacia el para tomarles foto de la cola, **EHH, SE AGACHABA Y EHH LE TOMABA FOTOS**, su merced vio alguna vez tomándole fotos a las niñas, **AFIRMA CON LA CABEZA**, a que niña le estaba tomando fotos, **EP**, a ella sola, o alguna otra, **NO SE MÁS**, su merced cuantas veces vio al profesor tomándole*

³¹ Cfr. Folios 54 – 59 Cuaderno anexo 1

fotos de la cola, **UNA VEZ**, como hacía, la niña como estaba, sentada, parada agachada, recostada, como hacía él para tomarle la foto, **ELLA ESTABA PARADA**, y el como hacía bajaba la mano, subía, con que tomaba las fotos, **EL SE AGACHABA Y LE TOMABA Y ...QUE...Y LA NIÑA NO SE DABA CUENTA**, como hacía el profesor donde se hacía, **LA NIÑA ESTABA PARADA, EL SE AGACHABA, LE TOMABA LA FOTO POR DEBAJO**, con que se le tomaba la foto el profesor, **CON EL CELULAR....”**

Minuto 9:13 “... Alguna vez su merced vio si el profesor alzaba a las niñas del salón, **NO, NIEGA CON LA CABEZA....”**

Minuto 11:02 “... Alguna otra niña su merced se vio (sic) cuenta si él tomo fotos, **NO LO VI....”**

Minuto 11:26 “Que más vio su merced con respecto al profesor Juan Pablo, **LAS SENTABA EN LAS PIERNAS**, a quien, **A L Y A V**, cuando las sentaba en las piernas, cuando estaba dictando clase, cuando estaban jugando, en que momento, **EN LA HORA LIBRE.....**, que hacían en la hora libre, **JUGAR...”**

EN NEGRILLA Y MAYUSCULA ES LO QUE CONTESTO LA MENOR, ASÍ MISMO QUE LA PRESENTE TRANSCRIPCIÓN SON FRAGMENTOS DE LA ENTREVISTA”

Informe de la entrevista realizada al menor A.E.Y.C de fecha 4 de abril de 2017³²

Minuto 5:00 “.....A su merced sabe por qué lo trajeron hoy a hablar conmigo, **AFIRMA CON LA CABEZA**, cuénteme porque esta aquí, lo quiero escuchar, **POR EL PROBLEMA DEL PROFESOR JUAN PABLO**, cuénteme que el ocurrió al profesor Juan Pablo, **PUES YO SOLO VI QUE EL PROFE LAS SENTABA, ACA, EN LA SILLA** (ver video) a quien sentaba ahí, **A TRES NIÑAS**, como se llaman esas niñas, **V, AHH, NO ERAN DOS V Y L**, que las sentaba y que las ponía a hacer, **PUES NOS DEJABA JUGAR, LAS SENTABA ACA, Y ELLAS JUGABAN AJEDREZ Y TODO.....”**

Minuto 06:06 “... Eso fue este año, o el año pasado, **EN CUARTO EL AÑO PASADO**, que más hacía el profesor, como se portaba el profesor con las niñas, **BIEN**, les hablaba bien, **LAS TRATABA BIEN**, su merced vio alguna vez que de pronto el profesor, no sé, les tocará las piernas, la colita, **NO SEÑORA...”**

Minuto 06:45 “... Que paso con el profesor Juan Pablo, **CREO QUE PASARON UNA QUEJA A LA COMISARIA, CREO**, y de que se quejaban, **PUES ELLAS DECIAN QUE, YO NO VI NADA, ELLAS DECIAN QUE LAS COGIAN**, quienes decían, **PUES S, NO LA COGIAN A ELLA SINO QUE ELLA ESTA DE TESISO (sic) A V y a L**, su merced sabe quién formulo esa queja, **ES QUE YO NO VI, PERO ELLAS DECIAN ESO, CREO QUE FUERON ELLAS TRES....”**

Minuto 9:50 “...Cuales eran las alumnas consentidas de él, **PUES V Y L**, en que las consentía más, **COMO EN JUGAR**, cuando jugaban lo hacían delante de los demás niños, **AFIRMA CON LA CABEZA...”**

Minuto 10:51 “...a su merced como le pareció el profesor Juan Pablo **BUENO GENTE, A VECES NOS LLEVABA AL PUEBLO A JUGAR MICRO, LAS NIÑAS JUGABAN**, su merced alguna vez vio algún comportamiento, o sea que de pronto jugaran mucho las niñas y el profe, que se cogieran se

³² Cfr. Folios 62 – 67 Cuaderno anexo 1



empujaran, se tocaran, juegos donde fuera necesario tocarse el cuerpo, **NIEGA CON LA CABEZA...**”

EN NEGRILLA Y MAYUSCULA ES LO QUE CONTESTO EL MENOR, ASÍ MISMO QUE LA PRESENTE TRANSCRIPCIÓN SON FRAGMENTOS DE LA ENTREVISTA”

Informe de la entrevista realizada al menor S.D.B.S el 4 de abril de 2017³³

Minuto 5:03 “... S su merced sabe por qué la trajeron a hablar conmigo, **NO SEÑORA**, yo quiero preguntarle una cosa, a la Fiscalía de Guateque, llegó una queja en contra del profesor **XXXXXX**, lo distingue, **SI SEÑORA**, porque lo conoce **POR QUE EL ERA ANTES NUESTRO PROFESOR**, antes cuando en que año, en que mes. **EN EL 2016**, en qué grado estaba en el 2016, **EN EL GRADO CUARTO**, como la trataba el profesor Juan Pablo, **BIEN**, como trataba a todos los niños el profesor, **ALGUNOS BIEN, A UN NIÑO CASI SE LA MONTABA, DIGAMOS EL HACIA MAL, OSEA DIGAMOS COMO EL EXPLICO O SEA EL ESTABA AHÍ QUIETO JUGABA CON UNA NIÑA, ENTONCES COMO LA NIÑA, LLEGABA A REGAÑARLO SIN HACER NADA**, a cuál niño regañaba, **A LUIS ANGEL...**”

Minuto 7:38 “...Como se comportaba el profesor Juan Pablo con los niños del curso, como era, **BIEN, ALGUNAS PARTES BIEN, ALGUNAS NO**, cuénteme porque mal, **BUENO, CUANDO LLEGO UNA NIÑA NUEVA, VINO SE FUE UNA NIÑA ANTIGUA POR ALLA, Y ESO, Y LLEGO UNA NIÑA NUEVA, EL SE COMPORTO FEO, NOS HACIA ACOSTAR EN EL SUELO, ABRIENDO LAS PIERNAS Y DESPUES NOS LEVANTA LAS SILLAS Y NOS TENIAMOS QUEQUE ESTAR AHÍ Y EMPEZABA A ABRIRLE LAS PIERNAS A UNA NIÑA**, a cual niña, **E**; primero se fue una niña antigua, como se llamaba esa niña **K**, porque se fue **K**, **POR QUE EL PAPA BUENO LO QUE A MI ME CONTARON ES QUE EL PAPA, HABIA PRENDIDO FUEGO CANDELA, Y SE HABIA ALCANZADO A QUEMAR**, como se llamaba la niña nueva **E**, como se portaba el profesor con **E**, **TAMBIEN LA HACIA SENTAR, A LA OTRA NIÑA PUES BIEN.**

Minuto 9:55 “... a que niñas vio usted que él les hiciera fotos y videos cuando les hacía abrir las piernas, **A NOSOTRAS, TODAS LAS NIÑAS, ESTABAMOS ADELANTE Y TODOS LOS NIÑOS ATRÁS, Y LAS NIÑAS ABRIMOS LAS PIERNAS, CASI LA MAYORIA, A E COMO TENIA LA FALDA CORTICA SE LE ALCANZABA A VER....**”

Minuto 10:45 “... A quien vio que estuviera grabando **A E A L Y A V**, cuando las graba que decía, **NADA SE QUEDABA CALLADO....**”

Minuto 11:15 “... Cuantas veces paso eso que les hiciera ese juego, **MUCHAS VECES**, usted no le contaban a los papitos, **NO YO LE CONTE A MI MAMA PERO NO ME CREYO, PORQUE EL PROFESOR SE VEIA BUENA GENTE, NO ME CREYO Y LE CONTE A MI ABUELITA Y MI ABUELITA NO ME CREYO, YA DESPUES EMPEZO A DECIR, YA DESPUES SI ME CREYERON CON LAS OTRAS MAMAS, PERO MIS OTRAS AMIGAS NO LES CONTABAN A LAS MAMAS POR QUE LES DABA MIEDO, POR QUE ELLAS CONFIABAN MUCHO EN EL PROFESOR...**”

Minuto 13:09 “...S su merced alguna vez vio, si el de pronto tocaba, molestaba, piropeaba a las niñas del curso, **UNA VEZ HIZO SENTAR A V Y A L EN LAS PIERNAS DE ÉL**, y por que que estaban

³³ Cfr. Folios 70 – 75 Cuaderno anexo 1



haciendo para hacer eso, YO NO SE, EL PONIA UNA PELICULA EN EL ESCRITORIO DE ÉL, Y LES DECIA A V Y A LA L QUE SE SENTARAN EN LAS DOS PIERNAS DE ÉL Y ELLAS BUENO, ELLAS NO SABIAN QUE IBA A HACER ESO, ENTONCES DESPUES SENTABA UNA ACA Y LA OTRA ACA, PARA HACERLES ESO...(ver video).

Minuto 16:40 "... A su merced algunas le insinuó, la invitó a que se le sentara en las piernas, NUNCA..."

Minuto 18:41 "...quienes fueron las mamás de las otras niñas que hablaron LA MAMA DE N, DE MI PRIMA, DE L, Y NO ELLAS DOS MAS, ellas también estaban en el curso, SI, a ellas dos que les hizo, A ELLAS NO LES HIZO NADA, ELLA ERA COMO LA TESTIGO, o sea ella veía, SI NOSOTRAS DOS VEIAMOS COMO EL PROFESOR TOMADA (sic) FOTOS DE TODO ESO..."

EN NEGRILLA Y MAYUSCULA ES LO QUE CONTESTO EL MENOR, ASÍ MISMO QUE LA PRESENTE TRANSCRIPCIÓN SON FRAGMENTOS DE LA ENTREVISTA....."

Finalmente, dentro de los elementos probatorios, se cuenta con los registros civiles de las menores así; LECT, en el que se registra fecha de nacimiento de 10 de septiembre de 2005³⁴, NNBN, fecha de nacimiento 16 de septiembre de 2006³⁵ y SPRA, fecha de nacimiento de 28 de agosto de 2006³⁶, conforme a los cuales se determina que las menores para la fecha de los hechos tenían 10 y 11 años de edad.

Con fundamento en los referidos testimonios, en esta etapa del juzgamiento se advierte la ocurrencia de conductas desplegadas por el profesor XXXXXX a menores estudiantes del grado cuarto de primaria de la sede Kennedy de la Institución Educativa Técnica San Bartolomé del municipio de Sutatenza, que ocurrieron en la vigencia 2016, de las cuales se identificaron como víctimas a las menores SPRA, LECT, y NNBA.

Conductas que se dieron en el marco de unos ejercicios que el docente ponía a hacer a los estudiantes en el aula de clases, los cuales consistían en hacerlas acostar en el piso con las piernas abiertas, y otros de poner la cabeza sobre los pupitres, para lo cual les solicitaba que cerraran los ojos, aprovechado el momento para levantarles la falda y tomarles fotos y videos con el celular.

Adicionalmente, para el caso de la menor SPRA, en medio de dichos ejercicios le levantó la falda y le tocó la cola con la mano; y en el caso de la menor LECT en varias ocasiones le tocó la cola, y en una ocasión le bajó la pantaloneta, y le ponía la rodilla en medio de las piernas; como también a estas dos menores cuando veían películas las sentaba en sus piernas, les sobaba por detrás de las rodillas y le tocaba la cola por debajo de la falda.

Se resalta que el profesor cerraba la puerta y las ventanas del aula para evitar que

³⁴ Cfr. Folio 52 Cuaderno anexo 1

³⁵ Cfr. Folio 51 Cuaderno anexo 1

³⁶ Cfr. Folio 50 Cuaderno anexo 1



los hechos fueran observados.

Además, nótese que las menores en reunión con la docente Neilda Arevalo Niño, sostuvieron delante del investigado la versión que a ella le habían dado, la misma versión que es corroborada por algunos de sus compañeros de clase, quienes fueron testigos directos de la conducta desplegada por el docente, y además confirmada por sus padres de familia, a quienes las niñas les comentaron de los actos de que estaban siendo víctimas por parte del profesor .

Aunado a lo anterior, las menores fueron valoradas por la psicóloga de la Comisaria de Familia, en cuyas valoraciones se determina, en particular para el caso de la menor SPRA la afectación emocional y psicológica por lo sucedido con el docente, como se determina en el informe de su valoración psicológica, además que como resultado del proceso administrativo de restablecimiento de derechos adelantado por esa Comisaria se concluyó que se le vulneró su derecho a la integridad personal y a la protección, así como sus derechos contra la formación sexual.

La versión de los hechos ha sido expuesta por las menores, en diferentes momentos y ante distintas autoridades, compartiendo esta instancia de juzgamiento, la credibilidad que se le atribuyó a estos medios probatorios, quienes pese a su corta edad han sido muy precisas en sus señalamientos, y al tenor de la importancia que revisten los testimonios de los menores víctimas de esta clase de delitos, como en seguida se precisará.

6.3 De la valoración del testimonio de las víctimas de delitos sexuales.

Por su naturaleza “los delitos de connotación sexual se caracterizan por ser actos ocultos y clandestinos en los que el sujeto activo actúa con el mayor sigilo y aprovecha momentos en los que terceras personas no puedan percatarse de su comportamiento”³⁷.

De ahí que, frente a esta clase de conductas, reviste especial importancia el testimonio de las víctimas.

En una de las primeras sentencias que conforman la línea jurisprudencial que al respecto tiene la Corte Suprema de Justicia, señaló el Alto Tribunal³⁸ reiterando la sentencia del 26 de enero de 2006 que: *“no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos). Sin embargo, tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos.*

³⁷ Corte Suprema de Justicia Sala Penal el 29 de noviembre de 2017, radicado N° 45382 M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

³⁸ Sentencia del 30 de Marzo de 2006 (Rad. 24468) Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal

La primera premisa que conduce a esa conclusión tiene que ver con que la ley penal no impone restricción en ese sentido. En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, por ejemplo, actualmente no existe prevención al respecto, ni en la Ley 600 de 2000 -que rige este asunto- (artículo 266), ni en la 906 de 2004 (383, inciso segundo), distinta a la de que en las dos legislaciones se precisa que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos -en lo posible- por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

De modo que, como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.

(...)

Así las cosas, razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica.

(...)

Es más, como se precisa en la anterior providencia, la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la psicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos. Estudios recientes realizados por profesionales de esas áreas, indican que no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales.

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad”.

Ahora bien, el despacho debe resaltar la posición jurisprudencial imperante en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;

“En cuanto a la credibilidad de las manifestaciones de los niños, la Sala ha clarificado el entendimiento equivocado que en ocasiones le han dado los operadores judiciales a una cita descontextualizada de la CSJ SP, 26 ene. 2006, rad. 23706, que «el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales». Ello porque no debe tomarse como un criterio de autoridad que siempre las manifestaciones de los menores merecen



crédito, pues lo que corresponde al juez en cada caso es valorarlas bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción.

Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad, o de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie juntillas sus relatos.

Ciertamente, en decisión CSJ SP, 23 feb 2011, rad. 34568, se indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra - interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad³⁹.

Así entonces las Altas Cortes han fijado un derrotero sobre la evaluación de las pruebas y la aplicación de principios en los procesos donde aparezca como víctima y/o afectado un menor y es así que la Corte Constitucional en la sentencia T-078 de 2010, indicó entre otros aspectos que *“en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente..”*

En el ámbito científico se ha respaldado la necesidad de valorar el testimonio infantil en esta clase de delitos, pues en los niños/as se encuentra una *“habilidad para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos (...) Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados.”*⁴⁰

Conforme a los anteriores pronunciamientos, y a las pruebas practicadas, en que se soportó el cargo, se considera que lo manifestado por las menores SPRA, LECT, y NNBA, en sus testimonios en los que estuvieron asistidas de sus representantes legales y de la Comisaría de Familia, y que son coincidentes con las entrevistas realizadas por la psicóloga adscrita a ese despacho, ofrecen credibilidad, en tanto refieren con coherencia y claridad los hechos de los cuales fueron víctimas; además dichos medios probatorios han sido corroborados con las demás pruebas que obran en la actuación, tal es el caso de las entrevistas de sus compañeros de curso, y de la docente de la institución.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 30 de enero de 2017. Radicación 42656. Magistrado Ponente. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

⁴⁰ “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”. Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad 1998.



Dada la naturaleza de los hechos que se investigan como se ha expuesto, las declaraciones de las víctimas son esenciales, y como tal tienen especial valor probatorio en el análisis que nos ocupa, aunado a las demás pruebas que reposan en la actuación, las cuales son determinantes para establecer que XXXXXX realizó conductas constitutivas de abuso sexual en contra las estudiantes mencionadas.

Ahora corresponde analizar, si esta conducta se adecua objetivamente a los ingredientes del tipo penal.

6.4 Análisis y valoración jurídica del cargo, descargos y de las alegaciones presentadas por el disciplinado.

La Procuraduría Regional de Boyacá el 13 de octubre de 2021, formuló el siguiente cargo único al disciplinado XXXXXX;

“Cargo Único

El señor XXXXXX, al parecer realizó objetivamente la descripción típica de actos sexuales con menor de catorce años, prevista en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano toda vez que, valiéndose de su posición laboral, de su superioridad manifiesta y de su relación de autoridad en virtud de su empleo de docente, realizó actos sexuales diversos del acceso carnal con las menores SPRA, LECT, y NNBA, quienes para la época de los hechos tenían 10 y 11 años de edad y eran estudiantes de la Institución Educativa Técnica San Bartolomé Sede Kennedy de Sutatenza – Boyacá. Conducta que ocurrió en el mes de octubre de 2016, en el salón de clases de la sede educativa referida”.

La conducta se tipificó como falta gravísima conforme lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

“ARTICULO 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”.

Al adecuarse a la realización objetiva de la descripción típica, consagrada en el artículo 209 del Código Penal Colombiano, abusando del cargo de docente, que ostentaba el disciplinado, para el momento de la ocurrencia de los hechos.

“Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000. Artículo 209, modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008.

ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.



Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva.

2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”.

La falta se calificó a título de dolo.

6.5 Del tipo penal de actos sexuales con menor de 14 años.

Este tipo penal tiene diversos ingredientes normativos, por lo que, en orden a concretar la conducta reprochada, resulta procedente determinar en específico los elementos que dan soporte al cargo imputado.

Como quiera que el injusto contiene verbos rectores alternativos, se consideró que el verbo rector aplicable es **realizar**, en este caso, actos sexuales diversos al acceso carnal con las menores SPRA, LECT, y NNBN.

La Corte Suprema de Justicia⁴¹, identifica el delito contenido en el artículo 209 del Código Penal así:

“i) Se trata de un delito de mera conducta porque no requiere que el menor realice alguna actividad lúbrica, ii) contempla sujeto activo indeterminado, iii) recae en un sujeto pasivo cualificado, menor de catorce años y iv) refiere verbos rectores alternativos, bien sea la realización de actos sexuales diversos al acceso carnal con el menor, en su presencia, o que se le induzca a prácticas sexuales,”

Así entonces, como lo ha expuesto esta Corporación⁴², tres son las modalidades de la conducta que puede revestir este delito:

“a) realizar actos sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de catorce años; b) realizar esta misma clase de actos, en presencia del menor, y c) inducir al menor a prácticas sexuales. La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es que esté en contacto físico con el sujeto activo del delito; la segunda modalidad implica que el menor sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan, y la última hipótesis requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual, con anticipación al natural despertar de su libido”. (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, corresponde precisar que se entiende por **actos sexuales diversos al acceso carnal**.

El injusto de actos sexuales con menor de 14 años se encuentra en el capítulo segundo “De los actos sexuales abusivos” del título IV “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”, de manera que atenta directamente contra esos

⁴¹ Sala Penal de 28 de febrero de 2018 emitida por el Magistrado Ponente José Luis Barceló Camacho, radicado N° 49230

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad. 2037 MP. Guillermo Duque Ruiz



bienes jurídicos, en razón a que, la agresión interviene en la capacidad de decisión y la facultad de auto determinarse sexualmente que posee todo individuo por el solo hecho de serlo, y la acción se denomina abusiva, por cuanto, recae sobre el cuerpo de la víctima, sin contar con su aprobación o consentimiento.

Sobre la libertad sexual, esta ha sido entendida, en términos sencillos, como el derecho a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales como a bien su titular tenga, lo que implica realizar o abstenerse de cualquier tipo de práctica que lo satisfaga desde esa órbita. En esta definición se aprecian dos aspectos: uno dinámico positivo, facultad de disponer del propio cuerpo; otro estático pasivo, la posibilidad de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse⁴³.

La integridad sexual puede entenderse como el derecho a mantenerse incólume, indemne, intacto frente a cualquier tipo de actividad sexual; mientras que la formación sexual es el derecho de gozar de un ambiente donde el sujeto pueda evolucionar y formarse sin ningún tipo de intromisión que le permita, llegado el momento, disponer de su libertad sexual una vez que tenga la capacidad para disponer de ella⁴⁴.

A diferencia del acceso carnal, los actos sexuales no requieren que haya una penetración o un coito; estos sucesos se pueden configurar a partir de una o varias conductas coercitivas o abusivas, como: Roces o tocamientos de connotación sexual por fuera de las vías vaginal y anal. Conductas que involucran zonas íntimas, sexuales o erógenas, es decir, de estimulación o excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo, entre otras) de la víctima o del agresor. Conductas de connotación sexual que no necesariamente requieren desnudez,⁴⁵ desplegadas con una persona que no apruebe o permita estas conductas, y que no tiene la capacidad de auto determinarse para decidir sobre su sexualidad.

Los actos sexuales abusivos, tienen relación con la edad y el consentimiento, así el sujeto pasivo cualificado, de este tipo penal, es **con persona menor de catorce años**.

Al menor de 14 años, tanto en los delitos de acceso carnal, acto sexual y demás en los que se le haya calificado como sujeto pasivo, se le salvaguarda tanto la integridad como la formación sexual, por medio de la cual se propende que tengan un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterarlo, ya que es una persona que se encuentra en desarrollo en las etapas intelectual, volitiva y afectiva que le impide ejercer el derecho a disponer libremente de su cuerpo con fines erótico-sexuales⁴⁶.

⁴³ William Torres Tópaga. Delitos contra la libertad y formación sexuales. Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Págs. 470 a 471

⁴⁴ Ibidem, Pág. 472.

⁴⁵ Lista de chequeo de investigación y judicialización de violencia sexual, Modulo 2, Planeación de la investigación de violencia sexual. Fiscalía General de la Nación, Agosto 2017, Pág. 23.

⁴⁶ Ibidem, Pág. 481.



El legislador penal consideró que hasta la edad de 14 años debería brindarse la protección mediante la proscripción de tales conductas. Al tenor del artículo 5º de la Constitución, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona, uno de ellos es el indicado en el artículo 12 *Ibidem*, según el cual nadie será sometido a tratos degradantes.

La Corte Constitucional⁴⁷ al respecto indicó: *“En efecto, como viene de explicarse, la razón de los preceptos acusados reside en la protección de los menores de catorce años, quienes no gozan de una suficiente capacidad de comprensión respecto del acto carnal y, por lo tanto, aunque presten su consentimiento para realizarlo o para llevar a cabo prácticas sexuales diversas de él, no lo hacen en las mismas condiciones de dominio y autocontrol propios de la persona mayor”*.

El menor a esta edad, se considera una persona que no se encuentra en una edad con conocimiento suficiente para consentir los actos sexuales, por lo cual el Estado supone indefectiblemente que este sujeto carece de madurez física y psicológica para poder decidir acerca de su sexualidad, por el contrario, cuando se llega a ese momento de madurez, las personas son conscientes para elegir cuando, donde y con quien desean desarrollar su vida sexual.

Sobre la edad del sujeto pasivo y su desarrollo sexual, la Corte Suprema de Justicia⁴⁸ consideró que la presunción de ser el menor de 14 años incapaz para consentir frente a cualquier acto sexual, acceso carnal o diverso no admite prueba en contrario, así considero que: *“Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto: iuris et de iure, y no admite, por tanto, prueba en contrario. La ley ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarle en el desarrollo de su sexualidad, que en términos normativos se traduce en el imperativo del deber absoluto de abstención que el casacionista plantea con apoyo en un autor italiano, y la indemnidad e intangibilidad sexual del menor, en los cuales se sustenta el estado de las relaciones entre las generaciones en la sociedad contemporánea”*.

Conforme a las anteriores precisiones, se considera en esta etapa de Juzgamiento, que la conducta desplegada por XXXXXX, contra las menores, SPRA, LECT, y NNBA se adecua objetivamente a los elementos del tipo penal consagrado en el artículo 209 del Código Penal, de actos sexuales con menor de catorce años, conducta que fue desplegada por el investigado, abusando de su cargo de docente de las víctimas.

El carácter abusivo de la conducta se refiere a que el agresor aprovecha alguna de las siguientes circunstancias: la inmadurez de la víctima, o la incapacidad de resistir de la víctima o su estado de inconciencia, o la confianza que la víctima deposita en el presunto agresor, o la superioridad manifiesta del presunto agresor sobre la

⁴⁷ C -146 marzo 23/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de septiembre de 2000, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.



víctima o relaciones de autoridad o poder por edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica⁴⁹.

Para el caso aplica el agravante previsto por la ley penal en el artículo 211, “2. *El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza*”.

Así entonces, abusó de su función de docente, y de esa relación de autoridad y confianza con sus estudiantes, para desplegar la conducta que se adecua a los elementos del referido tipo penal.

6.6 Análisis de los descargos

Carece de validez su manifestación tendiente a desvirtuar la credibilidad de los testimonios de las víctimas, so pretexto de las observaciones frente al comportamiento académico y disciplinario de las menores, y el grado de amistad y parentesco entre ellas, como ha quedado demostrado el docente desplegó conductas constitutivas de actos sexuales abusivos en su contra, conforme a los hechos que fueron no solamente señalados por las víctimas de la agresión, sino por otros estudiantes del curso, de manera que su argumento resulta inocuo para desvirtuar esta acusación.

Frente a la excusa, que las ventanas del aula permanecían cerradas a causa del ruido y el frío, y por solicitud de algunos de los estudiantes, es una situación que no varía el análisis probatorio que permitió a este despacho concluir la ocurrencia de la conducta que se dio al interior del salón de clases, precisamente el docente abusando de su condición y con el fin de evitar que los hechos fueron observados se aseguró que la puerta y ventanas del salón permanecieran cerradas como lo refirieron los estudiantes y la docente que dictaba clases en el salón contiguo, luego la razón que aduce para esto, no es creíble para el despacho y menos permite siquiera poner en duda la ocurrencia de tal proceder.

Respecto del argumento que expone para justificar su conducta, señalando que se trató de un movimiento accidental en un desplazamiento que realizó dentro del aula y que señala se dio en presencia de todos los integrantes, no resulta de recibo; en primer lugar por cuanto las pruebas han permitido establecer que su actuar abusivo no solamente se dio con una estudiante, y no fue solamente una vez; en segundo lugar porque el movimiento a que hace referencia consistió en levantarle la falda a la menor y tocarle la cola con la mano, situación que se descarta se haya tratado de algo accidental e involuntario; y en tercer lugar recuérdese que si bien señala se dio en presencia de todos los alumnos, ellos mismos han manifestado que en el momento que el docente los ponía a hacer los ejercicios en medio de los cuales se daban los abusos, les indicaba que debían permanecer con los ojos cerrados.

⁴⁹ Lista de chequeo de investigación y judicialización de violencia sexual, Modulo 2, Planeación de la investigación de violencia sexual. Fiscalía General de la Nación, Agosto 2017, Pág. 26.



Tampoco lo es que esas acciones, hayan correspondido a ejercicios de motricidad y relajación, pues el claro que, aprovechándose de su posición y con la excusa de llevar a cabo esos ejercicios, cometió actos libidinosos que atentaron contra la integridad sexual de las menores.

Más que falaz, se torna en absurdo el argumento que esgrime para cuestionar que no hay pruebas que comprometan su responsabilidad al no existir registros fotográficos o videos de esas supuestas acciones negativas de su parte, ni porque la misma haya sido observada por algún adulto miembro de la comunidad educativa, pues es claro que por la naturaleza de esta clase de conductas «La forma como las cosas suceden normalmente indica que la tendencia en delitos sexuales, cuyas víctimas son menores de edad, es la de que el agresor actúa en la clandestinidad, ejerce los actos de manera tal que nadie los perciba; de ahí que ha dado en denominárselos como “delitos a puerta cerrada”⁵⁰, como en efecto sucedió donde solo son testigos las víctimas y compañeros de clase que se encontraban dentro del aula escolar.

Su argumento de defensa encaminado a justificar la toma de fotografías, según él para evidenciar el trabajo que se realizaba en artística, competencias deportivas, exposiciones de trabajos manuales y de las celebraciones culturales, se aleja de las finalidades de las fotografías y videos que de forma abusiva y con el fin de satisfacer sus deseos sexuales les tomó a las estudiantes por debajo de sus faldas.

Por las anteriores consideraciones, y conforme al análisis probatorio no son de recibo para el despacho los argumentos de defensa expuestos por el disciplinado.

VII. CONSIDERACIONES DE LA DELEGADA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.

7.1 Análisis de Tipicidad

La conducta desplegada por el disciplinado XXXXXX, se encuentra prevista como falta gravísima contenida en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

“Artículo 48. Faltas gravísima: Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo

El Código Disciplinario está regido por tipos en blanco, tipos abiertos, y con conceptos indeterminados.

En el tipo abierto, el legislador no describe de forma certera y exhaustiva la conducta que es objeto de la prohibición, correspondiéndole al juez disciplinario

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho, Número de Proceso: 45585.



concretar la imputación. En este caso la descripción de la conducta remite a normas complementarias o de reenvío que permiten completar el tipo en lo que alude al presupuesto de hecho o a la consecuencia de su comisión.

En ese sentido la ley disciplinaria remite a las conductas previstas en el Código Penal y por ende comete falta gravísima todo aquel servidor público o particular que realiza el tipo objetivo de un delito sancionable a título de dolo, cuando lo comete en razón, con ocasión, o como consecuencia de la función o abusando del mismo.

En este caso, por realizar el tipo objetivo del delito previsto en el artículo 209 de Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000. Artículo 209, modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008.

“ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva.

2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”.

Como quedo analizado en el acápite del análisis del tipo penal, en el caso se concretan los elementos objetivos del delito de actos sexuales con menor de catorce años, conducta que fue desplegada por el investigado, abusando del cargo de docente que ocupaba para la época de los hechos, por ende, falta se tipifica como **GRAVISIMA**.

7.2 Análisis de ilicitud sustancial

Ahora bien, en torno al punto de la ilicitud sustancial, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 dispuso que «La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna».

La ilicitud sustancial disciplinaria debe entenderse como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, lo cual debe armonizarse con el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, el cual establece que la garantía de la función pública descansa en la salvaguarda, por parte del sujeto disciplinable, de los principios que la gobiernan,⁵¹ a los cuales se suscribe el cumplimiento de sus deberes y demás exigencias constitucionales y legales, siendo en consecuencia el objeto, fin o interés jurídico protegidos por el derecho disciplinario, norma que es concordante con el artículo 209 de la Constitución Política.

Lo anterior por cuanto lo que pretende el derecho disciplinario es encauzar la conducta del servidor público, reprochando comportamientos que vulneren la

⁵¹ Moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia, eficiencia, disciplina, entre otros.



garantía de la función pública en aras de que se cumplan los fines del Estado Social de Derecho, por ello la sustancialidad de la ilicitud debe comprobarse cuando el deber exigible al disciplinado implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la antijuridicidad sustancial del comportamiento.

El disciplinado XXXXXX desconoció el principio de moralidad, por cuanto se apartó de la conducta que se espera de todo servidor público de ceñirse a la ley, en especial las tipificadas en la legislación penal como un delito, que buscan proteger la libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad, derechos fundamentales que fueron transgredidos por el funcionario que al ingresar al ejercicio de la función pública entendía y conocía que su labor era de carácter social y dirigida a la formación de los niños y niñas de básica primaria, y que en consecuencia debía buscar la protección de sus derechos, y no la vulneración de ellos.

Era deber del docente de acuerdo con el artículo 44, numeral 4º de la Ley 1098 de 2006, garantizar a sus estudiantes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar.

Por el contrario, es evidente la vulneración de los derechos a la integridad física y moral de las niñas SPRA, LECT y NNBN, por parte de quien debía, como docente, procurar por su bienestar mientras asistía a su formación académica.

Tratándose del principio de moralidad, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“(ii) **MORALIDAD**⁵²: La moral como principio constitucional aparece en seis oportunidades en la Carta y debe ser siempre entendida como “moral social”, así: (.....)*

La moralidad no responde a exigencias confesionales o subjetivas, sino al marco ético conceptual, propio de la moral media o social al que se refiere la Constitución en su artículo 34.

*El principio de moralidad busca la honestidad en la actuación de los servidores públicos. Se proponen como ejemplos contrarios a tal moral (i) el irrespeto a la autoridad jerárquica, (ii) **las faltas contra la honra de las personas o su intimidad**, (iii) el trato discriminatorio o vejatorio contra alguien, (iv) la traición del interés nacional en beneficio del exterior, (v) las afrentas a la dignidad inherente a la persona humana, (vi) la expedición de actos administrativos o celebración de contratos con desconocimiento del régimen de inhabilidades (vii) incompatibilidades y (viii) requisitos o calidades para el desempeño de la función pública”.*

De esta manera el disciplinado transgredió el principio de moralidad en la medida en que el comportamiento objeto de reproche, no se compadece con la formación moral exigible de los educandos, ni tampoco resulta enmarcable dentro de los

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-427/94.



linderos de una moral media o social, la cual rechaza un acto sexual con sus estudiantes menores de catorce años dentro de la institución educativa.

En consecuencia, hay un quebrantamiento de la norma por parte del investigado y no encuentra el despacho, que su comportamiento se halle amparado por una de las causales consignadas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002, como excluyentes de responsabilidad.

7.3 Análisis de culpabilidad

En cuanto a la culpabilidad, principio y categoría de análisis de la estructuración de la falta disciplinaria, como lo ha referido la Corte Constitucional *“En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado –entendido éste en su dimensión normativa– o por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita”*⁵³

Consagra el artículo 13 del Código Disciplinario Único: *“Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.”*

Para que una conducta sea imputada a título de dolo, el servidor público tuvo que haber tenido conocimiento de que su acción u omisión generaba una infracción al deber funcional (elemento cognoscitivo), pese a que le correspondía actuar conforme a este y orientar su voluntad a la realización del hecho (elemento volitivo).

Una conducta se despliega a título de culpa cuando los supuestos fácticos de esta se realizan sin el conocimiento actual del deber infringido por parte del sujeto, es decir, que desconoció cuando estaba en situación de conocerlos.

Al investigado **XXXXXX**, se le ha imputado cometida la falta disciplinaria a título de DOLO.

La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, ha efectuado las siguientes precisiones respecto de los elementos configurativos del dolo:

“De esta manera, el derecho disciplinario, como derecho sancionador que es, exige la imputación subjetiva, que en punto de estructura de la falta disciplinaria implica la categoría de culpabilidad, siendo el dolo y la culpa las dos únicas modalidades de

⁵³Corte Constitucional, sentencia SU-901 de 2005, M.P Jaime Córdoba Triviño



aquellas. En cuanto a la primera (dolo), los elementos para su configuración son los siguientes:

1. *Atribuibilidad de la conducta (imputabilidad). En este punto es donde adquiere la regla disciplinaria su función de precepto de determinación. Así, quien no es determinable por la norma, no haber cometido la conducta en una causal de inimputabilidad o porque sencillamente no es sujeto disciplinable, no puede ser culpable.*

2. *Exigibilidad del cumplimiento del deber (juicio de reproche).*

3. *Conocimiento de la situación típica. Es decir, el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta que se realiza.*

4. *Conciencia de la ilicitud. Para que se dé esta se requiere el conocimiento de la prohibición o deber; es decir, el conocimiento del tipo disciplinario.*

5. *Voluntad, para realizar u omitir el deber o la prohibición*⁵⁴.

Conforme a ello, se tiene que XXXXXX es sujeto disciplinable, dada la función pública que desempeñaba como docente de una institución educativa de naturaleza pública, en virtud de la cual tenía a su cargo los deberes inherentes al ejercicio de la función de docencia, los que no solamente tenían que ver con la cátedra de básica primaria y el seguimiento de los contenidos académicos, sino que lo obligaban a tratar con respeto, decoro y ética a sus estudiantes, sin excepción alguna, su conducta vulneró códigos mínimos de ética y trato de un profesor hacia una estudiante, preceptos que por su naturaleza le eran conocidos, y estaban contenidos, tanto en el Código Único Disciplinario, como en el Código Penal que tipifica la conducta que le fue imputada.

No existe ningún elemento de juicio que permita advertir que la presunción legal de conocimiento de la ley esté desvirtuada para el caso del disciplinado; por el contrario se advierte que tenía plena consciencia de que su actuar era contrario a derecho y pudiendo orientar su voluntad, dirigir su comportamiento y actuar en forma distinta, optó por ejecutar conductas inapropiadas, sobre las menores SPRA, LECT y NNBN, al tomarles fotos por debajo de su falda, y tocarles sus partes íntimas (cola), situación que a todas luces deja entrever su intención clara de quebrantar sus deberes mínimos que como docente, lo obligan a respetar a sus estudiantes y abstenerse de realizar estas conductas que a todas luces resultan inapropiadas con un menor de 14 años, y de mayor gravedad tratándose de un profesor hacia una estudiante.

De acuerdo a lo anterior, es claro que en la conducta imputada al investigado se dan los elementos estructurales del DOLO. Además, la propia estructura objetiva del tipo previsto en el numeral 1 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 209 del Código Penal Colombiano, conlleva a que el comportamiento subsumido en este corresponda a un acto positivo y, por ende, volitivo del autor.

⁵⁴ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Sala Disciplinaria. Radicación No. 161 - 4899 (165 – 173152 – 2008).



Por ello la falta cometida por XXXXXX, se atribuye de manera definitiva a título de **DOLO**.

VIII. FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA FALTA

Se endilgó reproche disciplinario a XXXXXX, conforme la falta disciplinaria establecida en el numeral 1 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 209 del Código Penal Colombiano, modificado por el artículo 5 de la ley 1236 de 2008, calificada como GRAVISIMA.

Analizado el material probatorio, al hacer un nuevo análisis de la conducta desplegada por el precitado, se considera en esta etapa de juzgamiento que no existen nuevos elementos que permitan al despacho modificar la falta que se le endilgo al disciplinado, por ende de acuerdo a lo expuesto a lo largo de esta providencia el despacho califica en forma definitiva la falta atribuida al disciplinado como **GRAVISIMA**, atendiendo a que este tipo de faltas están taxativamente señaladas en la ley disciplinaria.

IX. RAZONES DE LA SANCIÓN

Para proferir un fallo de carácter sancionatorio, se requiere que la prueba que lo fundamente, previa valoración de la misma conforme a las reglas de la sana crítica cumpla con el deber de dar certeza o convicción sobre cada uno de los elementos de la falta disciplinaria previamente enunciados. Esto indica con suficiente claridad, que cuando el Estado ejerce esa prerrogativa sancionatoria de carácter constitucional y de desarrollo legal, lo hace con la plena certeza, tanto de la existencia de la falta como de la responsabilidad del procesado. Al respecto, el Código Disciplinario Único establece: “Artículo 142. *Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.*”

En el presente caso, se ha demostrado, que las menores SPRA, LECT y NNBN, fueron víctimas de conductas indebidas y abusivas de parte del investigado, con las cuales se incurrió en una conducta señalada como punible en el artículo 209 del Código Penal Colombiano, denominada actos sexuales con menor de 14 años y que al tenor del numeral 1 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, constituye falta disciplinaria gravísima.

En cuanto al elemento subjetivo, que a su vez debe estar plenamente demostrado para sancionar, conforme a las pruebas allegadas al proceso se tiene la plena convicción a manera de certeza que el investigado, actuó con dolo.

En consecuencia, considera el despacho que se presentan los elementos estructurales necesarios y determinantes de la certeza que debe tener el fallador para concluir probada la existencia de la falta y la responsabilidad del señor XXXXXX, según se ha expuesto a lo largo de esta providencia, por lo cual se hace imperioso



proceder a establecer la respectiva sanción disciplinaria.

X. CRITERIOS TENIDOS EN CUENTA PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

Así las cosas, considerada la imputación de falta gravísima con dolo, la sanción a imponer será la de destitución e inhabilidad general conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, cuyo término será de 10 a 20 años, según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 46 ibídem, el cual se fijará de acuerdo con los criterios de graduación señalados en el artículo 47 ibidem, que consagra;

“ARTÍCULO 47. CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;
- b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;
- c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;
- d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;
- e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;
- f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;
- g) El grave daño social de la conducta;
- h) La afectación a derechos fundamentales;
- i) El conocimiento de la ilicitud;
- j) Pertener al servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

(....)”.

Se aplicará como criterio atenuante que el señor XXXXXX, no ha sido sancionado disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta



que se investiga⁵⁵.

Como agravantes se tiene que la falta cometida por XXXXXX, es de las que comportan un grave daño social, pues dada su condición de docente, representa en sus alumnos un modelo a seguir e incide en que estos a través de las concepciones e ideologías que se imparten, formen parte de la estructura social.

Indiscutiblemente con su conducta afectó los derechos fundamentales de la menores víctimas, como ha quedado demostrado en sus valoraciones psicológicas.

Además, el investigado conocía la ilicitud de su comportamiento.

En este sentido se tienen como agravantes los contenidos en los literales g), h), e i), del numeral 1 artículo 47 Ley 734 de 2002.

Por lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 *ibidem* y en atención al principio de proporcionalidad, el término de la inhabilidad general será de DOCE (12) años, atendiendo lo dispuesto en los artículos 44, 46 y 47 de la Ley 734 de 2002.

Al tenor de lo previsto en la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, se tiene que aplica la misma sanción para este tipo de falta, y los mismos criterios agravantes que han sido considerados; precisando frente a la carencia de antecedentes disciplinarios, que en la nueva normatividad se tiene como agravante, no obstante la Ley 734 de 2002, aplicable al caso, no lo distingue, y así se ha venido aplicando tanto para agravar como para atenuar la sanción, de ahí que en este caso se considere como un criterio atenuante.

En mérito de lo expuesto, El Procurador Delegado Disciplinario de Juzgamiento 1, en ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probado y no desvirtuado el cargo único formulado a XXXXXX identificado con la cédula de ciudadanía No. XXXXXXXXXXXXXXX, en su condición de docente de XXXXXXXXXXXXXXX, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, imponer al investigado XXXXXX identificado con la cédula de ciudadanía XXXXXXXXXXXXXXX, la sanción consistente en **destitución del cargo e inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de doce (12) años**, por encontrarlo responsable de la comisión de la falta calificada como **GRAVÍSIMA** a título de **DOLO**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

⁵⁵ Cfr. Folio 521 Cuaderno principal 3



TERCERO: Notificar el contenido de esta decisión de manera personal a los sujetos procesales, en los términos del Decreto 806 de 2020 expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, y la Resolución 216 de 2020 expedida por el señor Procurador General de la Nación, haciéndoles saber que contra la presente procede el recurso de apelación ante la Sala Ordinaria de Juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 numeral 2, literal b, del Decreto 1851 de 2021, recurso que se concederá en el efecto suspensivo y que se deberá interponer y sustentar dentro del término y condiciones señaladas en el artículo 134 Inciso segundo de la Ley 1952 de 2019.

Conforme a las siguientes direcciones que obran en la actuación;

XXXXXX

CUARTO: En firme la decisión sancionatoria remítase copia al nominador de la entidad y a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, para el registro de la sanción.

QUINTO: Por Secretaría se harán las comunicaciones, notificaciones y anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ESQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA
Procurador Delegado Disciplinario de Juzgamiento 1



RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE FUNCIONARIO DE ELECCIÓN POPULAR-Alcalde Municipal de Buenos Aires (Cauca) no contrata interventoría externa y no exige fiducia para el manejo del anticipo dentro de contrato de mejoramiento de vías

IMPEDIMENTO PARA DISCIPLINAR-Declaración de impedimento por conflicto de interés de la Procuraduría Provincial de Santander de Quilichao

REMISIÓN POR COMPETENCIA-Procuraduría Delegada para el juzgamiento disciplinario ejerce competencia para investigación de funcionario de elección popular

IDENTIDAD DEL INVESTIGADO E INDIVIDUALIZACIÓN FUNCIONAL Y PERSONAL-Formulación de cargos disciplinarios contra Alcalde Municipal según certificación del jefe de personal

ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS RECOPIADAS-Se observa orden de pago de anticipo firmado por el Alcalde sin constitución de fiducia para su manejo

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS CARGOS, DESCARGOS Y ALEGACIONES-Obligación de contratar interventoría para los contratos de obra celebrados mediante licitación pública

La interventoría externa, independiente de la entidad contratante es obligatoria para los contratos de obra pública que hubieran sido celebrados a través de licitaciones públicas, sin embargo, la Entidad Estatal en los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, debe pronunciarse sobre la necesidad de contar con interventoría. Con fundamento en lo anterior, para este Despacho es claro que la obligación de pronunciarse sobre la necesidad de contar con interventoría contenida en el parágrafo del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 es ADICIONAL y no excluyente a la obligación de contratar interventoría externa a la que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS CARGOS, DESCARGOS Y ALEGACIONES-Frente a la obligación de solicitar al contratista la constitución de fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para el manejo del anticipo

El mandato legal de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable, a cargo del contratista para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, no establece ningún condicionamiento relacionado con la jurisdicción territorial o la entidad financiera, razón por la que para este Despacho no es de recibo el argumento de la defensa, por cuanto el hecho de que el Banco Agrario, sucursal Buenos Aires (cauca), en su momento haya certificado no contar con el producto encargo fiduciario, no releva al contratista de



su obligación, ni constituye una causa extraña que imposibilite objetivamente la ejecución de la prestación debida, por cuanto en el mercado existen diferentes opciones a las que habría podido acudir el contratista para constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable, y de esta forma dar cabal cumplimiento a su obligación legal

ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS CARGOS, DESCARGOS Y ALEGACIONES-Sobre la delegación de funciones, la confianza legítima y el principio de buena fe

Sobre la delegación de funciones alegada por la defensa, el Despacho advierte que la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo jurídico de la delegación, en virtud de la cual las autoridades administrativas pueden, previa autorización normativa expresa, transferir la competencia para el ejercicio de una función administrativa, no así su titularidad, a otras autoridades o funcionarios administrativos bien sea que respecto de estos tenga o no una relación de subordinación

El reconocimiento constitucional de dicho instrumento se encuentra consagrado en el artículo 209, en tanto dispone que la función administrativa se puede desarrollar a través de la delegación y, seguidamente, el artículo 211 ibidem establece que corresponde al legislador (i) señalar las funciones que pueden ser objeto de delegación y las condiciones bajo las cuales resulta viable acudir a dicha herramienta y (ii) regular lo relativo a los recursos con los que pueden impugnarse los actos que profieran los delegatarios

ACTO DE DELEGACIÓN-Requisitos formales/**ACTO DE DELEGACIÓN-**No exime de responsabilidad al delegante/**ACTO DE DELEGACIÓN-**No obra en el plenario

El acto de delegación se encuentra sometido a una solemnidad consistente en que la transferencia de funciones se haga por escrito, siendo este el primer requisito que debe satisfacer, aunado a la determinación de la autoridad delegataria así como de las atribuciones precisas que estén siendo delegadas, según lo dispone el artículo 10 de la Ley 489 de 1998. Es decir, se crea un vínculo permanente entre el delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como: i) instrucciones y orientaciones que se impartan a este último durante la delegación, ii) la revisión y seguimiento a las decisiones que tome y iii) la oportunidad que tiene el primero de revocar el acto de delegación

De esta forma, es posible advertir que el traslado de las funciones de que es titular el delegante, por regla general, lo exime de responsabilidad por los actos que expida el delegatario, quien además de asumir dichas competencias, asume las consecuencias derivadas de su ejercicio. No obstante, ello no significa que el delegante pueda abstraerse de todo compromiso ya que en tal condición tiene a su cargo una serie de deberes (art. 10, Ley 489 de 1998) y facultades (art. 12, Ley 489 de 1998) por cuya ejecución ha de responder y son (i) el deber de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que haya otorgado; (ii) el deber de impartir orientaciones generales acerca del ejercicio de las competencias transferidas; (iii) la facultad de reasumir en cualquier tiempo la función delegada y (iv) la facultad de revisar los actos que expida el delegatario.

En este contexto, el Despacho advierte que en el plenario no obra prueba del acto de delegación al que se refiere el defensor, precisando que de haber existido tampoco eximiría de responsabilidad al investigado, por las razones antes expuestas



FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA FALTA-Cargo por falta grave por incurrir en prohibición del Art. 35 numeral 1 de la Ley 734/02

PROHIBICIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL-Incumplir deberes contenidos en el Art. 32 de la Ley 80/93 y el Art. 91 de la Ley 1474/11

DEBER LEGAL EN MATERIA CONTRACTUAL-Contratación de interventoría externa y exigir al contratista constitución de garantía para manejo de anticipo de contrato de obra pública

ANÁLISIS DE LA ILICITUD DEL COMPORTAMIENTO-Omitir contratar interventoría y exigir la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra pública vulneró el principio de moralidad de la función pública

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-Principio de moralidad según Corte Constitucional

Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas

PRINCIPIO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA-Desatención por cuanto alcalde inobservó las obligaciones de contratar interventoría y exigir la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra pública

ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD-A título de culpa gravísima por desatención elemental según pliego de cargos

De conformidad con lo señalado en el análisis de las pruebas, considera el Despacho que el disciplinado al omitir contratar interventoría y exigir la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril de 2013, infringió normas que regulan la contratación estatal (Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011), y que estaba en la obligación de conocer y aplicar como director de la contratación en la entidad territorial, de conformidad con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 80

En consecuencia, se reitera lo expuesto en el pliego de cargos y la conducta del señor XXXXXXXX se atribuye a título de CULPA GRAVISIMA por desatención elemental, ya que la actividad contractual del Estado es reglada y los servidores públicos que interviene



en ella deben conocer las normas que regulan dicha actividad y realizar aquello que les está permitido; por lo que el entonces alcalde municipal, tenía la obligación legal de contratar interventoría y exigir al contratista la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril de 2013

De conformidad con lo anterior considera el Despacho que el disciplinado omitió contratar interventoría y exigir al contratista la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril de 2013, y por esta razón su conducta se atribuye a título de CULPA GRAVÍSIMA por desatención elemental

CLASES DE SANCIONES-A las faltas graves dolosas o gravísimas culposas, les corresponde sanción de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial

CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN-No les son aplicables atenuantes en el sub lite

CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN-Existen tres factores agravantes que dan razón para no imponer el mínimo de la sanción

En cuanto a los agravantes, es de aplicación para el presente caso el establecido en el numeral 1, literal j. del artículo 47 del C.D.U “Pertener al servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad”, en su condición de Alcalde del municipio de Buenos Aires (Cauca) para la época de los hechos, y de conformidad con lo establecido en las funciones allegados al proceso el nivel jerárquico del empleo era DIRECTIVO

También es aplicable el agravante contenido en el literal c del artículo 47 del C.D.U “Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero”, teniendo en cuenta que uno de los argumentos incoados por la defensa en el escrito de descargos atribuye la responsabilidad a la Secretaría de Planeación, Infraestructura y Obras Públicas del municipio de Buenos Aires (Cauca) haciendo referencia a un supuesto acto de delegación que no obra en el plenario y que tampoco fue aportado por la defensa en ninguna de las etapas procesales

Finalmente, en el presente caso aplica el agravante del literal i, del artículo 47 del C.D.U. “el conocimiento de la ilicitud”, teniendo en cuenta que en el plenario obra prueba de que el investigado ostenta el título profesional de abogado desde el año 2004, y cuenta con especialización en derecho administrativo

En virtud de lo anterior existen tres factores agravantes y ningún atenuante, razón para no imponer el mínimo de la sanción; por ello, en su condición de Alcalde del municipio de Buenos Aires (Cauca), el señor XXXXXXXXXX será objeto de la sanción de suspensión por el término de seis (6) meses

PAGO Y PLAZO DE LA MULTA-El investigado tendrá que cancelar la conversión de la sanción disciplinaria a favor de la Alcaldía Municipal



PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA

Radicación: IUS 2015-271306 / IUC-D-2018-801567
Investigado: XXXXX
Cargo y Entidad: Alcalde municipal de Buenos Aires (Cauca)
Quejoso: Informe servidor público
Fecha queja: 31 de julio de 2015
Fecha hechos: Vigencia 2013
Asunto: **Fallo de primera instancia**

Bogotá D.C. 2 de diciembre de 2021.

1. ASUNTO

Surtido el traslado para la presentación de alegatos de conclusión por los sujetos procesales, según auto del 30 de septiembre de 2021, procede el despacho a proferir fallo de primera instancia en la investigación disciplinaria adelantada contra XXXXXXX, quien se desempeñó como alcalde municipal de Buenos Aires (Cauca), para la época de los hechos.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. El informe.

Con fundamento en el informe radicado el 04 de agosto de 2015¹, la Subdirectora de Control del Departamento Nacional de Planeación, este Ente de Control conoció las presuntas irregularidades desplegadas por el alcalde municipal de Buenos Aires (Cauca), XXXXXXX por no contratar interventoría externa dentro de un contrato de obra, y por no exigir la constitución de fiducia o patrimonio autónomo.

2.2. Indagación preliminar

La Procuraduría Provincial de Santander de Quilichao, dispuso mediante proveído del 30 de septiembre de 2015², adelantar indagación preliminar contra XXXXXXX en su condición de alcalde municipal de Buenos Aires (Cauca) para el periodo constitucional 2012 – 2015.

2.3. Investigación disciplinaria

¹ C.p.1 Folios 1 y 2

² C.p.1 Folios 10 al 13



Con fecha 25 de octubre de 2016³, la Procuraduría Provincial de Santander de Quilichao ordenó apertura de investigación disciplinaria contra XXXXXXXX por presuntas irregularidades relacionadas con omitir contratar interventoría externa, y por no exigir al contratista la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra que tuvo por objeto la ejecución del proyecto “MEJORAMIENTO DE 20.3 KMS DE VÍAS RURALES, VEREDA CASCAJERO-GUAYABAL Y CATALINA”.

2.4. Cierre de la investigación disciplinaria

Mediante auto del 09 de agosto de 2018⁴, la Procuraduría Provincial de instrucción dispuso el cierre de la investigación disciplinaria, decisión que fue notificada personalmente a los sujetos procesales el 16 de agosto de 2018⁵.

2.5. Pliego de cargos

Por auto del 29 de julio de 2019⁶, la Procuraduría Provincial de Santander Quilichao formuló cargos disciplinarios contra XXXXXXXXXXXXXXXX, en su condición de Alcalde municipal de Buenos Aires (Cauca), para la época de los hechos⁷.

La decisión se notificó el día 23 de agosto de 2019⁸ al abogado XXXXXXXX, en calidad de defensor del disciplinado XXXXXXXXXXXX.

2.6. Descargos

Una vez surtida la notificación, el apoderado del investigado, el 6 de septiembre de 2019⁹, presentó dentro del término establecido el escrito de descargos con solicitud de pruebas testimoniales.

2.7. Declaración de impedimento por conflicto de interés

El 22 de octubre de 2019¹⁰, la Procuraduría Provincial de Santander de Quilichao ordenó suspender la actuación y remitir el presente proceso al Procurador Regional del Cauca para el trámite correspondiente.

³ C.p.1 Folios 29 al 35

⁴ C.p.1 Folios 81 a 83

⁵ C.p.1 Folio 85

⁶ C.p.1 Folios 88 al 100

⁷ C.p. 1 FI 88 - 100

⁸ C.p. 1 FI 104

⁹ C.p. 1 FI 108 - 147

¹⁰ C.p.1 Folios 150 al 152



A través de auto del 03 de diciembre de 2019¹¹, la Procuraduría Regional del Cauca ordenó remitir las presentes diligencias al Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal para el trámite correspondiente.

2.8. Asignación especial

El 22 de noviembre de 2019, mediante la Resolución N. 1029¹², el Procurador General de la Nación designó como funcionario especial al procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal en la actuación de la referencia.

A través de auto del 03 de diciembre de 2019¹³, la Procuraduría Regional del Cauca ordenó remitir las presentes diligencias al Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal para el trámite correspondiente.

2.9. Auto que decreta pruebas en descargos¹⁴

Mediante auto del 17 de noviembre del 2020, la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal se pronunció sobre la solicitud de pruebas en etapa de descargos y ordenó la práctica de las requeridas por la defensa del investigado¹⁵.

2.10. Remisión por competencia

Por auto proferido el 26 de julio de 2021¹⁶, la Procuraduría Primera delegada para la Contratación estatal ordenó remitir por competencia el presente proceso disciplinario a la Procuraduría Delegada para el juzgamiento disciplinario (reparto).

2.11. Traslado alegatos de conclusión

El 30 de septiembre de 2021¹⁷, la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública ordenó correr traslado a los sujetos procesales para que presentaran sus alegatos de conclusión. La notificación se realizó por estado fijado el 07 de octubre del 2021¹⁸.

3. IDENTIDAD DEL INVESTIGADO INDIVIDUALIZACIÓN FUNCIONAL Y PERSONAL

¹¹ C.p.1 Folio 154

¹² **C.p.1 Folio 155**

¹³ **C.p.1 Folio 154**

¹⁴ Folios 294 a 296 Cuaderno principal 2

¹⁵ C.p. 1 FI 159 - 162

¹⁶ C.p.1 Folios 173 al 175

¹⁷ C.p.1 Folios 214 y 215

¹⁸ C.p.1 Folio 222



Por los hechos objeto de investigación se formularon cargos disciplinarios contra la siguiente persona:

XXXXXXX identificado con la cédula de ciudadanía No. XXXXX expedida en Buenos Aires (Cauca), quien se desempeñó como Alcalde del municipio de Buenos Aires (Cauca), para el periodo constitucional 2012-2015, según certificación del 03 de diciembre de 2015, expedida por el Secretario de Hacienda del municipio, con funciones de jefe de personal¹⁹, posesionado el 23 de diciembre de 2011 en la Notaria Única de Buenos Aires (cauca) según acta de posesión²⁰.

4. CARGO FORMULADO

4.1 XXXXXXXXXXXX

El único cargo formulado al señor **XXXXXX** en su condición de alcalde del municipio de Buenos Aires (Cauca) para la época de los hechos, conforme a la decisión adoptada mediante auto del 29 de julio de 2019, fue el siguiente:

“**XXXXXXX**, identificado con cedula de ciudadanía No. XXXXXX expedida en Buenos Aires (Cauca), en su condición de Alcalde Municipal de Buenos Aires (Cauca) para el periodo legal 2012 a 2015, incurrió en la posible omisión de No contratar interventoría externa para el seguimiento y de No establecer como obligación la constitución de fiducia o patrimonio autónomo para el manejo del anticipo, en el Contrato de Obra No. 005 del 19 de abril del 2013, suscrito entre el Alcalde Municipal de Buenos Aires – Cauca y Miyerlandy Ausecha Ordoñez identificado con la cedula de ciudadanía No. 76.313.991, cuyo objeto consistía “Mejoramiento de 20.3 Km de Vías Rurales, Vereda Cascajero-Guayabal y Catalina-Mirasoles-Nueva Granada, Municipio de Buenos Aires – Cauca”, por un valor de trescientos cincuenta y cinco millones cincuenta mil pesos (\$355.050.000), contrato que se adjudicó mediante la modalidad de licitación pública; presuntamente incumpliendo el deber legal consagrado en el numeral 1° del artículo 32 de la ley 80 de 1993 que estatuye su obligatoriedad en cuanto a la interventoría y el artículo 91 de la Ley 1474 del 2011 en cuanto a la obligatoriedad de la fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para el manejo del anticipo por parte del contratista”.

La falta se calificó como **GRAVE** al tenor de lo señalado en el artículo 35 numeral 1 del C.D.U. y la conducta se atribuyó a título de **culpa gravísima por desatención elemental**.

5. MATERIAL PROBATORIO OBTENIDO Y ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

5.1 Material probatorio

¹⁹ C.p.1 Folio 17

²⁰ C.p.1 Folios 19 y 20



5.1.1. Oficio 300.01-040 del 25 de febrero del 2016, suscrito por el Personero Municipal de Buenos Aires²¹.

5.1.2. Certificación laboral de XXXXXXX del 03 de diciembre del 2015, suscrita por el Secretario de Hacienda con funciones de Jefe de Personal²².

5.1.3. Acta de Posesión 01 del 23 de diciembre del 2011 de XXXXXXX, ante la Notaria Única de Buenos Aires – Cauca²³.

5.1.4. Formato único de hoja de vida de XXXXXXX de la función pública²⁴.

5.1.5. Oficio del 20 de octubre del 2017, suscrito por el apoderado de XXXXXXX²⁵.

5.1.6. Acto administrativo del 19 de abril del 2013, suscrito por el Alcalde Municipal de Buenos Aires – Cauca, asignando la supervisión del contrato de Obra²⁶.

5.1.7. Oficio del 12 de abril del 2013, suscrito por el Alcalde Municipal de Buenos Aires – Cauca y dirigido a la Gerente del Banco Agrario de Buenos Aires - Cauca²⁷.

5.1.8. Oficio del 18 de abril del 2013, suscrito por la Directora del Banco Agrario de Buenos Aires y dirigido al Alcalde Municipal de Buenos Aires – Cauca²⁸.

5.1.9. Acta de reunión 001 del 02 de mayo del 2013, correspondiente a la Socialización del proyecto, adjuntando formato de firmas²⁹.

5.1.10. Contrato 005 del 2013³⁰.

5.1.11. Estudios previos – conveniencia y oportunidad de la contratación de obra pública³¹.

5.1.12. Certificado de disponibilidad presupuestal No. 55 del 26 de febrero del 2013, suscrito por el Jefe de Presupuesto de Buenos Aires - Cauca³².

5.1.13. Aviso de convocatoria Pública de Proceso de Licitación Pública - LP-002-2013 del 28 del mes de febrero del 2013, suscrito por el secretario de Planeación Municipal³³.

²¹ C.p.1 Folio 15

²² C.p.1 Folio 17

²³ C.p.1 Folios 19 y 20

²⁴ C.p.1 Folios 21 a 24

²⁵ C.p.1 Folios 40 a 43

²⁶ C.p.1 Folios 44 a 46

²⁷ C.p.1 Folio 47

²⁸ C.p.1 Folio 48

²⁹ C.p.1 Folio 49 a 59

³⁰ CD, Folio 60 C.p.1

³¹ C.A.1 Folios 2 al 19

³² C.A.1 Folio 20

³³ C.A.1 Folio 21



5.1.14. Aviso Público de convocatoria Licitación Pública No. 002 de 2013 del 28 de febrero del 2013, suscrito por el Alcalde Municipal de Buenos Aires – Cauca³⁴.

5.1.15. Pliego de condiciones –Licitación Pública - LP- 002 de marzo 19 del 201328, objeto Mejoramiento de 20.3 Km de Vías Rurales, Vereda Cascajero-Guayabal y Catalina-Mirasoles-Nueva Granada, Municipio de Buenos Aires – Cauca³⁵.

5.1.16. Resolución No. 200.02.004.02-100 del 20 de marzo del 2013, suscrita por el Alcalde Municipal de Buenos Aires – Cauca, por medio del cual se ordena la Apertura de una convocatoria pública, modalidad Licitación Pública³⁶.

5.1.17. Formato de inscripción de Oferentes a Licitación Pública No. 0230, suscrito por el Secretario de Planeación e Infraestructura Municipal de Buenos Aires – Cauca³⁷.

5.1.18. Acta de cierre y apertura de propuestas sobre No. 1 proceso de licitación pública No. LP-002-201331, suscrito los evaluadores jurídico, técnico y económico del proceso municipio de Buenos Aires – Cauca³⁸.

5.1.19. Formato de evaluación de propuesta (sobre No. 1) Licitación Pública No. 002 de 2013, suscrito por el Secretario de Planeación del municipio de Buenos Aires – Cauca³⁹.

5.1.20. Certificación del 05 de abril del 2013 suscrito por el Secretario de Planeación Municipal de Miranda Cauca⁴⁰.

5.1.21. Formato de evaluación de propuesta (sobre No. 2) Licitación Pública No. 002 de 2013, de fecha 16 de abril del 2013 del municipio de Buenos Aires – Cauca⁴¹.

5.1.22. Acta de audiencia pública de adjudicación del proceso de licitación pública No. LP-002-201335 del 16 de abril del 2013⁴².

5.1.23. Anexo técnico del contrato No. 005 del 19 de abril del 2013, de fecha 19 de abril del 2013 suscrito por el supervisor del contrato⁴³.

³⁴ C.A.1 Folio 22

³⁵ C.A.1 Folio 23 a 67

³⁶ C.A.1 Folios 68 Y 69

³⁷ C.A.1 Folio 70

³⁸ C.A.1 Folio 71

³⁹ C.A.1 Folio 73

⁴⁰ C.A.1 Folio 74

⁴¹ C.A.1 Folio 74

⁴² C.A.1 Folios 75 y 76

⁴³ C.A.1 Folio 77



5.1.24. Contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril del 2013, suscrito entre el Alcalde Municipal de Buenos Aires – Cauca y Miyerlandy Ausecha Ordoñez⁴⁴.

5.1.25. Resolución No. 200.02.004.02.137 del 16 de abril del 2013 emanando del Alcalde Municipal de Buenos Aires – Cauca, por medio de la cual se adjudica el proceso de licitación pública No. 002-2013, para la ejecución del contrato Mejoramiento de 20.3 Km de Vías Rurales, Vereda Cascajero-Guayabal y Catalina-Mirasoles-Nueva Granada⁴⁵.

5.1.26. Resolución No. 200.02.004-166 del 30 de abril del 2013 emanado del Alcalde Municipal de Buenos Aires – Cauca, por la cual se aprueba una garantía⁴⁶.

5.1.27. Póliza de cumplimiento No. 435 -47-994000014522 de la Aseguradora Solidaria de Colombia⁴⁷.

5.1.28. Resolución No. 200.02.004-167 del 30 de abril del 2013 emanado del Alcalde Municipal de Buenos Aires – Cauca, por la cual se aprueba una garantía⁴⁸.

5.1.29. Póliza de cumplimiento No. 435 -47-99400003531 de la Aseguradora Solidaria de Colombia⁴⁹.

5.1.30. Registro Presupuestal No. 79 del 02/05/2013 emanando del Jefe de Presupuesto de Buenos Aires – Cauca⁵⁰.

5.1.31. Acta de inicio de actividades del 02 de mayo del 2013 suscrito entre el Secretario de Planeación e Infraestructura de Buenos Aires – Cauca y Miyerlany Ausecha Ordoñez., donde se da la orden de pago del anticipo del contrato de obra pública No. 005-2013⁵¹.

5.1.32. Orden de pago No. 8422 del 04 de mayo del 2013, a nombre de MIYERLANDY AUSECHE ORDOÑEZ por concepto General de pago de anticipo equivalente al 50% según acta de inicio del contrato de obra pública No. 005-2013.45, por valor de \$177.525.000, emanado de la Tesorería del municipio de Buenos Aires – Cauca y firmado por el tesorero y el contratista⁵².

5.1.33. Comprobante de egreso afecta presupuesto 7789 de fecha 04 de mayo del 2013, a nombre de MIYERLANDY AUSECHE ORDOÑEZ

⁴⁴ C.A.1 Folios 78 a 86

⁴⁵ C.A.1 Folios 88 a 90

⁴⁶ C.A.1 Folio 91

⁴⁷ C.A.1 Folio 92

⁴⁸ C.A.1 Folio 93

⁴⁹ C.A.1 Folio 94

⁵⁰ C.A.1 Folio 95

⁵¹ C.A.1 Folio 96

⁵² C.A.1 Folio 97



por concepto General de pago de anticipo equivalente al 50% según acta de inicio del contrato de obra pública No. 005-2013.46, por valor de \$177.525.000, emanado de la Tesorería del municipio de Buenos Aires – Cauca y firmado por el Alcalde, Secretario de Hacienda y el contratista⁵³.

5.1.34. Testimonio de OSCAR EDWIN LÓPEZ SÁNCHEZ⁵⁴.

5.2 Análisis de las pruebas

El primer elemento probatorio valorado en el presente asunto son los estudios previos de conveniencia y oportunidad realizados para la contratación de obra pública⁵⁵, cuyo objeto era el mejoramiento de 20.3 Km de Vías Rurales, Vereda Cascajero - Guayabal y Catalina – Mirasoles - Nueva Granada, Municipio de Buenos Aires – Cauca⁵⁶, en el cual se estableció la siguiente forma de pago:

Se otorgará un ANTIICPO DEL 50% y EL RESTANTE EN ACTAS PARCIALES O FINAL, definiendo como requisito para el pago, la certificación de cumplimiento expedida para tal efecto por el interventor en la que conste la entrega de los productos o la prestación del servicio y certificación de pago de aportes parafiscales.

Mediante Resolución No. 200.02.004.02-100 del 20 de marzo de 2013⁵⁷, el disciplinado ordenó la apertura de una convocatoria pública, modalidad de selección licitación pública para celebrar el contrato cuyo objeto será: “MEJORAMIENTO DE 20.3 Km DE VÍAS RURALES, VEREDA CASCAJERO – GUAYABAL Y CATALINA – MIRASOLES – NUEVA GRANADA, MUNICIPIO DE BUENOS AIRES CAUCA”.

El 19 de abril de 2013, el señor XXXXXXXX, en su calidad de alcalde municipal de Buenos Aires (Cauca), suscribió el contrato de obra pública No. 005 del 2013⁵⁸, con la contratista MIYERLANDY AUSECHA ORDOÑEZ, por un valor de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES CINCUENTA MIL PESOS (\$355.050.000), en un plazo de tres (3) meses. Sobre la interventoría y la forma de pago, la minuta contractual estableció lo siguiente:

CLAUSULA SEPTIMA - FORMA DE PAGO. El valor del presente contrato se cancelará por parte del MUNICIPIO a EL CONTRATISTA de la siguiente forma: Un anticipo correspondiente al cincuenta (50%) por ciento del valor del contrato, el cual se pagará una vez perfeccionado, legalizado, el contrato y proferida la resolución aprobatoria de las garantías aportadas por el contratista.

⁵³ C.A.1 Folio 98

⁵⁴ C.D Folio 212 C.p.1

⁵⁵ C.A.1 Folios 2 al 19

⁵⁶ C.A.1 Folio 9

⁵⁷ C.A.1 Folios 68 y 69

⁵⁸ C.A. Folios 78 a 86



CLAUSULA VIGESIMA QUINTA: INTERVENTORIA. EL MUNICIPIO verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de EL CONTRATISTA por medio de un interventor, quien será ejercida por la Secretaria de Planeación Municipal. EL INTERVENTOR no podrá exonerar a EL CONTRATISTA de ninguna de las obligaciones o deberes contractuales (...)

De acuerdo con lo establecido en la minuta contractual, se tiene que, con fundamento en los estudios previos, se mantiene la forma de pago del anticipo, sin tener en cuenta la obligación de exigir la constitución de una fiducia establecido en el artículo 91 de la Ley 1474 del 2011. Así mismo, respecto al supervisor e interventor, la minuta contractual confunde dichas figuras que la misma ley ha definido, designando como interventor al Secretario de Planeación Municipal, obviando la obligación legal de contratar la interventoría externa. Constancia de lo anterior se encuentra consignado en el Oficio No. 200.04.004.02.146 de diciembre de 2015, suscrito por el disciplinado en su calidad de alcalde municipal, donde manifestó que no contrató interventoría externa, ni exigió la constitución de la fiducia para el manejo del anticipo.

La administración determinó desde los estudios previos y así lo estableció en la minuta contractual, quien ejercería el seguimiento al contrato; desconociendo lo señalado en la norma para el caso de contratos de obra, celebrados mediante un proceso de licitación pública, cuyo seguimiento es obligatorio mediante una interventoría (un agente externo) y no un supervisor (funcionario de la entidad) como lo realizó el municipio.

Según se observa en la orden de pago No. 8422 del 04 de mayo del 2013, a nombre del contratista MIYERLANDY AUSECHE ORDOÑEZ⁵⁹, por concepto general de pago de anticipo, equivalente al 50% del valor del contrato, según acta de inicio del contrato de obra pública No. 005-2013.54, por valor de \$177.525.000, emanado de la Tesorería del municipio de Buenos Aires – Cauca y firmado por el tesorero

y el contratista. Así mismo, según el comprobante de egreso No. 7789 de fecha 04 de mayo del 2013⁶⁰, a nombre de MIYERLANDY AUSECHE ORDOÑEZ por concepto general de pago de anticipo equivalente al 50%, según acta de inicio del

contrato de obra pública No. 005-2013.55, por valor de \$177.525.000, emanado de la Tesorería del municipio de Buenos Aires – Cauca y firmado por el Alcalde, Secretario de Hacienda y el contratista, dan cuenta del pago del anticipo del 50% que se hizo directamente al contratista por parte del municipio,

⁵⁹ C.A. Folio 97

⁶⁰ C.A. Folio 98



sin que haya constancia de la exigencia y cumplimiento de la obligación de constituir una fiducia para el manejo del referido anticipo.

Con base en lo anterior se continuará con la verificación de los demás elementos que componen la responsabilidad disciplinaria como son la tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad.

6. ANÁLISIS Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS CARGOS, DESCARGOS Y DE LAS ALEGACIONES PRESENTADAS

6.1 XXXXXXXXXXXXX

Escrito de descargos

El abogado defensor, XXXXXXXXXXXXX, el 06 de septiembre de 2019⁶¹ presentó escrito de descargos en los que manifestó lo siguiente:

Frente a la obligatoriedad de contratar interventoría.

Manifiesta la defensa que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Continúa la defensa manifestando que son contratos de obra los que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación, y en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución o pago. En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso público, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993.

(...) En el contexto del proceso disciplinario en curso, es muy importante tener clara la terminología jurídica, dado que de ahí se desprende la responsabilidad o no de un servidor público en la incursión en cualquiera de las conductas previstos en la norma disciplinaria, que conlleve al incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de sus derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

Es por ello que se solicita se de aplicación irrestricta a los postulados legales, aún si estos no derogan expresamente una norma anterior, pero donde se manifiesta de forma expresa las condiciones y calidades en que debe darse aplicación a un deber legal. Es importante avizorar que se dio cabal cumplimiento al artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, con el debido sustento y soporte jurídico en el proceso en curso. En este contexto, la defensa plantea que el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 derogó o modificó en forma tacita el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente punto: "la entidad debe pronunciarse sobre la necesidad o

⁶¹ C.P.1 Folios 108 al 147



no, lo cual genera la potestad de que en caso de no requerir o no necesitar contratar interventoría lo podrá hacer con el personal de planta idóneo de la entidad respectiva y si es del caso contratar personal de apoyo para ejercer esa supervisión.

Afirma la defensa que, teniendo en cuenta que las entidades estatales tienen la obligación de asegurar el cumplimiento del objeto contractual de los contratos celebrados, la entidad territorial, en el periodo a cargo de mi defendido, se estableció en los estudios previos correspondientes a cualquier contrato, los factores determinantes al contrato que se pretende suscribir, como es el caso de la vigilancia, seguimiento y control del contrato de obra, estableciendo la forma en que debió realizarse el proceso precontractual, contractual y poscontractual, para lo cual se determinó si era suficiente con la designación de un supervisor, o si por el contrario era necesaria la contratación de una interventoría.

(...) argumenta la defensa, la Secretaría de Planeación, Infraestructura y Obras Públicas del municipio de Buenos Aires realizó en forma detallada y ajustada a la Ley y sus normas reglamentarias, los estudios previos, impulsando en su contenido, la necesidad o no de contratar para este caso específico, la interventoría.

(...) No puede entenderse como un requisito sine qua non para el contrato de obra y mucho menos para descalificar u ordenar un proceso de concurso de méritos, como si lo encaminan los estudios previos del proceso y sobre los cuales el ingeniero Perea hizo su análisis para determinar, basado en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, que no era necesaria la contratación de interventoría para el contrato de obra COP-005-2013.

Frente a la obligación de solicitar al contratista la constitución de fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para el manejo del anticipo.

Sobre este asunto, la defensa manifiesta que el ente territorial tiene la potestad de manejar los recursos mientras realiza viablemente la constitución de la fiducia por parte del contratista, acorde con los requisitos mínimos de ejecución de la obra pública contratada. Es así que obra como prueba en el proceso disciplinario, copia de la solicitud de servicios financieros de parte de la administración municipal, en cabeza del señor alcalde en la época de los hechos XXXXX, a la entidad bancaria Banco Agrario, y la respectiva respuesta ofrecida por la señora Ana Patricia Sánchez Andrade, gerente a la fecha de dicha entidad bancaria en la que manifestó que el Banco Agrario sucursal Buenos Aires Cauca no maneja el producto encargo fiduciario, con lo anterior queda claro que no es viable exigir a un funcionario público que realice o exija imposibles.

Argumenta la defensa, para concluir este punto, la causa extraña que imposibilita objetivamente la ejecución de la prestación debida, de manera ajena al comportamiento del contratista, produce un efecto extintivo de la relación obligatoria y, por ende, liberatorio del contratista, que no será compelido a satisfacer el interés del contratante mediante el pago de la indemnización por daños. En resumen, no le es dable al estado exigir obligaciones imposibles de ejecutar a un contratista, en el contexto geo referencial propio de la ejecución de la obra pública, que para este caso es el municipio de Buenos Aires Cauca.

Sujetos disciplinables

Sobre los sujetos disciplinables, la defensa argumenta que la Secretaría de Planeación, Infraestructura y Obras Públicas era la directa encargada y responsable de toda actividad



precontractual, contractual y poscontractual, con el seguimiento y asesoramiento jurídico en toda la actividad, quien en últimas es quien marca el derrotero y marco jurídico para el cual fue concebido. La responsabilidad de la aplicación o no de la normatividad colombiana recae directamente en quien tiene dicha función y no en quienes de una u otra forma deben acatar y asumir dicha asesoría.

En el presente caso, en ejercicio de las funciones del señor XXXXXXX se dio una delegación legal y expresa concebida en el manual de funciones en los funcionarios que tenían la competencia, los conocimientos y las funciones para cumplir oportunamente con los estudios previos para adelantar el proceso contractual citado.

De la confianza legítima y el principio de buena fe

Según el abogado defensor, la confianza legítima en la función pública es un factor determinante, por cuanto figuras constitucionales y legales como la delegación y la desconcentración, se fundan en el deber de satisfacer las necesidades de los administrados a través de la administración del estado. Por ello, cuando la Constitución y la Ley facultan a un alcalde municipal para delegar sus funciones, lo hace con un criterio real y no abstracto, es decir, no puede considerarse que es real para ejecutar y abstracto para ser responsable de esos actos. Al delegar un funcionario público (alcalde municipal) algunas funciones legales y reglamentarias en funcionarios y servidores públicos, con el lleno de los requisitos para tal efecto, entrega su confianza legítima y actúa conforme a su idoneidad, conocimiento, experiencia y magnitud profesional, bajo el imperio del principio de la buena fe y unos resultados ciertos en la conclusión de las actividades.

Exclusión de la responsabilidad disciplinaria

Argumenta el abogado defensor que, existe el total convencimiento del ordenador de la época de los hechos de actuar acorde a los lineamientos constitucionales, legales y reglamentarios, más aún cuando hay el total soporte fáctico esgrimido desde los estudios previos, elaborados por un profesional de la ingeniería civil, con toda la experiencia, idoneidad y sustento jurídico, siendo revisada toda la actuación jurídico procesal precontractual, contractual y poscontractual, con sus respectivos argumentos técnicos y jurídicos por un profesional del derecho, con hoja de vida impecable, conocedor de la normatividad administrativa, y que sirvieron de soporte para el proceso precontractual, es decir los pliegos de condiciones y las actividades contractuales y poscontractuales.

(...) realizada la exposición dogmática de la culpabilidad y de esta la aplicación de la teoría del error, se llega a plantear que en los casos de los errores que excluyen la responsabilidad disciplinaria, sean estos de hecho o de derecho, cuando se establezcan que los mismos sean invencibles, se debe excluir de culpabilidad al funcionario, pues no hay condición probatoria para justificar la sanción. En el evento en que el Ministerio público llegará a encontrar una presunta falta disciplinaria, se debe dar aplicabilidad a la teoría del error, configurado en el carácter justificador de la conducta.

Prescripción de la acción disciplinaria

(...) es más que evidente el tiempo transcurrido entre la presunta falta disciplinaria y la falta de ejecutoria del fallo de primera instancia, de conformidad con la jurisprudencia de la Procuraduría General de la República y de las Altas Cortes Colombianas y donde no existe norma que permita la interrupción o suspensión de la prescripción en materia disciplinaria,



en consecuencia, solicita se declare la prescripción del proceso disciplinario.

Alegatos de conclusión

Los sujetos procesales no presentaron alegatos de conclusión.

Versión libre

El 16 de febrero de 2016⁶², ante la Personería municipal de Buenos Aires (Cauca), el señor XXXXXXXX rindió versión libre y espontánea, en los siguientes términos:

Manifestó el investigado que el artículo 32 numeral 1 inciso segundo de la Ley 80 de 1993 debe ser leído en su contexto y concordado con las demás normas contractuales del estado, como puede observarse no existe obligatoriedad alguna, solo es un artículo que expone definiciones. (...) De esta forma se deja claro que de conformidad con el estatuto anticorrupción, la administración debe valorar la necesidad, conveniencia y oportunidad de contratar una auditoría adicional y especializada, caso para el cual se observó en este caso que una obra como la construcción de un polideportivo con las características anotadas en el proyecto objeto del contrato no requería conocimientos especializados, adicional a una supervisión bien efectuada por un supervisor de planta o contratado por el municipio para las diferentes actividades, entre ellas, supervisar obras del ente territorial y que para el caso, se trataba de un profesional de la ingeniería civil. De hecho, los informes presentados por la Subdirección de Monitoreo seguimiento y evaluación de la Dirección de Vigilancia de las Regalías del Departamento Nacional de Planeación, no presentan queja alguna en la ejecución del objeto contractual, quiere decir que hubo una excelente supervisión del objeto contractual.

Sobre la presunta violación del artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, el investigado manifestó: como es ampliamente conocido por usted, el municipio para esa fecha carecía totalmente de sistemas electrónicos, lo que impedía que el Banco Agrario tuviera un manejo adecuado del sistema fiduciario, y creo que a la fecha aún no lo tiene. Estas deficiencias, lastimosamente no las cobija la norma contractual por lo que toca hacer un seguimiento riguroso de los manejos de los recursos entregados a los contratistas a través de la supervisión., muestra de ello es el excelente resultado de la obra, sin contratiempos que conllevarán sobrecostos a la entidad.

6.2. Análisis del Despacho

Frente a los argumentos defensivos planteados por el investigado y su abogado defensor en el escrito de descargos y en la diligencia de versión libre, el Despacho procede a precisar lo siguiente:

Frente a la obligatoriedad de contratar interventoría para los contratos de obra celebrados mediante licitación pública.

El principal argumento esgrimido por el investigado y su abogado defensor en la diligencia de versión libre y en el escrito de descargos, radica fundamentalmente

⁶² C.p.1 Folios 27 y 28



en desvirtuar la obligatoriedad de contratar interventoría para los contratos de obra pública, establecida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en razón a que, a juicio de la defensa, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 derogó o modificó en forma tácita el artículo 32 del estatuto contractual, estableciendo que la entidad debe pronunciarse sobre la necesidad o no de contratar interventoría, lo que genera la potestad de que en caso de no requerir o no necesitar contratar interventoría lo podrá hacer con el personal de planta idóneo de la entidad respectiva y si es del caso contratar personal de apoyo para ejercer esa supervisión.

Al respecto, el Despacho manifiesta que, cuando la ley 80 de 1993 fija el concepto de contratos estatales, relaciona a título enunciativo algunos de ellos, entre los cuales incluye el de "obra", definido como el que se celebra "para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago".

Al respecto, se debe precisar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece de manera imperativa que en los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, es decir, los contratos de obra pública cuya modalidad de selección es la licitación pública deben contar con un interventor externo.

El parágrafo 1 del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, estableció que, en adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

En este contexto, la interventoría externa, independiente de la entidad contratante es obligatoria para los contratos de obra pública que hubieran sido celebrados a través de licitaciones públicas, sin embargo, la Entidad Estatal en los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, debe pronunciarse sobre la necesidad de contar con interventoría. Con fundamento en lo anterior, para este Despacho es claro que la obligación de pronunciarse sobre la necesidad de contar con interventoría contenida en el parágrafo del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 es ADICIONAL y no excluyente a la obligación de contratar interventoría externa a la que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.



Frente a la obligación de solicitar al contratista la constitución de fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para el manejo del anticipo.

Sobre este aspecto, la defensa del investigado ha dicho que, el hecho de que el Banco Agrario, sucursal Buenos Aires Cauca, haya manifestado no contar con el producto de encargo fiduciario⁶³ constituye una causa extraña que imposibilita objetivamente la ejecución de la prestación debida, de manera ajena al comportamiento del contratista, lo que produce un efecto extintivo de la relación obligatoria y, por ende, liberatorio del contratista.

Al respecto el Despacho manifiesta que el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011 dispone que, en los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

Obsérvese que el mandato legal de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable, a cargo del contratista para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, no establece ningún condicionamiento relacionado con la jurisdicción territorial o la entidad financiera, razón por la que para este Despacho no es de recibo el argumento de la defensa, por cuanto el hecho de que el Banco Agrario, sucursal Buenos Aires (cauca), en su momento haya certificado no contar con el producto encargo fiduciario, no releva al contratista de su obligación, ni constituye una causa extraña que imposibilite objetivamente la ejecución de la prestación debida, por cuanto en el mercado existen diferentes opciones a las que habría podido acudir el contratista para constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable, y de esta forma dar cabal cumplimiento a su obligación legal.

De la confianza legítima y el principio de buena fe.

Otro de los argumentos planteados por la defensa es el relacionado con los sujetos disciplinables vinculados al presente proceso, en tanto que el investigado, mediante delegación legal y expresa, concebida en el manual de funciones, delegó la función contractual en los funcionarios que tenían la competencia, los conocimientos y las funciones para cumplir oportunamente con los estudios previos para adelantar el proceso contractual citado.

Según el abogado defensor, la confianza legítima en la función pública es un factor determinante, por cuanto figuras constitucionales y legales como la

⁶³ C.p.1 Folio 48



delegación y la desconcentración, se fundan en el deber de satisfacer las necesidades de los administrados a través de la administración del estado. Al delegar un funcionario público (alcalde municipal) algunas funciones legales y reglamentarias en funcionarios y servidores públicos, con el lleno de los requisitos para tal efecto, entrega su confianza legítima y actúa conforme a su idoneidad, conocimiento, experiencia y magnitud profesional, bajo el imperio del principio de la buena fe.

Sobre la delegación de funciones alegada por la defensa, el Despacho advierte que la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo jurídico de la delegación, en virtud de la cual las autoridades administrativas pueden, previa autorización normativa expresa, transferir la competencia para el ejercicio de una función administrativa, no así su titularidad, a otras autoridades o funcionarios administrativos bien sea que respecto de estos tenga o no una relación de subordinación.

El reconocimiento constitucional de dicho instrumento se encuentra consagrado en el artículo 209, en tanto dispone que la función administrativa se puede desarrollar a través de la delegación y, seguidamente, el artículo 211 *ibidem* establece que corresponde al legislador (i) señalar las funciones que pueden ser objeto de delegación y las condiciones bajo las cuales resulta viable acudir a dicha herramienta y (ii) regular lo relativo a los recursos con los que pueden impugnarse los actos que profieran los delegatarios.

El legislador reglamentó la delegación mediante la Ley 489 de 1998, cuyo artículo 9 dispone lo siguiente:

Artículo 9º.- Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente Ley.

Parágrafo. - Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente Ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.



El acto de delegación se encuentra sometido a una solemnidad consistente en que la transferencia de funciones se haga por escrito, siendo este el primer requisito que debe satisfacer, aunado a la determinación de la autoridad delegataria así como de las atribuciones precisas que estén siendo delegadas, según lo dispone el artículo 10 de la Ley 489 de 1998. Es decir, se crea un vínculo permanente entre el delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como: i) instrucciones y orientaciones que se impartan a este último durante la delegación, ii) la revisión y seguimiento a las decisiones que tome y iii) la oportunidad que tiene el primero de revocar el acto de delegación.

De esta forma, es posible advertir que el traslado de las funciones de que es titular el delegante, por regla general, lo exime de responsabilidad por los actos que expida el delegatario, quien además de asumir dichas competencias, asume las consecuencias derivadas de su ejercicio. No obstante, ello no significa que el delegante pueda abstraerse de todo compromiso ya que en tal condición tiene a su cargo una serie de deberes (art. 10, Ley 489 de 1998) y facultades (art. 12, Ley 489 de 1998) por cuya ejecución ha de responder y son (i) el deber de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que haya otorgado; (ii) el deber de impartir orientaciones generales acerca del ejercicio de las competencias transferidas; (iii) la facultad de reasumir en cualquier tiempo la función delegada y (iv) la facultad de revisar los actos que expida el delegatario.

En este contexto, el Despacho advierte que en el plenario no obra prueba del acto de delegación al que se refiere el defensor, precisando que de haber existido tampoco eximiría de responsabilidad al investigado, por las razones antes expuestas.

Exclusión de la responsabilidad disciplinaria por error invencible

Argumenta el abogado defensor que, existe el total convencimiento del investigado de actuar acorde a los lineamientos constitucionales, legales y reglamentarios, más aún cuando hay el total soporte fáctico esgrimido desde los estudios previos, elaborados por un profesional de la ingeniería civil, con toda la experiencia, idoneidad y sustento jurídico, siendo revisada toda la actuación jurídico procesal precontractual, contractual y poscontractual, con sus respectivos argumentos técnicos y jurídicos por un profesional del derecho, con hoja de vida impecable, conocedor de la normatividad administrativa, y que sirvieron de soporte para el proceso precontractual, es decir los pliegos de condiciones y las actividades contractuales y poscontractuales.

Sobre este asunto, advierte el Despacho que, para que opere la exención de responsabilidad por error invencible, establecida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, es obligatorio además de la existencia del error, que éste sea



invencible. Es necesario que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico, y adicionalmente, que el error de apreciación no era humanamente superable dadas las condiciones personales del procesado y las circunstancias en que éste se realizó.

Así las cosas, solo se puede eximir de responsabilidad cuando el ilícito disciplinario se comete de buena fe⁶⁴ por ignorancia invencible, requisitos estos que no se cumplen en el *sub-lite*, por cuanto el entonces alcalde municipal de Buenos Aires (Cauca), tenía que cumplir con todos los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993 y 1474 de 2011 para adelantar todos los tramites contractuales en nombre del municipio.

Entonces, no es factible creer que el disciplinado actuó bajo la convicción errada e invencible, puesto que, primero, el incumplimiento del deber le era evitable, siempre y cuando hubiese sido precavido; segundo, estaba obligado a conocer el estatuto de contratación estatal y demás normas que reglamentan la contratación, en razón a que no puede invocarse su ignorancia como excusa ni realizar interpretaciones ajenas, como quiera que existen una serie de disposiciones que regulan las actuaciones de los funcionarios públicos; y por último, porque en el plenario obra prueba de que el investigado ostenta el título profesional de abogado desde el año 2004, y cuenta con especialización en derecho administrativo⁶⁵, lo que de plano desvirtúa la insuperabilidad del supuesto error.

Prescripción de la acción disciplinaria.

El último alegato defensivo esgrimido por el defensor es el supuesto acaecimiento del fenómeno de la prescripción en las presentes diligencias, afirmando que, es más que evidente el tiempo transcurrido entre la presunta falta disciplinaria y la falta de ejecutoria del fallo de primera instancia, de conformidad con la jurisprudencia de la Procuraduría General de la República y de las Altas Cortes Colombianas y donde no existe norma que permita la interrupción o suspensión de la prescripción en materia disciplinaria, en consecuencia, solicita se declare la prescripción del proceso disciplinario.

Sobre este asunto, el Despacho precisa que la prescripción de la acción disciplinaria está reglamentada de manera específica en el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011⁶⁶, que prevé:

“La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término

⁶⁴ Consejo de Estado, sentencia de 7 de febrero de 2008, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-11811-01(2941-05), C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón

⁶⁵ C.p.1 Folios 21 al 23

⁶⁶ Vigente para la época de los hechos.



empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas". (El Despacho resalta)

En este orden de ideas, la apertura de la investigación disciplinaria data del 25 de octubre de 2016, de modo que los cinco años de que trata la norma transcrita se cumplen el 25 de octubre de 2021, más los 70 días de la suspensión de términos decretada por el Gobierno Nacional como consecuencia de la pandemia del Coronavirus, resulta el 3 de enero de 2022, más los 7 de suspensión de términos decretada por la señora Procuradora General de la Nación, mediante Resolución 216 del 14 de julio de 2021, resulta que las presentes diligencias prescriben el 10 de enero de 2022.

Sin embargo, se le recuerda al investigado, que en virtud de lo contemplado en el artículo 31 de la Ley 734 de 2002, puede renunciar a la prescripción de la acción disciplinaria. En este caso la acción sólo podrá proseguirse por un término máximo de dos (2) años contados a partir de la presentación personal de la solicitud, vencido el cual, sin que se hubiese proferido y ejecutoriado el respectivo fallo, no procederá decisión distinta a la de la declaración de la prescripción.

7. FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA FALTA

En el pliego de cargos del 29 de julio de 2019⁶⁷, la falta atribuida al señor XXXXXX en calidad de alcalde del municipio de Buenos Aires (Cauca), para la época de los hechos, se calificó como **GRAVE**, al tenor de lo preceptuado en el artículo 35 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, que señala:

Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

En este orden de ideas al desempeñar el cargo de alcalde del municipio de Buenos Aires Cauca, el señor XXXXXX era el director de la contratación y el competente para celebrar contratos en nombre de la entidad territorial, dando cabal cumplimiento a los deberes contenidos en el artículo 32 de la Ley 80 de

⁶⁷ C.p.1 Folios 88 al 100



1993⁶⁸ y el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011⁶⁹, y en esa medida tenía el deber legal de contratar interventoría externa y exigir al contratista la constitución de una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable para el manejo del anticipo del contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril de 2013.

8. ILICITUD SUSTANCIAL

De conformidad con lo previsto en el artículo 5° de la Ley 734 de 2002, la falta será antijurídica (debiendo entenderse la conducta⁷⁰), cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. En este sentido, la ilicitud sustancial es un principio rector y su consagración legal es la base para endilgar responsabilidad al funcionario público, que afecta a quienes han establecido con el Estado una relación especial de sujeción, como los servidores públicos descritos en el artículo 123 de la Constitución Política.

En fallo proferido por la sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016) Radicación No:161 – 6334 (IUS 2012 – 166108) se estableció:

“(…) las conductas desarrolladas por el sujeto disciplinable **aun cuando no produzcan un resultado; pero violen un deber funcional** y por ende vulneren los principios constitucionales y legales de la función pública, **están inmersas en el ilícito disciplinario...., el incumplimiento de dicho deber funcional es el que orienta la antijuricidad de las conductas**; sin embargo no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta, entendida esta como la conducta o comportamiento; sino la infracción sustancial de dicho deber, es decir, **aquella conducta que atente contra el buen funcionamiento del Estado y por consiguiente contra sus fines**, la que encuentra el inicio en la antijuridicidad de la

⁶⁸ **Artículo 32. De los Contratos Estatales.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

1°. Contrato de Obra

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.

⁶⁹ **Artículo 91. Anticipos.** En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

⁷⁰ “Sea lo primero advertir que cuando el artículo 5 del Código Disciplinario Único dispuso que «La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna», el legislador incurrió en una imprecisión, pues es claro que se hacía referencia a la conducta o comportamiento y no a la falta como tal. Es decir, la norma debió definir que «la conducta o el comportamiento será antijurídico, cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna». Tomado de Ordoñez Maldonado Alejandro, Justicia Disciplinaria de la Ilicitud Sustancial a lo Sustancial de la Ilicitud (Bogotá IEMP ediciones 2009 – pág. 23).



conducta,...Dejando claro que el objeto o interés jurídico protegido por el derecho disciplinario es la función pública; de ahí que el deber funcional exigible al agente estatal es el cumplimiento de deberes propiamente dichos, la no extralimitación de los derechos y funciones y el respeto por las prohibiciones consignados todos en la Constitución y en la ley. **De igual manera debe estar en el respeto a los principios de la función pública (...)** (negrilla nuestra)

Con base en lo anterior, en el presente caso, el señor XXXXXXX, al omitir contratar interventoría y exigir la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril de 2013, vulneró el principio de moralidad de la función pública.

Principio de Moralidad

En cuanto al concepto del principio constitucional de moralidad administrativa contenido en el artículo 209 Superior, ha sido tratado por la Honorable Corte Constitucional en diversas sentencias, entre ellas, la Sentencia C – 826 de 2013, en la que el máximo órgano constitucional manifestó lo siguiente:

“Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas”. (el despacho resalta)

El derecho disciplinario protege de manera preferencial la moralidad de la administración y por ello se centra en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios. La razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de los deberes funcionales y que mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, en los términos legalmente establecidos. para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de faltas disciplinarias. En este caso la vulneración del deber funcional del disciplinado se concreta en la desatención del principio de moralidad por cuanto el entonces alcalde municipal de Buenos Aires Cauca inobservó las obligaciones de contratar interventoría y exigir la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril de 2013.

9. ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD

Entra el despacho a determinar si en el presente caso se predica la culpabilidad a



título de culpa gravísima por desatención elemental, tal y como se le atribuyó al investigado XXXXXXXX en el pliego de cargos.

En el caso concreto, el señor XXXXXXXX en calidad de Alcalde Municipal de Buenos Aires (Cauca), como quedó demostrado en los acápites anteriores, incurrió en falta disciplinaria, sin que se encontrara amparado en una causal de exclusión de responsabilidad.

De conformidad con lo señalado en el análisis de las pruebas, considera el Despacho que el disciplinado al omitir contratar interventoría y exigir la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril de 2013, infringió normas que regulan la contratación estatal (Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011), y que estaba en la obligación de conocer y aplicar como director de la contratación en la entidad territorial, de conformidad con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 80.

En consecuencia, se reitera lo expuesto en el pliego de cargos y la conducta del señor XXXXXXXX se atribuye a título de **CULPA GRAVISIMA por desatención elemental**, ya que la actividad contractual del Estado es reglada y los servidores públicos que interviene en ella deben conocer las normas que regulan dicha actividad y realizar aquello que les está permitido; por lo que el entonces alcalde municipal, tenía la obligación legal de contratar interventoría y exigir al contratista la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril de 2013.

De conformidad con lo anterior considera el Despacho que el disciplinado omitió contratar interventoría y exigir al contratista la constitución de una fiducia para el manejo del anticipo del contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril de 2013, y por esta razón su conducta se atribuye a título de **CULPA GRAVÍSIMA por desatención elemental**.

10. CONCLUSIÓN - RAZONES DE LA SANCIÓN

Con base en lo analizado a lo largo de este pronunciamiento quedó probado que el investigado omitió los deberes legalmente establecidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, al no contratar interventoría externa y por no exigir al contratista la constitución de una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo del anticipo del contrato de obra pública No. 005 del 19 de abril de 2013

11. CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN



Una vez identificado para el investigado XXXXXXXX los elementos de tipicidad de la conducta, así como la culpabilidad e ilicitud sustancial que les fue atribuida de conformidad con lo analizado ut supra, considera el Despacho procedente imponer la sanción que en derecho corresponda de conformidad con lo señalado en los artículos 44 y siguientes del C.D.U. y atendiendo los criterios para la graduación de la sanción, así:

De conformidad con el artículo 44, numeral 2 de la Ley 734 de 2002, a las faltas graves dolosas o gravísimas culposas, les corresponde sanción de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

Por consiguiente, corresponde a esta dependencia graduar el término de la sanción a imponer al señor XXXXXXXX, para lo cual se tendrán en cuenta los criterios establecidos en el artículo 47, numeral primero de la Ley 734 de 2002. Respecto a los atenuantes, encuentra el Despacho que no le es aplicable al señor XXXXXXXX ninguno de los establecidos en los literales b, d, e, o f del artículo 47 del C.D.U.

En cuanto a los agravantes, es de aplicación para el presente caso el establecido en el numeral 1, literal j. del artículo 47 del C.D.U. “*Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad*”, en su condición de Alcalde del municipio de Buenos Aires (Cauca) para la época de los hechos, y de conformidad con lo establecido en las funciones allegados al proceso el nivel jerárquico del empleo era **DIRECTIVO**.

También es aplicable el agravante contenido en el literal c del artículo 47 del C.D.U. “*Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero*”, teniendo en cuenta que uno de los argumentos incoados por la defensa en el escrito de descargos atribuye la responsabilidad a la Secretaría de Planeación, Infraestructura y Obras Públicas del municipio de Buenos Aires (Cauca) haciendo referencia a un supuesto acto de delegación que no obra en el plenario y que tampoco fue aportado por la defensa en ninguna de las etapas procesales.

Finalmente, en el presente caso aplica el agravante del literal i, del artículo 47 del C.D.U. “*el conocimiento de la ilicitud*”, teniendo en cuenta que en el plenario obra prueba de que el investigado ostenta el título profesional de abogado desde el año 2004, y cuenta con especialización en derecho administrativo⁷¹.

En virtud de lo anterior existen tres factores agravantes y ningún atenuante, razón para no imponer el mínimo de la sanción; por ello, en su condición de Alcalde del

⁷¹ C.p.1 Folios 21 al 23



municipio de Buenos Aires (Cauca), el señor XXXXXXXXX será objeto de la sanción de suspensión por el término de seis (6) meses.

12. NOTIFICACIONES Y RECURSOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 734 de 2002 esta decisión se notificará personalmente a los sujetos procesales a quienes se advertirá que contra la misma procede el recurso de apelación ante la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular, según lo previsto en los artículos 110, 111, 112 y 115 del mismo ordenamiento, y el artículo octavo de la Resolución No. 207 de 2021, recurso que se concederá en el efecto suspensivo.

Para la notificación de la presente decisión también se tendrá en cuenta lo señalado en el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho y la Resolución No. 216 de 2020 proferida por el Procurador General de la Nación.

El trámite se realizará a través de la Secretaría de esta Delegada, ubicada en la carrera 5 No. 15 – 80, piso 12, en donde permanecerá el expediente a disposición de los sujetos procesales.

En mérito de lo expuesto el Procurador Delegado para la Moralidad Pública, haciendo uso de sus facultades legales y reglamentarias,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROBADO Y NO DESVIRTUADO el cargo elevado en contra de **XXXXXXX**, identificado con la cédula de ciudadanía No XXXXXX, en su condición de Alcalde Municipal de Buenos Aires (Cauca), para la época de los hechos, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: En consecuencia, de lo resuelto en el artículo anterior, **DECLARAR RESPONSABLE DISCIPLINARIAMENTE** a **XXXXXXX**, identificado con la cédula de ciudadanía No XXXXX e **IMPONERLE SANCIÓN DISCIPLINARIA**, teniendo en cuenta los criterios de graduación referidos en la parte motiva de esta providencia, consistente en suspensión por el término de seis (6) meses.

Teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 734 de 2002, como quiera que el disciplinado al momento de hacer efectiva la sanción ha cesado en sus funciones como alcalde municipal de Buenos Aires (Cauca), el término de suspensión se convertirá en salarios de acuerdo al monto devengado para el momento de la comisión de la falta, esto es, salario básico devengado durante el



año 2013, y de conformidad con el Oficio No. 231.04.02-436⁷² proferido por la Secretaría de Hacienda del municipio de Buenos Aires (Cauca), el 3 de diciembre de 2015, el salario del investigado para la vigencia 2013 era \$2.978.398; luego el investigado tendrá que cancelar la suma de **DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$17.870.388)**, valor que será cancelado a favor de la Alcaldía municipal de Buenos Aires Cauca, en los términos señalados en el artículo 173 de la Ley 734 de 2002 y en el Decreto 2170 de 1992.

TERCERO: NOTIFICAR PERSONALMENTE la presente decisión por la secretaría de esta Delegada al investigado y su defensor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 734 de 2002 y en los términos del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho y la Resolución 216 de 2020 proferida por el Procurador General de la Nación, advirtiéndoles que contra la presente decisión procede el recurso de apelación ante la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular, según lo previsto en el artículo octavo de la Resolución No. 207 de 2021, recurso que se deberá interponer y sustentar dentro del término y condiciones señaladas en los artículos 110 a 112 y 115 del C.D.U.

Las direcciones de los sujetos procesales que obran en el expediente son las siguientes:

Disciplinado:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Defensor:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

CUARTO: REALIZAR por la Secretaría de la Delegada las comunicaciones, notificaciones, anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE

ESQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA
Procurador Delegado para la Moralidad Pública

⁷² C.P.1 Folio 17



DESCRIPCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA INVESTIGADA-Patrullero causó lesiones personales a otra persona encontrándose de permiso afectando el deber funcional de salvaguardar y proteger la integridad de los ciudadanos

PETICIÓN Y NEGACIÓN DE PRUEBAS-Improcedente por agotamiento de la etapa procesal

Con respecto a las pruebas que fueron solicitadas por el investigado en la etapa de alegatos de conclusión, al funcionario A quo, manifiesta que existe impedimento para ser decretadas y practicadas las mismas, teniendo en cuenta que la etapa procesal de pruebas de descargos se había agotado, y no se puede revivir las etapas ya surtidas porque sería violatorio del debido proceso, porque el juicio disciplinario tiene establecidas sus propias reglas, por lo que era improcedente la solicitud de pruebas en esta etapa

FALTA GRAVÍSIMA PARA LOS UNIFORMADOS-Incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito cuando se encuentra situaciones administrativas como el permiso

El régimen Disciplinario para la Policía Nacional, clasifica como falta gravísima para los policiales, incurrir en un delito, cuando se encuentre en situación administrativa como permiso, que corresponde al caso que se decide, conducta que dio lugar a que se ocasionaran daños y perjuicios a terceros, la cual se encuentra contemplada en el numeral 10 del Artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-819 del 4 de octubre de 2006, por considerar que: “Los miembros de la policía que se encuentran en las situaciones administrativas a que se refieren las normas acusadas (franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio o en hospitalización), conservan su condición de servidores públicos de la institución “en servicio activo”, lo que implica que efectivamente y de manera actual desempeñan un empleo o cargo en esa Institución. Esta circunstancia hace que aún bajo las situaciones administrativas descritas retengan su condición de garantes de las condiciones necesarias para el goce efectivo de los derechos y las libertades ciudadanas, y para el aseguramiento de una convivencia pacífica (Art. 218 C.P.). Las conductas que según las disposiciones acusadas son susceptibles de ser sometidas a control disciplinario, aún cuando el servidor público se encuentre transitoriamente separado del servicio, no son de aquellas que puedan adscribirse a la esfera privada del miembro de la Policía, se trata de transgresiones del orden jurídico tipificadas en la ley como delito o contravención, que no obstante tal circunstancia de separación momentánea del servicio, comportan una ruptura del deber funcional en su expresión de deber de actuar conforme a la Constitución y a la ley, lo que eventualmente puede ser objeto legítimo de imputación disciplinaria, siempre y cuando se establezca la necesaria conexidad entre la conducta delictiva o contravencional y el menoscabo de la función pública

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Alcance según Corte Constitucional

Esta Corporación ha afirmado que el principio de legalidad, como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, hace parte de las garantías del debido proceso, pues permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables, tanto en materia penal como disciplinaria. Este principio además protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y administrativa y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionatorio del Estado. Por eso es común que los tratados de derechos humanos y nuestra



Constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Esta Corte también ha señalado que el debido proceso comprende el principio constitucional de la legalidad de la conducta sancionada y de la pena a imponer

LESIONES PERSONALES CULPOSAS-Existe plena certeza de la ocurrencia del hecho descartándose de plano la duda razonable

ANÁLISIS DE LA ILICITUD SUSTANCIAL DEL COMPORTAMIENTO-Se afectaron los fines del Estado y el deber constitucional y legal entregado a la Policía Nacional de salvaguardar la integridad y salud de las personas

En lo que concierne a la categoría de ilicitud sustancial, conforme lo señalado en el Artículo 5 de la Ley 734 de 2002 en armonía con el Artículo 4 de la Ley 1015 de 2006, la realización de la conducta endilgada al investigado, afecta el deber funcional y la función pública, porque como servidor público de la Policía Nacional, conoce la ley penal, de tal modo que por tratarse de un funcionario que debe velar por su aplicación y protección, está llamado a cumplirla y hacerla cumplir, convirtiéndose en garante y respetuoso de ella por la relación especial de sujeción que tiene con el Estado; por su formación y el rol que debía cumplir en la Institución Policial, su actuar se debía enfocar en la protección a la vida, integridad física, salud, moral, honra y convivencia de todos los ciudadanos, pero contrario a su obligación constitucional y legal arremete contra el ciudadano..., causándole una lesión, lo cortó en la ceja izquierda, afectando así los fines del Estado y el deber constitucional y legal entregado a la Policía Nacional, de salvaguardar la integridad y salud de las personas, porque como policial tenía la obligación de velar por la protección de los derechos de los ciudadanos, y no actuando en la comisión de una conducta delictiva como aquella de la que da noticia esta investigación

CIRCULAR-Formulario para registro de sanciones disciplinarias a los 5 días siguientes a la ejecutoría del fallo



Dependencia:	Procuraduría Regional del Huila
Radicación:	IUS-E-2019-486715 IUC-D-2019-1367547 Radicación interna No. 018-2019.
Disciplinado:	VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA
Cargo y Entidad:	PATRULLERO ESTACION DE POLICIA PALERMO, HUILA
Quejoso:	ALEXANDER CHALA SANCHEZ
Fecha de la queja:	NOVIEMBRE 21 DE 2017
Fecha de los hechos:	NOVIEMBRE 17 DE 2017
Asunto:	Fallo de segunda instancia (Artículo 171 de la ley 734 de 2002).

Neiva, 4 de diciembre de 2019

Se dispone por esta Regional a resolver el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, en contra del fallo de primera instancia contenido en el auto No. 129 del 14 de junio de 2019, proferido por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Neiva, actuando de conformidad a la competencia señalada en el inciso 2º del Artículo 69 de la Ley 734 de 2002, atendiendo la autorización otorgada por la Viceprocuraduría General de la Nación en auto del 5 de agosto de 2019, para ejercer el poder disciplinario preferente respecto al proceso MENEV-2018-52, que adelanta la Inspección Delegada Región de la Policía No. 2 contra el patrullero VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA. (fls. 488 y 489).

1. ANTECEDENTES.

La presente actuación disciplinaria seguida contra el Patrullero de la Policía Nacional VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, adscrito a la Estación de Policía de Palermo, por la presunta conducta disciplinaria de causar lesiones personales el 17 de noviembre de 2017 a eso de las 12:00 de la noche aproximadamente, cuando departía en la Heladería Los Pinos del casco urbano del Municipio de Palermo, al señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ, ocasionándole una cortada en la ceja izquierda, que conllevó una incapacidad médico legal definitiva de 17 días y como secuelas deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente, conducta calificada como gravísima a título de dolo, proceso del que se asumió su conocimiento, en ejercicio del poder disciplinario preferente ordenado por la Viceprocuraduría General de La Nación, en auto del 5 de agosto de 2019, ante lo cual se dispuso con oficio D-1307 del 12 de agosto de 2019, solicitar a la Inspección Delegada Regional 2 de la Policía Nacional la remisión del expediente el cual se encontraba en trámite de la segunda instancia.

Con fundamento en lo anterior se inició la indagación preliminar en contra del disciplinado, por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Neiva, mediante auto del 9 de mayo de 2018 (fls. 6 a 10), providencia que le fue notificada personalmente al disciplinado el 19 de junio de 2018 (fl. 13).

Una vez recaudada la prueba testimonial, documental y el dictamen médico legista, las que fueran ordenadas en la indagación preliminar, dentro del término legal, la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Neiva, por auto del 23 de

Procuraduría Regional del Huila

Calle 7ª No. 3-67 Piso 2º edificio Banco Popular Neiva Tel. 8710018-8710895 Fax
8710040 www.procuraduria.gov.co; Correo electrónico: regional huila @procuraduria.gov.co



enero de 2019, decidió adoptar el procedimiento verbal y cita a audiencia en contra del señor VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, (fls. 91 a 105), decisión que fuera notificada personalmente al disciplinado el 23 de enero de 2019. (fl. 106).

En el curso de la audiencia surtida el 31 de enero de 2019, se consignó que el investigado a pesar de esta notificado personalmente de la fecha y hora en que se surtiría la audiencia, no compareció, ni hizo solicitud de aplazamiento de la diligencia o presentó justificación por su inasistencia, por lo que da por superada la etapa; también consideró que al no hacer el disciplinado, solicitud de pruebas ni tampoco se decretaron pruebas de oficio, se procede a pasar a la etapa de alegatos de conclusión, para que el investigado estructure sus argumentos y pueda ejercer su derecho a la defensa, para lo cual fijar fecha y hora para surtir la misma, la que se le informó al investigado. (fls. 107 y 108).

En sesión de audiencia del 7 de febrero de 2019 (fls. 112 y 113), la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Neiva, se le concede la palabra al Patrullero VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, quien solicitó que le fuera designado defensor de oficio para que lo represente en la audiencia, petición que es acogida y se procede a adelantar el trámite pertinente, por lo cual se suspende la audiencia. Para tal efecto se le designó como defensora de oficio a la Estudiante de Consultorio Jurídico de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Neiva, JESSICA NATALIA ORTIZ VARGAS, quien tomó posesión el 21 de febrero de 2019 (fl. 1118).

En sesión de audiencia del 28 de febrero de 2019 (fls. 125 a 126), se dio traslado a los sujetos procesales para que presentaran alegatos de conclusión, haciendo su pronunciamiento la defensora de oficio y presenta su versión sobre los hechos el investigado VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, en la cual solicita que se practiquen una pruebas documentales y testimoniales, dándose por culminada esta etapa. (fls. 125 y 126)

Superada la actividad probatoria y surtido el traslado para alegar de conclusión, la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Neiva, profirió fallo sancionatorio en la audiencia realizada el 14 de junio de 2019, providencia que fue recurrida en apelación, recurso que fue concedido y sustentado dentro de la oportunidad legal (fls. 229 a 261).

Así las cosas, este despacho está habilitado para resolver el recurso interpuesto y a ello procede a continuación.

2. CARGO UNICO.

En el auto de citación a audiencia del 23 de enero de 2019 (fls. 91 a 105), se le endilga el siguiente cargo al disciplinado:

“LA DESCRIPCION Y DETERMINACION DE LA CONDUCTA INVESTIGADA CON INDICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE SE REALIZO:

-“modo: El hecho investigado se suscitó el día 17 de noviembre de 2017 a eso de las 12:00 de la noche aproximadamente, momento en que el señor Patrullero Virgilio Ausberto Banco Padilla,



se encontraba en un establecimiento abierto al público de razón social Heladería Los Pinos, el cual se acercó hasta donde se encontraba el señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ, y sin mediar palabras aparentemente procede a lesionar en el rostro al señor Alexander Chala Sánchez, ocasionándole una cortada en la ceja izquierda, viéndose en la necesidad la persona afectada de trasladarse hasta el Hospital del municipio de Palermo evidenciando el cual es valorado por los Galenos diagnosticándole una herida en región supracilar izquierda con sangrodescaso lineal de 3 cm.

“-TIEMPO: Como quiera que los hechos investigados se presentaron el día 17 de noviembre de 2017 a eso de las 12:00 de la noche aproximadamente, la norma sustantiva para aplicar será la ley 1015 del 2006, el “Régimen Disciplinario para la Policía Nacional” y el procedimiento será el contemplado por la Ley 734 de 2002 “Régimen Disciplinario para los Servidores Públicos”.

“-LUGAR: Teniendo en cuenta que los hechos objeto de investigación tuvieron su configuración en el Municipio de Palermo, jurisdicción de la Policía Metropolitana de Neiva, el competente de conocer y adelantar de la actuación disciplinaria dentro de la jurisdicción es jefe de la oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Neiva, con fundamento al factor territorial, según lo establecido en el artículo 54 numeral 5 de la ley 1015 del 2006”.

Como normas vulneradas se citaron las siguientes disposiciones:

-. Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 “Régimen Disciplinario para la Policía Nacional”, Artículo 34 faltas gravísimas. Numeral 10. “Incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como: Franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio, o en hospitalización.

-.Ley 599 de 2000 (Código Penal). Artículo 111. Lesiones. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes”.

Se le indicó al investigado que, para el 17 de noviembre de 2017 a eso de las 12:00 horas, cuando se encontraba departiendo con unos amigos al interior del Establecimiento Comercial de razón social Heladería Los Pinos, y cuando el señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ, sostenía una discusión con otra persona que se acerca hasta ese lugar y sin mediar palabra procedió a desplegar un movimiento con su mano, llevándola hasta la ceja izquierda del afectado, causándole una cortada en la cara con un elemento cortante, lo que conllevó a que se trasladara hasta el Hospital, donde le diagnosticaron como “paciente masculino con lesión en región supracilar izquierda con objeto corto contundente sin signos de respuesta inflamatoria (...) considere realizar sutura de lesión”; valoración que es concordante con el informe pericial de clínica forense donde el análisis, interpretación y conclusiones refiere: “Mecanismo traumático de lesión: Cortante. Incapacidad médico legal DEFINITIVA DIECISIETE (17) DIAS. SECUELAS MEDIDO LEGALES: Deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente. Al afectado fue necesario realizarle procedimiento de saturación a quien la cogieron cinco (5) puntos en la herida o lesión causada, de acuerdo al informe pericial una cortada en la ceja izquierda que le fue causada por el Patrullero BLANCO PADILLA, conducta irregular porque atentó contra la integridad física del señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ, incurriendo en un acto ilícito contemplado en el Código Penal y Código de Ética y la disciplina policial, cuando su



deber como policial consistía en proteger la vida e integridad física de las personas. La conducta endilgada al investigada consiste en haberle causado una cortada en la ceja izquierda al señor ALEXANDER CHALA, con lo cual afectó el deber funcional porque como miembro de la Policía Nacional, por lo que puso en riesgo la integridad personal del mencionado, al momento de causarle esta lesión, porque pudo afectarle el órgano de la visión, de tal modo que afectó bienes jurídicos tutelados porque atentó contra la salud e integridad física de esta persona, porque se trata de bienes supraindividuales, que son objeto de protección por el derecho penal lo cuales afectó al causar la lesión a esta persona; el investigado se sustrajo de sus funciones, porque como servidor público le asistía la obligación y el deber de salvaguardar y proteger la integridad y los derechos de este ciudadano, pero de forma contraria vulneró al momento de esta de esta forma contraria a la legalidad causándole la lesión.

La falta se calificó como GRAVISIMA y se imputó a título de Dolo.

3. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Considera el fallador de primera instancia que el investigado VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, en su condición de Patrullero de la Policía Nacional adscrito a la Estación de Policía Palermo, perteneciente a la Policía Metropolitana de Neiva, incurrió en la falta disciplinaria gravísima, establecida en el numeral 10 del Artículo 34 de la ley 1015 de 2006, por “incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como: Franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado del servicio, o en hospitalización” , para lo cual se trajo a colación en aplicación de los principios de integración normativa la remisión a la ley 599 de 2000, Artículo 111, que define el punible de lesiones personales, como “El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes”, porque de acuerdo al acervo probatorio allegado, demuestra la conducta desplegada por el investigado, la cual tuvo su origen en la discusión verbal que se presentó entre los señores JHON JADER CHAUX VARGAS y ALEXANDER CHALA SANCHEZ, para luego el patrullero BLANCO PADILLA, le causara la lesión en la ceja a éste último, según el análisis detallado que hace los testimonios de los señores ALEXANDER CHALA SANCHEZ y RICARDO DIAS VIVAS, quienes responsabilizan directamente de las lesiones personales al patrullero VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, junto con la valoración médica por urgencias que hicieron a la víctima en el hospital San Francisco de Asís de Palermo, el 17 de noviembre de 2017, así como del dictamen realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal del 21 de noviembre de 2017, como de las fotografías que aportó el afectado, donde se describe y se observa detalladamente la lesión causada y el procedimiento médico que le fue realizado al señor CHALA SANCHEZ. Que según las pruebas allegadas al proceso, el patrullero BLANCO PADILLA, para el 17 de noviembre de 2017, siendo las 12:00 de la noche aproximadamente, mientras se encontraba con permiso departiendo con sus amigos en el Establecimiento de Comercio Heladería Los Pinos, arremetió en contra del señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ, causándole una lesión en la ceja izquierda, conducta que es tipificada como delito en el Código Penal.

Con respecto a las pruebas que fueron solicitadas por el investigado en la etapa de alegatos de conclusión, al funcionario A quo, manifiesta que existe impedimento para



ser decretadas y practicadas las mismas, teniendo en cuenta que la etapa procesal de pruebas de descargos se había agotado, y no se puede revivir las etapas ya surtidas porque sería violatorio del debido proceso, porque el juicio disciplinario tiene establecidas sus propias reglas, por lo que era improcedente la solicitud de pruebas en esta etapa.

Señala el funcionario A quo que no existe duda en que el Patrullero VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, es responsable del cargo que se le imputa, al no existir causal de exclusión de responsabilidad, porque se encuentra probado que para el 17 de noviembre de 2017, causó lesión en la cara al señor ALEXANDER CHALA, específicamente una cortada en la ceja izquierda, la que fue necesario suturarla con cinco puntos, conducta que se encuentra tipificada como delito en el Artículo 111 del Código Penal, calificándose la falta definitivamente como gravísima dolosa, ante lo cual fue declarado responsable disciplinariamente y le impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de trece (13) años, porque en el certificado de antecedentes le figura una sanción de suspensión e inhabilidad especial de 180 días. (fls. 229 a 261).

4. ARGUMENTOS DE LA APELACION

El recurso impetrado fue sustentado en su oportunidad procesal, esgrimiendo argumentos que pueden concretarse de la siguiente manera:

Como quiera que dentro de los alegatos de conclusión, el investigado había solicitado la práctica de algunas pruebas, tales como que se allegaron los videos que existieran donde se hubieran registrado estos hechos; que se tuvieran en cuenta los registros que sobre el caso se hicieron en la Estación de Policía de Palermo, que se recepcionaran los testimonios de los policiales que el día de los hechos conocieron el caso, sin que mencione sus nombres; y que recepcionen los testimonios de los señores DAINER ORTEGA OYOLA y JHON JADER CHAUX VARGAS, sin que la Oficina de Control Disciplinario Interno, se hubiera pronunciado al respecto, de tal modo que en las dos oportunidades en que la actuación fue enviada a que se surtiera la segunda instancia ante Inspección Delegada Regional Dos de la Policía, decretó la nulidad de la actuación, para que la primera instancia, se pronunciara respecto a la solicitud de pruebas.

Ante este requerimiento de la segunda instancia, la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Neiva, se pronuncia en la decisión de primera instancia del 14 de junio de 2019, negando la práctica de las pruebas solicitadas por el investigado en la etapa de alegatos de conclusión, por considerar que no correspondía a esta etapa solicitar que se practicaran pruebas, toda vez que la etapa de pruebas de descargos había transcurrido en silencio, y que las mismas son preclusivas; ante la negativa la concedió el recurso de reposición y en subsidio el de apelación al investigado, quien interpuso y sustentó el recurso de reposición ante el mismo funcionario quien lo negó de plano y concedió el recurso de apelación ante esta instancia, el cual se niega, teniendo en cuenta que la etapa de alegatos de conclusión, no era la indicada para hacer este tipo de requerimientos, porque el procedimiento disciplinario a determinado cada una de las etapas de la actuación, las cuales son preclusivas, no obstante lo anterior, decidió analizar el requerimiento y decretar de



oficio la práctica de algunas de las pruebas solicitadas por el investigado, sobre las cuales se hará referencia más adelante.

En la sustentación del recurso de apelación el investigado VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, insiste en que procede la nulidad de la actuación, conforme lo dispone el Artículo 143 de la Ley 734 de 2002, porque se ha vulnerado el debido proceso porque no se hizo claridad con relación a las pruebas que solicitó, no se valoró el acervo probatorio allegado y se le impuso sanción a pesar de la existencia de una duda razonable que se debe aplicar en su favor. Insiste en que en dos oportunidades la segunda instancia le ha indicado que corrija los errores que se han presentado sin que el fallador de primera instancia haya acatado la decisión. Que en este caso no hay pruebas como para que se le imponga sanción, porque no se tiene la certeza sobre la ocurrencia de la conducta; que se debe tener en cuenta en su favor y se verifiquen las filmaciones y los registros que se hubieren realizado en la Estación de Policía sobre estos hechos; que el Patrullero CHAUX que estuvo presente en el lugar de los hechos no fue escuchado, como tampoco se recepcionó el testimonio de los policiales que conocieron el caso en la Estación de Policía, de quienes no indica nombres.

Dice que en este evento, el Teniente CAMILO GALINDO, pasó un informe indicando que el señor Alexander Chala había interpuesto una queja en su contra, porque le había causado una herida; a la indagación preliminar se presentaron tres testigos, entre ellos JHON ALEXIS PLAZAS, quien no fue claro en la diligencia, por lo que se presenta en su favor una duda razonable, este testigo no fue enfático en la prueba, tuvo dudas, además no hubo un elemento contundente, una navaja, una piedra, una silla, una botella, no se manifestó sobre la existencia de algún elemento como para hacer un razonamiento justo y razonable, entonces se presenta duda porque no existió una herramienta. Que el operador disciplinario debió solicitar todas las pruebas contundentes para verificar la sanción que le fue impuesta, porque la decisión solamente se basó en la versión de JHON ALEXIS PLAZAS, cuando éste testigo deja muchas dudas, no dice donde se encontraba, no hay certeza de qué persona fue la que realizó el hecho para imputársele el cargo, por lo que plantea la existencia de una duda razonable. Que en la Teoría probatoria se deben aportar las pruebas y los indicios para lograr sancionarlos. Que es injusta e inadecuada la sanción que le impusieron, por lo cual pide que se le absuelva ante las circunstancias presentadas, porque en el testimonio de JHON ALEXIS PLAZAS, se presenta una falsedad, en los hechos, no hay una argumentación jurídica, porque no se validó esta versión, lo mencionado es una falsedad del testigo, porque no fue claro ni idóneo en argumentar, por ende no hubo certeza para formular un pliego de cargos. Insiste en que se presentan dudas en el proceso, no hay pruebas, porque si bien él se encontraba allí, esto no significa que afectó al quejoso y no se le puede imputar una sanción, porque no se hizo una buena valoración, pues fue el testigo JHON ALEXIS, el que se tuvo en cuenta para sancionarlo, porque también se escuchó al dueño de la heladería Los Pinos, quien afirma que él se encontraba allí, pero que no vio nada, no fue coherente, por eso no es un testigo presencial. También se recepcionó el testimonio del señor RICARDO VIVAS DIAZ, a quien la consta el hecho de haber ido a buscar a ALEXANDER CHALA, fue a decirle a este por qué razón estaba diciendo eso, y ALEXANDER le expresó que le habían dicho que era él quien le había pegado y que iba a denunciar, pero de esto no se comprobó nada en la Fiscalía, porque no fue claro, decía en su versión al parecer, me dijeron y porque había consumido bebidas alcohólicas como tal. Insiste en que no se soportaron evidencialmente estas pruebas, no se indagó por el despacho para mostrarle la certeza que causó este hecho, no hay elemento. Que con el grado de



amistad que existe entre JHON ALEXIS y ALEXANDER, puede determinar que no hay prueba de cargos que demuestre su responsabilidad, no sabe que método racional de sana crítica utilizó y que lo han afectado en sus derechos fundamentales, porque no hay una persona que lo esté señalando, en su caso no hay grado de responsabilidad, por lo cual solicita a la segunda instancia que se valoren las pruebas y se obre en derecho, porque no se le puede imputar cargos con un solo testimonio, la ley 906 de 2004, exige que las sentencias condenatorias deben tener la existencia de las pruebas para que lleven al convencimiento del Juez, por lo que bajo las circunstancias de la duda, no existe responsabilidad como autor o participe del hecho en que se le relaciona, por lo que se siguen vulnerando el Artículo 143 y el derecho a la defensa, ante lo cual solicita la evaluación de la sanción impuesta porque no existe claridad en la existencia de ilicitud sustancia, existe el método de duda, por lo que no es lógica la sanción impuesta. Que por estos hechos presentó denuncia y solicitud de poder preferente por la Procuraduría.

Mediante auto del 30 No. 0021 del 30 de septiembre de 2019, esta Regional del Huila, dispuso decretar pruebas de oficio en segunda instancia (fls. 502 a 503), en la que se practicaron las siguientes:

Testimonio rendido por el señor DAINER ORTEGA OYOLA, quien laboró como patrullero de la Policía Nacional hasta el 22 de abril de 2019, desempeñándose como Secretario de la Estación de Policía de Palermo, quien afirma que conoce al señor ALEXANDER CHALA por el apodo de Mutis, quien se acercó a su oficina a preguntar por el patrullero VIRGILIO BLANCO, porque quería hablar con él, porque al parecer no tenía certeza de unos hechos que habían sucedido en una heladería llamado Los Pinos donde lo había lesionado y le había dicho que al parecer quien lo había lesionado era el Patrullero BLANCO, pero no tenía la certeza; ésta persona le manifestó que le habían hecho una pequeña herida en la parte de la ceja, en la que observó como un rasguño, una sutura en la ceja; ante lo cual le expresa que el patrullero no se encontraba, pero que una vez llegara lo ponía en contexto; que cuando llegó al patrullero BLANCO, le informa lo ocurrido y le dice que se dirija hasta la casa del señor porque al parecer le iba a interponer una queja por unos hechos que habían sucedido, donde lo culpaban de unas lesiones. Que el señor CHALA SANCHEZ le manifestó que estaba tomando, cuando sintió que le pegaron un golpe, pero no se acercó a la Estación a entablar la denuncia ese mismo día o en la noche, fue días después buscando al patrullero para hablar con éste. (fls. 509 a 511).

Testimonio rendido por el señor JHON JADER CHAUX VARGAS, quien laboró como patrullero de la Policía hasta el 27 de noviembre de 2017, quien con relación a los hechos que se investigan afirma que departía en el Establecimiento Los Pinos, en el centro de Palermo, con unos recolectores de café, quien lo invitaron a ingerir licor, y a eso de las once de la noche llegó al sitio su compañero de la Estación de Policía VIRGILIO AUSBERTO BLANCO, a quien invitó a que tomara, pero éste solo acepto tomarse un jugo y un paquete de comestibles, pero él siguió bebiendo porque se hallaba en vacaciones de retiro, pues sabía que saldría de la Institución, y fue allí cuando el señor MUTIS, al verlo ingresa al Establecimiento de Comercio, lo toma del cuello y lo tira al suelo, y fue allí cuando uno de los recolectores de café de nombre DIEGO a quien le dicen "Tas Tas" al verlo en el suelo empuja al señor MUTIS y hubo un forcejeo entre estos y se retiró del hecho, porque no lo atacó, solo levantaba las manos, mientras que VIRGILIO BLANCO, tomó su jugo y se apartó del lugar de los hechos, lo mismo que hizo él, despidiéndose de los recolectores de café, del señor DIEGO,



quienes quedaron discutiendo con MUTIS; que a los días se enteró que el señor MUTIS averiguaba sus datos para demandarlo, pero al ver que sus compañeros le dijeron que estaba por retirarse de la Policía, desistió de tomar sus datos y en su lugar tomó los del patrullero VIRGILIO BLANCO, porque éste señor tiene antecedentes buscando que los servidores públicos lo agredan o interfieran en un procedimiento para así demandarlos para obtener beneficios de carácter económico, dinero o dádivas, porque busca sacar dinero de la Institución o del funcionario, porque las faltas dentro o fuera de la Institución se sancionan. Que la razón para el que MUTIS lo tomara del cuello, fue porque no lo saludó, porque era muy vanidoso y como se encontraba embriagado, de tal modo que al verlo y no saludarlo, decide agredirlo por la espalda cuando se encontraba fumándose un cigarrillo sentado, al frente suyo estaba BLANCO, y a los otros lados estaban los recolectores de café, allí fue cuando MUTIS ingresó y dijo ve aquí está el Chavo, ante esto le da la espalda, ignorando su saludo, para evitar una agresión verbal y es allí cuando lo toma por el cuello tirándolo al suelo y se levanta alzando las manos, y es cuando DIEGO a quien le dicen Tas Tas, ingresa al forcejeo con MUTIS, sin que lo hubiera agredido, porque de ser así lo hubiera demandado. Afirma que ni él, ni el patrullero VIRGILIO BLANCO agredieron al quejoso, porque el forcejeo se presentó con uno de los recolectores de café, y fue a los días que se enteró que se había presentado una lesión en contra de éste. Dice que es falso que VIRGILIO BLANCO hubiera lesionado al señor ALEXANDER CHALA, y de su parte tampoco es cierto que lo haya agredido verbalmente, y quien lo agredió fue el señor DIEGO, porque entre ellos si se presentó forcejeo y se agredieron. Que el señor JOHN ALEXIS PLAZAS SANCHEZ, rinde un testimonio falso, porque no se dio cuenta de nada de lo que ocurrió al interior del establecimiento de comercio, porque donde dejó la moto queja a una distancia de unos quince metros de donde ellos estaban y en horas de la noche no se puede observar nada, además que éste depende económicamente del quejoso, son familiares. (fls. 520 a 525).

Con oficio número DS-20520-01-03-05-00447 del 24 de octubre de 2019, el doctor DAVID ARMANDO GODOY, Fiscal 18 Local de Palermo, remite copia de la noticia criminal radicada No. 415246105115201700219, que allí cursa contra el señor VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, por el delito de lesiones personales dolosas, siendo denunciante ALEXANDER CHALA SANCHEZ. Esta actuación se encuentra en indagación y dentro de la misma no existe CD o ningún otro elemento material de prueba y/o evidencia física. En el mismo obra informe pericial de clínica forense No. GRCOPPF-DRSUR-08331-2017 del 21 de noviembre de 2017, expedido por el doctor EDGAR ARANGO AGUDELO, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Neiva, en cual se consignó lo siguiente: “NOMBRE EXAMINADO: ALEXANDER CHALA SANCHEZ... Examinado hoy martes 21 de noviembre de 2017 a las 18:09 horas en Primer reconocimiento Médico Legal. Previa explicación de los procedimientos a realizar en la valoración, la importancia de los mismos para el proceso judicial o administrativo, se diligencia el consentimiento informado, se toma firma y huella dactilar del índice derecho del examinado en el consentimiento informado. (...) RELATO DE LOS HECHOS: El examinado refiere que “EL VIERNES 17 A LAS 12:10 DE LA MADRUGADA, EN LA HELADERIA LOS PINOS DE PALERMO HUILA, CUANDO YO ESTABA COMPRANDO DOS REFRESCOS, DOS AGENTES DE POLICIAS QUE ESTABAN DE CIVIL ESTABAN TOMANDO CERVEZA, AL ENTRAR UNO DE ELLOS ME OFENDIO Y ME TRATO MAL, YO ME LE PARE EN FRENTE Y LE DIJE QUE ME RESPETARA, EL AGENTE CHAUX SE ME PARÓ Y SE ME VINO ENCIMA, FORCEJEAMOS CUANDO EL AGENTE VIRGILIO BLANCO PADILLA ME PEGÓ EN LA CARA Y ME CORTÓ, NO SE SI FUE CON VIDRIO O LATA



DE CERVEZA, AL VERME LA SANGRE ME FUI PARA EL HOSPITAL DE PALERMO Y ALLA LA DOCTORA ME COGIO PUNTOS, ME FUI PARA LA CASA Y PUSE EL DENUNCIO Y AHORA ESTOY ACA" ...(...) Cara, cabeza, cuello: HERIDA SUTURADA EN REGION SUPRACILIAR DISTAL IZQUIERDA DE 3 X 0.1 CM, SIN SIGNOS DE INFECCIÓN, RESTO DE EXAMEN FISICO SIN LESIONES RECIENTES O ANTIGUAS RELACIONADAS CON LOS HECHOS. ANALISIS, INTERPRETACION Y CONCLUSIONES. Mecanismo traumático de lesión: cortante. Incapacidad médico legal DEFINITIVA DIECISIETE (17) días. Secuelas médico legales a determinar en SEGUNDO RECONOCIMIENTO. SE ENVIA INFORME PERICIAL A LA AUTORIDAD SOLICITANTE,....(fls. 534).

Informe pericial de clínica forense No. GRCOPPF-DRSUR-08810-2017 del 11 de diciembre de 2017, expedido por el doctor EDGAR ARANGO AGUDELO, Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Neiva, en cual se consignó lo siguiente: "...NOMBRE EXAMINADO: ALEXANDER CHALA SANCHEZ... (...) ANALISIS, INTERPRETACION Y CONCLUSIONES: Mecanismo traumático de lesión: Cortante. Incapacidad médico legal DEFINITIVA DIECISIETE (17) DIAS SECUELAS MEDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente;...". (fls. 542).

Obra en la actuación acta de conciliación surtida el 6 de febrero de 2018, llevada a cabo en la Fiscalía 18 Local de Palermo, en la que se contó con la presencia del querellante ALEXANDER CHALA SANCHEZ y el denunciado VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, en la cual se consignó: "Querrela suscrita por el señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ en contra del señor VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, por el delito de lesiones dolosas, quien manifiesta que el día 17 de noviembre de 201 fue objeto de agresiones por parte del denunciado, de las cuales hay reconocimiento médico legal y secuelas definitivas". En el espacio para describir las pretensiones del querellante, propuestas y acuerdo, se consignó: "Al preguntarle a las partes si manifiestan querer conciliar, el denunciado manifestó que él solicita se continúe la investigación e ir por las pruebas, así mismo que el denunciante deberá comprobar con cámaras o videos, así como con testigos de los hechos porque él lo único que hizo fue empujar al lesionado cuando iba saliendo del sitio donde se encontraba esa noche, pero en ningún momento le ocasionó lesión. El denunciante dice que no es necesario ir más lejos, que eso lo puede arreglar aquí, pero el denunciado reitera su intención de que se prueba si él ocasionó o no daños en la integridad del lesionado. El despacho realiza una sensibilización sobre los hechos ocurridos y pasados 40 minutos no es posible por las partes llegar a un acuerdo satisfactorio. Ante estas manifestaciones se declara FRACASADA la audiencia de conciliación y se dispone proseguir con el trámite procesal". (fls. 545 a 546).

En sus alegatos de conclusión de segunda instancia, el investigado VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, expresa que el señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ, denunció los hechos por los cuales es objeto de investigación el día 21 de noviembre de 2017, cuando los mismos ocurrieron el 17 de noviembre de ese año, esto sucedió porque el quejoso no sabía a quién culpar del hecho, y como él se encontraba presente cuando se presentó la discusión con el Patrullero retirado CHAUX, decidió culparlo de las agresiones para obtener un beneficio económico por la lesiones causadas, porque aún se encontraba activo de la Policía Nacional, mientras CHAUX estaba de vacaciones de retiro. Dice que el testigo JHON ALEXIS PLAZAS, presenta dudas en su declaración, porque no dijo si realmente como investigado tenía algún



elemento con el que le hubiera podido causar la lesión al señor ALEXANDER CHALA, que no intervino en el forcejeo que sostuvo ALEXANDER CHALA y CHAUX, y considera que no se tiene un planteamiento razonable en la investigación como para juzgar, no existe argumentación jurídica, ni una teoría del caso para demostrar la certeza por parte del Capitán OMAR PARRA RODRIGUEZ, Jefe de la oficina de Control Disciplinario de la MENEV.

Solicitar la absolución y por ende el archivo del proceso, porque en el mismo no se indagó sobre estos hechos, a pesar de haber solicitado que se recepcionaran los testimonios de los uniformados que conocieron el caso luego de su ocurrencia, porque allí llegaron las patrullas que se encontraban de turno y si hubiera causado la lesión al quejoso, lo hubieran capturado en flagrancia, y se le hubiera instaurado la denuncia pertinente, ante lo cual considera que se le están vulnerando sus derechos fundamentales cuando se valoraron las pruebas, y porque no se allegaron las anotaciones de los libros de población para esa fecha por parte de los policiales que conocieron del caso y si estos relacionan al patrullero BLANCO PADILLA, como autor material de la riña y las lesiones. Que el señor JHON ALEXIS PLAZAS SANCHEZ, hizo unos relatos que no son acordes con la realidad, juzgándolo sin tener la certeza y la veracidad sobre los hechos, solo declaró en defensa de su primo, no fue sincero en su versión y se contradice en los hechos. Que en su testimonio el señor RICARDO VIVAS, expresa que no observó los hechos, dijo que VIRGILIO BLANCO PADILLA, se encontraba en el lugar, pero no vio nada, ni sabe quién le causó la lesión a ALEXANDER, y solo sabe que la discusión se dio con el señor CHAUX; que conforme a esta versión dice, que hacía 15 minutos acababa de llegar a la tienda Los Pinos, porque venía recibir clases en el bus del Municipio de Palermo, llegó al sitio porque el patrullero CHAUX lo llamó para que tomara algo, pero solo le aceptó una pony malta y un paquete de papas, allí saludó a CHAUX, a un exagente de la Policía de apellido MORENO y otro amigo de CHAUX, recolectores de café que estaban en una mesa, lo cual no significa que sea culpable de las lesiones, porque en su favor debe prevalecer la presunción de inocencia.

Que se recepcionó el testimonio del señor GUSTAVO JAVELA, quien expresó que el patrullero DAINER ORTEGA, fue hasta su casa para hablar con ALEXANDER CHALA, para indagar por los hechos por los que lo estaba acusando, supuestamente después de varios días de haber ocurrido, al patrullero BLANCO, pero según el investigado, acudió allí porque DAINER OYOLA le dijo que preguntara a ALEXANDER porque estaba diciendo que era él quien lo había lesionado, ante lo cual le respondió que no tenía nada que ver con ese problema que había sostenido con CHAUX, y que no dijera cosas que lo afectaban en su dignidad y honra, y le sugirió que si consideraba que él lo había lesionado que presentara la queja; que no fue él quien le causó las lesiones, cuando el agarre fue con el Patrullero CHAUX. Que según el testimonio rendido por el Patrullero retirado CHAUX, el forcejeo y la discusión fue con él y en el sitio estaban más personas en la mesa, unos recolectores de café, y uno de estos entró a defender al patrullero CHAUX, y que el aquí investigado no estuvo involucrado en esta conducta. Dice el investigado que echa de menos los videos fílmicos del sector comercial y no fueron aportados y les fueron negados; que no existe en su contra ninguna prueba que demuestra que incurrió en la conducta y que causó la lesión que se le acusa, por lo que considera existe insuficiencia probatoria, hay una duda y por ende se le debe absolver, además de existir irregularidades procesales que conllevó a la que mediante auto del 25 de mayo de 2019, la Inspección Delegada Regional 2 de la Policía Nacional, así lo expresara decretando la nulidad de la actuación. Que con la decisión sancionatoria se



le estaba vulnerando el derecho a la igualdad, así como el concepto del mínimo vital frente a las configuraciones de un perjuicio irremediable.

Solicita que se disponga la absolución en su favor, se archive el proceso ante la falta de pruebas y por la existencia de una duda razonable, porque en el testimonio rendido por el señor JHON ALEXIS PLAZAS, hay manifestaciones como creo, no sé, además se encontraba en la parta de afuera del sitio donde ocurrieron los hechos, a buena distancia, situación que no lo hace un testigo presencial de los hechos, prueba que genera duda razonable. (fls. 564 a 575).

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO FRENTE A LOS ASPECTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

Inicialmente se procederá a resolver algunas situaciones que a juicio del investigado son violatorias del debido proceso y el derecho de defensa, y que en su sentir se ha proferido un fallo dentro de un proceso viciado de nulidad.

Seguidamente se procederá a estudiar la actuación de acuerdo con los diferentes aspectos considerados por el A -quo y los fundamentos de la impugnación, acorde con los aspectos jurídicos y probatorios que deben tenerse en cuenta para poder endilgar responsabilidad disciplinaria, teniendo presente que la falta disciplinaria está compuesta por el ilícito disciplinario, que comprende la tipicidad, la ilicitud sustancial y la imputación subjetiva o grado de culpabilidad.

Estudio de las actuaciones procesales que la defensa considera violatorias de los derechos del disciplinado.

El investigado considera que el fallo se profirió dentro de un proceso viciado de nulidad, porque el funcionario A quo no atendió las pruebas que solicitó en la etapa de traslado para alegar de conclusión, a pesar de que no asistió a la audiencia en la que surtió la etapa para que rindiera versión libre, presentara descargos, solicitara y/o aportara pruebas de descargos, por lo que en segunda instancia se debió decretar la nulidad de la actuación para que resolviera al respecto, habiendo denegado su práctica y concediendo los recursos de reposición y apelación contra la negativa de pruebas, recurso de apelación que se niega teniendo en cuenta que la solicitud de las pruebas no se hizo en la etapa que correspondía. Advierte el despacho que el proceso disciplinario se encuentra debidamente reglado en las leyes 734 de 2002 y 1474 de 2011, en donde una de las características de la actuación disciplinaria es que ella se compone de etapas que son preclusivas, por lo cual no es posible que se revivan trámites que ya fueron cumplidos, salvo el caso de eventos que den lugar a la configuración de alguna causal de nulidad, ante lo cual así deberá decretarse, que no es el caso en este asunto. Por consiguiente, la oportunidad para que los sujetos procesales soliciten la práctica de pruebas durante la etapa del juicio en el proceso verbal, es durante el término de traslado para la presentación de los descargos o cuando en esa misma etapa rinde la versión libre. En el presente caso, el investigado a pesar de hallarse debidamente notificado y enterado de la fecha y hora en que se surtiría la audiencia inicial no compareció, ni justificó ante el competente su ausencia, por ende perdió la valiosa oportunidad de solicitar y/o aportar las pruebas que a bien quisiera hacer valer en su defensa y el funcionario A quo, tampoco considero procedente y pertinente decretar pruebas de oficio. El pronunciamiento sobre la práctica de pruebas solicitadas en una etapa diferente a la de descargos, reviste un carácter



excepcional y restringido para procurar el respeto por los términos procesales de cada una de las etapas de la presente actuación, por esa razón no fueron atendidas las mismas por la primera instancia, porque es evidente que se trató de una petición de pruebas absolutamente extemporánea; no obstante ante la insistencia del investigado en su práctica, de oficio en segunda instancia se dispuso por éste despacho a decretar y practicar de oficio las pruebas testimoniales en la cuales hizo mención del nombre de los testigos y del traslado de la carpeta del proceso penal que tramita la Fiscalía 18 Local de Palermo, en contra del señor VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, por Lesiones Personales dolosas, dejando claro que no se evidencia la existencia de una de las causales de nulidad de que trata el Artículo 143 de la Ley 734 de 2002.

Para el despacho aparece clara la protección al debido proceso y el derecho de defensa en los cargos elevados en el auto de citación audiencia del 23 de enero de 2019, pues se ajusta a los requisitos formales y sustanciales para este tipo de decisiones, porque debe entenderse que la citación a audiencia contiene la imputación del cargo que conforme a las pruebas obrantes en el expediente se han inferido; esto es, que el auto de citación a audiencia se asimila al pliego de imputaciones, como también se ajusta a los criterios para determinar la gravedad de la falta, pues tal decisión procede cuando: *"esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado"*, de tal modo que demostrados estos supuestos en el proceso, se tiene formalmente la determinación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pues se describió y determinó la conducta investigada con indicación del tiempo de su ocurrencia, el concepto de violación, la ilicitud sustancial, la respectiva calificación jurídica provisional; se identificó al autor de la falta y el cargo desempeñado por el investigado para la época de los hechos, esto es Patrullero de la Policía Nacional, quien el día de los hechos se encontraba con permiso debidamente autorizado, perteneciente a la Estación de Policía Palermo, que hace parte de la Policía Metropolitana de Neiva; se analizaron y sintetizaron las pruebas soporte del cargo formulado, con una relación precisa de todos los hechos que rodearon la ejecución de la falta cometida, con fundamento en las pruebas obrantes al proceso, se expusieron los criterios para determinar la gravedad de la falta con la consecuente forma y grado de culpabilidad, de tal manera que el cargo endilgado es concreto y debidamente tipificado en la falta disciplinaria.

Respecto de los tipos en blanco, en su libro Dogmática del Derecho Disciplinario, segunda Edición del doctor CARLOS ARTURO GOMEZ PAVAJEAU, págs. 276 y 277, dice: *"El legislador ha tratado al máximo de describir exhaustivamente los caracteres de lo punible. Pero sólo consigue hacerlo con un pequeño catálogo de tipicidades. Las restantes tiene que completarlas, so pena de dejar impunes conductas que se apartan de lo que está permitido y mandando a las autoridades públicas, el operador jurídico disciplinario a través del orden jurídico universal del Estado de derecho. Por ello la Corte Constitucional ha precisado que la "exigencia de una clasificación detallada de infracciones administrativas en normas tipo, en donde no sólo se haga una descripción exacta de la conducta que será objeto de sanción sino de la sanción misma, modelo típico del precepto penal, devendría sanción sino de la sanción misma, modelo típico del proceso penal, devendría en el desconocimiento de la naturaleza misma de la actividad administrativa"*.

Las conductas sancionables "no sólo deben estar descritas en norma previa" sino que "además deben tener un fundamento legal". Pero, así esté autorizada la remisión normativa, es necesario



que “el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente”.

De acuerdo a lo anterior, es evidente que las normas que se le han citado al disciplinado, como vulneradas, se relacionan plenamente con la conducta que se le endilga, tal como incurrir en la falta gravísima contemplada en el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 “Régimen Disciplinario para la Policía Nacional”, al “incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como: ...permiso...”, porque realizó la descripción típica de lesiones personales dolosas, consagrada en el Artículo 111 del Código Penal, el cual señala “Lesiones. (...) El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes”; y según el dictamen médico legal definitivo expedido el 11 de diciembre de 2017 por el Instituto Nacional de Medicina legal y ciencias Forenses, el señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ, presenta cicatriz normocromica, deprimida en región distal supraciliar izquierda ostensible, causada con mecanismo traumático de lesión: cortante, incapacidad médico legal definitiva; DIECISIETE (17) DIAS, SECUELAS MEDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente, lo cual significa que de conformidad a lo señalado en el Artículo 112 del Código Penal, sobre la incapacidad para trabajar, alude que: “(...) Si el daño consiste en incapacidad para trabajarque no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años....”; y el Artículo 113 de la misma obra, expresa cuando se presenta deformidad : “ (...) (Modificado. Ley 1639 de 2013, art. 2º.) Si el daño consistiere en deformidad físicapermanente, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará desde una tercera parte hasta la mitad”.

Pero además, porque el régimen Disciplinario para la Policía Nacional, clasifica como falta gravísima para los policiales, incurrir en un delito, cuando se encuentre en situación administrativa como permiso, que corresponde al caso que se decide, conducta que dio lugar a que se ocasionaran daños y perjuicios a terceros, la cual se encuentra contemplada en el numeral 10 del Artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-819 del 4 de octubre de 2006, por considerar que: “*Los miembros de la policía que se encuentran en las situaciones administrativas a que se refieren las normas acusadas (franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio o en hospitalización), conservan su condición de servidores públicos de la institución “en servicio activo”, lo que implica que efectivamente y de manera actual desempeñan un empleo o cargo en esa Institución. Esta circunstancia hace que aún bajo las situaciones administrativas descritas retengan su condición de garantes de las condiciones necesarias para el goce efectivo de los derechos y las libertades ciudadanas, y para el aseguramiento de una convivencia pacífica (Art. 218 C.P.). Las conductas que según las disposiciones acusadas son susceptibles de ser sometidas a control disciplinario, aún cuando el servidor público se encuentre transitoriamente separado del servicio, no son de aquellas que puedan adscribirse a la esfera privada del miembro de la Policía, se trata de transgresiones del orden jurídico tipificadas en la ley como delito o contravención, que no obstante tal circunstancia de separación momentánea del servicio, comportan una ruptura del deber funcional en su expresión de deber de actuar conforme a la Constitución y a la ley, lo que eventualmente puede ser objeto legítimo de imputación disciplinaria, siempre y cuando se*



establezca la necesaria conexidad entre la conducta delictiva o contravencional y el menoscabo de la función pública”.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO FRENTE A LOS HECHOS

En el presente evento, se investiga al señor VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, en su condición de Patrullero de la Policía Nacional, porque como uniformado perteneciente a la Policía Metropolitana de Neiva asignado a la Estación de Policía Palermo, hallándose con permiso debidamente autorizado, para el día 17 de noviembre de 2017, a eso de las doce la noche aproximadamente, se le imputa haber incurrido en el delito de Lesiones Personales dolosas, contemplado en el artículo 111 de la ley 599 de 2000 (Código penal), cuando actuó en contra del quejoso ALEXANDER CHALA SANCHEZ, a quien le causó una lesión en su rostro con un elemento cortante, ocasionándole una cortada en la ceja izquierda, dejándole una cicatriz normocromica, deprimida en región distal supraciliar izquierda ostensible, que le arrojó una incapacidad médico legal definitiva de diecisiete (17) días y secuelas médico legales de “Deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente, lo cual significa que conforme al Artículo 112 del Código Penal, que “(...) Si el daño consiste en incapacidad para trabajarque no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años....”; y el Artículo 113 de la misma obra, expresa que “Si el daño consistiere en deformidad físicapermanente, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) Y si la deformidad afectare el rostro, “la pena se aumentará desde una tercera parte hasta la mitad”.

La adecuación típica de la conducta se realizó conforme al numeral 10 del Artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 el cual señala que será falta gravísima para los uniformados incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito, cuando se encuentra situaciones administrativas como el permiso, toda vez que atendiendo la razón de ser del principio de legalidad, y consecuentemente el de tipicidad, se encontraba frente a una norma clara, expresa, cierta y exigible, que enfrentada con la conducta desplegada por el disciplinado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar conocidos, autorizaba así la adecuación de la conducta disciplinaria, conforme lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-124 de 2003, al indicar: *“Esta Corporación ha afirmado que el principio de legalidad, como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, hace parte de las garantías del debido proceso, pues permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables, tanto en materia penal como disciplinaria. Este principio además protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y administrativa y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionatorio del Estado. Por eso es común que los tratados de derechos humanos y nuestra Constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (artículo 29)¹. Esta Corte también ha señalado que el debido proceso comprende el principio constitucional de la legalidad de la conducta sancionada y de la pena a imponer.*

....las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario

¹ Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.



para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así mismo cabe concluir que la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del estado y que dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento, por lo que la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas”².

El tipo disciplinario abierto o en blanco previsto en el numeral 10 del artículo 34 de la ley 1015 del 2006, que tipifica una falta de naturaleza gravísima, se constituye en una de las más claras herramientas o instrumentos jurídicos para combatir toda conducta o comportamiento corrupto o delictivo, permitiendo traer del derecho penal, al derecho disciplinario conductas tipificadas como constitutivas de delitos, conforme los presupuestos normativos claramente previstos en éste, para disciplinarlos conforme los principios, normas y reglas jurídicas consignadas en el régimen disciplinario para la Policía Nacional.

La descripción típica que comporta el tipo penal previsto en el artículo 111 de la Ley 599 de 2000, (código penal), referida al injusto de Lesiones Personales dolosas, fue imputado al disciplinado conforme la aplicación del tipo penal en blanco que comporta el numeral 10 del Artículo 34 de la Ley 1015 del 2006. Conforme el principio de legalidad, *“el comportamiento sancionable, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben estar previamente definidos, en forma suficiente clara por la Ley”³*, significa ello, primero, que conforme la garantía de lex previa, debe existir con anterioridad, las disposiciones o preceptos jurídicos que con certeza enseñen, cuáles son las conductas que tipifican una falta de naturaleza disciplinaria, lo que hace el legislador en el artículo 25 del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, conforme dicha norma, la disciplina es una de las condiciones esenciales para el funcionamiento de la Institución policial e implica la observancia de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que consagran el deber profesional. Corresponde al funcionario Disciplinario, hacer el proceso de adecuación típica, acudiendo a la utilización de los tipos en blanco o abiertos, que obligan a la lectura sistemática y armónica con aquella otra disposición que establece la orden o prohibición en forma concreta; y ubicada la conducta conforme el respectivo tipo penal, en materia disciplinaria, tal y como está concebido el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, lo que constituye falta disciplinaria es la realización por parte del servidor público, de la descripción típica del delito doloso conforme la norma penal; de manera tal, que la decisión de la autoridad penal, no vincula a la autoridad disciplinaria, porque los derechos aplicables no participan de la misma naturaleza en cuanto a la finalidad objeto de investigación y configuración de un delito, además de la libre valoración de las pruebas que se lleve a cabo. En este evento también se demostró probatoriamente que contra el señor VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, la Fiscalía 18 Local de Palermo, adelanta la carpeta iniciada con la noticia criminal No. 415246105115201700219, en contra del señor VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, por el delito de lesiones personales dolosas, siendo denunciante

² Corte Constitucional Sentencia C-124 de 2003.

³ Corte Constitucional – Sentencia C- 818 de 2005.



ALEXANDER CHALA SANCHEZ, en la que se intentó llevar a cabo una conciliación el 6 de febrero de 2018, porque según el indiciado BLANCO PADILLA, sola admite haber empujado al lesionado cuando iba saliendo del lugar en que se encontraba esa noche, pero no le ocasionó la lesión. (fls. 545 y 546).

Corresponde en consecuencia establecer si de acuerdo con el material probatorio se encuentra probada su ocurrencia, veámos:

El señalamiento expreso, claro y decidido que hace el señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ, en la denuncia penal presentada en la sala de denuncias de la Estación de Policía Palermo el 21 de noviembre de 2017, y en su testimonio que hace en contra del señor VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, como el único responsable de la lesión que le causó en su rostro el día 17 de noviembre 2017, a eso de las doce de la noche aproximadamente, propinándole una cortada en la ceja izquierda, cuando con su mano le sobó la cara al quejoso (fls. 4, 33 a 38), que según dictamen médico legal definitivo que data del 11 de diciembre de 2017, encontró una cicatriz normocromica, deprimida en región distal supraciliar izquierda ostensible, que le arrojó una incapacidad médico legal definitiva de diecisiete (17) días y secuelas médico legales con deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente (fl. 541); hechos que ratifica como testigo presencial el señor JHON ALEXIS PLAZAS SANCHEZ (fls. 65 a 68) y según el testimonio del señor RICARDO DIAZ VIVAS (fls. 69 a 71) propietario de la Heladería Los Pinos ubicada en la zona céntrica del Municipio de Palermo, la lesión al señor ALEXANDER CHALA, conocido con el apodo de MUTIS, se la causaron en la parte externa de su establecimiento de comercio, en donde estaban presentes los antes mencionados, incluido el entonces Patrullero JHON JADER CHAUX VARGAS, porque para cuando ocurrió la agresión verbal de parte de éste hacia el quejoso, ya la heladería estaba cerrada.

Las anteriores pruebas son suficientes para encontrar probado la existencia del ilícito disciplinario, es decir, que se encuentra plenamente acreditado que el disciplinado VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, en su condición de Patrullero de la Policía Nacional, para el día 17 de noviembre de 2017, incurrió en el ilícito de lesiones personales dolosas, cuando salió en defensa de su compañero de labores el patrullero JHON JADER CHAUX VARGAS, quien forcejeaba con el quejoso en las afueras de la heladería Los Pinos, porque fue quien se le acercó al señor CHALA SANCHEZ, y con un elemento cortante que no se logró identificar le sobó la cara, cortándole la ceja izquierda, dando lugar a que se inmediato se trasladara hasta el Hospital San Francisco de Palermo, en donde fue atendido por el galeno, quien le suturó la herida. En manera alguna merece credibilidad el testimonio que rindió el señor JHON JADER CHAUX VARGAS, quien es el único que responsabiliza a un tercero, el señor DIEGO a quien distingue con el apodo de "Tas tas", recolector de café, que dice lo acompañaba esa noche a ingerir licor, de haber ocasionado la lesión al quejoso, versión que no cuenta con ningún respaldo probatorio, argumento que se encuentra descartado con el testimonio del señor RICARDO DIAZ VIVAS, propietario del establecimiento de comercio donde se presentaron los hechos, quien afirma que el impasse ocurrió en la parte externa de la Heladería porque ya había cerrado y que allí solamente estaban los señores ALEXANDER CHALA SANCHEZ, su acompañante el señor JHON ALEXIS PLAZAS SANCHEZ y los patrulleros JHON JADER CHAUX VARGAS Y VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, estos últimos quienes llevaban más de una hora consumiendo bebidas embriagantes en su local comercial. Por consiguiente existe



plena certeza de la ocurrencia del hecho, descartándose de plano la duda razonable invocada por el investigado, toda vez que la misma no se presenta en esta actuación.

De acuerdo a las consideraciones que hace el funcionario A quo, es indudable que la conducta asumida por el señor VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, la cumple prevalido de su calidad de Patrullero de la Policía Nacional, quien se hallaba en permiso para realizar estudios superiores, ordenado por la Policía Metropolitana de Neiva, según lo informa la Jefe de Grupo de Talento Humano MENEV en oficio No. 024931 del 28 de junio de 2018 (fl. 17)

Considera esta Regional que un servidor público cuidadoso en el cumplimiento de sus funciones, garante de los derechos de sus conciudadanos, de las libertades, de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la ley, en manera alguna, hubiese procedido como lo hizo el aquí investigado; su accionar ante el conocimiento de la ley por su formación policial y experiencia en el desempeño como uniformado de la Policía Nacional, hubiera sido la protección de la integridad física del señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ, y no actuar en contra de su integridad personal, causándole una grave lesión en su rostro.

Las normas que se analizaron en el acápite anterior y que fueron señaladas en el cargo endilgado en el auto de citación a audiencia, corresponden al marco normativo que encausa la conducta oficial del disciplinado. Queda entonces demostrada la ocurrencia del ilícito disciplinario en forma suficiente.

De otro lado en lo que concierne a la categoría de ilicitud sustancial, conforme lo señalado en el Artículo 5 de la Ley 734 de 2002 en armonía con el Artículo 4 de la Ley 1015 de 2006, la realización de la conducta endilgada al investigado, afecta el deber funcional y la función pública, porque como servidor público de la Policía Nacional, conoce la ley penal, de tal modo que por tratarse de un funcionario que debe velar por su aplicación y protección, está llamado a cumplirla y hacerla cumplir, convirtiéndose en garante y respetuoso de ella por la relación especial de sujeción que tiene con el Estado; por su formación y el rol que debía cumplir en la Institución Policial, su actuar se debía enfocar en la protección a la vida, integridad física, salud, moral, honra y convivencia de todos los ciudadanos, pero contrario a su obligación constitucional y legal arremete contra el ciudadano ALEXANDER CHALA SANCHEZ, causándole una lesión, lo cortó en la ceja izquierda, afectando así los fines del Estado y el deber constitucional y legal entregado a la Policía Nacional, de salvaguardar la integridad y salud de las personas, porque como policial tenía la obligación de velar por la protección de los derechos de los ciudadanos, y no actuando en la comisión de una conducta delictiva como aquella de la que da noticia esta investigación.

Aspecto Subjetivo de la falta.

Este aspecto viene impuesto por la Constitución Política en el artículo 29 al decir que toda persona se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable.

Este despacho encuentra que el disciplinado incurrió en una falta gravísima a título de dolo, toda vez que incurrió en la comisión de la conducta ilícita de lesiones personales dolosas que está descrita en la ley como delito, cuando se hallaba en la situación administrativa de permiso, toda vez que le causó lesiones al señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ. El investigado, tenía conocimiento de los hechos, porque asumió un



comportamiento violento que lo llevó a lesionar en la ceja izquierda al quejoso, que requirió atención hospitalaria en donde le suturaron la herida; conocía de la ilicitud, porque como miembro de la Policía Nacional, conocía que al incurrir en un delito, así estuviera en permiso, era contrariar el régimen disciplinario de la institución policial, convirtiéndose así en un acto antijurídico, que se ve reflejado en el Código de Ética Policial, porque como uniformado tenía la obligación fundamental de servir a la Sociedad, proteger vidas y bienes, además de ser ejemplo en el cumplimiento de las normas; y porque actuó con plena voluntad al arremeter en contra del señor ALEXANDER CHALA SANCHEZ, causándole una lesión en su rostro, conducta activa que se encuentra sancionada por la ley penal.

Conforme al cargo y el fallo objeto de apelación, la falta gravísima fue imputada a título de dolo, atendiendo el contenido normativo del numeral 10 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, por lo que la sanción a imponer será la destitución del cargo e inhabilidad general por el término de trece (13) años, de conformidad a lo señalado en el Artículo 39, en armonía con el numeral 1º del Artículo 40 ibídem, conforme a la tasación que hiciera el A-quo.

No hay que perder de vista que al servidor público se le reprocha un mayor compromiso y responsabilidad más allá del exigido a cualquier ciudadano que implican condiciones y requisitos de aptitud, capacidad e idoneidad para desempeñar el cargo, esto es, cuando reclama aptitud, requiere que sus cualidades sean adecuadas para ciertos fines o disposición para el buen desempeño de la función pública y no para contrariar tales finalidades con intensión positiva; la idea de la configuración ética del servidor público implica necesaria e indefectiblemente que la culpabilidad se rija por una ética de la responsabilidad y no por una ética del conocimiento, de allí que, con muy buen tino y destacable acierto, se afirme que por virtud del mayor nivel de responsabilidad del servidor público derivado del artículo 6º de la Carta Política, lo que impone un deber especial de sujeción, resulte propio de la conciencia del servidor público, el conocer y cumplir sus deberes funcionales” y no contrariarlos a voluntad de manera abierta como aconteció con el comportamiento endilgado al Patrullero VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA, por lo cual se encuentra adecuada la forma de culpabilidad referida por el A quo en el fallo de primera instancia del 14 de junio de 2019.

Así las cosas, ha quedado demostrado tanto la parte objetiva como la parte subjetiva de la falta disciplinaria dando lugar a endilgar responsabilidad.

Conforme a lo anteriormente expuesto, esta Regional confirma en su integridad la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, **EL PROCURADOR REGIONAL DEL HUILA,**

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad **EL AUTO No. 129 FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**, del 14 de junio de 2019, proferida por La Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Neiva, por la cual sanciona disciplinariamente al señor **VIRGILIO AUSBERTO BLANCO PADILLA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 92.449.374 expedida en San Onofre, Sucre, en su condición de



Patrullero de la Policía Nacional, con **DESTITUCIÓN DEL CARGO E INHABILIDAD GENERAL DE TRECE (13) AÑOS**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Por la Secretaría de este Despacho notificar personalmente a los sujetos procesales la determinación tomada en esta providencia, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno. Para tal efecto, líbrese la respectiva comunicación indicando la decisión tomada y la fecha de la providencia.

En caso que no pudiere notificarse personalmente, se fijará edicto en los términos del artículo 107 del Código Único Disciplinario.

TERCERO: Cumplido lo anterior, **REMITANSE** las diligencias a la oficina de origen para que haga las anotaciones de rigor, envíe copia de los fallos de primera y segunda instancia, con su constancia de ejecutoria, al funcionario que daba ejecutar la sanción y archive las diligencias.

El Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Neiva, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoría del fallo, diligenciará el FORMULARIO No. 001 y lo remitirá al GRUPO SIRI de acuerdo a lo dispuesto por el señor Procurador General de la Nación en Circular No. 055 de 2002.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ARLID MAURICIO DEVIA MOLANO
Procurador Regional Huila.

Proyectó: José Arcadio Méndez Cadena
Radicación No. IUS-E-2019-486715



SALA DISCIPLINARIA ORDINARIA DE JUZGAMIENTO

FALLO QUE CONFIRMA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA-Citador Grado 5 de la Presidencia del Consejo de Estado ejerció actos abusivos contra empleada del área de servicios generales

PLIEGO DE CARGOS-Pieza jurídica medular para edificar la posible responsabilidad de un disciplinable

El pliego de cargos es la pieza jurídica medular en la que se edifica la posible responsabilidad de un disciplinable con todo lo que allí se plasma, es decir, es el proveído que debe leerse y entenderse como un todo, independientemente de los títulos, subtítulos o ítems bajo los cuales se haya construido, pues lo importante es que en su conjunto contenga las exigencias que demanda el artículo 163 de la Ley 734 de 2002

DEBERES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS-Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio

SERVIDORES PÚBLICOS-No pueden ejecutar actos de violencia contra superiores, subalternos o compañeros de trabajo, demás servidores o injuriosos o calumniarlos

ADECUACIÓN TÍPICA DE LA CONDUCTA-Trato respetuoso a contratista del personal de servicio general que el deber le impone por razón del servicio

De las referidas pruebas documentales y testimoniales puede colegirse, en términos generales, que funcionalmente el disciplinado no tenía relación laboral con el personal de servicios generales (cafetería y aseo); sin embargo, ello no significa que por razón del servicio le fuera ajeno propiciar, generar, construir o mantener trato en lo laboral, pues partiendo del principio universal de socialización que caracteriza a los seres humanos, por la forma de vida en sociedad, independientemente del oficio, cargo, empleo o investidura que se ejerza u ostente, se tiende a tener trato directo y constante con las personas con quienes a diario se comparte, máxime en el espacio de trabajo, como por ejemplo con el personal de seguridad, vigilancia, aseo y cafetería, con quienes se tiene un contacto más continuo, personal y de comunicación debido precisamente a las tareas que cumplen, convirtiéndose en la práctica y de cierta manera, guardadas las proporciones legales, en personas allegadas y/o de confianza

ADECUACIÓN TÍPICA DE LA CONDUCTA-Comportamiento sancionado atenta contra la dignidad y merecía mayor rigor en la investigación y severidad en la sanción

Resulta importante reiterar, para advertir, que el trato interpersonal en el ámbito de la vida laboral exige actuar o comportarse con respeto a la dignidad humana y los derechos de los demás, tanto, que es un derecho universal reconocido como fundamental por corresponder a un anhelo de la humanidad, cuya protección, que compete al Estado colombiano, se logra en el establecimiento de regulaciones del derecho interno y en

particular a través de la imposición de deberes y prohibiciones para los servidores públicos

En este contexto, no puede olvidarse que pese a la ausencia de vínculo nominal o jerárquico entre el disciplinado y las señoras de servicios generales, entre ellas la quejosa, el disciplinado aprovechó la relación que surgió por razón del servicio y del ejercicio de sus funciones y labores por ser la persona encargada de la bodega utilizada para almacenar o guardar los muebles de la Corporación, para ejecutar la irrespetuosa conducta reprochada en dicha instalación, amparado en sus propias funciones, pues el 2 de abril de 2019 utilizó como pretexto el enseñarle a la víctima un mueble que supuestamente le iba a entregar a una de sus compañeras, para intentar forzarla a realizar actos contra su voluntad

Frente a ese comportamiento atentatorio del deber de trato respetuoso, como lo enjuició la primera instancia, se precisa que una cosa es tocar desprevenidamente el hombro de una persona, como acto demostrativo de afecto o amistad y otra muy distinta la del tocamiento del hombro denunciado por la quejosa, ocurrido el día 10 de abril de 2019 en la sede de la cafetería, es decir 8 días después de lo ocurrido en la citada bodega, el cual se dio en un escenario totalmente diferente y que no fue objeto de imputación como lo quiere hacer ver el recurrente para argumentar que éste no puede equipararse a un acto abusivo del señor...

Por último, no podemos pasar por alto que comportamientos como el sancionado, desdican de la condición humana pues se atenta contra la dignidad que protege el Estado y en esa medida, su adecuación típica, más allá del incumplimiento de deberes o la violación de prohibiciones, en su real dimensión, merecía un mayor rigor en la investigación, la adecuación típica y severidad en la sanción de manera tal que sea ejemplarizante para prevenir y erradicar actos de esta naturaleza

En conclusión, es posible determinar que se trato de actitudes o comportamientos que por sí mismos causan mortificación o crean un clima hostil en ámbitos de trabajo o similares, respecto de actos, gestos o palabras que en muchas ocasiones representan una pretensión de carácter sexual, reprochable en cualquier edad, no como lo planteo la defensa que se trataba de mujeres mayores de 30 años



Radicación 161-7866

**Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veintiuno (2021)
Aprobado en Acta de Sala N°24**

Radicación No:	IUS E-2019-222883 / IUC D-2019-1311730 (161-7866)
Disciplinado:	CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA
Cargo:	Citador Grado 5 del Consejo de Estado
Quejoso:
Fecha queja:	8 de abril de 2019
Fecha hechos:	2 de abril de 2019
Asunto:	Apelación fallo primera instancia

P.D. PONENTE: SILVANO GÓMEZ STRAUCH

I. TEMA A TRATAR

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del disciplinado CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA, en su condición de citador Grado 5 del Consejo de Estado, contra la decisión del 10 de agosto de 2020, mediante la cual el procurador delegado para la fuerza pública y la policía judicial, actuando como funcionario especial designado por el procurador general de la Nación, lo declaró responsable disciplinariamente del cargo formulado y lo sancionó con “suspensión e inhabilidad especial de doce (12) meses para el ejercicio de la función pública”, sin derecho a remuneración. Pasa la Sala a pronunciarse sobre el fallo proferido en primera instancia.

II. HECHOS

Los hechos materia de la presente actuación se centran en la presunta conducta constitutiva de falta disciplinaria, cometida el 2 de abril de 2019, por el servidor público CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA, quien en ese entonces desempeñaba el cargo de citador grado 5 en la Presidencia del Consejo de Estado y que en el pliego de cargos se le imputó: “*irrespetar a la señora z..., al tomar abusivamente su mano para que la señora le tocara sus partes íntimas y ante la reacción de ésta tomar su cara para besarla*”; siendo víctima la señora Estos hechos se habrían desarrollado en el depósito de muebles perteneciente a la Rama Judicial y ubicado en el quinto piso del edificio CASUR, en la ciudad de Bogotá, D.C.

III. ANTECEDENTES

En escrito del 8 de abril de 2019¹, dirigido a la doctora LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, H. presidenta del Consejo de Estado, la empleada en el área de servicios generales, señora refirió:

[e]l día 2 de abril a la hora de mi almuerzo salí a comprar un aguacate y el señor CARLOS GASPAS estaba en el primer piso, y me pregunto para donde iba yo lo

¹ Folio 1 C.O.1

dije y él dijo que me daba permiso si lo acompañaba allí y le pregunte a donde no me quería decir pero le dije que si no me decía no iba y le toco contarme.

Subimos a la bodega y le pregunte que cual era el mueble que le iba a dar a mi compañera, entro al fondo de la bodega y me mostro un mueble de piso y yo le pregunte que si no era para colgar y entro más como si estuviera buscando el mueble cuando se devolvió yo me di la vuelta y el me agarro la mano y quería que le tocara su miembro yo alcance a detener la mano y fue cuando me apretó hacia él y me cogió la cara muy fuerte para besarme y yo a no dejarme yo le decía que no que que le pasaba y el preguntaba que por qué no y yo le dije que no por qué no así de simple y apenas logre zafarme salí de ahí.

esa misma tarde él fue al piso y yo me encontraba botando la basura llego a la oficina donde yo estaba y me dijo que si me podía llevar a la casa y le dije que no al día siguiente me llamo (no se quien le dio mi número) y me dijo que lo perdonara por el impulso que tuvo le dije que esperaba que no se volviera a repetir me dijo que tranquila que no iba a volver a pasar le pregunte que quien le había dado mi número y me dijo que después me decía le dije que yo tenía esposo y familia y me dijo que el sabia y sabia muchas cosas más de mí [...] –sic para todo el texto transcrito-

El 11 de abril de 2019², en escrito dirigido nuevamente a la misma presidenta del Consejo de Estado, la quejosa agregó que el 2 de abril de 2019, antes que sucedieran los hechos relatados párrafos atrás, CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA le preguntó en tono sospechoso si se sentía bien en el piso porque tenía pensado cambiarla a la cafetería del piso quinto, a lo cual ella le dijo que no, que ahí estaba bien; también agregó que el 10 de abril, él paso por la cafetería y que al saludarla le acarició el hombro por lo cual ella se retiró de ahí, manifestando estar muy asustada e incómoda en el trabajo.

Con fundamento en dichas quejas, mediante auto del 12 de abril de 2019³, la H. Presidenta del Consejo de Estado ordenó la apertura de investigación disciplinaria contra CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA, en su condición de citador grado 5 de la Presidencia del Consejo de Estado, e igualmente fue suspendido provisionalmente por el término de tres (3) meses y se dispuso la remisión del expediente a la Sala Plena de la Corporación para surtir el grado de consulta.

En auto del 16 de mayo de 2019⁴, el viceprocurador general de la Nación autorizó a la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá el ejercicio del poder disciplinario preferente en relación con la referida investigación, adelantada por la Presidencia del Consejo de Estado.

Mediante Resolución 510 del 17 de mayo de 2019⁵, el procurador general de la Nación designó a titular de la Procuraduría Delegada para la Fuerza Pública y la Policía Judicial como funcionario especial para adelantar la

² Folio 5 C.O.1

³ Folio 7 C.O.1

⁴ Folio 33 C.O.1

⁵ Folio 63 C.O.1

respectiva actuación disciplinaria; quien avocó conocimiento en auto del 23 de mayo de 2019⁶.

En auto del 24 de mayo de 2019⁷, la procuradora delegada para la fuerza pública y la policía judicial reconoció como víctima a la quejosa y el 20 de junio de 2019⁸, ordenó el cierre de la investigación.

Luego de que las diligencias relacionadas con la consulta de la suspensión provisional de CARLOS ALBERTO GASPAR GAVIRIA fueran remitidas por el Consejo de Estado al Procurador General de la Nación para que conociera de la misma, mediante auto del 25 de junio de 2019⁹ el procurador confirmó dicha medida.

Con auto del 3 de julio de 2019¹⁰, la procuradora delegada para la fuerza pública y la policía judicial (e) prorrogó por tres (3) meses más la medida de suspensión provisional y ordenó su consulta ante la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, la cual confirmó a través de auto del 30 de julio de 2019¹¹.

En auto proferido el 13 de agosto de 2019¹², la procuradora delegada para la fuerza pública y la policía judicial formuló pliego cargos al disciplinado, le imputó la comisión de falta grave dolosa.

Una vez fueron rendidos los descargos, corrido traslado para alegatos de conclusión y presentados por la defensa, se solicitó nulidad relacionada con la violación al ejercicio de la defensa técnica por no haberse tenido en cuenta al investigado en algunas actuaciones surtidas dentro del proceso, por lo cual la procuradora delegada para la fuerza pública y la policía judicial, mediante proveído del 4 de octubre de 2019¹³ decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto del 20 de junio de 2019, por medio del cual se dispuso el cierre de la investigación disciplinaria y como consecuencia de ello, ordenó el reintegro del empleado suspendido.

En auto del 21 de octubre de 2019¹⁴, nuevamente se cerró la investigación y el 12 de noviembre de 2019¹⁵ la procuradora delegada para la fuerza pública y la policía judicial formuló pliego de cargos al servidor público investigado.

Con auto del 12 de diciembre de 2019¹⁶ se resolvió sobre las pruebas solicitadas en los descargos y negativamente la petición de nulidad,

⁶ Folio 79 C.O.1

⁷ Folio 100 C.O.1

⁸ Folio 177 C.O.1

⁹ Folio 193 C.O.1

¹⁰ Folio 196 C.O.1

¹¹ Folio 213 C.O.1

¹² Folio 229 C.O.1

¹³ Folio 315 C.O.2

¹⁴ Folio 336 C.O.2

¹⁵ Folio 343 C.O.2

¹⁶ Folio 379 C.O.2

decisión ésta última contra la cual se interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado el 13 de enero de 2020¹⁷, resolviendo no reponer lo decidido sobre la nulidad.

Finalmente, el 4 de marzo de 2020¹⁸ se corrió traslado para alegatos de conclusión, profiriéndose luego el fallo objeto de apelación¹⁹.

IV. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El fallo de primera instancia fue dictado el 10 de agosto de 2020, por el procurador delegado para la fuerza pública y la policía judicial, en su condición de funcionario especial designado para adelantar la presente actuación disciplinaria, mediante el cual encontró responsable del cargo formulado al disciplinado CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA y lo sancionó al tenor de las siguientes consideraciones:

Luego de hacer una reseña de las pruebas obrantes dentro del proceso y lo que demostraba cada una de ellas, precisó que la imputación tenía respaldo probatorio en la grabación audiovisual que evidenció la presencia del disciplinado y de la quejosa, el día y hora en que ocurrieron los hechos, en proximidades al sitio señalado por ella como el lugar en donde aquél realizó la conducta, como también se demuestra su ocurrencia con las declaraciones rendidas por las señoras ISABEL MARILÍN BELEÑO MARTÍNEZ, MÓNICA PATRICIA GALVIS VARGAS, MARICELA CAMACHO MORALES y MOSQUERA CORREAL, quienes afirmaron haber creído lo denunciado por la señora, no solamente porque todas conocieron sobre las acechanzas amorosas de CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA, sino porque las tres últimas de las nombradas habían sido igualmente víctimas de sus actos sexuales abusivos, a lo que se suma el testimonio de CLARA PATRICIA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, quien aseguró que se distanció del disciplinado mucho tiempo porque la besó sin su autorización.

Resaltó el *a quo* que el episodio relacionado con MOSQUERA CORREAL, al parecer ocurrido en el año 2018, es decir, antes de los hechos a los que se contrae la presente actuación disciplinaria, estaban siendo investigados por la Fiscalía General de la Nación bajo la imputación del punible de acto sexual violento; entidad del Estado que igualmente adelanta otro proceso penal en contra del mismo servidor público por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en hechos al parecer ocurridos en el año 2014, el cual se encuentra en la etapa de juicio; situaciones que evidenciaban indiciariamente que el comportamiento sexual abusivo del disciplinado viene de años atrás y es reiterativo.

Concluyó en la responsabilidad del disciplinable por violación de los deberes y mandatos previstos en los artículos 34, numerales 1 y 6, y 35, numeral 1,

¹⁷ Folio 416 C.O.2

¹⁸ Folio 464 C.O.2

¹⁹ Folio 475 C.O.2

de la Ley 734 de 2002 y calificó la falta definitivamente como grave y cometida a título de dolo, por lo que le impuso la sanción disciplinaria de suspensión e inhabilidad especial por el término de doce (12) meses para el ejercicio de la función pública, sin derecho a remuneración.

V. RECURSO DE APELACIÓN

5.1. El defensor del disciplinable, previo a sustentar la alzada, invocó la configuración de las siguientes nulidades y deprecó sean declaradas²⁰:

5.1.1. “Nulidad del fallo de primera instancia por responsabilizar al disciplinado de varias faltas disciplinarias que no se subsumen en el comportamiento reprochado (Se violan los principios de legalidad, motivación, contradicción y defensa – imputación genérica, ambigua e imprecisa)”.

5.1.2. “Nulidad del fallo de primera instancia por atipicidad de la falta por la cual se declaró disciplinariamente responsable al disciplinado (Se violan los principios de legalidad, motivación, contradicción y defensa)”.

5.1.3. “Nulidad del fallo de primera instancia por violación del principio de congruencia que debe existir con el auto de cargos (Se violan los principios de legalidad, motivación, congruencia, ilicitud sustancial, contradicción y defensa)”.

5.2. Atinente a la conducta reprochada, el defensor se refirió a lo dicho por su representado en relación con los episodios sucedidos con las señoras CLARA PATRICIA RODRÍGUEZ, MÓNICA GALVIS, MOSQUERA y , para señalar que los deponentes dieron fe del buen comportamiento de CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA con el personal femenino, sin que nunca hubieren escuchado que se sobrepasó con las servidoras del aseo.

Sobre la versión de la quejosa, indicó que no podía ser creíble, porque el investigado no era su jefe o coordinador, por lo que no tenía la potestad de cambiarla de piso, máxime cuando ella sabía quién era el coordinador de la empresa en que trabajaba y quién era el jefe en el área en que trabajaba el señor CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA; por lo tanto, tampoco se podía decir que éste tuviera una posición dominante.

Afirmó que lo dicho por la quejosa no tiene ningún respaldo probatorio y querer reforzarlo con el hecho de que se había enterado de versiones de otras compañeras relacionadas con situaciones similares, menos credibilidad se le debía dar, pues no se trataba de menores de edad, sino de mujeres que pasan de los 30 años y estaban en condición de defenderse, además de tratarse de hechos que de haber ocurrido, al parecer sucedieron cuatro o cinco años atrás.

²⁰ Folio 501 C.O.2

Dijo que el tocar el hombro a una persona, sea hombre o mujer, no se equipara a un acto abusivo, como lo quiso hacer ver la quejosa en el escrito del 11 de abril de 2019 y que lo considerado en el fallo al respecto, esto es, que era una completa necedad con la que el abogado quería encubrir la falta de argumentos para defender a su cliente, era una clara demostración de la subjetividad y parcialidad con que el *a quo* asumió la presente investigación.

Precisó que no era de recibo querer asociar los hechos de esta actuación con los procesos penales que cursan en la Fiscalía, pues se viola el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que en éstas no se ha emitido fallo condenatorio en contra de su defendido y de las mismas no hace parte o no está involucrada la quejosa.

Aseguró que, por existir duda razonable frente a la ocurrencia de los hechos, se debe aplicar el principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 9° de la Ley 734 de 2002, resolviéndose a favor de su representado.

Concluyó su escrito de apelación haciendo la solicitud especial de declaratoria de nulidad y la petición principal de revocatoria del fallo de primera instancia, para en su lugar, absolver a CARLOS ALBERTO GASPAR GAVIRIA.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA DISCIPLINARIA

6.1 Competencia

La Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento, es competente para resolver el recurso de apelación contra el fallo proferido el 10 de agosto de 2020 por el procurador delegado para la fuerza pública y la policía judicial, en virtud de la atribución asignada para conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios que adelanten en primera los procuradores delegados.²¹ “salvo cuando se trate de funcionarios públicos de elección popular”²², en concordancia con el artículo 171 de la Ley 734 de 2002, que faculta a esta instancia a examinar los aspectos impugnados y aquellos que estén inescindiblemente vinculados al objeto de alzada.

6.2. Sobre las nulidades invocadas

La Sala Disciplinaria en torno a esta institución jurídica se ha pronunciado en los siguientes términos²³:

²¹ Artículo 22.1 del Decreto ley 262 de 2000

²² Artículo 7 resolución 207 del 7 de julio de 2021 (por medio de la cual se delegan y distribuyen transitoriamente funciones en la Procuraduría general de la nación, para garantizar la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia y la doble conformidad en las actuaciones disciplinarias) modificado por el artículo 1°. de la resolución 219 del 16 de julio de 2021.

²³ Confrontar decisión del 15 de octubre de 2019 Rad. interna 161-7142 P.D. JORGE ENRIQUE SANJUÁN GÁLVEZ.

[..] la figura jurídica de las nulidades tiene como propósito restar eficacia al acto procesal que no se ajusta al cumplimiento de los fines y funciones del proceso cuando no existe otro remedio para subsanar un error. La falta cometida debe invocarse por el interesado, hasta antes que se profiera fallo definitivo, ya que con posterioridad se entenderá que su solicitud hace parte de los argumentos de los recursos que se interpongan, si es que se asume esta estrategia procesal. Las nulidades, además, deben alegarse concretando la causal y la expresión de los fundamentos fácticos y jurídicos que la sustentan, así como lo contempla, en materia disciplinaria, el artículo 146 de la Ley 734 de 2002. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre este tema, ha precisado que:

Es indispensable señalar la clase de nulidad que se alega, exponer los fundamentos, determinar los actos que generan la irregularidad, especificar los preceptos que el censor considere violados, establecer cómo el vicio incide y trasciende grave o insubsanablemente en el trámite o contra el derecho de defensa con repercusión en la sentencia e indicar motivadamente el instante procesal a partir del cual se solicita la invalidación²⁴.

En el caso de la solicitud de nulidades por parte de la defensa técnica, estas exigencias son rigurosas, por tanto, si no se concreta la causal y no se especifican las razones de las nulidades no se puede decir que se haya formulado nulidades y por tanto no es dable entrar a resolverlas. En la exposición del abogado defensor, aunque de manera genérica habló de la existencia de una serie de supuestas irregularidades no especificó la supuesta causal de nulidad invocada ni mucho menos expuso las razones para su configuración, en tal sentido la defensa técnica no presentó nulidades que puedan ser resueltas.

Por último en lo que tiene que ver con la declaratoria de nulidades, no puede olvidarse que, al tenor del artículo 144 de la Ley 734 de 2002, subsiste la facultad oficiosa del funcionario que conoce del asunto para declararlas cuando advierta la existencia de alguno de los taxativos eventos que prevé el artículo 143 de la misma obra, previo estudio de los principios que orientan su declaratoria y convalidación, por ello su estudio no se limita únicamente a las presentadas por las partes, sino que se deben decretar de oficio las que se adviertan.

En el estudio para restar o no eficacia a un acto procesal, el funcionario que adelanta la actuación debe realizar un doble juicio de valor, I. el de la causal expresa que aplica al caso y II. el de los postulados que regula el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, vale decir, especificidad, trascendencia, protección, convalidación, instrumentalidad de las formas, ejecutoria material, seguridad jurídica, residualidad, preclusión y oportunidad, que esta entidad compendió en la Directiva 010 del 23 de mayo de 2005²⁵. Una vez resuelta una causal específica de nulidad esta no se podrá volver a invocar, tal como lo estipula el artículo 309 de la Ley 600 de 2000²⁶.

²⁴ Cfr. Proceso 18309, Sentencia de junio 6 de 2002, M.P. NILSON PINILLA

²⁵ Procuraduría General de la Nación. Directiva N° 10 del 23 de marzo de 2005. La declaratoria de nulidad no procede ante presencia de cualquier irregularidad, sino cuando la misma trasciende a la existencia de un vicio irremediable, caso en el cual se reclama su reconocimiento por el mecanismo de la nulidad. La nulidad sólo puede ser declarada una vez el funcionario haya constatado que no existe remedio procesal diferente y que la decisión está informada por los criterios en el artículo 310 de la ley 600, por virtud de lo ordenado por el parágrafo del artículo 143 de la ley 734 de 2002; por tanto, el funcionario debe dejar claramente sentado en la decisión: a) Cuál o cuáles de los principios que orientan la declaratoria de nulidad justifica su decisión y cómo se manifiesta, de conformidad con lo alegado por las partes o verificado en el expediente, la necesidad de nulitar; b) Por qué razón no existe remedio procesal o alternativa diferente a la declaratoria de nulidad (...).

²⁶ El citado artículo dice. «**Solicitud.** El sujeto procesal que alegue una nulidad debe determinar la causal invocada, las razones en que se funda y no podrá formular nueva solicitud de nulidad, sino por causal diferente o por hechos posteriores, salvo el recurso de casación».

Lo anterior para precisar que solamente aquellas irregularidades que afecten sustancialmente el debido proceso podrían dar lugar a la nulidad de la actuación disciplinaria, ya sea porque se transgrede la ritualidad o solemnidad que demanda un acto para su eficacia o porque se vulnere el derecho de defensa en cualquiera de sus formas, esto es, cuando no exista otro medio procesal para subsanarlas, conforme a los principios que orientan su declaratoria o convalidación.

6.2.1. En ese orden, se tiene que el defensor planteó la **“Nulidad del fallo de primera instancia por responsabilizar al disciplinado de varias faltas disciplinarias que no se subsumen en el comportamiento reprochado”** (Se viola los principios de legalidad, motivación, contradicción y defensa – imputación genérica, ambigua e imprecisa).

Con relación a las normas de la Ley 734 de 2002, que le fueron imputadas a su defendido y por las cuales se le declaró responsable y se le sancionó, dijo el defensor que el artículo 23 no es una norma que se pueda violar, pues ella corresponde al concepto de falta disciplinaria, por lo tanto, es un error que se señale como infringida.

Respecto del numeral 1° del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, esto es, *“cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución (...) las leyes (...)”*, indicó que es una norma genérica, observando que por ninguna parte del auto de cargos ni en el fallo se identificó algún precepto constitucional que describiera el deber infringido, lo que constituye una ambigüedad y generalidad que vicia la actuación, por violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Con este mismo argumento se refirió al señalamiento de haberse violado la prohibición contenida en el numeral 1° del artículo 35, norma igualmente genérica que no fue complementada con las disposiciones que se desagregaron, esto es: *“Incumplir los deberes (...) contenidos en la Constitución (...) las leyes (...)”*.

Precisó que en su oportunidad se indicó al *a quo* que una cosa es el incumplimiento del deber y otra la incursión en una prohibición; sin embargo, en el presente caso, frente a una misma conducta reprochada, se imputó la violación de los deberes contenidos en los numerales 1° y 6° del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y a su vez la prohibición prevista en el numeral 1° del artículo 35 *ibidem*, lo que constituye una imputación incongruente, como también lo es señalar que con la misma falta reprochada se infringieron los artículos 23 y 50 de la misma Ley, cuando ninguna de esas disposiciones consagran descripciones de alguna clase de conducta.

Como consecuencia de lo anterior, invoca la nulidad del auto de cargos y del fallo, con base en lo consagrado en los artículos 29 superior, en concordancia con el 4°, 6°, 19, 163, numeral 2°, y 143, numerales 2° y 3°, de la Ley 734 de 2002.

Sobre el particular, la Sala recuerda que esta misma solicitud frente a la normatividad invocada en el auto de cargos como presuntamente violada y que luego fue recogida en el fallo objeto de impugnación, ya había sido esgrimida por el recurrente en su escrito de descargos, habiendo sido resuelta en forma negativa mediante auto del 12 de diciembre de 2019²⁷, decisión que fue confirmada al desatarse el recurso de reposición en auto del 13 de enero de 2020²⁸, decisiones que en su conjunto corresponden a argumentos sólidos que descartan cualquier tipo de irregularidad sustancial que pudiera afectar la legalidad del proceso y que por compartirse plenamente no es del caso volver sobre ellos por parte de esta instancia.

Sin embargo, lo anterior no impide que la Sala, además de lo expuesto en las citadas decisiones, advierta que el pliego de cargos es la pieza jurídica medular en la que se edifica la posible responsabilidad de un disciplinable con todo lo que allí se plasma, es decir, es el proveído que debe leerse y entenderse como un todo, independientemente de los títulos, subtítulos o ítems bajo los cuales se haya construido, pues lo importante es que en su conjunto contenga las exigencias que demanda el artículo 163 de la Ley 734 de 2002.

Cargo formulado al disciplinado CARLOS ALBERTO GASPAR GAVIRIA

Así las cosas y descendiendo al caso en concreto, el siguiente fue el cargo imputado, cuya falta fue calificada como grave, cometida a título de dolo:

El funcionario CARLOS ALBERTO GASPAR GAVIRIA identificado con cédula de ciudadanía No. 79.314.806 de Bogotá, en su condición de citador Grado 5 de la Planta del Consejo de Estado, conforme lo establecido en los artículos 23 y 50 de la Ley 734 de 2002, posiblemente incurrió en falta disciplinaria por el incumplimiento del deber previsto para los servidores públicos en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, al presuntamente irrespetar a la señora (sic) operaria del aseo y servicios generales de la Unión Temporal EMINSER SOLOASEO 2016, al tomar abusivamente su mano para que la señora le tocara sus partes íntimas y ante la reacción de ésta tomar su cara para besarla, en hechos ocurridos el 2 de abril de 2019, en horas del mediodía en el depósito de muebles ubicado en el quinto piso del edificio CASUR. Como consecuencia de su conducta, también posiblemente incumplió la prohibición establecida en el numeral 1 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

Frente a esta imputación y de la supuesta falta de citación de la norma de remisión, precisa la Sala que dentro de las motivaciones vertidas en el capítulo de ilicitud sustancial del auto de cargos, dijo el *a quo*:

...los principios, deberes y prohibiciones previstos en la Ley 734 de 2002, no pueden explicarse sin la lectura armónica del concepto de función administrativa previsto en el artículo 209 de la Constitución Política y reproducido por el artículo 22 del Código Disciplinario Único, ello para significar que el concepto de ilicitud disciplinaria hace referencia a la infracción sustancial de deberes funcionales que

²⁷ Folio 379 C.O.2

²⁸ Folio 416 C.O.2

contrarían los principios que rigen la función administrativa de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...) las pruebas allegadas al expediente demuestran que omitió el deber de salvaguardar la moralidad pública para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, que debía proteger con el correcto y debido ejercicio de su cargo.

Así mismo, respecto del principio de moralidad, en el citado pliego se acudió a lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-826 de 2013 (equivocadamente se señaló C-823 de 2013), según la cual:

... el artículo 6 de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer sólo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1 y 2 superiores. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas.

Por tanto, la lectura integral del pliego de cargos, conforme a lo expuesto, evidencia la citación de las normas constitucionales que demanda el recurrente.

De otro lado, contrario a lo expuesto por el apelante, en manera alguna resulta incongruente que la primera instancia, en relación con una misma conducta, hubiese imputado el incumplimiento de un deber, o sea, dejar de cumplir el deber legal, y a la vez, la incursión en una prohibición, esto es, que le está prohibido incumplir el deber legal, ante lo cual se tiene que frente a una misma conducta se imputó un único cargo y no varios cargos, de ahí que no haya una pluralidad de imputación jurídica.

Además, la conclusión y la decisión a la que arribó el *a quo* resultan claras, así resolvió la nulidad y confirmó su negativa, con argumentos que la Sala comparte plenamente y a las que adiciona que la citación que se realiza del artículo 35.1 no comporta vulneración del principio constitucional *non bis in ídem*, en tanto la acusación es una sola, no sufrió fraccionamiento y remitió al deber legal que le estaba prohibido incumplir, vale decir, al 34.6 *ibídem*.

En resumen, la nulidad ya había sido resuelta y la defensa técnica, en la impugnación del fallo, volvió sobre lo mismo sin expresar nuevos y distintos fundamentos, siendo claro para esta colegiatura que tal proceder está vedado por el artículo 309 de la Ley 600 de 2000, aplicable esta norma por expresa remisión del párrafo del artículo 143 de la Ley 734 de 2002.

Entonces, se itera, las razones y decisiones del *a quo* atendieron y resolvieron debidamente la solicitud de la defensa por lo que la nulidad invocada no está llamada a prosperar.

6.2.2. El defensor del investigado también pidió declarar la **“Nulidad del fallo de primera instancia por atipicidad de la falta por la cual se declaró disciplinariamente responsable al disciplinado (Se viola los principios de legalidad, motivación, contradicción y defensa)”**, sosteniendo que como dispone el artículo 34, numeral 6°, de la Ley 734 de 2002, allí se condiciona que el trato respetuoso se encuentre dirigido a persona con quien tenga relación por razón del servicio, en este caso y de acuerdo con las funciones del investigado, a los usuarios de la Corporación, es decir, abogados, demandantes, demandados, dependientes judiciales, etc., usuarios del servicio, y no con los compañeros de trabajo, pues para estos destinatarios considera que la ley disciplinaria contempla otras disposiciones, como las prohibiciones contenidas en el artículo 35, numeral 6°, *ibídem*.

Por lo tanto, aseguró que la adecuación típica imputada a su defendido no se corresponde con la imputación fáctica, lo que viola el debido proceso, consagrado en el artículo 29 superior, en concordancia con los artículos 4°, 6°, 21, 23, 94, 163, numeral 2°, y 143, numeral 3°, de la Ley 734 de 2002.

Para abordar el estudio de la nulidad y la causal, se tiene que en el artículo 34, numeral 6°, de la Ley 734 de 2002, se define como un deber de todo servidor público: *“Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio”*, y el mismo numeral del normado 35, *ibídem*, mencionado por la defensa más no en la imputación, prohíbe a los funcionarios del Estado *“Ejecutar actos de violencia contra superiores, subalternos o compañeros de trabajo, demás servidores públicos o injuriarlos o calumniarlos”*.

Sobre el particular y de acuerdo con el Manual de Funciones del Consejo de Estado, al citador grado 5 asignado a la Presidencia de la corporación le correspondía ejercer las siguientes funciones esenciales²⁹:

- Tramitar los requerimientos relacionados con las situaciones administrativas de competencia de la Presidencia y que le hayan sido encargadas por el jefe inmediato o quien haga sus veces.
- Colaborar con la adecuada gestión de la correspondencia de la Presidencia de la Corporación.
- Desempeñar las demás funciones que por razones del servicio le asigne el jefe inmediato.

En declaración rendida, el 30 de mayo de 2019, dentro de estas diligencias, el doctor ANTONIO GUILLERMO GUARÍN ROJAS, coordinador administrativo del

²⁹ Folio 97 C.O.1

Consejo de Estado, aclaró que CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA, si bien dependía de la Presidencia del Consejo de Estado, estaba adscrito a la Coordinación, cumpliendo funciones en ambas dependencias y señaló:

Inicialmente las funciones según el Acuerdo 968 del año 2000 le correspondía en esas funciones apoyar y actualizar los inventarios de bienes devolutivos del Consejo de Estado en coordinación con el Almacén General de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y tenían en ese acuerdo las demás, entonces cumplía otras funciones también de Presidencia, como entregar documentación de Presidencia, invitaciones a diferentes eventos organizados por la Presidencia, llevar documentación a la Dirección Ejecutiva y llevar documentación de Secretaría General. Así mismo llevaba la documentación que salía de la Coordinación Administrativa. En algunas oportunidades prácticamente él me manifestaba que tenía que cumplir otras funciones de Presidencia como por ejemplo mandar a hacer pergaminos y otras diligencias que lo enviaba” y, agregó: “en CASUR efectivamente hay una oficina que nos la asignó el Administrador del palacio WILLIAM MULFOR como bodega para almacenar o guardar muebles, para reasignar o para hacer la devolución del almacén y él fue la persona que autoricé y le entregué la llave para que él se encargara de manejar la oficina o bodega (...) él tenía la facultad de acuerdo a las funciones que cumple, ir, llevar y sacar muebles, pero él mismo tenía que sacarlos no tenía por qué llevar a ninguna empleada del aseo³⁰.

De las referidas pruebas documentales y testimoniales puede colegirse, en términos generales, que funcionalmente el disciplinado no tenía relación laboral con el personal de servicios generales (cafetería y aseo); sin embargo, ello no significa que por razón del servicio le fuera ajeno propiciar, generar, construir o mantener trato en lo laboral, pues partiendo del principio universal de socialización que caracteriza a los seres humanos, por la forma de vida en sociedad, independientemente del oficio, cargo, empleo o investidura que se ejerza u ostente, se tiende a tener trato directo y constante con las personas con quienes a diario se comparte, máxime en el espacio de trabajo, como por ejemplo con el personal de seguridad, vigilancia, aseo y cafetería, con quienes se tiene un contacto más continuo, personal y de comunicación debido precisamente a las tareas que cumplen, convirtiéndose en la práctica y de cierta manera, guardadas las proporciones legales, en personas allegadas y/o de confianza.

En ese escenario se conocieron el hoy disciplinado, CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA y la quejosa él como empleado del Consejo de Estado y ella como contratista de la empresa que presta los servicios de cafetería y aseo para la misma Corporación, por lo tanto, su conocimiento, trato y comunicación lo fueron por razón del servicio y empleo que cada uno de ellos desempeña para el Alto Tribunal; en ese contexto ocurrieron los hechos por los cuales se adelantó la presente actuación, al interior de la cual se imputó a GASPAS GAVIRIA la realización objetiva de una conducta disciplinariamente reprochable, es decir, la vulneración de lo normado en el artículo 34.6 del CDU, en concordancia con el artículo 35.1, *ibídem*.

³⁰ Folio 135 C.O.1

Por tanto, para la Sala no es de recibo el argumento de atipicidad de la falta para que se anule lo actuado, pues resulta desacertado que la defensa esgrima este argumento bajo el supuesto que el artículo 34.6 de la Ley 734 de 2002, condiciona su materialización a que el trato respetuoso por razón del servicio sea entre el investigado y los usuarios del Consejo de Estado, mas no lo obvio, ante sus propios compañeros de trabajo, y todo para señalar que lo que debió imputarse fue la violación del artículo 35.6 de la misma codificación, cuando como ya se ha mencionado, entre dichas personas no existió una relación de dependencia funcional o jerárquica como servidores públicos, calidad no ostentada por la quejosa y que es el presupuesto exigido por el artículo 35-6 que prohíbe actos de violencia, injuria o calumnia, que desde luego no fue objeto de imputación.

En consecuencia, el comportamiento endilgado al disciplinable, contrario a lo expuesto por el apelante, sí puede tipificarse dentro del marco legal establecido en el artículo 34 numeral 6° de la Ley 734 de 2002, esto es, *“Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio”* y de esa manera la primera instancia juzgo y declaró responsable al aquí disciplinado, CARLOS ALBERTO GASPAR GAVIRIA.

Estas consideraciones, aunadas a las del fallador de primera instancia sobre este mismo asunto en la providencia objeto de impugnación, son suficientes para que esta colegiatura despache desfavorablemente la petición de nulidad invocada por el recurrente.

6.2.3. Por último, la defensa técnica solicitó declarar la ***“Nulidad del fallo de primera instancia por violación del principio de congruencia que debe existir con el auto de cargos”***, porque en relación con el elemento ilicitud sustancial, frente a la afectación del deber funcional, la conducta imputada correspondía al incumplimiento de sus deberes como funcionario público y la consecuente prohibición de incumplirlos, según lo disponen los artículos 34.6 y 35.1 de la Ley 734 de 2002, pero en el fallo sancionatorio ya no se dijo lo mismo, sino que *“además de haber lesionado su honra y dignidad y atentado contra la libertad sexual, constituye una infracción sustancial a los deberes funcionales de dicho servidor público”*.

También consideró incongruente el fallo con el cargo, que en el estudio de la antijuridicidad simplemente se hubiere señalado la inobservancia del principio de moralidad, sin ilustrar a los sujetos procesales en identificar en qué consistía ese principio y de qué manera se había inobservado, pero en el fallo, además de ya no volverse a mencionar el citado principio, se hubiere agregado *“(…) por cuanto con esa conducta vulneró principios de la función administrativa esenciales para el buen desarrollo de la administración pública; tanto que trastornó el funcionamiento de esta en la forma previamente anotada y afectó uno de los fines esenciales del Estado que es el de “...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución... (artículo 2.° de la Carta Fundamental (...))”*.

Precisó que la incongruencia advertida entre el auto de cargos y el fallo, en punto de la ilicitud sustancial, además de ser violatorio del debido proceso, desconoce los principios de legalidad, congruencia, motivación, contradicción y defensa, contenidos en los artículos 29 superior, 4°, 5°, 19, 90, numeral 3°, 94, 163, numeral 2°, 170, numeral 5°, y 143, numerales 2° y 3°, de la Ley 734 de 2002.

Al respecto, esta Colegiatura considera que en el auto de cargos al desarrollarse el requisito de ilicitud sustancial el *a quo* fue concreto en declarar la inobservancia del principio de moralidad, previsto en el artículo 209 de la Constitución Política, tal como se refirió en precedencia y para ello se apoyó en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la sentencia C-826 de 2013.

Por tanto, es desacertado afirmar que sobre este presupuesto se haya omitido ilustrar a los sujetos procesales, máxime cuando en la oportunidad de presentar descargos, el recurrente jamás mencionó que su defendido se hubiese visto afectado en el ejercicio de sus derechos por la forma en que se describió y determinó el concepto de ilicitud sustancial, específicamente en lo que atañe al principio de moralidad, argumento que ahora utiliza para predicar la existencia de la nulidad que solicita lo conlleva a desestimar su argumentación y denegar su solicitud.

En efecto, como lo plantea la defensa, el fallador de primera instancia hizo algunas precisiones sobre la ilicitud sustancial que no se plasmaron así en el pliego de cargos, pero precisamente es en el fallo donde se desarrollan argumentaciones a partir de lo debatido en el juicio y lo previsto en la ley y no por ello puede afirmarse que existe una incongruencia que genere nulidad de la actuación disciplinaria, pues todo lo dicho en el fallo respecto de la ilicitud sustancial se proyecta es establecer la violación del principio de moralidad pública, tal como la concibe la Corte Constitucional en la sentencia C-826 de 2013.

Además, precisa la Sala, el principio de congruencia, como derecho y garantía fundamentales al debido proceso no contempla que para salvaguardarlo el operador jurídico deba en el fallo repetir literalmente las motivaciones de acusación, algunas de las cuales corresponden a calificaciones provisionales que en la sentencia, sin que sea transcripción literal pero sí guardando consonancia, adquieren el carácter de definitivas.

El respeto por este presupuesto constitucional implica para el juez disciplinario que al momento de fallar, el núcleo esencial de la imputación realizada en el pliego de cargos no sufra variación alguna, porque en lo demás pueden resultar modificaciones precisamente producto del debate probatorio y jurídico que se inicia con la etapa del juicio, de una parte el cargo y de otra la argumentación de la defensa, y ello en manera alguna afecta la validez del proceso.

Mas no hay una rigidez para que las consideraciones del pliego de cargos se mantengan invariables ya que la dialéctica de acusación y defensa genera nuevas posiciones jurídicas, nuevas argumentaciones, precisiones o supresiones y ello es válido en tanto se mantenga la imputación fáctica y jurídica, tal cual como ha ocurrido en este proceso disciplinario.

En resumen, lo planteado por el recurrente frente a la ilicitud sustancial o la antijuridicidad no constituye ninguna irregularidad que afecte de nulidad la actuación disciplinaria.

6.3. Sobre los demás aspectos recurridos

Para responder los argumentos de la apelación contra el fallo sancionatorio de primera instancia, inicialmente la Sala señala que conforme lo normado en el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, la pruebas deben apreciarse en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica o persuasión racional, en donde se combinan las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia en procura de obtener la verdad.

Lo anterior cobra vital importancia en el presente asunto, pues el análisis de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, permite evidenciar sin temor a equívocos que esta colegiatura se halla frente a la certeza no solo de la existencia de la falta sino también de la demostración de la responsabilidad del investigado, presupuestos legales exigidos por el artículo 142, *eiusdem*, para proferir fallo sancionatorio, lo que igualmente permitirá confirmar la decisión proferida por el procurador delegado para la fuerza pública y la policía judicial en su condición de funcionario especial designado por el procurador general de la Nación para adelantar la presente actuación disciplinaria.

A tal conclusión arriba la Sala puesto que como bien lo señaló el fallador de instancia, el análisis integral de lo declarado por la quejosa y sus compañeras de trabajo MÓNICA PATRICIA GALVIS VARGAS, MARICELA CAMACHO MORALES, ISABEL MARILÍN BELEÑO, CLARA PATRICIA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y MOSQUERA CORREAL, personal de servicios generales del Consejo de Estado, dedicadas especialmente a labores de aseo y cafetería, demuestran que CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA, en relación con todas ellas, las irrespetó verbal y físicamente realizando actos abusivos con claras intenciones de tipo sexual, que la primera instancia imputó y juzgó como conducta irrespetuosa.

Ciertamente. como lo menciona el recurrente, en el fallo de primera instancia se hizo referencia a que contra el investigado cursan dos procesos penales por conductas relacionadas con delitos sexuales, entre ellos un presunto acceso carnal que al parecer ocurrió en 2014 con una menor de edad, precisa la Sala que si bien en dichas actuaciones de persecución penal no se ha proferido sentencia en su contra ello no impide que tales

evidencias probatorias, por identificarse con una misma línea de conducta, puedan tenerse como elementos indiciarios en su contra, que valorados en conjunto con las demás piezas probatorias, como lo son los testimonios antes citados, conducen a concluir que es de su comportamiento habitual asumir o desplegar ese tipo de conductas.

Entonces, conforme a las reglas de la sana crítica, es creíble en un todo el relato de la quejosa y víctima, en el sentido que efectivamente en horas del mediodía del 2 de abril de 2019, en el depósito o bodega de almacenamiento de los muebles del Consejo de Estado, ubicado en el 5° piso del edificio CASUR de Bogotá, D. C., cuya responsabilidad estaba a cargo del disciplinado CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA, desde luego con las llaves del lugar, se vio sometida por éste al trato irrespetuoso de cogerle su mano y tratar de acercársela a su miembro viril y luego, viéndose rechazado, tratar de besarla a la fuerza para finalmente lograr escabullirse de sus pretensiones.

Importante resaltar el valor que tuvo de denunciar los hechos, en materia tan sensible y comprometedora de su propia honra y dignidad humana, pues es gracias a su relato que se pudo conocer el hecho, apuntalado en su demostración con el testimonio de algunas de sus compañeras, quienes manifestaron que a ellas también les había sucedido en relación con el mismo disciplinado, en hechos ocurridos en otra época y de las investigaciones que por conductas con la misma línea comportamental se adelantan desde el punto de vista penal.

Se suma al caudal probatorio lo referido por el *a quo*, en cuanto el relato de la quejosa coincide con el hecho de que las cámaras de seguridad evidenciaron el ingreso y salida tanto del disciplinable como de la víctima de la bodega del piso quinto del edificio CASUR en donde sucedieron los hechos, a la hora en que se denunció su ocurrencia.

Por tanto, se trata de un conjunto articulado de hechos y pruebas que demuestran inequívocamente su ocurrencia, conforme a las reglas de la sana crítica, que lo manifestado por es creíble, sincero y espontáneo, convirtiéndose en el único medio de demostración del comportamiento irrespetuoso y reprochable de CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA.

Ahora bien, ciertamente como lo plantea el defensor, está probado que CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA no era ni el jefe ni el coordinador de la quejosa y víctima; sin embargo, ello no es presupuesto para deslegitimar el dicho de ésta en cuanto a que aquél le haya planteado la posibilidad que tenía de trasladarla de piso, pues si bien ella podía tener conocimiento de quién era el coordinador administrativo, no puede perderse de vista que el disciplinable trabajaba en dicha coordinación e inclusive era la persona encargada de la bodega en la que se almacenaban los muebles, por lo tanto bien podía pensar la quejosa que CARLOS ALBERTO GASPAS

GAVIRIA, sí podía tener algún tipo de injerencia para su traslado, pues también lo tenía para el suministro de los muebles.

El recurrente se refirió a las explicaciones que dio su defendido en el escrito de versión libre, con relación a lo ocurrido con CLARA PATRICIA RODRÍGUEZ, MÓNICA GALVIS, MOSQUERA y, tendientes a deslegitimar lo afirmado, porque en esas declaraciones habría, según su dicho, un interés para perjudicarlo; sin embargo, estos argumentos y explicaciones no son de recibo para la Sala pues resultan inverosímiles, acomodaticias e inclusive, rayan con el cinismo, a tal punto que pretendería convertirse en víctima de un complot en su contra orquestado por las señoras de servicios generales, cuando la evidencia probatoria es contundente en su contra.

Tan clara es la autoría y responsabilidad que la misma defensa, entre sus argumentos de apelación sostiene que hubo error en la adecuación típica, lo cual necesariamente presupone que el hecho sí se cometió por el disciplinado.

De otra parte, el hecho de que algunos de los compañeros de trabajo no hubieran escuchado que CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA en algún momento se hubiera sobrepasado con las servidoras del aseo o de que afirmen que éste tenía un buen comportamiento hacia el personal femenino, de manera alguna desvirtúa la ocurrencia del hecho que se investiga en relación con la señora, pues las probanzas en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, así lo determinan.

Igualmente, resulta importante reiterar, para advertir, que el trato interpersonal en el ámbito de la vida laboral exige actuar o comportarse con respeto a la dignidad humana y los derechos de los demás, tanto, que es un derecho universal reconocido como fundamental por corresponder a un anhelo de la humanidad, cuya protección, que compete al Estado colombiano, se logra en el establecimiento de regulaciones del derecho interno y en particular a través de la imposición de deberes y prohibiciones para los servidores públicos.

En este contexto, no puede olvidarse que pese a la ausencia de vínculo nominal o jerárquico entre el disciplinado y las señoras de servicios generales, entre ellas la quejosa, el disciplinado aprovechó la relación que surgió por razón del servicio y del ejercicio de su funciones y labores por ser la persona encargada de la bodega utilizada para almacenar o guardar los muebles de la Corporación, para ejecutar la irrespetuosa conducta reprochada en dicha instalación, amparado en sus propias funciones, pues el 2 de abril de 2019 utilizó como pretexto el enseñarle a la víctima un mueble que supuestamente le iba a entregar a una de sus compañeras, para intentar forzarla a realizar actos contra su voluntad.

Frente a ese comportamiento atentatorio del deber de trato respetuoso, como lo enjuició la primera instancia, se precisa que una cosa es tocar



Radicación 161-7866

desprevenidamente el hombro de una persona, como acto demostrativo de afecto o amistad y otra muy distinta la del tocamiento del hombro denunciado por la quejosa, ocurrido el día 10 de abril de 2019 en la sede de la cafetería, es decir 8 días después de lo ocurrido en la citada bodega, el cual se dio en un escenario totalmente diferente y que no fue objeto de imputación como lo quiere hacer ver el recurrente para argumentar que éste no puede equipararse a un acto abusivo del señor CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA.

Por último, no podemos pasar por alto que comportamientos como el sancionado, desdican de la condición humana pues se atenta contra la dignidad que protege el Estado y en esa medida, su adecuación típica, más allá del incumplimiento de deberes o la violación de prohibiciones, en su real dimensión, merecía un mayor rigor en la investigación, **la adecuación típica** y severidad en la sanción de manera tal que sea ejemplarizante para prevenir y erradicar actos de esta naturaleza.

En conclusión, es posible determinar que se trato de actitudes o comportamientos que por sí mismos causan mortificación o crean un clima hostil en ámbitos de trabajo o similares, respecto de actos, gestos o palabras que en muchas ocasiones representan una pretensión de carácter sexual, reprochable en cualquier edad, no como lo planteo la defensa que se trataba de mujeres mayores de 30 años.

Así las cosas, respondidos los argumentos del recurrente por parte de esta Sala en sede de segunda instancia, dado que ninguno ha prosperado y que por el contrario, se ha evidenciado la certeza de la existencia tanto de la falta disciplinaria imputada en el auto de cargos como de la responsabilidad de CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA, la decisión objeto de impugnación será confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento de la Procuraduría General de la Nación en uso de sus facultades,

RESUELVE:

PRIMERO: Negar la declaratoria de las nulidades solicitadas por la defensa, conforme a lo expuesto en esta decisión.

SEGUNDO: Confirmar el fallo del 10 de agosto 2020, mediante el cual el procurador delegado para la fuerza pública y la policía judicial, actuando como funcionario especial designado por el procurador general de la Nación, declaró responsable disciplinariamente del cargo formulado y sancionó a CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA, identificado con cédula de ciudadanía 79.314.806, en su condición de citador grado 5 del Consejo de Estado, con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el término de doce (12) meses, en los términos expresados en la parte motiva de esta decisión.



Radicación 161-7866

TERCERO: Por la secretaría de la Sala Disciplinaria notificar personalmente la presente decisión a los sujetos procesales, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno. El doctor LUIS ENRIQUE DE LA ROSA MORALES, defensor del disciplinado se localiza en el correo electrónico visible a folio 495 y dirección visible a folio 501. El disciplinado CARLOS ALBERTO GASPAS GAVIRIA en el correo electrónico visible a folio 494. La quejosa y víctima, en el correo visible a folio 496.

CUARTO: Por la secretaría de la Sala Disciplinaria devolver el expediente a la Procuraduría Delegada para la Fuerza Pública y la Policía Judicial para efectos del cumplimiento del fallo, una vez realizadas las notificaciones y registros de rigor, así como proceder a las anotaciones de antecedentes a que haya lugar

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVANO GÓMEZ STRAUCH
Procurador Segundo Delegado
Presidente

LUZ ESTELLA GARCÍA FORERO
Procuradora Primera Delegada

*EXP. 161-7866 (IUS-E-2019-222883 IUC-D-2019-1311730)
SGS/LACM/LVG*



INJURIA POR VÍA DE HECHO-Falta gravísima dolosa por actos de almacenista de institución educativa de Neiva (Huila) contra la integridad de estudiantes

ANTI JURICIDAD-Requisitos para su existencia según Corte Constitucional

RESPECTO A LA DIGNIDAD HUMANA-Impide cosificar al disciplinado sin consideración a su culpabilidad

DOLO EN MATERIA DISCIPLINARIA-Elementos integradores

Para el derecho disciplinario, el dolo está integrado por el conocimiento de los elementos del tipo, la conciencia de la antijuridicidad y la voluntad en la realización de la conducta. Es decir, son dos los aspectos que integran el fenómeno del dolo: Conocimiento y voluntad. El dolo en materia disciplinaria, "(...) se manifiesta en el conocimiento que se tiene de la falta disciplinaria; en la motivación de que se quiere su realización o se acepta con anterioridad.(...)" ... (...) Elementos intelectivos o cognoscitivos, los cuales se traducen en el conocimiento, la representación mental y en la previsión de la conducta. El investigado conoce que su conducta es típica y antijurídica (ilicitud sustancial). En síntesis, sujeto pasivo, objeto material e ingredientes descriptivos deben ser percibidos por los sentidos. El objeto jurídico, los ingredientes normativos y subjetivos deben ser comprendidos conforme a la experiencia común a las normas culturales existentes o a su sencillo significado jurídico. El conocimiento de la antijuridicidad o ilicitud sustancial de la conducta será exigencia imperativa y valorativa del actuar típico

Elemento volitivo, el cual significa la actitud consciente del agente que desea, que quiere, que anhela situarse al margen del derecho. Es la actitud que cristaliza un querer jurídicamente importante matizado en un comportamiento contrario a la ley. El elemento volitivo implica que lo conocido tiene que ser deseado, querido o voluntario. Elemento ejecutivo, el cual representa en el juicio práctico de la razón que surge como consecuencia del querer realizar la conducta típica y antijurídica (ilicitud sustancial). Es la materialización de la acción u omisión típica a la cual no encuentra justificación alguna (...)"



Dependencia:	PROCURADURÍA PROVINCIAL DE NEIVA.
Radicación No:	IUS E-2019-251323 IUC D 2019-1302387.
Disciplinado y/o investigado:	XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.
Cargo y Entidad:	AUXILIAR ADMINISTRATIVO
Quejoso:	DE OFICIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN NEIVA
Fecha Queja:	16 DE MARZO DE 2016.
Fecha hechos:	14 DE MARZO DE 2016.
Asunto:	PRESUNTAS IRREGULARIDADES CONSISTENTES EN ACTOS QUE ATENTAN CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL DE MENORES DE EDAD, ESTUDIANTES DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX DE NEIVA-HUILA.
Decisión:	FALLO DE PRIMERA INSTANCIA (ART. 170 DE LA LEY 734 DE 2002)

Neiva (Huila), 26 de febrero de 2021

1. ADVERTENCIA PREVIA

En atención a lo previsto en el artículo 192 de la Ley 1098 de 2006 “Código de la Infancia y la Adolescencia” que a su texto reza:

“En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley.” Negrilla fuera de texto.

Conforme a las premisas anteriores, el Estado y en especial las autoridades administrativas y de administración de justicia deben propender por garantizar los derechos de los menores de edad víctimas de delitos, lo cual, implica guardar la debida reserva en las diligencias administrativas y judiciales, y que solo esta información sea utilizada para restablecer los derechos del niño, la niña o el adolescente afectado.

Así las cosas, esta operadora disciplinaria, utilizará en el siguiente proveído las iniciales de los nombres y apellidos de las menores involucradas, con el propósito de proteger sus derechos fundamentales a la intimidad, interés superior y evitar su revictimización.

2. ASUNTO A TRATAR

Surtidas las etapas procesales previstas en la Ley 734 de 2002, procede el Despacho a emitir **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** dentro de las diligencias disciplinarias radicadas con el **IUS E-2019-251323 IUC D 2019-1302387**, adelantadas bajo el procedimiento ordinario en contra del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en su condición de servidor público, vinculado a la Secretaría de Educación Municipal de Neiva, a través de la figura jurídica de nombramiento provisional en la vacante temporal de Auxiliar Administrativo, Código 407 – Grado 16, adscrito para la época de los hechos en la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** de esta ciudad, de conformidad



a la competencia atribuida por el literal a) del numeral 1º del artículo 76 del Decreto Ley 262 de 2000, y conforme a los siguientes:

3. ANTECEDENTES Y RESUMEN DE LOS HECHOS

Mediante oficio No. 0823 de fecha 5 de abril de 2016¹, el Doctor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien para la fecha de los hechos ostentaba el cargo de Secretario de Educación Municipal de Neiva, remite a la Doctora **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de esa entidad territorial, copia del oficio No. 24 fechado el 16 de marzo de 2016², suscrito por la señora **XXXXXXXXXXXX**, Rectora de la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, a través del cual se traslada copia del informe del 16 de marzo de 2016³, firmado por la señora **XXXXXXXXXXXX**, Orientadora Escolar del plantel educativo, donde queda consignado el tratamiento dado a las quejas de las estudiantes **XXXXX** y **XXXXXX**, quienes ponen en conocimiento presuntas irregularidades que comprometen al señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, Auxiliar Administrativo de la citada Institución Educativa, consistentes en presuntos comportamientos inadecuados que atentan contra la integridad de las mencionadas estudiantes y las menores **XXXXXX** y **XXXXXX**

Conforme se precisó en su momento en el pliego de cargos proferido en el presente expediente y de acuerdo con el material probatorio allegado al cartulario, encuentra esta instancia que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos se pueden sintetizar de la siguiente manera:

6.1 Circunstancias de Tiempo: Los hechos tuvieron ocurrencia dos semanas después de haberse iniciado el calendario escolar del año 2016.

6.2 Circunstancias de Modo: Del desarrollo de la investigación disciplinaria y con fundamento en los medios de prueba obtenidos de manera legal y oportuna, se desprende que dos semanas después de haberse iniciado el calendario escolar del año 2016, el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en su condición de Auxiliar Administrativo adscrito a la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** de esta ciudad, desempeñando funciones de Almacenista al interior del plantel educativo; en horas de la mañana al percatarse que las menores **XXXXX**, **XXXXXX**, **XXXXXX** y **XXXXXX**, se encontraban fuera del salón de clases escuchando música con sus teléfonos celulares, les dijo que les iba a mostrar un video; petición que fue aceptada por las estudiantes sin ningún reparo, puesto que en otras ocasiones lo había hecho sin que se presentara inconvenientes.

Relatan las menores que el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, les exhibió un video de contenido pornográfico, indicándoles que él lo había grabado con su celular en una fiesta que se realizó al interior de una finca.

Así mismo, refieren que en la hora del descanso el investigado decidió abordar a las alumnas y por la parte de atrás abrazó a la estudiante **XXXXXX**, situación que provocó en ésta enojo con el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**; manifestándole que esas confianzas no le gustaban; situación que conllevó a que el investigado sin pronunciar palabra colgara su brazo en el hombro de la menor, deslizando la mano hacia la parte posterior del cuerpo y procediera a palmotear sus glúteos haciéndola caer;

¹ Cuaderno Original No. 1 – Folio 1

² Cuaderno Original No. 1 – Folio 2

³ Cuaderno Original No. 1 – Folio 3



comportamiento reprochable atendiendo su calidad de servidor público, lo cual le exigía actuar dentro de ciertos límites.

6.3 Circunstancias de Lugar: Institución Educativa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, del Municipio de Neiva (Huila).

4. ACTUACIÓN PROCESAL

4.1 AUTO DE INDAGACIÓN PRELIMINAR⁴:

Con fundamento en la información reseñada, la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Neiva, en auto adiado 4 de mayo de 2016, apertura el Proceso Disciplinario con Radicado Interno No. 045-16, ordenando iniciar la correspondiente indagación preliminar en contra del señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, con el fin de establecer la veracidad de los hechos, determinar si ello podía constituir o no falta disciplinaria o si se había actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad; decisión notificada personalmente al disciplinado el día 20 de junio de 2016⁵.

4.1.1. TESTIMONIALES DECRETADAS EN EL AUTO DE INDAGACIÓN PRELIMINAR:

Durante esta etapa se practicó diligencia de ratificación y ampliación del Informe de la señora XXXXXXXX, quien se desempeñaba para la fecha de los hechos como Rectora de la Institución Educativa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, quien el 11 de julio de 2016, manifestó de manera clara, concreta y sucinta a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Neiva, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjeron los hechos materia de investigación⁶.

Así mismo, en esta fase procesal se consideró pertinente escuchar en entrevista a las estudiantes XXXXX, XXXXXX y XXXXXX, por tanto, se libraron los Despachos Comisorios pertinentes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.)⁷.

Obra en la actuación disciplinaria Entrevista de la menor XXXXXX⁸, practicada por la Defensora Octava de Familia del Centro Zonal Neiva, adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) – Regional Huila, la cual fue remitida a la operadora disciplinaria mediante oficio No. 41-10100-S-2016-370756-4101⁹ del 29 de julio de 2016.

Reposa en el expediente Entrevista de la menor XXXXXX¹⁰, practicada por la Defensora Séptima de Familia del Centro Zonal Neiva, adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) – Regional Huila, la cual fue enviada a la instructora disciplinaria mediante oficio No. 41-10100-S-2016-496201-4101¹¹ del 28 de septiembre de 2016.

⁴ Cuaderno Original No. 1 – Folios 4 al 7

⁵ Cuaderno Original No. 1 – Folio 10

⁶ Cuaderno Original No. 1 – Folios 11 al 12

⁷ Cuaderno Original No. 1 – Folios 13 al 20

⁸ Cuaderno Original No. 1 – Folios 38 al 39

⁹ Cuaderno Original No. 1 – Folio 37

¹⁰ Cuaderno Original No. 1 – Folios 41 al 42

¹¹ Cuaderno Original No. 1 – Folio 40



Debe hacerse hincapié que dichas entrevistas deben tenerse como inexistentes a la luz del artículo 140 de la Ley 734 de 2002, en virtud de la decisión adoptada el día 7 de diciembre de 2017.

4.1.2. DOCUMENTALES DECRETADAS EN EL AUTO DE INDAGACIÓN PRELIMINAR:

La instancia disciplinaria estimó pertinente solicitar a la Secretaría de Educación Municipal de Neiva, la información relacionada con el investigado en aras de establecer su vinculación al plantel educativo y demás datos personales; sin embargo, esta prueba no fue practicada.

Obra dentro de la actuación, el oficio No. 1046 del 26 de abril de 2020, firmado por el Doctor **XXXXXXXXXX**, en calidad de Secretario de Educación de esa municipalidad, en la que informa a la O.C.I.D., cuales Defensorías de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.), asumieron por competencia las quejas interpuestas por las alumnas en contra del disciplinado con el fin de adelantar el respectivo proceso administrativo de restablecimiento de derechos¹².

Adicional a ello, el citado servidor público suscribió el oficio No. 1610 del 12 de julio de 2016, en la que allega por competencia documentación del caso de la referencia¹³.

4.2 AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN¹⁴:

Con base a la situación fáctica descrita, la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Neiva, el día 4 de marzo de 2017, abrió investigación disciplinaria con el fin de averiguar si el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien para la fecha de los hechos se encontraba vinculado a la Secretaría de Educación Municipal de Neiva, como Auxiliar Administrativo, Código 407 – Grado 16, adscrito a la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** de esta ciudad, ejerciendo las labores de Almacenista, es responsable de las irregularidades denunciadas por las estudiantes **XXXXX y XXXXXX** Decisión que fue notificada personalmente al disciplinado el día 17 de marzo de 2017¹⁵.

En el caso objeto de estudio, es necesario precisar que, del análisis probatorio realizado por la Doctora **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien ostentaba el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Neiva, coligió que, eventualmente hubo una actividad sustancialmente reprochable, incurriendo posiblemente el servidor público en una conducta tipificada como disciplinaria.

En el mismo Auto se decretó la práctica de pruebas.

4.2.1. TESTIMONIALES DECRETADAS EN EL AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN:

Estimó pertinente la operadora disciplinaria escuchar en Versión Libre al investigado, fijando fecha y hora para su recepción.

¹² Cuaderno Original No. 1 – Folios 21 al 24

¹³ Cuaderno Original No. 1 – Folios 25 al 36

¹⁴ Cuaderno Original No. 1 – Folios 43 al 45

¹⁵ Cuaderno Original No. 1 – Folio 52



4.2.2. VERSIÓN LIBRE¹⁶.

El señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, decidió hacer uso de su derecho de defensa y contradicción y acudió a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Neiva, con el objeto de rendir Versión Libre, en aras de esclarecer los hechos materia de investigación.

4.2.3. DOCUMENTALES DECRETADAS EN EL AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN:

La instancia disciplinaria consideró oportuno solicitar a la Secretaría de Educación Municipal de Neiva, la información relacionada con el investigado en aras de establecer su vinculación al plantel educativo y demás datos personales; información que fue solicitada mediante oficio CID 0161 del 13 de marzo de 2017¹⁷, y allegada a la actuación mediante oficio fechado el 16 de mayo de 2017¹⁸, suscrito por la señora **XXXXXXXXXX**, Profesional Especializado de Recurso Humano de esa dependencia.

Adicional a ello, se descargó del portal web de la Procuraduría General de la Nación, el Certificado Ordinario de Antecedentes Disciplinarios No. **XXXXXXXX**, en el que se indica que el investigado no cuenta con antecedentes¹⁹.

Así mismo, se ofició a la Personería Municipal de Neiva y a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que decidieran si adelantaban la investigación con fundamento en el poder preferente²⁰.

4.3 AUTO QUE DECRETA LA NULIDAD DEL AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN²¹:

El día 07 de diciembre de 2017 se decretó la nulidad del auto de investigación disciplinaria de fecha 4 de marzo de 2017, en virtud de la causal 3 del artículo 143 de la Ley 734 de 2002; decisión notificada personalmente al disciplinado el día 18 de diciembre de 2017²².

¹⁶ Cuaderno Original No. 1 – Folios 57 al 58

¹⁷ Cuaderno Original No. 1 – Folio 48

¹⁸ Cuaderno Original No. 1 – Folios 59 al 75

¹⁹ Cuaderno Original No. 1 – Folio 47

²⁰ Cuaderno Original No. 1 – Folios 49 al 51

²¹ Cuaderno Original No. 1 – Folios 76 al 79, “... Revisada la actuación disciplinaria adelantada hasta la fecha, se observa que los días 28 de julio y 28 de septiembre de 2016 se llevaron a cabo las entrevistas a las menores **XXXXXXXX**. (Folios 38 y 39) y **XXXXXX**. (Folios 41 y 42) respectivamente, sin embargo, no se le informó debidamente de su realización al disciplinado con el fin que allegara el respectivo cuestionario con miras a garantizarle el derecho de defensa y contradicción que le asistía, de conformidad con el numeral 1° del artículo 90 y numeral 4° del artículo 92 de la Ley 734 de 2002, los cuales establecen la posibilidad de que aquel pueda controvertir las pruebas e intervenir en la práctica de las mismas. Esta situación acaeció debido que en los autos comisorios de fecha 15 de julio de 2016, visibles a folios 14 a 20 del libelo, este operador disciplinario omitió informar al funcionario comisionado, es decir, al Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - I.C.B.F. - Zonal Neiva, que para llevar a cabo dichas diligencias administrativas debía informar con antelación al investigado la fecha y hora de la realización de las mismas, con el propósito que le remitiera el respectivo cuestionario. En consecuencia, en virtud del artículo 140 de la Ley 734 de 2002, las diligencias administrativas aludidas se tendrán como inexistentes, toda vez que fueron recaudadas con desconocimiento del derecho fundamental de defensa y contradicción que le asistía al disciplinado.

²² Cuaderno Original No. 1 – Folio 81



4.4 AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN²³:

En consecuencia, nuevamente mediante auto de fecha 19 de febrero de 2018, se apertura investigación disciplinaria en contra del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, decisión notificada personalmente al disciplinado el día 1° de marzo de 2018²⁴.

Teniendo en cuenta el Principio de investigación integral, que gobierna el proceso disciplinario, se hizo necesario decretar pruebas de oficio en aras de esclarecer los hechos materia de investigación, entre ellas:

4.4.1. TESTIMONIALES DECRETADAS EN EL AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN:

En la actuación procesal obra la Entrevista de la menor **XXXXXX**²⁵, practicada por la Defensora Séptima de Familia del Centro Zonal Neiva, adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) – Regional Huila, la cual fue remitida a la operadora disciplinaria mediante oficio No. 41-10100-S-2018-673750-4101²⁶ del 14 de noviembre de 2018.

Reposa en el expediente Entrevista de la menor **XXXXXX**²⁷, practicada por el Defensor Octavo de Familia del Centro Zonal Neiva, adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) – Regional Huila, la cual fue enviada a la instructora disciplinaria mediante oficio No. 41-10100-S-2018-676056-4101²⁸ del 15 de noviembre de 2018.

Se decretó como prueba escuchar en diligencia de declaración juramentada a la señora **XXXXXXXXXXXX**, quien se desempañaba para la época de los hechos como Orientadora Escolar de la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, sin embargo, no compareció a rendir su testimonio.

4.4.2. DOCUMENTALES DECRETADAS EN EL AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN:

Nuevamente, se ofició a la Personería Municipal de Neiva y a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que decidieran si adelantaban la investigación con fundamento en el poder preferente²⁹.

Adicionalmente, con oficio No. 0259 del 21 de febrero de 2018³⁰, se requirió a la Secretaría de Educación Municipal de Neiva, en aras de que suministrara la certificación laboral y constancia de salario devengado por el investigado en la vigencia 2016, petición que fue resuelta el día 1 de marzo de 2018³¹, por la señora **XXXXXXXXXXXX**, Profesional Especializado de Recurso Humano de esa dependencia.

²³ Cuaderno Original No. 1 – Folios 82 al 87

²⁴ Cuaderno Original No. 1 – Folio 97

²⁵ Cuaderno Original No. 1 – Folios 156 al 157

²⁶ Cuaderno Original No. 1 – Folio 155

²⁷ Cuaderno Original No. 1 – Folio 159

²⁸ Cuaderno Original No. 1 – Folio 158

²⁹ Cuaderno Original No. 1 – Folios 89 al 91

³⁰ Cuaderno Original No. 1 – Folio 92

³¹ Cuaderno Original No. 1 – Folios 98 a 100



Se ofició a la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, para que allegaran copia física e íntegra de las quejas presentadas por escrito por las estudiantes **XXXXX**, **XXXXXX**, **XXXXXX** y **XXXXXX**, en contra del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, Auxiliar Administrativo de la citada Institución Educativa, y de los observadores del alumno, boletín de notas, control de asistencia y matrícula de las citadas estudiantes al plantel educativo. Esta solicitud fue contestada el día 14 de marzo de 2018³², por la señora **XXXXXXXXXXXX**, Rectora del establecimiento educativo.

4.4.3. VISITA ESPECIAL:

De conformidad a lo ordenado en el auto de apertura de investigación se realizó visita a las instalaciones de la Fiscalía Segunda Local de Alertas Tempranas, el día 14 de noviembre de 2018; diligencia que fue comunicada previamente al investigado a través del oficio 1581 del 24 de octubre de 2018³³, la cual no se realizó por cuanto el Fiscal asignado no se encontraba en el Despacho, sin embargo, se indicó que el expediente penal reposaba en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva³⁴.

4.4.4. PRUEBA TRASLADADA DEL PROCESO PENAL CON RADICADO 410016000584201600266:

Se requirió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva³⁵, para que allegara como prueba trasladada copia del acervo probatorio que reposa en el proceso penal con radicado 410016000584201600266, seguido en contra del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**; petición que fue despachada favorablemente a través del Oficio No. 185 de febrero 19 de 2018³⁶, suscrito por la señora **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien se encontraba ejerciendo para la fecha las funciones de Secretaria Ad-hoc en el Despacho judicial.

4.5 AUTO MEDIANTE EL CUAL SE ORDENA EL CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA³⁷:

La Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Neiva, consideró que se contaba con prueba suficiente, para proceder a dar cumplimiento al artículo 53 de la ley 1474 de 2011; en ese sentido ordenó el día 27 de marzo de 2019, cerrar la etapa de investigación disciplinaria, a fin de proceder a evaluar el material probatorio recaudado en debida y legal forma.

4.6 AUTO DE AVOCA CONOCIMIENTO³⁸:

Este órgano de control en cumplimiento a lo dispuesto por el Doctor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, Viceprocurador General de la Nación, en auto del 23 de abril de 2019³⁹, por el cual autoriza ejercer el Poder Disciplinario Preferente, respecto de la actuación No. 045-16, adelantada por la Oficina de Control Interno Disciplinario

³² Cuaderno Original No. 1 – Folios 101 a 140

³³ Cuaderno Original No. 1 – Folio 151

³⁴ Cuaderno Original No. 1 – Folio 161

³⁵ Cuaderno Original No. 1 – Folios 162 al 163

³⁶ Cuaderno Original No. 1 – Folios 165 al 206

³⁷ Cuaderno Original No. 2 – Folios 207 al 208

³⁸ Cuaderno Original No. 2 – Folios 213 al 215

³⁹ Cuaderno Original No. 1 – Poder Preferente Folios 59 al 63



de la Alcaldía Municipal de Neiva, en contra del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, Auxiliar Administrativo de la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, por los presuntos comportamientos inadecuados que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual de las estudiantes **XXXXX**, **XXXXXX**, **XXXXXX** y **XXXXXX**, decide el 30 de mayo de 2019, avocar conocimiento del expediente disciplinario.

4.7 AUTO DE PLIEGO DE CARGOS⁴⁰:

Este Despacho emitió Pliego de Cargos el día 31 de julio de 2019, el cual fue posteriormente nulitado⁴¹ al considerar la operadora disciplinaria que la Sentencia Condenatoria en contra del disciplinado es por el punible de **INJURIA POR VÍAS DE HECHO**, consagrado por el legislador en el Código Penal, Libro II, Título V – Delitos contra la integridad moral, y no como **ACOSO SEXUAL**, como erróneamente se indicara en el pliego de cargos. Por ende, resulta evidente que el operador no puede adecuar la calificación jurídica imputada por la Fiscalía General de la Nación, máxime cuando una autoridad judicial ha emitido sentencia condenatoria, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada y aportada oportunamente y en legal forma a la presente actuación (prueba trasladada). Así las cosas, se enmendó el yerro en aras de no menoscabar el derecho fundamental al debido proceso del investigado, para brindarle garantías y claridad al momento en que ejerza su derecho de defensa, puesto que, debe existir coherencia entre la parte motiva y resolutive del auto que le señale la irregularidad de su actuación, y que este guarde relación con las pruebas, hechos y el punible por el cual fue sentenciado.

El día 14 de julio de 2020⁴², se profirió Pliego de Cargos en contra del investigado al enmendarse la actuación procesal.

5. INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL DISCIPLINADO Y CARGO QUE DESEMPEÑABA AL MOMENTO DE LA PRESUNTA OCURRENCIA DE LA FALTA DISCIPLINARIA.

En el presente proceso disciplinario se investiga al señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, identificado con cédula de ciudadanía No. **XXXXXXXXXXXX**⁴³, en su condición de servidor público, vinculado a la Secretaría de Educación Municipal de Neiva, a través del Decreto de Nombramiento No. 450 del 30 de octubre de 2015⁴⁴, haciendo uso la administración municipal de la figura jurídica de nombramiento provisional en la vacante temporal de Auxiliar Administrativo, Código 407 – Grado 16, adscrito a la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** de esta ciudad, con funciones de almacenista al interior del plantel educativo; cargo del cual tomó posesión el día 9 de noviembre de 2015⁴⁵.

6. CARGO FORMULADO

En el numeral primero de la parte resolutive de la decisión del 14 de julio de 2020 se indicó:

⁴⁰ Cuaderno Original No. 2 – Folios 217 al 227

⁴¹ Cuaderno Original No. 2 – Folios 233 al 237

⁴² Cuaderno Original No. 2 – Folios 242 al 292

⁴³ Cuaderno Original No. 1 – Folio 196

⁴⁴ Cuaderno Original No. 1 – Folios 70 al 75

⁴⁵ Cuaderno Original No. 1 – Folio 66



“...Formular pliego de cargos contra el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía No. XXXXXXXX, en su condición de Auxiliar Administrativo, Código 407 – Grado 16, adscrito a la Institución Educativa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX del Municipio de Neiva – Huila, con funciones de almacenista al interior del plantel educativo; para la época de los hechos, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente decisión...”

Estableciéndose como único cargo formulado al señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, el siguiente:

“...Al señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en su calidad de Auxiliar Administrativo adscrito a la Institución Educativa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX del Municipio de Neiva (Huila), en la cual desempeña funciones de Almacenista, se le reprocha que al parecer pudo incurrir en un comportamiento que se adecua a una descripción típica consagrada en el artículo 226 del Código Penal, que atenta contra la integridad moral, ya que presuntamente dos semanas después de haberse iniciado el calendario escolar del año 2016, asumió un comportamiento reprochable, irrespetuoso con las menores XXXXX, XXXXX, XXXXX y XXXXX, quienes para la fecha de los hechos eran estudiantes del citado establecimiento educativo, al exhibirle videos pornográficos y al tocar con su mano los glúteos de la menor XXXXX; conducta con la cual atentó contra sus deberes como servidor público, y un menoscabo a la integridad moral, buenas costumbres y el derecho de las menores a ser tratadas de manera digna y a ser protegidas de manera integral.

Esta conducta de realizar objetivamente, el presunto delito de injuria por vía de hecho, la cometió el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, valiéndose de su superioridad manifiesta por su edad, posición laboral, económica y relaciones de autoridad, conllevando a la presunta realización de un acto atentatorio contra la integridad moral de las estudiantes XXXXX, XXXXX, XXXXX y XXXXX, mientras se encontraba en legal ejercicio de sus funciones, es decir, que la misma fue cometida con ocasión y como consecuencia de la función de su cargo de Auxiliar Administrativo, con funciones de Almacenista que ocupa en el plantel educativo, puesto que tiene la obligación legal de actuar con una implacable formación ética y moral.”

7. DESCARGOS:

En la presente actuación disciplinaria, es claro que al investigado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, se le notificó personalmente el 24 de agosto de 2020⁴⁶, el Pliego de Cargos del 14 de julio de 2020, habiendo dejado transcurrir el investigado, el término de diez (10) días para presentar descargos, solicitar y/o aportar pruebas, en absoluto silencio, es decir, que mostró renuencia para presentar descargos⁴⁷, de tal modo que habiéndose decretado y practicado las pruebas de oficio, se dio por superada la etapa probatoria.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

⁴⁶ Cuaderno Original No. 2 – Folio 294

⁴⁷ Cuaderno Original No. 2 – Folio 30



Por medio de auto del 16 de septiembre de 2020⁴⁸, este Despacho corre traslado a los sujetos procesales de la presente actuación disciplinaria para que presenten alegatos de conclusión antes del fallo de primera instancia en torno a los hechos investigados sin que se hayan presentado.

9. RELACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS EN QUE SE FUNDAMENTA EL FALLO.

En el transcurso de la presente actuación disciplinaria se decretaron y practicaron dentro de la oportunidad legal y garantizando el derecho de defensa y contradicción las pruebas relacionadas el acápite de actuación procesal y siguientes de esta providencia; las cuales permiten adoptar la presente decisión en contra del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en relación con el cargo único formulado:

En la etapa de Indagación Preliminar se practicó diligencia de ratificación y ampliación del Informe de la señora **XXXXXXXXXXXXXXXX**, quien se desempeñaba para la fecha de los hechos como Rectora de la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien el día 11 de julio de 2016, manifestó de manera clara, concreta y sucinta a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Neiva, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjeron los hechos materia de investigación⁴⁹.

Reposa en la actuación el oficio No. 0823 de fecha 5 de abril de 2016⁵⁰, suscrito por el Doctor **XXXXXXXXXXXXXXXX**, quien para la fecha de los se desempeñaba como Secretario de Educación Municipal de Neiva, servidor público que da impulso a la denuncia instaurada remitiéndola a la Doctora **XXXXXXXXXXXXXXXX**, Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de esa entidad territorial.

En el expediente disciplinario obra además, la diligencia de entrevista rendida el 10 de mayo de 2016⁵¹, ante Policía Judicial, por el señor **XXXXXXXXXXXXXXXX**, en la que manifestó: *“...tengo conocimiento por parte de los profesores del colegio **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** donde trabajo como ayudante, hacían comentarios referente a un video y problemas en los que se había metido **XXXXXXX**, eso era lo que comentaban, lo otro fue que a **XXXXXXX** le pedí el favor que me ayudara a tener una escalera para limpiar un canal, los alumnos nos vieron y eso fue todo...”*

⁴⁸ Cuaderno Original No. 2 – Folio 301

⁴⁹ Cuaderno Original No. 1 – Folios 11 al 12, Diligencia de ratificación y ampliación del Informe de la señora **XXXXXXXXXXXXXXXX**, de fecha 11 de julio de 2016: *“...PREGUNTADO: Manifieste al Despacho de manera sucinta, clara y precisa lo ocurrido con el señor **XXXXXXXXXXXXXXXX** Auxiliar Administrativo de la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXX**. **CONTESTÓ:** “El día 14 de marzo se presenta a mi despacho tres niñas, la niña **xxxxxx**. de 11 años de edad de grado 601 de la jornada de la mañana y **xxxxxx**. la otra niña no recuerdo el nombre, la queja consistía en que el funcionario con funciones de almacenista **XXXXXXXXXXXXXXXX** le había mostrado unos videos de pornografía a estas niñas, pregunte como había sido la manera de cómo les había mostrado él esos videos, la niña dice que estaban escuchando música y él le dijo que yo tengo acá una música mejor, y se había sentado en medio de ellas y se había puesto a mostrar los videos y habría contado experiencias sexuales diciéndoles que una de las que estaba en el video le había hecho sangrar la boca metiéndole el pene a la boca, y entonces a ellas no les gusto y se pararon y se fueron; sigue contando ella que a los días él se las encontró, llamo a **xxxxxxx** y entonces ella no le puso cuidado y él fue a echarle el brazo encima y salió corriendo, entonces él le mando la mano a la nalga pegándole una palmada que hasta la hizo caer”.*

⁵⁰ Cuaderno Original No. 1 – Folio 1

⁵¹ Cuaderno Original No. 1 – Folio 188 anverso y reverso



Del mismo modo, diligencia de entrevista rendida el 10 de mayo de 2016⁵², ante Policía Judicial, por la señora **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, Coordinadora de Disciplina de la I.E. **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en la que manifestó “...recuerdo que el día del episodio con el almacenista que se llama **XXXXXXXXXX** con las niñas **XXXXX**, y la niña A.S.C. hablando en el patio de recreo del bloque uno donde me correspondía la disciplina esa semana, yo escuché que se hablaban en voz alta y me acerqué a ver qué pasaba y fue cuando me enteró que había un problema delicado en el cual la niña M. y A.S., comentaban que había ocurrido con el señor **XXXXXX** (...) que además de música había visto unos videos porno (...) la profesora **XXXXXX**, quien es la orientadora escolar me hizo saber que este caso ya se estaba revisando con la dirección del colegio...”

A todo esto, el Despacho infiere razonablemente que, los citados servidores públicos no estuvieron presentes en el lugar de los hechos, por tal motivo, no son testigos directos del acontecer factico, pues, en esta actuación disciplinaria se limita el primero de ellos exclusivamente a elaborar el oficio No. 24 fechado el 16 de marzo de 2016⁵³, en el que le da a conocer al Doctor **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien para esa época ostentaba el cargo de Secretario de Educación Municipal de Neiva, que se había recepcionado una denuncia de la menor **XXXXX**, en contra del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, Auxiliar Administrativo de la mencionada Institución Educativa, en la cual se indica que fue objeto de tocamientos.

Así mismo, refiere la Rectora del plantel educativo que activó la ruta con la Policía de Infancia y Adolescencia y que el padre de la estudiante instauró la respectiva denuncia penal en la Fiscalía Segunda de Alertas Tempranas de ésta ciudad, en donde se asignó el Número de Noticia Criminal 4110016000584201600266.

Adicional a ello, los servidores públicos **XXXXXXXXXXXXXXXXXX** y **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, manifiestan contundentemente que se enteraron del acontecer factico por otros empleados vinculados al plantel educativo.

Considera esta instancia pertinente indicar que la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, al analizar un tema similar al que nos ocupa, consideró sobre la presunción de inocencia y los testimonios de oídas lo siguiente:

*“Al cargo que ostentaba y debe ser llamado a curso de ascenso Los testimonios obrantes en el proceso, corresponden a testimonios de oídas, también llamados indirectos o de referencia, más no presenciales de los hechos, circunstancia esta que no permite establecer la existencia de pruebas contundentes que conlleven a determinar la responsabilidad del investigado. Como se observa, pues dichas probanzas lo que acredita es la forma como los testigos de oídas obtuvieron su conocimiento, más no que sus atestaciones correspondan a la verdad o que la integridad de ellas sean el producto de lo que contó el joven **XXXXX**. Por el contrario, lo que se evidencia es que el testimonio de Roger Almendra en lugar de proporcionarle fuerza probatoria a la declaración del joven **XXXXX**, le resta credibilidad, pues este incurrió en contradicciones al señalar el sitio en el cual se encontraba al momento de la ocurrencia de los hechos. Con base en lo expuesto tenemos que, en el curso de la actuación disciplinaria, el funcionario deberá buscar la verdad real, decretando, practicando y valorando las pruebas legamente producidas y aportadas al proceso que permitan establecer o no la responsabilidad del disciplinado, o desvirtuar la presunción de inocencia del*

⁵² Cuaderno Original No. 1 – Folio 189 anverso y reverso

⁵³ Cuaderno Original No. 1 – Folio 2



mismo. Es por ello que la finalidad de la prueba es llevar al juez a la certeza o conocimiento de los hechos que se relatan en la demanda o en su contestación y su objetivo es soportar las pretensiones o las razones de la defensa. (...) Para la Sala, al ver los anteriores argumentos es claro que no existen elementos o pruebas contundentes que den certeza de la existencia de la falta y de la responsabilidad del señor Rubén Darío Gómez Castañeda, ya que los operadores disciplinarios motivaron sus decisiones sólo en los declarantes de oídas, indirectos o de referencia, quienes se limitaron, expresamente, a reproducir lo que el Joven Caicedo Muñoz les había narrado sobre lo acontecido. Por último, observa la Sala que la contundencia de las pruebas en uno y otro sentido simplemente impiden arribar a un juicio certero sobre lo ocurrido y en consecuencia, la duda razonable inclina la balanza a favor del acusado.”⁵⁴

Con fundamento en lo anterior al tratarse de testigos de oídas, se evidencia que lo único que pueden acreditar es la existencia de un relato que otra persona les hizo sobre los hechos, pero no, como sucedería con un testigo presencial, la verificación de los acontecimientos objeto de investigación; por tanto, el testimonio de la señora **XXXXXXXXXXXXXXXX**, quien se desempeñaba para la fecha de los hechos como Rectora de la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, serán valorado como un indicador de la percepción del hecho materia de investigación, (Queja de la menor y el informe del Coordinador) es decir, como aquel medio con el cual se dio a conocer a la comunidad educativa, la posible ocurrencia de un comportamiento del servidor público cuestionado.

Como se dijo en líneas anteriores, las entrevistas rendidas por **XXXXXXXXXXXXXXXX** y **XXXXXXXXXXXXXXXX**, serán tenidas en cuenta como testigos de oídas ya que narran lo que otra persona le relata sobre el acaecimiento de los hechos y, por lo tanto, lo único que pueden acreditar, en últimas, es la existencia de ese relato.

Ahora bien, nuevamente, en este acápite la operadora disciplinaria enfatiza que las Entrevistas de las menores **XXXXXX**⁵⁵ y **XXXXXX**⁵⁶, practicadas por la Defensorías Octava y Séptima de Familia del Centro Zonal Neiva, adscritas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) – Regional Huila, el día 28 de julio y 28 de septiembre de 2016, serán tenidas como inexistentes a la luz del artículo 140 de la Ley 734 de 2002, en virtud de la decisión adoptada el día 7 de diciembre de 2017, por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Neiva.

En la fase de Investigación se recaudó material probatorio, entre estos la Entrevista de la estudiante **XXXXXX**⁵⁷, practicada por la Defensora Séptima de Familia del Centro Zonal Neiva, adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) – Regional Huila, la cual fue remitida a la operadora disciplinaria mediante oficio No. 41-10100-S-2018-673750-4101⁵⁸ del 14 de noviembre de 2018, en esta relata la menor que para el año 2016, se encontraba cursando en la jornada de la mañana el grado sexto en la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** del Municipio de Neiva (Huila), y asegura que, desde que entró al plantel educativo conoce al señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**; indicando que no tiene conocimiento del

⁵⁴ Sentencia del 30 de julio de 2015. Sección Segunda del Consejo de Estado. Exp. N° 3065-13, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁵ Cuaderno Original No. 1 – Folios 38 al 39

⁵⁶ Cuaderno Original No. 1 – Folios 41 al 42

⁵⁷ Cuaderno Original No. 1 – Folios 156 al 157

⁵⁸ Cuaderno Original No. 1 – Folio 155



cargo que desempeñaba en el centro educativo, pero según su percepción el citado servidor público realizaba tareas de mantenimiento “arreglaba cosas”.

Narra en su Entrevista que a diferencia de sus compañeras no tenía trato con el funcionario, aseverando que la única vez que tuvo contacto con éste fue cuando sus compañeras se encontraban viendo un video en el celular donde se realizaban actos sexuales. Asegura que ella estuvo de pie y sus amigas sentadas viéndolo, y que el funcionario se refirió a ella diciendo “ella es muy juiciosa”.

En su relato indica que en una oportunidad ella iba escuchando música con unas compañeras y pasaron por al frente de la Biblioteca, indicando que el investigado les dijo que esa música era muy fea, que él tenía mejor en el celular; manifestando que su compañera **XXXXX**, le pidió prestado el celular y ella se fue para el salón y ahí fue cuando ellos se sentaron y vieron un video.

En la entrevista recalca que su compañera **X**, le solicitó prestado al señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** el celular, preguntando éste ¿para qué lo quería?, a lo que su compañera manifestó, que era con el fin de escuchar música. Así mismo, refiere que la menor **X**, le dijo al señor **XXXXXXXXXXXXXXXX** que le dejara ver fotos, contestando éste que no, por cuanto en el teléfono tenía fotos no adecuadas para ella. Sin embargo, él procedió a desbloquearlo y se sentaron a ver el celular.

En su narración refiere que el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, les mostró el video de contenido pornográfico y que esto sucedió cuando la menor **X**, le pidió prestado el celular. En su exposición de los hechos, señala que sus compañeras realizaron preguntas del video, a lo que manifestó que se realizó en una fiesta; replicando éstas del ¿por qué no aparecía en la grabación?, respondiendo el investigado que estaba al otro lado.

Culmina su relato indicando que no le consta que el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, haya tocado los glúteos de la menor **XXXXXX**, puesto que no andaba con ellas, pero se enteró de la situación.

En la actuación disciplinaria igualmente se encuentra Entrevista de la menor **XXXXXX**⁵⁹, practicada por el Defensor Octavo de Familia del Centro Zonal Neiva, adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) – Regional Huila, la cual fue enviada a la instructora disciplinaria mediante oficio No. 41-10100-S-2018-676056-4101⁶⁰ del 15 de noviembre de 2018; en la cual manifiesta que en el año 2016, se encontraba cursando el grado sexto de bachillerato en el plantel educativo **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** de esta ciudad, y asevera que, desde su ingreso al establecimiento escolar distingue al señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**; indicando que según su conocimiento el funcionario se desempeñaba como auxiliar.

Afirma que nunca le solicitó al investigado prestado el celular, ni mucho menos que él se lo haya prestado, sin embargo, aduce recordar que el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, le exhibió un video de contenido pornográfico.

⁵⁹ Cuaderno Original No. 1 – Folio 159

⁶⁰ Cuaderno Original No. 1 – Folio 158



Finaliza su narración señalado categóricamente que “a mi me consta que lo de mostrar los videos pornográficos, y lo de tocar a X, abrazándole y dándole una palmada en las nalgas, es cierto, en cuanto a la amenaza de denunciarlas al ICBF no me consta”.

La operadora disciplinaria quiere dejar claro en esta providencia que en materia probatoria la justicia disciplinaria cuenta con libertad para demostrar la falta y la responsabilidad con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos y para determinarlos se cuenta con una norma especial del CDU que nos enseña cuáles son esos medios de pruebas permitidos en el ámbito disciplinario, así:

Artículo 131. *Libertad de pruebas. La falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.*

Artículo 130. *Medios de prueba. [Modificado por el art. 50, Ley 1474 de 2011]. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.*

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.

Por su parte la Corte Constitucional⁶¹ afirma que una de las más graves violaciones al debido proceso, «consiste en que el fallador profiera sus providencias, sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio allegado al proceso, o lo que es peor, ignorando totalmente su existencia».

Frente al tema del incumplimiento de los requisitos en la práctica de pruebas, no debe de perderse de vista que a la luz de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, «cuando en la producción, práctica o aducción de la prueba se incumplen requisitos, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba»⁶².

En cuanto al traslado de pruebas el artículo 135 de la Ley 734 de 2002 [Modificado por el art. 51 de la Ley 1474 de 2011], indica:

Prueba trasladada. *Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país y los medios materiales de prueba, podrán trasladarse a la actuación disciplinaria mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario y serán apreciadas conforme a las reglas previstas en este código.*

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia T-504 de 1998, de septiembre 10, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En el mismo sentido Sentencia C-202 de 2005, de marzo 8, M.P. Jaime Araujo Rentería y Sentencia C-790 de 2006, de septiembre 20, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103.



También podrán trasladarse los elementos materiales de prueba o evidencias físicas que la Fiscalía General de la Nación haya descubierto con la presentación del escrito de acusación en el proceso penal, aun cuando ellos no hayan sido introducidos y controvertidos en la audiencia del juicio y no tengan por consiguiente la calidad de pruebas. Estos elementos materiales de prueba o evidencias físicas deberán ser sometidos a contradicción dentro del proceso disciplinario.

Cuando la Procuraduría General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura necesiten información acerca de una investigación penal en curso o requieran trasladar a la actuación disciplinaria elementos materiales de prueba o evidencias físicas que no hayan sido descubiertos, así lo solicitarán al Fiscal General de la Nación. En cada caso, el Fiscal General evaluará la solicitud y determinará qué información o elementos materiales de prueba o evidencias físicas puede entregar, sin afectar la investigación penal ni poner en riesgo el éxito de la misma.

Ahora bien, en procura del respeto de derecho de defensa entre el pliego de cargos y el fallo debe existir correspondencia, consonancia o congruencia tanto en lo que toca con la imputación fáctica como la jurídica, de ahí que exista el deber para el operador disciplinario de señalar con precisión cuál es el tipo objetivo del delito que se configura. Para ello es menester la aducción al proceso de los medios de convicción que identifiquen la realización de esa conducta, para lo cual es de suma importancia la colaboración de las respectivas autoridades penales y disciplinarias mediante el traslado de pruebas en los sistemas procesales; por tal motivo, se ordenó dentro de la actuación disciplinaria realizar visita a las instalaciones de la Fiscalía Segunda Local de Alertas Tempranas, la cual se realizó el día 14 de noviembre de 2018; diligencia que fue comunicada previamente al investigado a través del oficio 1581 del 24 de octubre de 2018⁶³, la cual no se realizó por cuanto el Fiscal asignado no se encontraba en el Despacho, sin embargo, se indicó que el expediente penal reposaba en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva⁶⁴, por ende, se solicitó al Despacho judicial, que allegara como prueba trasladada copia del acervo probatorio que reposa en el proceso penal con radicado 410016000584201600266, seguido en contra del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**; petición que fue despachada favorablemente a través del oficio No. 185 de febrero 18 de 2019.

Adicional a ello, se le comunicó al investigado mediante oficio 1762 del 29 de noviembre de 2018⁶⁵, que se había solicitado la prueba trasladada con el fin de que ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

Esta instancia evidencia de la lectura de la Sentencia condenatoria en contra del investigado que el proceso penal se surtió de la siguiente manera:

En las audiencias preliminares de carácter concentradas llevadas a cabo el día 13 de diciembre del 2016 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva - Huila, se formuló imputación en contra de **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, por ser probable autor del delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS**, conducta tipificada en el

⁶³ Cuaderno Original No. 1 – Folio 151

⁶⁴ Cuaderno Original No. 1 – Folio 161

⁶⁵ Cuaderno Original No. 1 – Folio 164



artículo 209 del C.P., frente a lo cual no hubo allanamiento a cargos; respecto a la solicitud de medida de aseguramiento la fiscalía retiró la misma.

Se radicó el 9 de febrero de 2017 en el Centro de Servicios Judiciales de Neiva por parte de la Fiscalía 14 Seccional CAIVAS, escrito, de acusación contra **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en el que se le acusó por el delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS** sancionado en el artículo 209 del C.P., programándose para el 23 de Mayo la audiencia de formulación de acusación, fecha en la que se llevó a cabo y se programó el 7 de noviembre de 2017 la Audiencia Preparatoria.

Posteriormente el 24 de octubre de ese mismo año, la Fiscalía presentó acta de preacuerdo celebrado con el procesado y la Defensa, por lo que se varió la audiencia preparatoria, para darle trámite a la de verificación de legalidad de preacuerdo a fin de resolver si se aprobaba o no, y al constatar el Juzgador de Instancia que no se quebrantaban las garantías procesales se impartió aprobación, continuándose con la individualización de la pena y sentencia.

De la prueba trasladada en legal forma se encuentra el Preacuerdo de fecha 12 de septiembre de 2017⁶⁶, realizado por el disciplinado con la Fiscal 14 Delegada ante la Unidad de CAIVAS, allanándose a los hechos y a los cargos a cambio de rebaja de pena y la aceptación de dicho acuerdo por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, con base en el cual dictó sentencia condenatoria el 7 de noviembre de 2017, por el delito de injuria por vía de hecho, imponiendo al señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** la pena de 16 meses de prisión y multa de 13.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual a la pena principal, así como otorgándole el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de 2 años. Decisión que quedó ejecutoriada en la misma fecha al no interponerse recurso de alzada ante el señor Juez de la causa, haciendo tránsito a cosa juzgada.

Para esta instancia el Preacuerdo constituye mayor valor probatorio para imputarle una presunta responsabilidad disciplinaria al implicado, pues en este se consigna que el procesado se allanó a los hechos por los que está siendo investigado en este proceso a cambio de una variación de la calificación jurídica y de una rebaja de pena; puesto que así se dejó consignado en dicha Acta:

“...5. HECHOS

*Dos semanas después de haber iniciado clases en el Colegio **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en el año 2.016, el acusado **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** quien labora en el referido plantel educativo como almacenista, aproximadamente a las 9:30 A.M. se acercó a las menores **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quienes eran estudiantes del Colegio y se encontraban fuera del salón escuchando música con sus teléfonos celulares y les dijo que les iba a mostrar un video, las menores no tuvieron reparo alguno por cuanto en otras ocasiones lo había hecho sin que se presentara ningún problema y les exhibió un video pornográfico (XXX) y les dijo que el video había sido grabado por él mismo con su celular en una fiesta en una*

⁶⁶ Cuaderno Original No. 1 – Folios 174 al 178



(finca. Las menores expresaron que el video era de relaciones sexuales homosexuales y heterosexuales.

Posteriormente el acusado **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** en hora de descanso abordó a las menores y por la parte de atrás abrazó a la menor XXX, las otras adolescentes se retiraron porque se les hizo extraño este comportamiento; la menor XXXXXX se enojó muchísimo con el señor **XXXXXXXXXXXXXXXX** y le dijo que esas confianzas no le gustaban, sin pronunciar palabra alguna le colgó el brazo en el hombro, deslizó la mano y palmoteó los glúteos de la menor haciéndola caer.

(...)

Elementos materiales probatorios y evidencia física:

DOCUMENTALES:

- 1º) Entrevista de la menor XXXX
- 2º) Entrevista de la menor XXXX
- 3º) Entrevista de la menor XXXX
- 4º) Entrevista del señor XXXXXXXXXXXXX
- 5º) Entrevista de la docente XXXXXXXXXXXXX
- 6º) Informe investigador de campo del 22 de abril de 2.016 suscrito por la psicóloga del C.T. XXXXXXXXXXXXX con su anexo CD en formato DVD que contiene la entrevista realizada a la adolescente víctima XXX.
- 7º) Informe de consulta web de la C.C. # XXXXXXXX expedida al acusado **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**.
- 8º) Oficio del 24 de mayo de 2.016 sobre antecedentes del acusado.
- 9º) Informe investigador de campo del 17 de julio de 2.016 suscrito por SI XXXXXXXXXXXXX, que contiene el reconocimiento fotográfico que hizo la adolescente XXXX al acusado XXXXXXXXXXXXX.
- 10º) Informe de investigador de campo del 17 de julio de 2.016 suscrito por SI XXXXXX, que contiene el reconocimiento fotográfico que hizo la adolescente XXX al acusado XXXXXXXXXXXXX.
- 11º) Registro civil de nacimiento de la adolescente victima XXX

(...)

PRIMERO: Con fundamento en lo establecido en los artículos 350 al 352 C.P.P., la Fiscalía General de la Nación acuerda variar la adecuación típica de los hechos imputados, al señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, procediéndose en consecuencia por el delito de INJURIAS POR VÍAS DE HECHO consagradas en el Art. 226 del C.P., en concordancia con el artículo 220 ibídem.

SEGUNDO: El acusado **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informado asistido por el señor defensor DR. XXXXXXXX acepta el cargo por el delito de INJURIAS POR VIA DE HECHO.

TERCERO: Teniendo en cuenta que el imputado no registra antecedentes penales, no se imputó circunstancias de mayor punibilidad e igualmente ateniendo lo consagrado en el Inciso 5º del Artículo 61 del C.P., la Fiscalía acuerda como pena a imponer al acusado **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** la mínima, es decir UN (1) AÑO DE



PRISIÓN, que equivale a doce (12) meses y MULTA DE DIEZ SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

7. Términos de la aceptación de culpabilidad por preacuerdo con la Fiscalía

(...) Y como quiera que con base en los elementos materiales de prueba, evidencia física y la información legalmente obtenida, se puede afirmar con probabilidad de verdad que el hecho existió y que su autor es el aquí imputado y en aras de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y teniendo en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación del derecho penal; se encuentra procedente de acuerdo al Art. 350 numeral 2° del C.P.P, VARIAR la adecuación típica de los hechos imputados en audiencia de formulación de imputación, atendiendo los EMP allegados, entre ellos el relato de la víctima, donde da cuenta de un tocamiento fugaz en los glúteos, por parte del señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX..."

En este punto de la providencia, se hace claridad que el proceso penal seguido en contra del señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, fue tramitado bajo el imperio de la ley 906 de 2004 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"; sistema procesal que indica que *"las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia"*⁶⁷. Por tal motivo, *"las entrevistas y declaraciones juradas que obtienen las partes son actos preparatorios del debate."*⁶⁸; la anterior aseveración surge del *"artículo 16 (norma rectora) establece que "en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción..."*⁶⁹.

No obstante, es preciso traer a colación la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en lo relativo a preacuerdos y aceptación de cargos y de la prueba mínima para dictar sentencia:

".. Ahora bien, tratándose de aceptaciones de cargos en la formulación de imputación, la incorporación de los elementos materiales probatorios habrá de ser concomitante a la presentación del escrito contentivo de la misma - que se entiende equivalente a la acusación (art. 293 C.P.P.)- ante el juez de conocimiento. Ello, conforme al mandato previsto en el art. 142-2 ídem, según el cual es deber del fiscal suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e información de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado. Éste, al tenor del art. 125-3 ídem, además, tiene derecho a que su defensor, en el evento de una acusación, conozca todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de enero de 2017, radicado 44.950.

⁶⁸ ibídem.

⁶⁹ ibídem.



procesado. En esos términos, la incorporación de los medios de conocimiento a la actuación no sólo es presupuesto material para que el juez pueda dictar sentencia condenatoria, si la valoración de aquéllos junto a la aceptación de culpabilidad acredita la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado (art. 9º del C.P. y 381 del C.P.P.), sino que es necesaria a fin de garantizar el derecho de todo imputado a conocer las pruebas que se invocan en su contra (art. 8 lit. j del C.P.P.).

No obstante, la prerrogativa de conocimiento de las “pruebas”, en eventos de aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, no significa que la defensa -tanto material como técnica- esté habilitada para controvertirlas. Por una parte, debido a que, como se expresó con antelación (supra num. 4.1.2), la renuncia al juicio entraña el desistimiento a la actividad⁷⁰ y contradicción probatorias (...)

Una vez aceptado, reiterase, el allanamiento es irrevocable. Por consiguiente, la declaratoria de responsabilidad penal en él fundamentada no se puede confrontar, entre otras posibilidades, por la vía del ejercicio de los recursos, a fin de lograr una absolución mediante críticas probatorias tendientes a modificar los enunciados que, haciendo parte de la imputación fáctica, fueron admitidos por el imputado que se allana, pues ello atenta contra el principio de irrevocabilidad.

Adicionalmente, la alta corporación judicial en Sentencia No. 27337 de fecha 23 de agosto de 2007, indicó:

“... la Sala, que por virtud de la forma extraordinaria de terminación del proceso penal inserta en el capítulo de acuerdos y preacuerdos, remitida a la teleología que anima la Ley 906 de 2004, encaminada a facultar soluciones consensuadas a la pretensión punitiva estatal, la exigencia probatoria pasible de cumplir para efectos de la emisión de fallo de condena, dista mucho de corresponderse con la exhaustiva demostración instituida respecto de la tramitación ordinaria, entre otras razones, porque no se faculta la controversia propia de la audiencia del juicio oral y la decisión se funda no en pruebas, dentro del estricto sentido que a estas otorga la normatividad en cita, sino en elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que hasta el momento del avenimiento de voluntades, ha recopilado el ente acusador.

Frente al tema de la validez de la prueba consistente en el contenido del preacuerdo firmado por el implicado y la Fiscalía, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-1195 de 2005 que éste es considerado una confesión, así:

⁷⁰ Sobre ese particular, mediante el AP 27 jun. 2012, rad. 38.911, la Sala clarificó, en un caso donde tardíamente se acreditó que el procesado se encontraba en estado de inimputabilidad al momento de cometer los delitos, que **el principio de irrevocabilidad que gobierna las aceptaciones de culpabilidad imposibilita formular reparos respecto a la práctica de pruebas y el consecuente adelantamiento de un juicio, pues la esencia de esa aceptación unilateral de voluntad o de la bilateral propia del acuerdo es que, a cambio de la reducción de pena u otros beneficios procesales, el imputado y su defensor renuncian a controvertir ese tipo de aspectos.**



*«En lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que puede deducirse en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquel es su autor o partícipe. (...)»
(Subrayas de la Sala)*

Por tal motivo, la negociación preacordada de culpabilidad, se enmarca en la renuncia del imputado o acusado a los derechos de no-auto incriminación, de tener un juicio público, contradictorio, concentrado, imparcial y con inmediación de las pruebas contemplados en los literales b y k del principio rector del procedimiento contenido en el artículo 8° de la Ley 906/04; **aceptando las evidencias físicas, elementos materiales probatorios, información legalmente obtenida y el allanamiento a la situación fáctica descrita por el fiscal.**

Razón por demás para que esta operadora disciplinaria afirme que una vez establecida la voluntad plena del disciplinado al realizar el preacuerdo con la Fiscalía, como así lo confirmó el Juez de conocimiento al darle su aprobación, se tenga claro que éste confesó la comisión del delito de injuria por vía de hecho y por ello sea considerado como autor del mismo.

Lo anterior, para significar que existe en el plenario las siguientes entrevistas de policía judicial las cuales fueron aceptadas por el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en el Acta de Preacuerdo de fecha 12 de septiembre de 2017⁷¹ y valoradas como pruebas por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, al momento de proferir sentencia condenatoria el 7 de noviembre de 2017, en contra del investigado por el delito de injuria por vía de hecho. Entre ellas encontramos:

Entrevista realizada el día 26 de marzo de 2016⁷², por funcionarios de Policía Judicial, a la menor **XXXXXX**, quien relata que es estudiante de la institución educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** en el grado 603 jornada de la mañana.

Indica en su entrevista que en una oportunidad se encontraba con **MXXXXXXXXXX**, ya que tenían una hora de clase libre y decidieron hacerse al frente de la biblioteca pensando que no había nadie allí, manifestando que la menor **X.**, desde su celular puso música al parecer reggaetón y dijo que se iba a poner a bailar.

Señala que al frente de la biblioteca vi que estaba un “señor alto, es blanquito, es gordito, su cabello es negro, liso así como el suyo, este señor es la persona que arregla cosas ahí en el colegio, que ayuda”, cuando de repente dijo “la música que voy a colocarles es más chimba” y puso la canción “TAXI” y ahí **X.** dijo que está canción ya la tenía, y se dirigieron para el salón.

Narra que en otra ocasión estaban en la hora de recreo dando una vuelta por el colegio detrás de los salones con **XXX XXXXX**, cuando apareció el señor de la canción del “TAXI”, y abrazó por el cuello a **X.**, y al ver esto “me separé porque íbamos las tres de ancho y al ver el abrazo del señor, me separe junto con N. y ahí M. se puso muy brava con este señor, y le dijo que a ella no le gustaban estás chansitas, luego ese señor la cogió de la cintura y ahí M. se puso más brava y después cuando ya nos íbamos yendo este

⁷¹ Cuaderno Original No. 1 – Folios 174 al 178

⁷² Cuaderno Original No. 1 – Folios 179 anverso y reverso y 180



señor saco su mano y le pego una palmada .duro en las nalgas o cola a M. que casi la hace caer al suelo, M. se puso muy brava y se puso a llorar, le dije a M. que fuéramos a decir en la coordinación y M. dijo que no que después ella venía Con el papa, al día siguiente de la palmada en la cola”

Adicional a ello, indica que: *al día siguiente de la palmada en la cola a M., volvió a aparecer este (...), yo salí sola y vi que M. tenía un celular pequeño como blanquito que era marca ZUMY del mismo que yo tengo, estaba escuchando música normal y el señor no se había ido todavía, ahí el señor nos dijo que nos iba a mostrar un ideo gracioso y nosotros pensamos que era de verdad gracioso y que no era nada malo, ahí fue cuando me acerque más y vi que era un video de porno, ahí se veía varios hombres y varias mujeres teniendo relaciones sexuales y se veían dos muchachas que les gustaba el mismo género que también estaban teniendo relaciones; cuando yo vi que era de sexo el video yo me alejé y le dije a M. que nos fuéramos porque eso era feo, este video también lo vieron XXXXX, y yo, después de ver el video el Señor dice que este video había sido en una fiesta en una finca con unos amigos que él había tenido, XX, le pregunto que si había llevado a la esposa a esa supuesta fiesta y el señor responde que no, que como se le ocurría que iba a llevar a la esposa a la fiesta, dijo que había llevado a una amiga y qué cuando él le había metido el pene de el en la boca, le había rompido el labio a la amiga, ahí nos fuimos”*

El día 26 de marzo de 2016⁷³, funcionarios de Policía Judicial, recibieron Entrevista a la menor XXXXXX, quien Manifiesta ser estudiante de la Institución Educativa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, cursando el grado 603 de la jornada mañana.

Señala que se encontraba sentada en muro frente al salón de clases, junto con las compañeras XXXXXX. y XX., cuando el señor XXXXXX, quien ayudaba arreglando las cosas del colegio, llegó escuchando música en su celular, y les dijo que si querían ver un video, pero lo que les reprodujo fue un video pornográfico donde se sostenían relaciones sexuales como en una finca. Refiere que ellas se fueron, pero él les insistió que vieran el video y que les daba 2000 a cada una, a lo que ellas contestaron que no. En su relato manifiesta que días después iba caminando frente a la biblioteca con X. cuando el señor XXXXXX abrazó fuertemente a X. por el cuello y ella le pide que la soltara, pero ante la insistencia de XXXXXX, le da un codazo en el estómago. Agrega que él la abraza por la cintura y X. le pide que la suelte y logra soltarse, pero XXXXXX le insiste que se deje, sin embargo, cuando se retiran, el investigado le pega una fuerte palmada en la cola. Dos semanas después, saliendo de rectoría con X., el señor XXXXXX le dice a X. que va a hacer todo lo posible para que la metan a un bienestar y que nunca salga de ahí y que era mejor que se muriera allá.

Culmina su relato señalado que ese mismo día a las nueve de la mañana, saliendo de recreo, XXXXXX estaba diciéndole a un muchacho llamado XXXXX, que si lo llegaban a llamar, dijera que era mentira porque él no quería irse a la cárcel, y que éste le dijo a XXXXXX que todo lo del video y lo que le había hecho a X. era cierto, a lo que XXXXXX le contestó que ahí si no sabía qué hacer.

La Fiscalía General de la Nación a través de la Policía Judicial, el día 10 de mayo de 2016⁷⁴, recibe la Entrevista de la menor XXXXXX

⁷³ Cuaderno Original No. 1 – Folios 182 anverso y reverso, 183 y 184

⁷⁴ Cuaderno Original No. 1 – Folios 185 anverso y reverso y 186



Manifiesta que un día iba con su celular escuchando música junto con X. y X. X. al frente de la biblioteca. Arguye que en ese momento XXXXX también estaba escuchando música y X. le pidió prestado el celular para escuchar música y ella se puso a mirar fotos y después todas se fueron y X. se quedó hablando con XXXXX. Después XXXX le pidió el celular a X. pero ella le dijo que se lo deje otro rato, a lo que XXXXX dijo que no porque habían cosas que ella no podía ver, sin embargo el aceptó y se sentó con ellas.

Indica que él cogió el celular y colocó un video triple X donde supuestamente estaban dos amigas de él que son lesbianas en una fiesta en las que tienen sexo en vivo, que él estaba en la fiesta y que no había llevado a la mujer porque si no le gustaba una de las muchachas, se podía ir con la otra a tener relaciones sexuales.

Le preguntaron que donde estaba y XXXXX dijo que él se encontraba detrás del muchacho que estaba grabando. Después XXXX dijo que en una ocasión le había metido el pene en la boca a una muchacha y le había reventado el labio.

Respecto al material probatorio obrante en la actuación disciplinaria expone la defensa técnica que *“el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX relato los hechos de una forma razonable, espontaneo y no contradictorio, su comportamiento durante toda su estadía labora en esa institución ha sido ejemplar, no había tenido ninguna queja disciplinaria anterior a los hechos objeto del proceso disciplinario, no se había reportado ningún tipo de acoso por parte del disciplinado anteriormente la mera declaración de las menores no desvirtuaron la presunción de inocencia, prácticamente es la palabra de mi prohijado contra la de ellas.”*

Frente a este argumento defensivo, considera esta instancia que contrario a lo expuesto por el abogado defensor debe darse credibilidad a los testimonios de las menores por cuanto ellas estuvieron en forma directa y personal en el sitio de los hechos sobre el cual recae la actuación, y sus declaraciones no pueden ser consideradas como imparciales, por el contrario ofrecen serios motivos de credibilidad, toda vez que sus testimonios fueron diáfanos y asertivos en sus explicaciones.

Como lo señala el tratadista HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, en su libro Teoría General de la Prueba Judicial tomo 2, pág. 25, desde un punto de vista rigurosamente jurídico, el testimonio es un acto procesal, por el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos y para que pueda decirse que un testimonio sirve de prueba (completa o incompleta) de un hecho, es indispensable que en él conste que proviene de quien tenga conocimiento del mismo por haberlo percibido, que es capaz y tiene aptitud física y moral para el acto, tal como ocurre en la presente actuación, con los testimonios de las menores, pues son conductos frente al hecho imputado al encartado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, y fueron valorados y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal como lo dispone el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, lo que le da una connotación de imparcialidad y desinterés, elementos suficientes para determinar la eficacia y fuerza probatoria de los testimonios.

Igualmente, dentro del proceso no se vislumbra circunstancias que hagan dudar de la honestidad y buena fe de las declarantes, por lo tanto, deben considerarse sinceros porque no existen motivos lógicos para suponer lo contrario, así mismo, teniendo en cuenta la edad de las menores y de las circunstancias subjetivas y objetivas en que



obtuvieron el conocimiento de los hechos, debe deducir la operadora disciplinaria la credibilidad de los mismos, es decir, dichos testimonios, efectivamente brindaron los elementos requeridos para que esta instancia fallo disciplinario al señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Adicionalmente, al analizar conjuntamente la totalidad del material probatorio recaudado, tanto del que se practicó y allegó legalmente en la indagación preliminar, como de las decretadas y practicadas durante la etapa de investigación disciplinaria, permite a ésta Procuraduría Provincial sostener que el Cargo Único formulado en el auto de fecha 14 de julio de 2020 al señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en su condición de servidor público, vinculado a la Secretaría de Educación Municipal de Neiva, a través de la figura jurídica de nombramiento provisional en la vacante temporal de Auxiliar Administrativo, Código 407 – Grado 16, adscrito para la época de los hechos en la Institución Educativa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX de esta ciudad, no se desvirtúan, por el contrario, reafirman la ocurrencia del hecho objeto de reproche disciplinario, en el sentido que desconoció los derechos que constitucionalmente están reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que incurrió en un comportamiento que se adecua a una descripción típica consagrada en el artículo 226 del Código Penal, que atenta contra la integridad moral, ya que asumió un comportamiento reprochable, irrespetuoso con las menores XXXXX, XXXXXX, XXXXXX y XXXXXX, quienes para la fecha de los hechos eran estudiantes de la Institución Educativa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX del Municipio de Neiva (Huila), al exhibirle videos pornográficos y al tocar con su mano los glúteos de la menor XXXXX; conducta con la cual atentó contra sus deberes como servidor público, y un menoscabo a la integridad moral, buenas costumbres y el derecho de las menores a ser tratadas de manera digna y protegidas de manera integral.

10. TIPICIDAD.

Es así que, se mantiene en este momento procesal el juicio de adecuación típica de la conducta endilgada al señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en su condición de Auxiliar Administrativo adscrito a la Institución Educativa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX de esta ciudad, para la época de los hechos, ya que con su obrar en relación con el Cargo único imputado, vulnerando las normas enlistadas en el auto de pliego de cargos, a saber:

➤ **Constitución Política**

“Artículo 6: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 44: Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. **Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y**



proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

*Artículo 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los **principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad**, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.” Negrilla fuera de texto.*

➤ **Ley 115 de 1994**

*“ARTÍCULO 5 FINES DE LA EDUCACIÓN: De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, la educación se desarrollará atendiendo a los siguientes fines **El pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica y demás valores humanos**”.*

*ARTÍCULO 25.- Formación ética y moral. La formación ética y moral se promoverá en el establecimiento educativo a través del currículo, de los contenidos académicos pertinentes, **del ambiente, del comportamiento honesto de directivos, educadores, y personal administrativo**, de la aplicación recta y justa de las normas de la institución, y demás mecanismos que contemple el Proyecto Educativo Institucional.*

➤ **Ley 599 de 2000**

*Artículo 226. **Injuria por vías de hecho.** En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agravie a otra persona.*

➤ **Ley 734 de 2002**

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

- 1. **Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo**, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.*

➤ **Ley 1098 de 2006**

ARTÍCULO 7 PROTECCIÓN INTEGRAL. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.



La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

ARTÍCULO 8. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. *Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.*

ARTÍCULO 9. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. *En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.*

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

ARTÍCULO 18. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. *Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario”.*

“ARTÍCULO 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN. *Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:*

(...)

*4. La violación, la inducción, **el estímulo** y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, **la pornografía** y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad.*

Ahora bien, el artículo 6º del Estatuto Superior consagra la manera como particulares y servidores públicos responden por sus actuaciones, de allí se desprende la fundamentación de la responsabilidad disciplinaria respecto de quienes cumplen una función pública. El criterio de imputación de la conducta disciplinable tiene como fuente la previa existencia de un vínculo entre el sujeto disciplinable para con el Estado, y esa relación necesariamente vinculada con el ejercicio de la función pública. El derecho disciplinario, está dentro del campo de la responsabilidad de las relaciones especiales de sujeción.

Los servidores públicos tienen una misión especial dentro de un Estado Social de Derecho como lo es velar por el interés general, de allí que para encauzar el comportamiento de quienes estén vinculados a él por una relación especial de sujeción se impongan deberes, buscando cumplir con los fines del Estado.

A juicio del Dr. FERNANDO BRITO RUIZ (publicación hecha por el Instituto de Estudios del Ministerio Público "*La Función Pública y el Derecho Disciplinario*", (agosto de



2002) las actividades que desarrollan los servidores públicos admiten dos lecturas: una, los deberes y las obligaciones que implican el desempeño de sus actividades; y la otra, la vigilancia de que debe ser objeto dicha actividad, para garantizar que efectivamente se cumplan los fines del Estado, en busca de satisfacer el interés general".

Ahora bien, el Constituyente de 1991, consideró oportuno que nuestra Carta Política consagrara un tratamiento prevalente a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, sujetos de derechos, que por su condición de vulnerabilidad e indefensión requiere de una especial protección, hecho que ha sido reconocido por el Estado Colombiano y la comunidad internacional en general.

En este orden de ideas, el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, consagra que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de las demás personas. En consonancia con este planteamiento, la jurisprudencia constitucional⁷⁵ ha reconocido que los menores de edad tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta en el carácter superior y prevalente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación adelantada por las autoridades.

Ahora bien, concretamente respecto al significado que tiene, que los niños sean titulares de derechos prevalentes e intereses superiores, la jurisprudencia de la corte constitucional ha señalado:

(...)“Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso (...)”⁷⁶.

*“(...) La Corte ha señalado que el interés de los niños “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”⁷⁷; no obstante, ha dicho que igualmente ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para los niños, las niñas y los adolescentes en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con ellos, en especial los de sus padres. Por el contrario, el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes **prevalece sobre los intereses de los demás**, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos. (...)”.*

Igualmente, ha expresado la alta Corporación:

⁷⁵ Ver sentencias T-979/01, T-514/98 y T-408/95.

⁷⁶ Ver sentencia T-510/2003

⁷⁷ Ver sentencia T-408/1995

“(…) El sentido mismo del verbo “prevalecer”⁷⁸ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor. De hecho, sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley’.

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia en sus artículos 7°, 8° y 9° desarrollan este precepto constitucional; por ende, este Despacho colige, que el interés superior del menor, consagrado en el ordenamiento jurídico, orienta cualquier actuación que realicen las autoridades, al momento de evaluar las conductas realizadas por las personas mayores de edad, que afecten los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto se debe garantizar el desarrollo armónico e integral de estos.

En lo que respecta al concepto del principio de moralidad administrativa contenido en el artículo 29 de la Carta, debe destacar esta instancia que la Honorable Corte Constitucional, ha discernido en múltiples providencias, sobre este tema, destacándose:

“...3.3 El principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior. Su significado según la jurisprudencia y los diferentes instrumentos de protección establecidos en la Constitución

3.3.1 Cabe recordar que la organización administrativa del Estado tiene a su cargo, primordialmente, el ejercicio de la función administrativa estatal, la que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 209 de la Constitución colombiana “... está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

De otra parte, en el plano de los deberes jurídicos ha de recordarse que el artículo 6° de la Constitución Política señala que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Es decir que de acuerdo con dicho texto superior los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está permitido por la Ley y que serán responsables por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Así mismo que en tal calidad se comprometen a cumplir y

⁷⁸ De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prevalecer” significa, en su primera acepción, “sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.



defender la Constitución y desempeñar los deberes que les incumben ejerciendo sus funciones en la forma prevista en dicho texto superior, en la Ley y el reglamento y tomando en cuenta que están al servicio del estado y de la comunidad y no de sus propios intereses (arts. 122-2 y 123-2 C.P.).

3.3.2 En relación con el principio de moralidad a que se alude en el artículo 209 superior respecto de la función administrativa, la Corte ha señalado que este es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores.

Dicho principio de moralidad irradia entonces toda la actuación de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas y para su protección en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar su respeto.”⁷⁹

“... El artículo 67 de la Constitución reconoce en la educación una doble condición de derecho y de servicio público que busca garantizar el acceso de los ciudadanos al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores culturales. La relevancia de esa función social explica que la norma superior le haya asignado a la familia, a la sociedad y al Estado una corresponsabilidad en la materialización de esas aspiraciones y que haya comprometido a este último con tareas concretas que abarcan, desde la regulación y el ejercicio del control y vigilancia del servicio educativo, hasta la garantía de su calidad, de su adecuado cubrimiento y la formación moral, física e intelectual de los estudiantes. En cuanto a servicio público, la educación exige del Estado unas actuaciones concretas, relacionadas con la garantía de su prestación eficiente y continua a todos los habitantes del territorio nacional, en cumplimiento de los principios de universalidad, solidaridad y redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable. En su dimensión de derecho, la educación tiene el carácter de fundamental, en atención al papel que cumple en la promoción del desarrollo humano y la erradicación de la pobreza y debido a su incidencia en la concreción de otras garantías fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad de oportunidades, el mínimo vital, la libertad de escoger profesión u oficio y la participación política.”⁸⁰

En este punto, procede la operadora disciplinaria a exponer algunos fundamentos jurisprudenciales que permiten comprender la esencia del delito de injuria por vías de hecho, punible que posiblemente tendría la potencialidad de adecuarse a los hechos que nos ocupan, y más cuando se trata de comprender el enfoque que presentó la Fiscal 14 Delegada ante la Unidad de CAIVAS, para suscribir junto con el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, el Acta de Preacuerdo de fecha 12 de septiembre de 2017⁸¹.

El máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, a través de la Sala de Casación Penal, ha emitido sendos pronunciamientos en torno a este tema, concluyendo cuales son los postulados con los que se estructura el tipo penal conocido como injuria por vías de hecho.

⁷⁹ Ver sentencia C-988/2006

⁸⁰ Ver sentencia T-742/2013

⁸¹ Cuaderno Original No. 1 – Folios 174 al 178



El primer antecedente, lo encontramos cuando esta Sala estudió el caso de un joven que abusivamente tocó los glúteos a una dama y siguió su camino. Aquella sentencia precisó que la conducta se adecua al delito de injuria, concretamente en su modalidad injuria por vía de hecho:

“... Las razones de la afirmación son las siguientes:

1. El título V del Libro II del Código Penal del 2000, en su capítulo único, define los “Delitos contra la integridad moral”.

En su artículo 220 estructura la injuria, con estas palabras:

El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Su artículo 226 se refiere a la injuria por vías de hecho de esta manera:

En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vía de hecho agravie a otra persona.

2. El bien jurídico tutelado es, se dijo, la integridad moral. Por integridad moral se entiende, para efectos de la injuria, ante todo, lo relacionado con la dignidad y el honor, tal como emana de la Exposición de Motivos que a su propuesta de Código Penal ante las Cámaras legislativas acompañó el Fiscal General de la Nación.

A la dignidad, que en estricto sentido es el bien jurídico mediato especialmente tutelado en este título, se ha referido la Corte Constitucional, con estas frases:

*Se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es “un fin en sí misma”. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico
La dignidad es, también, por inclusión, respeto a la intimidad, al honor, a la honra, al decoro, de la persona humana en cuanto tal.*

Enseña LUIS CARLOS PÉREZ:

La dignidad, pues, está en la estructura de la personalidad, junto con la libertad y la intimidad, siendo la vida el fundamental de ellos. La honra y el honor, constitutivos de la integridad moral, según el Código colombiano, son bienes que hacen parte de la dignidad. Bienes de la persona, tanto como el nombre que la designa e individualiza; como el estado que ocupa en la familia y en las grandes comunidades sociales; como la capacidad para gozar otros bienes o para reclamarlos; como el domicilio donde ejerce sus derechos y cumple sus deberes, y



en fin, como el asiento de su patrimonio, entendido como el caudal grande o pequeño proveniente de su trabajo

El mismo tratadista expone su concepto de integridad moral:

Integridad viene de íntegro, palabra compuesta de in, partícula negativa, y de tangere, tocar. Significa, pues, no tocado, intacto, bien saneado. Así como una persona se mantiene íntegra cuando nadie vulnera su composición material, en el conjunto de músculos, huesos y funciones biosíquicas, cuando nadie disminuye o altera su estructura orgánica, también permanece íntegra cuando nadie lesiona su dignidad, es decir, su valimiento entre los demás, y los fines que se ha propuesto sin derivar en un simple mediador de intereses u objetivos ajenos

De la dignidad dimana, entre otras cosas, un bien jurídico más concreto, el honor, constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad.

Partiendo de tal noción, y fusionado con los valores constitucionales, particularmente con el principio de dignidad, se puede afirmar que el fundamento del bien jurídico honor es, precisamente, la dignidad, y que su finalidad última es el libre desarrollo de la personalidad.

Desde este punto de vista, no hay duda que tentar sin consentimiento las regiones corporales que la cultura occidental asocia con el sexo, constituye un ultraje a la dignidad de la persona que recibe el comportamiento, una afrenta, una agresión y, en fin, un desprecio absoluto por su honor, es decir, su valor como ser humano, unido al libre desarrollo de su personalidad, entendido este, a la luz del artículo 16 de la Constitución Política, como el derecho a la autonomía personal, que permite, ante la variedad optativa, tomar decisiones sin intromisiones, obstáculos ni presione.

3. El tema no es raro a nivel de doctrina ni de derecho comparado, pues desde antiguo, desde cuando la amplia injuria comenzó a circunscribirse a la "moral", se identifica con el sentido de cualquier actuación que envuelve un desprecio intencionado y manifiesto hacia otra persona, se refleje en una agresión física o no.

Mírense estos ejemplos, simplemente como ilustración.

SILVIO RANIERI escribe:

En la mayoría de los casos la bofetada no constituye injuria; pero puede constituirla según las circunstancias del hecho y la intención del agente. En cambio, constituye injuria cortar los cabellos, arrebatar la peluca, arrancar la barba, con tal que no constituye lesión corporal, o cortar los bigotes o la barba, arrojar agua sucia contra una persona, etc.

El beso puede constituir injuria según la intención del agente (Se destaca).

La enumeración –anota LUIS CARLOS PÉREZ- permite entender la amplitud de los agravios catalogados en la doctrina y la jurisprudencia. Con ese espíritu se citan:

“El que ultraja o insulta a otro con remedos o gestos delante de otras personas, o le hiere con mano, pie, palo, piedra, arma u otro cualquier instrumento, o alza la mano con palo u otra cosa para herirle, aunque no le hiera, o le escupe en la cara, o le rasga los vestidos o le despoja de ellos, o arroja, pisa o ensucia sus cosas, o le sigue o corre en pos de él para herirle o cogerle, o le encierra en algún lugar, o le mete por fuerza en su casa, o le prende o le toma alguna cosa contra su voluntad, o le pone a la ventana o puerta de su casa cuernos u otros signos de alusión injuriosa, o le echa agua u otra cosa sucia en su persona o en su casa por causarle deshonra o enojo, o viviendo en un piso inferior de la misma casa hace fuego de paja mojada, leña verde o de otra cosa cualquiera sin más intención que la de incomodarle con el humo, o le mueve pleito y hace emplazar maliciosamente por causarle gastos u obligar a dejar o suspender sus negocios o arrancarle alguna cantidad o ventaja”.

Y concluye:

La injuria real reside, pues, en los hechos, como estos citados por DÍAZ PALOS: dar una bofetada, cortar el cabello a una mujer, escupir en la cara a otro. Pero es preciso tener en cuenta que la estimación de injuria no elimina el concurso con otros delitos, como el de lesiones. A los anteriores ejemplos pueden agregarse: señalar con gestos evidentemente agraviantes o mediante signos inequívocos de desprecio o de insulto, las representaciones simbólicas de indignidad, cobardía, rebajamiento moral por el juego, la entrega carnal, o cualquier otro aspecto indicativo de una mala vida que no alcanza a ser delictuosa

También ANTONIO VICENTE ARENAS pone como ejemplos de vías de hecho Un salivazo, una bofetada, un puntapié sin consecuencias lesivas para el cuerpo o la salud, pues de quedar secuelas habría concurso de injuria y lesiones personales (art. 26), como lo habría también de injuria y daño en bien ajeno cuando la injuria consiste en manchar o destruir el vestido de otra persona

Para SEBASTIÁN SOLER, esta especie de injuria consiste en ofender por medio de hechos, gestos, actitudes que envuelvan o signifiquen menosprecio. Una cachetada es un ultraje. De ella vale más el dolor moral que el dolor físico que pueda causar

Y agrega:

La bofetada no es injuria en cuanto se infiere un daño físico, sino que vale como injuria en cuanto causa un agravio moral, lo mismo que cualquier otra actitud o palabra de menosprecio.

De manera semejante, puede imputarse a título de injuria por vías de hecho actos de claro contenido libidinoso que la legislación no consagra como delitos sexuales, en tanto afectan la dignidad de la persona agraviada, lesionan su integridad moral y constituyen actos de menosprecio al tratarla como objeto de lujuria, degradando su condición humana.

Esta conclusión a que ahora arriba la Sala no es, ni mucho menos, novedosa como lo exponen FERMÍN MORALES PRATS y RAMÓN GARCÍA ALBERO, conductas como la de realizar tocamientos en zonas genitales de personas capaces, sin consentimiento y por sorpresa, no tipificaban en el Código Penal



español de 1973 delito contra la libertad sexual, y eran tratadas como injuria. Así se expresan:

*Sólo resta una hipótesis concreta que permite nutrir el ámbito típico del núm. 1 del artículo 181: Se trata de aquellos atentados sexuales no consentidos por no haber podido la víctima consentir expresamente dado el carácter proditorio y sorpresivo del atentado sexual. Tal sería el caso de quien, inopinadamente, realiza unos tocamientos en zona genital a su víctima aprovechando la nutrida concurrencia de pasajeros en un autobús. Adviértase que en rigor, la mencionada conducta no aparecía recogida en el ámbito de previsiones típicas de los delitos contra la libertad sexual del anterior Código Penal, recibiendo castigo por la vía de las **injurias** –acción ejecutada en desprecio...- bien constitutivas de delito o de falta (destaca la Corte).*

También SILVIO RANIERI, después de examinar en el Código Penal italiano de 193 los delitos contra la libertad sexual y en particular los actos libidinosos violentos o abusivos, y señalar que la conducta punible del delito previsto en el artículo 521 consiste, en las diferentes hipótesis por él previstas, en los actos de concupiscencia carnal, distintos de la unión, cometidos por el agente con el uso de violencia o de amenaza (actos lujuriosos violentos), o abusando de las condiciones de inferioridad física o síquica o del vínculo de confianza de que se habla en los artículos 519 y 520 (actos libidinosos abusivos) sobre la persona del sujeto pasivo (artículo 521, párrafo primero); o cometidos por este, mediante constreñimiento o inducción, sobre sí mismo, sobre la persona del culpable o sobre otras personas (artículo 521, párrafo segundo)

Concluye:

No existiendo el uso de los medios o las condiciones de que se trata en los artículos 519 y 520, el hecho podría ser castigado por otros títulos; por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 527, 530, 594, etc.

Y añade:

Como se ha dicho, los actos de concupiscencia deben ser distintos de los de la unión carnal. Por lo tanto, en esta amplia noción quedan comprendidos todos los actos de excitación o de desahogo de la lujuria, con tal que sean distintos de los del acceso carnal, y aunque estén dirigidos a este; por ejemplo, tocamientos obscenos, frotamientos lascivos, contactos que pueden excitar los sentidos, etc., con tal que sean cometidos por el culpable sobre otro sujeto, o que los haga cometer sobre sí mismo, sobre la persona del culpable o sobre un tercero.

MONICA SARTI, luego de analizar la “Violencia sexual” tras la reforma introducida por la señalada ley 66 de 1996 para su país –Italia-, explica:

Parece oportuno resaltar cómo el legislador en la reforma no tuvo en cuenta las diversas propuestas orientadas a crear un tipo autónomo con el nombre de “molestias sexuales” que comprendiera aquella amplia categoría de comportamientos que difícilmente podrían ser entendidos como actos sexuales verdaderos y propios pero que, sin embargo, constituyen una ofensa a la esfera sexual de la víctima.

*Hoy, en espera de esa conveniente reglamentación, en particular frente a las perturbaciones en el lugar de trabajo (por la significativa gravedad que las caracteriza), tales comportamientos desviados pueden ser comprendidos entre las **injurias** y las molestias previstas por el artículo 660 del C. P (resalta la Sala).*

HELENO CLAUDIO FRAGOSO, refiriéndose a la legislación de su país –Brasil-, alude a la “injuria real”, que ocurre cuando la ofensa al honor es practicada mediante violencia o a través de vías de hecho, y cita como ejemplos una bofetada, una quemadura, un tirón de orejas o de cabellos, sacudir a alguien tomándolo por las ropas, escupir a una persona o lanzarle inmundicia.

Y admiten esta forma injuriosa, entre otros, los códigos penales de Venezuela del 2000 (artículo 446), Perú de 1991 (artículo 130), Alemania de 1871, con las reformas de 1998 (artículo 185), Ecuador de 1938 (artículo 489.2), Costa Rica de 1970 (artículo 145), Paraguay de 1914 (artículo 372), Uruguay de 1933 (artículo 334) y Chile de 1987 (artículo 416).

Colombia, entonces, no hizo más que seguir la tendencia ya bastante extendida ecuménicamente y por ello comenzó a “legislar” concretamente sobre el punto desde el proyecto 1976 de Código Penal, en cuya exposición de motivos, en materia de injurias, se lee lo siguiente:

Y se sanciona también el agravio por vías de hecho, como una palmada en el rostro, un salivazo, etc.

Y el artículo 415 del proyecto mencionado fue reproducido en los artículos 455 del proyecto de 1978 y 319 del Código Penal de 1980.

Desde el punto de vista objetivo, entonces, la Sala, en síntesis, considera que los tocamientos corporales no consentidos, realizados sin violencia sobre personas capaces, configuran el delito de injuria por vías de hecho”.

4) La imputación mirada por las consecuencias penológicas:

*Con la adecuación típica –a la manera como la dedujeron los funcionarios que intervinieron en el proceso- el señor **MORA RIVERA** fue condenado por el delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados (Artículo 209 conc. Art. 14 de la Ley 890 de 2004, Art. 211 – 4 del C.P.) a cinco (5) años y diez (10) meses de prisión, interdicción de derechos y de funciones públicas por igual término y se le negaron los subrogados de la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria.*

*La Sala Penal de la Corte, en su condición de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en esa materia (Artículo 234 de la C. Pol.) y de conformidad con los **fines** que orientan el recurso extraordinario de casación, entre ellos “la efectividad del derecho material” (artículo 180 de la Ley 906 de 2004) tiene el deber de hacer un llamado a la cordura a los funcionarios judiciales en orden a cuestionarse sobre ¿Qué tanta justicia material existe en ese tipo de condenas que adolecen de imprecisión en la adecuación típica?.*



El caso Luis Alfredo Garavito conmocionó al mundo –con razón- y la sociedad colombiana al unísono reclamó –unánimemente- del legislador una ley que potenciara el control penal para ese género de conductas:

Inicialmente se propuso un proyecto de Ley “Por medio de la cual se eliminan los beneficios penales y subrogados, para los delitos sexuales cometidos contra menores de edad; como respuesta al razonado clamor ciudadano, el Congreso aprobó la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 (Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños y las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos) que en su artículo 199 eliminó todo tipo de beneficios y mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena cuando se trate, entre otros, de delitos contra la libertad integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes; otro proyecto de incremento de penas que modifica casi todos los artículos del título IV del Código Penal fue radicado y cursa actualmente los debates ordinarios en el congreso (...)

Como se advierte, las consecuencias penológicas de este género de conductas son importantes, tanto como las consecuencias civiles del delito, por ello, los intervinientes en el proceso penal están llamados a ejercer un efectivo control a la exactitud de la imputación, so pena de convertir el derecho en un verdadero terror penal.

5) Nulidad por violación del debido proceso. Error en la formulación jurídica de la imputación

La Sala declarará oficiosamente la nulidad por desconocimiento sustancial del debido proceso que tiene su origen desde la formulación de la imputación:

5.1. El delito de injuria por vías de hecho (artículo 226 del C.P.) es, por principio, una conducta que requiere querrela de parte (Artículo 74 - 2 del C. de P.P.); no obstante, en este específico caso no es así; se trata de una excepción a la querrela puesto que la víctima es un menor de edad (artículo 74 inc. primero) y por ello es perseguible de oficio en favor y desarrollo de la protección constitucional de la niñez (Artículo 44 C. Pol.).

5.2. Dando por descontado que es acertada la imputación fáctica, lo evidente es que la fiscalía erró en la imputación jurídica del comportamiento que se adecua al delito de injuria por vías de hecho que lesiona la integridad moral y no el fuero íntimo de la víctima (formación, libertad, integridad sexuales).

Cuando ello sucede, no obstante que se trata de una variación que favorece la condición del procesado, no puede la Sala entrar a suplir al juez de instancia y solucionar el error emitiendo sentencia de reemplazo que morigere las penas como si se tratase de un vicio in iudicando que –por favorable- permitiese conjurarlo de oficio.

Es claro que a pesar de la identidad fáctica de la imputación, lo disímil radica en que no existe identidad jurídica, en tanto, diferencia en la naturaleza del bien jurídico tutelado. Por manera que no ha existido debido proceso en relación con la garantía de la tipicidad expresa, ni con respecto del resultado antijurídico de la conducta.



En suma, a tenor del artículo 448 del C. de P.P. dígase que el acusado no puede ser declarado culpable (por la Corte en este caso), por **delitos** por los cuales la Fiscalía no ha solicitado condena.

5.3. De otra parte, la Sala precisa que el conocimiento del delito de injuria está atribuido a los jueces penales municipales (artículo 37.3 de la Ley 906 del 2004) y que el mero hecho de que el proceso haya sido asignado a un juez penal del circuito no generaría –por sí- la nulidad de la actuación (Cfr. Artículo 456 ib.).

5.4. La discusión que pudiera presentarse en relación con la cobertura de la nulidad en este caso, permitiría pensar que debe decretarse a partir de un estadio posterior a la formulación de la imputación para evitar la invalidación de la actuación (como por ejemplo la presentación del escrito de acusación, la audiencia de sustentación de acusación o la audiencia de juicio oral y público), estadios en los que la Fiscalía puede modular válidamente la adecuación típica de la conducta porque el proceso penal en general se construye de manera progresiva.

No obstante, al tiempo se advierte que el desafuero en la **formulación jurídica de la imputación** compromete garantías defensivas porque existen estrategias desde aquel estadio procesal que –de explorarlas- pueden incidir de forma directa en la determinación de la condena.

5.5. La declaratoria de nulidad también compromete en este caso las consecuencias civiles que generó la sentencia objeto del recurso extraordinario, por manera que la ineficacia comprende el trámite del incidente de reparación (fls. 180 – 187 / 1)

Por lo anterior, y como se dijo, la Sala declarará la invalidación a partir de la audiencia de formulación de la imputación, inclusive, en aras de garantizar a plenitud el derecho al debido proceso y la totalidad de garantías defensivas.

Esta decisión supone que se ordene la libertad inmediata del acusado en razón de este proceso, si otras causas legales no lo impidieren.

Una vez recibidas las diligencias por el A quo, las remitirá a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá para que se le asignen a un fiscal delegado ante los jueces penales municipales de esta ciudad.

En mérito de lo expuesto **la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE:

1. **No casar** la sentencia del 04 de octubre de 2007 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con base en la demanda formulada.
2. De oficio, **casar** la sentencia mencionada. En consecuencia:
 - 2.1. **Declarar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de la imputación, inclusive.**



2.2. Ordenar la libertad inmediata e incondicional del señor CIRO ANTONIO MORA RIVERA, en razón de este proceso, de no ser requerido por otra autoridad judicial.⁸² Negrilla y Subraya fuera de texto.

Posteriormente ocupó a la Sala el estudio del caso de una menor de nueve años de edad que fue sometida a tocamientos libidinosos por parte de un tendero, consistentes en cogerla de las muñecas, conducirla al lavamanos que se encontraba detrás del congelador del supermercado y besarla en la boca con introducción de su lengua. Días anteriores, le había cogido los glúteos e igualmente la había besado. En este emblemático fallo la Corporación señaló que los menores pueden ser sujetos pasivos del tipo penal de injuria por vía de hecho.

“...La Sala debió inadmitir la demanda porque todos los reproches se dirigen a controvertir indefinidamente –y sin mejor criterio- la credibilidad que les asignó el juzgador a las pruebas del proceso, cuando es claro que las pruebas en materia penal no tienen tarifa legal estipulada, salvo expresos evento–.

En forma mayoritaria la Sala venía sosteniendo que cuando se advierte vulneración de alguna garantía fundamental que imponga a la Corte su inevitable intervención, para corregir el error debía previamente correr traslado al Ministerio Público para concepto, sin embargo, en reciente oportunidad varió su posición y consideró que para dar aplicación a los postulados de eficacia en la administración de justicia, ello no es necesario y debe proceder a subsanarlo de inmediatez; con todo, en esta oportunidad se estimó prudente escuchar las tesis de los intervinientes en procura de saber si había alguna crítica a la adecuación típica (tipicidad expresa o estricta).

Cuando se juzga la conducta humana, es preciso determinar en estricto sentido qué es lo que se juzga, cuál es la adecuación típica que realmente corresponde y cuáles son las consecuencias de la pena en términos de los principios de proporcionalidad y razonabilidad que la gobiernan.

El derecho penal no tiene por finalidad (por sí) imponer castigos; no se puede convertir la justicia en amargura, se trata de hacer justicia material en los casos concreto–.

“La esencia del proceso constitucional – penal es acceder al valor justicia, en síntesis, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal..., se trata de hacer justicia material en cada caso.

*Las implicaciones de la discusión para determinar si el derecho penal es un derecho “de **autor** o de **acto**” se centran en establecer si se castiga a la persona por lo que **es**, o por lo que **hace**. El núcleo de la controversia radica precisamente en la interpretación del artículo 29 de la Constitución Política que expresamente refiere que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al **acto** que se imputa.*

⁸² Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN. Aprobado en Sala No. 122. Bogotá D. C., veintiséis (26) de octubre de dos mil seis (2006). Radicado 25743.



El artículo 2° del Decreto Ley 100 de 1980 hablaba de hecho punible: “Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable”, y el Artículo 9 de la Ley 599 de 2000 refirió expresamente y sin equívocos que lo que se juzga es la conducta punible. (...)

1) Ante un comportamiento humano como el que ocupa la atención de la Sala, mentalidades maliciosas, suspicaces, desconfiadas, recelosas dirán, con algo de razón y en el campo puramente especulativo, que si la menor no logra escaparse del supermercado donde fue avasallada por el tendero que abusivamente la besó, quizá la hubiese violado, etc. y que por eso la pena que merece el acusado es la máxima prevista en la ley penal porque el procesado es un “pervertido sexual”, un “pedófilo”, es un “depravado”, etc.

Sin embargo -insiste la Sala- lo que el derecho penal juzga no es esa condición personal que el procesado pueda tener sino lo que efectivamente hizo. La conducta punible como tal.

Téngase presente, entonces, que se juzga la conducta realizada el 28 de marzo de 2006, a las cuatro de la tarde, cuando una menor de edad (de nueve años) llegó al establecimiento de comercio -una tienda de víveres-, el tendero la tomó por las muñecas, la condujo al interior del local comercial y la besó en la boca con introducción de su lengua y cuando la menor logró zafarse el tendero le tocó los glúteos (parece que días antes había hecho lo mismo).

En suma: se juzga un beso abusivo, se juzga un tocamiento abusivo de los glúteos de la menor.

2) Con ocasión de la expedición del actual código penal (Ley 599 de 2000), los debates radicaban en establecer cuál es realmente el interés jurídico protegido, puesto que el original Decreto 100 de 1980 tutelaba “La libertad y el pudor sexuales” (título XI), La Ley 360 de 1997 modificó el interés jurídico protegido para tutelar “La libertad sexual y la dignidad humana”, y en la Ley 599 se definió que el bien jurídico a resguardar en este tipo de conductas es “La libertad, integridad y formación sexuales”; la educación sexual (formación) hace parte del objeto protegido por el derecho pena.

El asunto radica entonces en determinar hasta qué punto se afectó el interés jurídico protegido con la conducta del tendero, vista en su real contexto y sin ultra dimensionarla.

Una visión detenida del asunto indica que el comportamiento del procesado no tiene la entidad para comprometer el interés jurídico que tutelan las normas que describen las agresiones sexuales (Artículo 209, Art. 211 - 4 del C.P.) porque, en estricto, aquí no hubo un acto de connotación sexual que de alguna manera afecte siquiera la formación sexual de la ofendida, ni la integridad, ni la libertad sexual. Sin embargo, tampoco es adecuada lectura entender que la Sala patrocina la conducta truhana y abusiva del tendero.

Los hechos vienen siendo correctamente apreciados (léase imputación fáctica), sin embargo, lo que precisa la Sala es que ese comportamiento no alcanza la connotación de perjuicio a la libertad, integridad y formación sexuales de la menor, quien dada su capacidad de raciocinio compatibles con esa edad (nueve años) atinadamente referida por la sicóloga que la examinó, permiten concluir que a más del trato agresivo no sufrió alteraciones sustantivas en la “formación sexual”, entendida como facultad optativa para determinarse en el futuro en materia sexual.

Por consiguiente, la adecuación típica que se hizo desde la audiencia de imputación es incorrecta (léase imputación jurídica) y, lo acertado era imputar injuria por vías de hecho (Artículo 226) que es un comportamiento que atenta contra un bien jurídico de diversa naturaleza: La integridad moral.

Por ello, la Sala casará de oficio la sentencia por ser evidente la violación del debido proceso por ERROR EN LA FORMULACIÓN JURÍDICA DE LA IMPUTACIÓN, de conformidad con los artículos 286, 287, 288, 289, 290 y 457 del C. de P.P.⁸³ Negrilla y Subraya fuera de texto.

Al analizar la conducta del investigado, esta debe encuadrar en una descripción normativa que quebrante deberes y prohibiciones, que se extralimite en el ejercicio de derechos o funciones y que se viole el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que constituyan falta disciplinaria al tenor del artículo 23 de la Ley 734 de 2002; por ende, de acuerdo con el material probatorio incorporado a la actuación procesal, al analizar las pruebas en conjunto a la luz de los principios que rigen el sistema de valoración de la sana crítica, como lo exige el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, y de conformidad con lo establecido en el artículo 4º de la citada Ley, el servidor público solo será investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la Ley vigente al momento de su realización.

Por consiguiente, en lo concerniente a la categoría de tipicidad disciplinaria, el artículo 23 ibídem estableció que constituye falta disciplinaria la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en el Código Único Disciplinario que conlleve, entre otras, al incumplimiento de deberes.

Asimismo, el artículo 27 *Ejusdem* señala que las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos.

Consecuente con lo anterior, el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, dispuso que son deberes de todo servidor público cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, la Ley y los Decretos, entre otras normas jurídicas.

En este orden de ideas, cuando un servidor público inobserva los deberes contenidos en la Ley, puede incurrir en falta disciplinaria por incumplimiento a los deberes conforme lo señalado en el citado artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y ser acreedor a una sanción disciplinaria.

⁸³ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO. Aprobado en Acta No. 175. Bogotá D. C., dos (2) de julio de dos mil ocho (2008). Radicado 29117



La presunta conducta del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, desconoció los derechos que constitucionalmente están reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, toda vez que incurrió en un comportamiento que se adecua a una descripción típica consagrada en el artículo 226 del Código Penal, que atenta contra la integridad moral, ya que posiblemente asumió un comportamiento reprochable, irrespetuoso con las menores **XXXXX**, **XXXXXX**, **XXXXXX** y **XXXXXX**, quienes para la fecha de los hechos eran estudiantes de la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** del Municipio de Neiva (Huila), al exhibirle videos pornográficos y al tocar con su mano los glúteos de la menor **XXXXX**; conducta con la cual atentó contra sus deberes como servidor público, y un menoscabo a la integridad moral, buenas costumbres y el derecho de las menores a ser tratadas de manera digna y a ser protegidas de manera integral.

Aunado a lo anterior, la Constitución Política de Colombia tiene como principio fundante el interés general (artículo 1°) y ha establecido como uno de sus fines el de servir a la comunidad (artículo 2°), compromiso que tienen todos los servidores públicos. No es en vano que el Constituyente haya empleado el término “*servidores públicos*” (artículo 123), por lo que denota que lo común, lo que interesa a todos es primordial y constituye un fin en sí mismo para garantizar la convivencia y el orden justo. De manera, que quien ejerce funciones públicas tiene una mayor responsabilidad, y por ello, debe actuar conforme el ordenamiento jurídico, de tal forma, que si lo desborda asume responsabilidades (artículo 6°).

Así las cosas, la función pública ejercida por cuenta de los servidores del Estado, implica la atención de una serie de deberes, prohibiciones y responsabilidades, sujetando su comportamiento a los principios contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, los cuales se adquieren y materializan mediante la vinculación con la entidad pública a través de la suscripción del contrato de trabajo para los servidores públicos que se denominan trabajadores oficiales, y para otros, que se vinculan mediante una relación legal y reglamentaria llamados empleados públicos, permitiendo al Estado lograr los fines consagrados en la Constitución Política de Colombia.

En consecuencia, la eficacia de la función pública exige que sus servidores sean personas idóneas y diligentes en el ejercicio de la misma, de tal manera que el cumplimiento de sus deberes, prohibiciones y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los Principios y valores que fundamentan la función pública, la cual tiene su fundamento en el reconocimiento de la dignidad de todo ser humano y sus derechos fundamentales, en el autodesarrollo, en la autonomía, en la comunicación y la solidaridad. Y su regulación debe explicitar y facilitar la práctica de sus valores propios, destacando por lo menos la responsabilidad, la honestidad, el conocimiento, la justicia, el respeto y la transparencia”.

Por ello, el legislador no fue ajeno al establecer un régimen disciplinario, con el fin de investigar y sancionar las conductas que atenten contra la buena marcha de la función pública y cuando se lesionan intereses de toda la comunidad como principio del Estado Colombiano, razón por la cual, tales preceptos constitucionales y legales consagran la base de imputación disciplinaria de los servidores públicos por infracción a los deberes funcionales y el régimen de prohibiciones que les corresponden en el cumplimiento del principio de la moralidad, teniendo en cuenta que se debe desempeñar el cargo, absteniéndose de ejecutar *actos* u omisiones que causen las suspensión o perturbación del servicio esencial o que impliquen el abuso indebido del



cargo o la función, al mismo tiempo de que le está prohibido al servidor público incumplir los deberes consagrados en la Constitución, la Ley, así como la de los Decretos que les rigen.

11. MODALIDAD ESPECÍFICA DE LA CONDUCTA

Al tenor de lo señalado en el artículo 27 de la Ley 734 de 2002 “...Las faltas disciplinarias se realizan por ACCIÓN u OMISIÓN en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”.

El verbo rector “accionar”, genéricamente es acción, en derecho, una conducta que consiste en la realización de un acto o hecho, o el efecto que produce determinado hecho.

Maurach, indica que *“acción es una actividad final humana”*. El agente contempla la meta, antes de elegir el medio. La acción se caracteriza, según Welzel, *“por la anticipación del fin en el pensamiento; consiste en la dirigida interposición de los medios, disponible al sujeto, para la consecución de su meta”*. El finalismo admite en la acción una fase interna que transcurre en la esfera del pensamiento y una fase externa que se desarrolla en el mundo real, pero le asigna contenidos muy distintos.

Para Roxin, la acción debe entenderse como la *“manifestación de la personalidad”*, esto es, *“todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de acción”* para diferenciarlo de los efectos que parten únicamente de la esfera corporal, sin estar sometidos al control del “yo”.

El concepto de acción sostenido por Roxin, se declara “comprendido”, en tanto que abarca el suceso en su totalidad a los fines de determinar si el mismo es una “manifestación de personalidad” y, por ende, una acción.

En consecuencia, el concepto personal de acción es un concepto normativo, porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción.

Se trata de un concepto concreto y general que, al designar todas las “objetivaciones de la personalidad”, proporciona un criterio que debe desarrollarse concretándolo en la realidad y que sólo en la multitud de sus caracterizaciones permite reconocer el fenómeno “acción”. Por esa razón, el concepto personal de acción enunciado por Roxin es el más apto para cumplir las funciones que le corresponden, dentro de un ordenamiento penal que rige en el estado de Derecho, sin olvidar las bases antropológicas que sustentan la conducta humana.⁸⁴

La acción se define como un movimiento corporal causado por un acto de voluntad libre de violencia física determinada por las representaciones sea como un comportamiento corporal (objetiva externa) producido por el dominio sobre el cuerpo fase (interna subjetiva).

⁸⁴ Claus Roxin “Zum Strafrechtlichen Handlungs begriff von Claus Roxin,” incluida en el Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001 (Berlin, New York: Walter de Gruyter).



Para el caso en estudio y atendiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló probablemente la conducta objeto de reproche para el presente cargo por parte del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en su calidad de funcionario del área administrativa – Almacenista, de la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** De Neiva, el cual pudo haber incurrido en falta disciplinaria por ACCIÓN, toda vez que como se ha señalado, atendiendo sus calidades de servidor público, se acercó a las estudiantes, cuando estas se encontraban bajo en el entorno escolar, al parecer les mostró en su celular videos pornográficos, además de tocarle los glúteos, ofrecerle dinero a una de ellas, y hacerles comentarios inadecuados e incómodos de índole sexual; actuaciones presuntamente desplegadas por el servidor público, contravienen el mandato constitucional del artículo 44 superior, pues la conducta desplegada adquiere mayor impacto, cuando el sujeto pasivo es un menor de edad como es el caso de las estudiantes de la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** de Neiva – Huila.

12. ILICITUD SUSTANCIAL DE LA CONDUCTA

En lo atinente a la ilicitud disciplinaria, según las voces del artículo 5° del estatuto disciplinario, la presunta realización de la falta disciplinaria atribuida al señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien se desempeñaba como Auxiliar Administrativo, Código 407 – Grado 16, adscrito a la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** de esta ciudad, con funciones de almacenista al interior del plantel educativo; afectaría el deber funcional sin que hasta el momento esté demostrado en el proceso causal de justificación alguna o eximente de responsabilidad.

De la misma manera y en concordancia con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, la afectación del deber funcional sería sustancial por estar en contravía de la garantía de los principios que rigen la función pública. En efecto, el haber presuntamente violado los principios de moralidad pública, al parecer, al tenor del artículo 209 de la Constitución Política, toda vez que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo que significa que el investigado estaba obligado a hacer solo lo que está permitido por la ley y la Constitución, debía cumplir con sus deberes como Auxiliar Administrativo y como servidor público, estando prohibido incumplir sus deberes, puesto que abusando de su cargo de Auxiliar Administrativo, sobrepasó lo que por orden constitucional le estaba permitido ejecutar, afectando con su comportamiento la función pública y los fines de la educación.

Es menester de esta operadora disciplinaria recordar que el concepto de ilicitud disciplinaria se refiere a la infracción sustancial de los deberes funcionales, al contrariarse los principios que rigen la función pública, lo cual implica que la tipicidad en materia disciplinaria se fundamente en normas con estructura de reglas. Por su parte, la ilicitud sustancial se construye a partir de la violación de los principios de la función pública; es decir, a partir de normas con estructura de principios, tal y como se desprende de la lectura armónica de los artículos 5, 22 de la Ley 734 de 2002. Por ende, la ilicitud sustancial⁸⁵ no implica una mera infracción del deber. Esta, como lo

⁸⁵ Procuraduría General de la Nación Pliego de cargos Samuel Moreno Rojas, Despacho del Procurador General 02 de mayo de 2011



precisa el artículo 5° de la Ley 734 de 2002, tiene que ser sustancial y la sustancialidad hace referencia a la violación de los principios constitucionales y legales que rigen la función pública⁸⁶.

La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo⁸⁷, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son materia de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, así, el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.» Es importante precisar que, en el ámbito de la función pública, la noción de empleo debe entenderse como «el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades establecidas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignados por autoridad competente, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública, y que deben ser atendidas por una persona natural»⁸⁸, ello determina que el deber funcional enmarca todas aquellas funciones que le han sido asignadas a un determinado empleo o cargo público, las cuales han de ejercerse con observancia de los parámetros constitucionales y legales dentro de los cuales ha sido concebido, pues su desbordamiento conlleva un reproche de responsabilidad a la luz del artículo 6.º de la Constitución Política⁸⁹. Debe señalarse además que, para que se configure una falta disciplinaria, la conducta debe ser antijurídica lo cual supone, no solamente el incumplimiento formal del deber, sino que es menester que la infracción de este sea «sustancial», esto quiere decir, que la actuación u omisión del servidor público debe desembocar en una afectación material, real y efectiva del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público. En este sentido, se ha pronunciado de manera clara la Corte Constitucional, en la sentencia C-948 de 2002, línea jurisprudencia que se mantiene vigente a la fecha.

*“...el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. **Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta...**” (Se destaca)*

Así las cosas, no es suficiente que el servidor público falte a sus deberes funcionales para que exista la falta disciplinaria, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública

⁸⁶ Procuraduría General de la Nación fallo de segunda instancia despacho del procurador del 14 de septiembre de 2009 radicación: 214-165248-07

⁸⁷ CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, Teoría General del Derecho Disciplinario, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2009, págs. 132 y siguientes

⁸⁸ Artículo 6.º del Decreto 1950 de 1973, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por artículo 1.º del Decreto 3074 de 1968

⁸⁹ «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.»



encomendada al disciplinado, lo que significa que si la ilicitud no fue «sustancial» no es posible declarar la responsabilidad disciplinaria⁹⁰

Otro requisito que debe cumplirse para que exista antijuridicidad de la conducta, consiste en que la afectación del deber funcional debe originarse en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado, lo que implica que para refutarla es menester que este tenga una razón válida para haberla cometido, situación en la cual la autoridad disciplinaria debe revisar las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en la Ley 734 de 2002.⁹¹

La categoría dogmática de la ilicitud sustancial se encuentra configurada para la falta endilgada a este disciplinable. Evidentemente el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en su condición de servidor público, al ostentar el empleo de Auxiliar Administrativo, Código 407 – Grado 16, adscrito a la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** de esta ciudad, con funciones de almacenista al interior del plantel educativo; para la época de los hechos, posiblemente afectó sustancialmente el deber funcional que le asistía de proteger y tratar a las estudiantes con ética, moral, delicadeza y respeto, brindado una atención de servicio integra como su cargo lo exigía y más aun tratándose de estudiantes menores de edad, que oscilaban entre 11 y 14 años de edad, para la época de los hechos, las cuales se encontraban en plena formación de su vida, etapa que debe estar libre de apremio y cualquier coacción que atente contra su integridad moral.

El señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, con su conducta dejó de un lado sus funciones como servidor público, empleado del área de Administrativa – Almacenista- de la I.E. **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, pero al contrario con su presunto proceder viola principios constitucionales y norma de carácter obligatorios, para preservar los derechos fundamentales de los menores de edad, consagrados en la Constitución Política de Colombia, quebrantando los principios constitucionales y legales, toda vez que con su actuar, afectó, a varias estudiantes del plantel educativo a las que según denuncian las menores de edad, al parecer les mostró en su celular videos pornográficos, además de tocarle los glúteos, a una de ellas, y hacerles comentarios inadecuados e incómodos de índole sexual; conductas que de entrada, rayan con el patrimonio moral, agraviándolas con un tocamiento en una zona corporal, cuyo efecto es la ofensa a ese bien jurídico

Es así como en el caso bajo estudio, el comportamiento desplegado por el investigado se adecua a la descripción de la norma disciplinaria, como ya se mencionó renglones arriba, y su vez presupone la infracción al deber que como servidor público debía guardar y no ir más allá de lo permitido. Por lo tanto, la conducta investigada es antijurídica, pues como se manifestó, se afectó el deber funcional que tenía el implicado, sin justificación alguna.

13. FORMA DE CULPABILIDAD.

Se impone al Despacho el deber de determinar en cuanto al cargo formulado, si el disciplinado **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien se desempeñaba como

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 12 de mayo de 2014, Radicación: 11001-03-25-000-2012-00167-00(0728-12), actor: Jorge Gutiérrez Sarmiento.

⁹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A Consejero Ponente: William Hernández Gómez Bogotá, D.C., veintiséis de octubre de dos mil diecisiete. 110010325000201000290 00 (2388-2010) Actor: Juan Carlos Abadía Campo



Auxiliar Administrativo, adscrito a la Institución Educativa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX de esta ciudad, con funciones de almacenista al interior del plantel educativo; para la fecha de los hechos, actuó con dolo o culpa.

Sea lo primero resaltar que el artículo 29 de la Constitución Política, consagra como principio fundamental la presunción de inocencia, en aplicación del cual señala que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

En cuanto a la culpabilidad, principio y categoría de análisis de la estructuración de la falta disciplinaria, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado –entendido éste en su dimensión normativa- o por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita⁹².

En consecuencia, el juicio de responsabilidad, bien en materia penal o disciplinaria, no es completo sin el de la culpabilidad. Es por ello que el régimen de la responsabilidad, tanto en el derecho penal como en el derecho disciplinario, es subjetivo y, desde luego, debe ser acorde con las condiciones personales e individuales del presunto autor. La doctrina penal ha dado muy bien cuenta de ello premisas que sin duda tiene plena aplicabilidad en el ámbito del derecho disciplinario.

“Se entiende por culpabilidad o responsabilidad plena el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento ante los tribunales legalmente constituidos –según el rito procesal consagrado con anterioridad al hecho por el ordenamiento jurídico estatal-. Por no haber actuado conforme a la norma.

Lo anterior evidencia el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en un contexto histórico concreto., en una organización social determinada, y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual; por ello, el juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios del estado social y democrático de derecho y debe corresponderse con sus postulados inspiradores, empezando por el

92



*supremo mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona humana (constitución Política artículo 1)*⁹³.

El elemento subjetivo está formado por un juicio de “exigibilidad” y la acción del sujeto debe estar ceñida a la representación mental del deber indicado en la norma de derecho a cumplir; por tanto, su observancia deberá estar atada al elemento volitivo conformado por los ingredientes generadores del dolo o la culpa; es por eso que

“si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción a unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues, como ya se dijo, el principio de culpabilidad tiene aplicación no solo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos”.⁹⁴

Ahora, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Código Disciplinario Único, “Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”

La jurisprudencia especializada ha dicho sobre “la doctrina subjetivista de la responsabilidad y la culpabilidad normativa”, lo siguiente:

*“... Las faltas solo son sancionables a **título de dolo** o culpa, por lo que para declarar la responsabilidad disciplinaria se requiere establecer el nexo psicológico entre el autor y la conducta, dado que se recauda a través del examen de su actitud frente al deber que le corresponde en relación con el asunto que se juzga, su grado de libertad en el caso concreto (exigibilidad de la conducta); y la observancia del cuidado necesario en el desarrollo de sus funciones oficiales, criterio valedero para la determinación de la conducta culposa”*⁹⁵.

Para que exista **dolo** se debe tener conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber sustancialmente infringido y haber captado que está actuando contrario al deber. El conocer involucra el querer, pues si conozco y realizo la conducta es porque quiero, lo cual ha sido pregonado por HRUSCHKA a la sentencia que “*quien sabe lo que hace, quiere hacerlo*”

Para calificar la conducta como dolosa, es imperativo y obligatorio, probar y verificar la concurrencia de sus dos presupuestos axiológicos, esto es, tanto el aspecto cognoscitivo como el volitivo.

Para el derecho disciplinario, el dolo está integrado por el conocimiento de los elementos del tipo, la conciencia de la antijuridicidad y la voluntad en la realización de la conducta. Es decir, son dos los aspectos que integran el fenómeno del dolo: Conocimiento y voluntad. El dolo en materia disciplinaria, “*(...) se manifiesta en el conocimiento que se tiene de la falta disciplinaria; en la motivación de que se quiere su realización o se acepta con anterioridad.(...)*”⁹⁶ ... (...) Elementos intelectivos o

⁹³ Velásquez Velásquez Fernando, Derecho Penal, Parte General, Segunda edición, editorial Temis, Santa fe de Bogotá, 1995 pág. 492.

⁹⁴ Corte Constitucional sentencia C-155 de 2002

⁹⁵ Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia 16 de octubre de 1997.

⁹⁶ JAIME MEJÍA OSSMAN SILVIO SAN MARTIN QUIÑONES RAMOS. PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. Pag. 23.



cognoscitivos, los cuales se traducen en el conocimiento, la representación mental y en la previsión de la conducta. El investigado conoce que su conducta es típica y antijurídica (ilicitud sustancial). En síntesis, sujeto pasivo, objeto material e ingredientes descriptivos deben ser percibidos por los sentidos. El objeto jurídico, los ingredientes normativos y subjetivos deben ser comprendidos conforme a la experiencia común a las normas culturales existentes o a su sencillo significado jurídico. El conocimiento de la antijuridicidad o ilicitud sustancial de la conducta será exigencia imperativa y valorativa del actuar típico.

*Elemento volitivo, el cual significa la actitud consciente del agente que desea, que quiere, que anhela situarse al margen del derecho. Es la actitud que cristaliza un querer jurídicamente importante matizado en un comportamiento contrario a la ley. El elemento volitivo implica que lo conocido tiene que ser deseado, querido o voluntario. Elemento ejecutivo, el cual representa en el juicio práctico de la razón que surge como consecuencia del querer realizar la conducta típica y antijurídica (ilicitud sustancial). Es la materialización de la acción u omisión típica a la cual no encuentra justificación alguna (...)*⁹⁷

De esta manera, el derecho disciplinario, como derecho sancionador que es, exige la imputación subjetiva, que en punto de estructura de la falta disciplinaria implica la categoría de culpabilidad, siendo el dolo y la culpa las dos únicas modalidades de aquellas. En cuanto a la primera –dolo- los elementos para su configuración son los siguientes⁹⁸:

1. Atribuibilidad de la conducta (imputabilidad). En este punto es donde adquiere la regla disciplinaria su función de precepto de determinación. Así, quien no es determinable por la norma, por haber cometido la conducta en una causal de inimputabilidad o porque sencillamente no es sujeto disciplinable, no puede ser culpable.
2. Exigibilidad del cumplimiento del deber (juicio de reproche).
3. Conocimiento de la situación típica, Es decir, el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta que se realiza.
4. Conciencia de la ilicitud. Para que se dé esta se requiere el conocimiento de la prohibición o deber; es decir, el conocimiento del tipo disciplinario.
5. Voluntad, para realizar u omitir el deber o la prohibición.

Definido lo anterior, cimentado en los elementos fácticos y jurídicos en relación con el tema de estudio y probatorio como los aportados hasta este momento procesal, se puede concluir que, presuntamente, la conducta desplegada por el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, se cometió a título de **DOLO**; por cuanto, para que exista dolo se exige tener conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber sustancialmente infringido y haber captado que está actuando contrario al deber; en este orden de ideas, en el caso sub examine, posiblemente tendríamos los elementos de atribuibilidad de la conducta, así como la exigibilidad del cumplimiento del deber frente a las normas que fueron imputadas, de tal suerte que se podría concluir probablemente que la acción fue cometida con voluntad, libre de constreñimiento, sumado al hecho que la acción del aquí, investigado satisface los elementos cognoscitivo y volitivo del dolo, porque, de un lado, conocía los hechos constitutivos del comportamiento agraviador; es decir, sabía que tocar los glúteos la menor **XXXXX**, constituye un comportamiento prohibido por la Ley pues con tal

⁹⁷ *Ibíd.* Pag. 23 y 24.

⁹⁸ Procuraduría General de la Nación Pliego de Cargos proceso: IUS 2010-375030



conducta viola la esfera íntima y personal de la víctima y, de otro, quiso la producción de ese específico resultado y con tal finalidad direccionó su actuar. Así mismo, es reprochable que exhibiera a las menores **XXXXX, XXXXXX, XXXXXX y XXXXXX**, con su teléfono celular videos de contenido erótico, puesto que los menores deben ser protegidos conforme a la Ley de comportamientos o actos que los induzcan o estimulen a la pornografía.

Es dable destacar que como funcionario público debe observar un comportamiento ejemplar dentro y fuera de la institución pública a la que pertenece teniendo en cuenta que uno de los fines del Estado es la buena imagen de la administración pública, la cual gana legitimidad y su credibilidad frente a la comunidad. La investidura oficial acarrea no solo deberes funcionales sino también deberes éticos y morales propios de la actividad particular o privada, pues la administración pública está interesada en su propia dignidad y en su buen crédito.

El decoro impone al servidor público respeto para sí y para las personas con las que debe relacionarse en desarrollo del ejercicio de su cargo o función, respeto que ha de exteriorizarse siendo prudente en el lenguaje y en la manera de conducirse durante ese ejercicio, evitando en todo momento, lugar o circunstancia, los excesos, manteniendo una conducta acorde a los deberes jurídicamente establecidos.

De tal forma, que la conducta considerada como falta disciplinaria, se materializó cuando el aquí investigado presuntamente realizó los tocamientos sexuales indebidos a la menor y en contra de la voluntad de está utilizando la violencia, como ya quedó expuesto.

Teniendo en cuenta que el investigado **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, se encontraba vinculado al servicio educativo para la fecha de los hechos como Auxiliar administrativo, es apropiado señalar, que cuenta con la experiencia necesaria para conocer que su misión primordial era aportar a la comunidad educativa el apoyo adecuado y oportuno para garantizar que el proceso educativo se convierta en una formación permanente, ligada al crecimiento personal, social, moral y cultural de los estudiantes; teniendo siempre de presente la dignidad humana; por consiguiente, cualquier acto que genere afectaciones morales, éticas, psicológicas, u otra calase de comportamientos resultan inapropiados, y muchos más si se trata de conductas que atenten contra con su integridad moral.

El investigado sabía y conocía, que su misión es ofrecer apoyo administrativo en el plantel educativo colaborando con brindar una mejor formación ética, moral, intelectual y física, por cuanto esta es la misión del Estado, que se materializa por su conducto. De igual forma tenía conocimiento que esa labor debía desarrollarla con respeto sobre los alumnos y que no le era dable realizar actos o comportamientos que afecten la esfera de la integridad moral. De igual forma, el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, tenía conocimiento que una vez tomó posesión del cargo de docente estaba en la obligación de respetar todas las normas que regían el ejercicio de las funciones propias del cargo ostentado.

Su proceder no sólo representa una clara afectación de los deberes funcionales que le eran exigibles sino que ameritan el reproche de mayor entidad por haber actuado en forma dolosa al entender que su conducta era manifiestamente contraria a derecho y, pese a ello, querer la realización del comportamiento.



En consecuencia, al encontrarse reunidos en la conducta desplegada por el disciplinado **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, el conocimiento, la voluntad y la materialización del comportamiento, este despacho, considera de manera provisional que la conducta se realizó en modalidad de **DOLO**.

Es conveniente precisar que hasta este momento procesal no se conoce justificación alguna que pueda invocarse como motivo de exoneración de la responsabilidad atribuida al encartado, es decir, se desconoce causal de exclusión que haga parte del contenido del artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

14. CRITERIOS QUE DETERMINAN LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LA FALTA

La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único de los Servidores Públicos, en el artículo 42, consagra la Clasificación de las Faltas Disciplinarias, y por su parte el artículo 48 *Ibidem*, establece cuáles conductas están consideradas taxativamente como Faltas Gravísimas. Al respecto, veamos:

“ARTÍCULO 42. CLASIFICACIÓN DE LAS FALTAS. Las faltas disciplinarias son:

- 1. Gravísimas***
- 2. Graves***
- 3. Leves”.***

Las faltas disciplinarias calificadas como gravísimas están determinadas por el legislador en forma expresa, sin que le quede margen al titular de la acción disciplinaria para determinar otra calificación.

➤ Ley 734 de 2002

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

- 1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.***

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que al disciplinado, señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien se desempeñaba como Auxiliar Administrativo, Código 407 – Grado 16, adscrito a la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** de esta ciudad, ejerciendo las labores de Almacenista, para la fecha de los hechos, no le era dado sustraerse de tal obligación legal, desplegando voluntariamente una conducta que aparentemente se muestra como antijurídica y posiblemente vulneradora del ordenamiento legal y constitucional, este Despacho procede a calificar provisionalmente la presunta falta disciplinaria como **GRAVÍSIMA** a título de **DOLO**.

15. LAS RAZONES DE LA SANCIÓN.

Las pruebas aportadas a la actuación refieren que el cargo formulado al señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien se desempeñaba como Auxiliar Administrativo, Código 407 – Grado 16, adscrito a la Institución Educativa **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** de esta ciudad, ejerciendo las labores de



Almacenista, para la fecha de los hechos, permanece incólume, habiéndose calificado la falta definitivamente como GRAVÍSIMA a título de DOLO, por haber incurrido en la falta gravísima consagrada en el numeral 1º del Artículo 48 de la ley 734 de 2002, por haber incurrido objetivamente en el delito de que trata el Artículo 226 del Código Penal, denominado **INJURIA POR VÍAS DE HECHO**, consagrado por el legislador en el Código Penal, Libro II, Título V – Delitos contra la integridad moral,

Tal como ha quedado suficientemente explicado a lo largo de esta decisión, existe prueba sobre la certeza de la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado y, en consonancia, con ello se proferirá la respectiva decisión.

16. EXPOSICION FUNDAMENTADA DE LOS CRITERIOS TENIDOS EN CUENTA PARA LA GRADUACION DE LA SANCION.

Así ante la incursión del disciplinado en falta GRAVISIMA a título de DOLO, se hace acreedor a la condigna sanción, porque el comportamiento desarrollado y endilgado en el cargo imputado, se encuentra demostrado probatoriamente, además que al tener pleno conocimiento de lo ilícito de la conducta disciplinaria que se le endilgó la llevó a cabo, dirigiendo su voluntad a perpetrar la misma, sin que en su favor despliegue causal de exclusión de responsabilidad alguna, por incurrir en la falta gravísima antes descrita, lo cual no es propio de un servidor público que ejerce funciones de Docente, quien juró cumplir la Constitución y la ley.

Como quiera que la falta se calificó definitivamente como GRAVISIMA, y se estableció que el disciplinado obró con DOLO, la consecuencia jurídica que corresponde imponer está prevista en el numeral 1º del artículo 44 de la ley 734 de 2002, el cual señala que, para las faltas gravísimas cometidas a título de DOLO, les corresponde una sanción de Destitución del Cargo e Inhabilidad General que será de diez a veinte años; de tal modo que al no presentar agravantes, la sanción a imponer al disciplinado **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, será la **DESTITUCION DEL CARGO E INHABILIDAD GENERAL DE DIEZ (10) AÑOS**, que corresponde a la tasación mínima para este tipo de sanción.

Se observaron las formalidades previstas en el régimen disciplinario y se aprecia que no concurren causales de invalidez de los actos de trámite previo al fallo. También se allegó la documentación que demuestra la condición de servidor público del disciplinado (fls. 7 a 10). Según el Certificado de Antecedentes expedido por el jefe de la División Centro de Atención al Público – CAP de la Procuraduría General de la Nación, el disciplinado no registra antecedentes. (fl. 590)

Por lo expuesto, la Procuradora Provincial de Neiva, en ejercicio de sus facultades legales,

RESUELVE:

PRIMERO: SANCIONAR al señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, quien se desempeñaba como Auxiliar Administrativo, Código 407 – Grado 16, adscrito a la



Institución Educativa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX de esta ciudad, ejerciendo las labores de Almacenista, con **DESTITUCIÓN DEL CARGO E INHABILIDAD GENERAL DE DIEZ (10) AÑOS**, por encontrarlo responsable disciplinariamente del cargo único formulado, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Por Secretaría **NOTIFICAR** personalmente la presente al señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX,; advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de Apelación en los términos y condiciones establecidos en los artículos 111, 112, 115 y concordantes de la Ley 734 de 2002, que podrán interponer y sustentar por escrito hasta tres (3) días después de la última notificación, el cual será resuelto por el funcionario competente de acuerdo a la directiva N.º 004 de 2009 y resolución N.º 198 de 2009 expedidas por el Señor Procurador General de la Nación. Para tal efecto, líbrese la correspondiente comunicación, indicando la fecha de la providencia y la decisión tomada. En caso de no poderse notificar en forma personal, se fijará edicto en los términos del artículo 107 de la Ley 734 de 2002.

TERCERO: En firme la decisión sancionatoria, remitir a la División de Registro y Control los formularios para el registro de la sanción disciplinaria; además se enviará copia de los fallos de primera y segunda instancia, si lo hubo, con su constancia de ejecutoria, al funcionario que deba ejecutar la sanción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**YULIETH CRISTINA CORTES FIERRO
PROCURADORA PROVINCIAL DE NEIVA**



INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA CONTRA DOCENTE POR ACOSO ESCOLAR-Docente de Institución Educativa Comunidad de Pueblo Nuevo (Vaupés) increpó a estudiante como ladrón de gasolina del colegio quien luego se suicidó

RESPONSABILIDADES DE LOS DOCENTES EN EL SISTEMA NACIONAL DE CONVIVENCIA ESCOLAR-Deber de brindar formación en condiciones de respeto por sus derechos, integridad y dignidad humana aún por fuera del horario escolar y de las instalaciones del colegio

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento psicológico por parte de su grupo escolar

RUTA DE ATENCIÓN INTEGRAL PARA LA CONVIVENCIA ESCOLAR-No se estableció por parte de docente

Disciplinable no inició los procedimientos e instancias instituidos en la ley para manejar la situación que la involucra, pues optó requerir al menor estudiante a la entrada del salón de clases, increpándolo, regañándolo, por la pérdida de un combustible (gasolina), de propiedad del Colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente había hurtado, acción esta que no corresponde a lo advertido en el estatuto docente, ajeno a la conducta acorde con la función educativa y con los fines, objetivos, derechos y criterios establecidos en la ley general de educación y en los planes educativos, pues la disciplinada, quien tenía a cargo la tutela y la responsabilidad de salvaguardar y proteger a los menores internos y externos que se encontraban bajo su cuidado y responsabilidad en la institución educativa de Pueblo Nuevo y que con otros docentes dirigen, no escaló la situación del menor XXX en la ruta de atención integral para la convivencia escolar con el objeto de fijar formas de solución de manera imparcial, equitativa y justa, incoando las acciones para el restablecimiento de los derechos y la reconciliación, brindando atención inmediata en salud física y mental del afectado, ante las situaciones de agresión escolar o acoso escolar, por el contrario, la disciplinada lo agredió moralmente, verbalmente con términos soeces por una conducta que se sospechaba había sido cometida por el menor

El fallador explica que la disciplinable el día 6 de octubre de 2017 a las 11:00 a.m. aproximadamente, agarró de la camisa y requirió al menor estudiante XXXXXXXXXXXX a la entrada del salón de clases y lo regañó por la pérdida de un combustible, gasolina, de propiedad del colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente se había hurtado, empleado para ello palabras o términos como: "(...) que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada y era un ladrón (...)

La señora... no veló por el bienestar, la seguridad e integridad del menor XXX, ya que no solucionó el conflicto y dificultad a él presentada, pues no se activó la ruta de atención integral. Tampoco veló por el cumplimiento de las normas de comportamiento y convivencia establecidas en el manual tomando todas las acciones preventivas, formativas y correctivas del caso, por lo que le faltó liderazgo para ello, de manera



imparcial y objetiva, evitando hacer los señalamientos inapropiados que le hizo al finado estudiante, con antelación y al momento de ocurrencia de los hechos, de donde deduce el fallador que la disciplinable no actuó con integridad y diligencia en el desempeño de sus funciones respetando la dignidad del menor afectado, por lo que el a quo considera que la señora... trató a XXX de forma indigna e irrespetuosa

ACOSO ESCOLAR O BULLYING-Definición legal

*Conducta negativa, intencional, metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña, o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado
También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes, ante la indiferencia o complicidad de su entorno. El acoso escolar tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes y sobre el ambiente de aprendizaje y el clima escolar del establecimiento educativo*

ESTATUTO DOCENTE-Deberes y prohibiciones

PROHIBICIONES A LOS DOCENTES-Aplicar a los alumnos cualquier clase de maltrato físico o psíquico que atente contra su dignidad, su integridad personal o el desarrollo de su personalidad

FALTAS GRAVÍSIMAS POR INFRACCIÓN AL DIDH Y DIH-Docente inflige dolores o sufrimientos físicos o mentales con el fin de castigar o intimidar a estudiante

DESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA-Maltrato psicológico a menor que fue encontrado sin vida en cercanías al colegio

Es preciso señalar que en la descripción y determinación de la conducta imputada a..., en calidad de Docente, quien tenía a cargo la tutela y era garante de la responsabilidad de salvaguardar y proteger moral y físicamente a los menores que se encontraban bajo su cuidado, consistió en que maltrató psicológicamente al menor XXX, identificado con T.I. No. XXX de Mitú, de 14 años de edad, quien se encontraba cursando sexto de bachillerato en el Colegio de Pueblo Nuevo, cuando el 6 de octubre de 2017, la Sra... sacó del salón al menor estudiante XXX a la entrada del salón de clases y castigó porque se sospechaba que él había participado en la pérdida de un combustible de propiedad del Colegio, utilizando insultos como "... que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada..."

En el fallo de primera instancia se indica que posteriormente a los hechos, el mismo día, el menor XXX fue encontrado sin vida, presuntamente mediante ahorcamiento colgándose de un árbol con el lazo de amarrar la hamaca, a orillas del caño Mandí, ubicado en cercanías de la Institución Educativa



Así mismo, desde días anteriores a los hechos narrados, la disciplinada venía realizando hostigamiento al menor por cualquier cosa que pasara en el colegio, responsabilizándolo de ello y toleró que sus demás compañeros de salón lo inculparan y manotearan por los mismos hechos, sin intervenir en defensa del menor o sin llevar el caso por los procedimientos e instancias correspondientes para manejar tales casos

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN-No existe presunto error invencible que indujeran a docente a creer que menor robaba gasolina junto con otros compañeros para inhalarla

CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA-Convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria

CONVICCIÓN ERRADA E INVENCIBLE-Configuración de la exención de responsabilidad según Consejo de Estado/**CONVICCIÓN ERRADA E INVENCIBLE**-Creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico

Para que opere la exención de responsabilidad establecida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, es obligatorio además de la existencia del error, que éste sea invencible. Es necesario que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico, y adicionalmente, que el error de apreciación no era humanamente superable dadas las condiciones personales del procesado y las circunstancias en que éste se realizó, eventos en los cuales, la conducta no es reprochable a título de dolo, porque en el encartado no hay la conciencia de la ilicitud de su acción, sin el cual el fenómeno no se estructura. Tampoco le puede ser reprochable a título de culpa porque actuó con el cuidado y diligencia para determinar que su conducta no era contraria a la ley

ANÁLISIS DE LA ILICITUD DEL COMPORTAMIENTO-Afectación al deber funcional sin justificación alguna trasgrediendo el principio de imparcialidad/**PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD**-Docente no actuó de forma imparcial, equitativa y justa con respecto a la situación presentada con el menor

El deber funcional que afectó la disciplinable con su conducta consistía en brindar a todos sus educandos, incluyendo al menor XXX formación educativa integral en condiciones de respeto por sus derechos, integridad y dignidad humana, en forma permanente y debe observarse aún por fuera del horario escolar y de las instalaciones del colegio, mientras sean sus alumnos (...)

Para el caso, la disciplinable no inició los procedimientos e instancias instituidos en la ley para manejar la situación que la involucra, pues optó por requerir al menor estudiante a la entrada del salón de clases, increpándolo, regañándolo, por la pérdida de un combustible (gasolina), de propiedad del Colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente había hurtado, acción esta que no corresponde al advertido en el estatuto docente, ajeno a la conducta acorde con la función educativa y con los fines, objetivos, derechos y criterios establecidos en la ley general de educación y en los planes educativos, pues la disciplinada, quien tenía a cargo la tutela y la responsabilidad de salvaguardar y proteger a los menores internos y



externos que se encontraban bajo su cuidado y responsabilidad en la institución educativa de Pueblo Nuevo y que con otros docentes dirigen, no escaló la situación del menor XXX en la ruta de atención integral para la convivencia escolar con el objeto de fijar formas de solución de manera imparcial, equitativa y justa, incoando las acciones para el restablecimiento de los derechos y la reconciliación, brindando atención inmediata en salud física y mental del afectado, ante las situaciones de agresión escolar o acoso escolar, por el contrario, la disciplinada lo agredió moralmente, verbalmente con términos soeces por una conducta que se sospechaba había sido cometida por el menor

La disciplinable el día 6 de octubre de 2017 a las 11:00 a.m. aproximadamente, agarró de la camisa y requirió al menor estudiante XXX a la entrada del salón de clases y lo regañó por la pérdida de un combustible, gasolina, de propiedad del Colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente se había hurtado. La Profesora utilizó para ello palabras o términos como: "(...) que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada y era un ladrón (...)"

Tal como lo señalan las declaraciones analizadas en el acápite de argumentos de apelación, particularmente la del menor XXX, la conducta discriminatoria y humillante de la disciplinable para con el menor XXX, si bien se concretó el 6 de octubre de 2017, ya venía siendo reiterada, utilizando un apodo para referirse al citado estudiante, culpándolo habitualmente de robos de gasolina, y tratándolo mal delante de sus compañeros

En ese orden de ideas, la señora... no veló por el bienestar, la seguridad e integridad del menor XXX, ya que no solucionó el conflicto y dificultad a él presentada, pues no se activó la ruta de atención integral. Tampoco veló por el cumplimiento de las normas de comportamiento y convivencia establecidas en el manual tomando todas las acciones preventivas, formativas y correctivas del caso, por lo que le faltó liderazgo para ello, de manera imparcial y objetiva, evitando hacer los señalamientos inapropiados que le hizo al finado estudiante, con antelación y al momento de ocurrencia de los hechos, de donde se deduce que no actuó con integridad y diligencia en el desempeño de sus funciones respetando la dignidad del menor afectado (...)

Se consideró que, con fundamento en el material probatorio allegado a la actuación, la disciplinada incurrió en la comisión del comportamiento objeto de reproche, con abierto desconocimiento de sus deberes funcionales pues realizó acoso escolar al menor alumno XXX cuando al castigarlo por un acto que presuntamente había realizado, le increpo "que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada..." afectando su dignidad e integridad personal, con lo que también incurrió en el quebranto del numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que prohíbe a los funcionarios infligir a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos con el fin de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido

ANÁLISIS DE CULPABILIDAD-Se califica el elemento subjetivo de la conducta a título de dolo por obrar con conocimiento de la ilicitud sustancial de su conducta y con voluntad de su realización

CONDUCTA DOLOSA-Conciencia de comportamiento irregular

Elementos probatorios, permiten establecer que la disciplinable era plenamente consciente de su comportamiento irregular, toda vez que bajo ninguna circunstancia o justificación una docente puede maltratar verbal y psicológicamente a uno de sus estudiantes increpándolo por conductas que sospeche que ha cometido

No existe, en consecuencia, ningún error, y mucho menos puede hablarse de su invencibilidad, cuando la docente procede a tratar públicamente de ladrón a un estudiante menor de edad, imputación que tiene implicaciones penales y que proviene no solo de



una persona que tiene un amplio conocimiento de cómo debe referirse a personas de especial protección como los niños, sino que, por sus deberes funcionales como docente, tiene la obligación de tratar con respeto a sus estudiantes y educarlos
Los hechos anteriores al 6 de octubre de 2017 descritos por el declarante XXX, entre otras testimoniales, evidencian que existía un tratamiento reiteradamente humillante y discriminatorio de la disciplinable para con el menor XXX, por lo que los argumentos del error, y de la culpa resultan infundados e inverosímiles en este caso
Por lo anterior, se confirma que la conducta atribuida a la disciplinable fue cometida a título de DOLO

FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA FALTA-Docente incurre en falta gravísima dado que su actuar contra estudiante estaba motivado en sospechas

CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN-Disciplinada no había sido sancionada disciplinariamente con anterioridad

CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN-Defensa no se pronunció en su recurso de apelación a su aplicación en fallo de primera instancia

PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS-No se puede agravar la sanción impuesta en primera instancia



PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA

Radicación No.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Investigados: ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ
Cargo y Entidad: Docente – Institución Educativa Comunidad de Pueblo Nuevo adscrita a la Secretaría de Educación Departamental de Vaupés.
Origen: Defensor de Pueblo Nuevo Vaupés y Hermelinda Montaña.
Fecha origen: 19 de octubre de 2017 y 18 de enero de 2018.
Fecha hechos: 6 de octubre de 2017.
Asunto: Fallo de segunda instancia

Bogotá, D.C., 17 de marzo de 2022.

1. ASUNTO POR TRATAR

De conformidad con lo previsto en la Resolución No. 207 del 7 de julio de 2021, procede este despacho a avocar conocimiento del asunto y a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia del 30 de septiembre de 2020 proferido por la Procuraduría Regional Vaupés.

2. HECHOS INVESTIGADOS

Se investiga a la señora **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ**, identificada con C.C. No. XXXXXXXXXXX, en su calidad de docente de la Institución Educativa Comunidad de Pueblo Nuevo adscrita a la Secretaría de Educación Departamental de Vaupés, porque presuntamente realizó acoso escolar al menor estudiante XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, al castigarlo por un acto que ella sospechaba él había hecho, le increpó que era un ladrón, que se largara del colegio y que no servía para nada.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

La presente actuación tuvo origen en el informe de Carlos Javier Bojacá Galvis, Defensor del Pueblo Regional Vaupés, el cual refiere que Elizabeth Montaña Hernández, Docente de la Institución Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo, adscrita a la Secretaría de Educación Departamental, presuntamente maltrató psicológicamente al menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con T.I. No. XXXXXXXXXXX de Mitú, de 14 años de edad para la época de los hechos, él se encontraba cursando sexto de bachillerato en el Colegio de Pueblo Nuevo cuando después de hablar con la profesora sobre hechos relacionados con un hurto de gasolina en su colegio se suicidó¹.

La Procuraduría Regional de Vaupés, mediante auto de fecha 27 de noviembre de 2017, avocó el conocimiento del asunto y ordenó abrir indagación preliminar en contra de Elizabeth Montaña Hernández, en calidad de docente de la Institución Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo, por las posibles irregularidades en

¹ Fls. 1 – 3, CP. 1.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



que pudo incurrir con respecto a los hechos puestos en conocimiento por el Defensor del Pueblo de la Regional Vaupés².

Con providencia del 25 de mayo de 2018³, la Procuraduría Regional de Vaupés declaró la procedencia del procedimiento verbal y citó a audiencia a Elizabeth Montaña Hernández⁴.

La audiencia se adelantó los días 8⁵, 15⁶, 18⁷ y 20 de junio⁸ y 5⁹, 6¹⁰, 10¹¹, 25¹² y 31 de julio de 2018¹³; mediante escrito del 4 de julio de 2018, la disciplinable presentó versión libre¹⁴.

En la audiencia la Procuraduría Regional Vaupés profirió fallo sancionatorio de primera instancia del 31 de julio de 2018 en contra de la disciplinable, destituyéndola e inhabilitándola por diez (10) años, fallo contra el cual la defensa interpuso recurso de apelación que fue concedido por la Regional.

Con oficio PVR No. 000671 del 15 de agosto de 2018, la Procuraduría Regional de Vaupés remite el expediente a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa – reparto - para que resuelva el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia de fecha 31 de julio de 2018¹⁵.

En virtud de auto del 12 de octubre de 2018, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y Judicial ordenó correr traslado de alegatos de conclusión en segunda instancia¹⁶.

Por auto del 5 de diciembre de 2019, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa declaró de oficio la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de citación a audiencia y ordenó rehacer la actuación, precisando que las pruebas legal y oportunamente practicadas conservarían su valor legal¹⁷.

Mediante auto del 6 de febrero de 2020, la Procuraduría Regional de Vaupés ordenó la apertura de la investigación disciplinaria en contra de Elizabeth Montaña Hernández, en su condición de Docente de la Institución Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo¹⁸.

² Fls. 4 – 6, CP. 1.

³ Fls. 118 – 157, CP. 1

⁴ Fl. 122, CP. 1.

⁵ Fls. 159, CP. 1.

⁶ Fl. 161, CP. 1.

⁷ Fl. 162, CP. 1.

⁸ Fls. 163 – 164, CP. 1.

⁹ Fls. 187 – 191, CP. 1.

¹⁰ Fls. 192 – 198, CP. 1.

¹¹ Fls. 199 – 201, CP. 1.

¹² Fls. 209 – 223, CP. 1.

¹³ Fls. 224 -238, CP. 1.

¹⁴ Fls. 202 – 208, CP. 1.

¹⁵ Fl. 256, CP. 2.

¹⁶ Fls. 257 – 258, CP. 2.

¹⁷ Fls. 263 – 270, CP. 2.

¹⁸ Fls. 274 – 275, CP. 2.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



Con auto del 7 de julio de 2020, la Procuraduría Regional de Vaupés ordenó el cierre de la investigación disciplinaria, decisión que no fue objeto de recurso¹⁹.

Por auto del 23 de julio de 2020, la Procuraduría Regional de Vaupés formuló pliego de cargos a la disciplinada Elizabeth Montaña Hernández, decisión que fue notificada personalmente el 30 del mismo mes y año²⁰.

El 18 de agosto de 2020, la defensa presentó memorial de descargos en el que además de argumentar en su defensa, solicitó la práctica de pruebas²¹.

En virtud de auto del 19 de agosto de 2020, la Regional decretó las pruebas solicitadas por la defensa²².

Por auto del 20 de agosto de 2020, la Procuraduría Regional de Vaupés ordenó correr traslado para alegar de conclusión, término dentro del cual la defensa presentó la respectiva alegación²³.

Con providencia del 30 de septiembre de 2020, la Procuraduría Regional de Vaupés profirió fallo de primera instancia sancionatorio en contra de Elizabeth Montaña Hernández, identificada con cédula de ciudadanía No. XX.XXX.XXX expedida en Mitú, en su condición de docente de la Institución de Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo de la Secretaria de Educación Departamental de Vaupés, imponiendo sanción consistente en destitución e inhabilidad general en el ejercicio del cargo, por el término de diez (10) años²⁴.

El 19 de octubre de 2020²⁵, la defensa interpuso recurso de apelación en contra del fallo sancionatorio de primera instancia del 30 de septiembre de 2020.

En virtud de auto del 13 de noviembre de 2020, la Procuraduría Regional Vaupés concedió el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia del 30 de septiembre de 2020, y ordenó remitir el expediente a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa y Judicial (reparto)²⁶.

Con auto del 3 de agosto de 2021, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, Asuntos Sociales y Paz remitió el expediente por competencia a las Procuradurías Delegadas para el Juzgamiento Disciplinario (reparto)²⁷.

El 1 de septiembre de 2021, la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública recibió y repartió el expediente IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268²⁸.

¹⁹ Fl. 304, CP. 2.

²⁰ Fls. 307 – 314, CP. 2.

²¹ Fls. 318 – 321, CP. 2.

²² Fl. 323, CP. 2.

²³ Fl. 328 - 337, CP. 2.

²⁴ Fls. 338 - 353, CP. 2.

²⁵ Fls. 356 – 363, CP. 2.

²⁶ Fl. 365, CP. 2.

²⁷ Fls. 373 – 374, CP. 2.

²⁸ Fl. 379, CP. 2.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Procuraduría Regional Vaupés mediante fallo del 30 de septiembre de 2020, declaró disciplinariamente responsable a Elizabeth Montaña Hernández por el siguiente cargo:

“(...) Usted, ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXXXXXXXXXXX expedida en Mitú, en su condición de Docente de la Institución Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo, Departamento de Vaupés, se le formula cargo por haber incurrido posiblemente en falta disciplinaria, cuando el 06 de octubre de 2017, presuntamente realizó acoso escolar al menor alumno XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, cuando al castigarlo por un acto que presuntamente había realizado, le increpó que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada ...”²⁹.

De igual forma, el *a quo* indicó que la disciplinable violó las siguientes normas con la conducta reprochada: artículo 18 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia), artículos 2 y 19 de la Ley 1602 de 2013, artículos 41 y 42 del Decreto 1278 de 2002, el numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y artículo 23 del Manual de Funciones y de Convivencia de la Institución Educativa de Pueblo Nuevo – Anexa a la Escuela Normal Superior Indígena María Elena – ENOSIMAR, contenido en la Resolución No. 03 de junio de 2014.

La decisión sancionatoria se sustentó en las pruebas señaladas y analizadas en los acápites *“análisis probatorio con relación al cargo”* y *“análisis y valoración jurídica de los cargos, descargos y de las alegaciones presentadas”* entre las cuales se encuentran: el registro civil de defunción del menor, oficios de las autoridades de policía y medicas sobre las circunstancias de la muerte del menor y las explicaciones frente a la no realización de la necropsia, información académica y de identificación del menor, documentos de identificación y vinculación de la disciplinable, escritos suscritos por los docentes y la madre del menor en los cuales se refieren a los hechos, las declaraciones del padre, el hermano del menor, los testimonios de los siguientes docentes: Aldo Javier López Henao, Emérito Muñoz Londoño, Celina Ramírez Marín, XXXXXXXXXXXXXXX, Manuel de Jesús Delgado Valencia, Jaime González Restrepo, María Nelly Galvis López y Juan Carlos Simón Daza, asimismo se escuchó a la señora Patricia Simón Daza, auxiliar de servicios generales, igualmente se atendió la declaración de los estudiantes: XXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXX.

El *a quo* señaló en el fallo, con respecto al análisis probatorio que fundamentó el cargo:

²⁹ Fls. 308 y 339, CP. 2.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



“(...) El despacho procederá a realizar análisis de las pruebas documentales y testimoniales de aquellas personas que conocieron directamente los hechos materia de investigación y se omitirán los testimonios de oídas.

En declaración presentada por el menor: XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXXX XXXXXXXX, presentada el 18 de enero de 2018 (fls 51 – 52); frente al interrogatorio formulado manifestó:

*“(...) **PREGUNTADO:** sírvase manifestar si entre tú hermano XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y la profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, hubo algún problema en la Institución Educativa donde estudiaba, que clase de problema tuvieron. **CONTESTÓ:** Si, lo regañaba en el salón delante de los estudiantes, de envidia, yo estaba en el mismo salón con él, casi todos los días. Cuando pasaba algo, solo le echaban la culpa solo a él, cuando robaban, se sentía muy triste y me lo decía, siempre le decía que era él. Mis compañeros no decían nada. **PREGUNTADO:** Sírvase manifestar si es cierto o no, que el día 06 de Octubre de 2017, siendo aproximadamente las 11:00 a.m. la profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, lo agarró fuertemente de la camisa y requiere al Menor estudiante XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, a la entrada del salón de clases y lo increpó y regañó por la pérdida de un combustible que presuntamente se había hurtado. **CONTESTÓ:** si eso fue lo que sucedió, no fue cierto que él se robó esa gasolina, lo agarro por la camisa y lo jaló duro, se lo llevó para fuera y le dijo algo, no escuche las palabras que le dijo, pero si le dijo palabras. Eso sucedió a las 11 de la mañana, cuando estaban entrando del recreo, yo estaba lejos de eso que hizo. **PREGUNTADO:** Sírvase manifestar si es cierto o no, que la profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, utilizó para ello palabras como; “...que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada y era un ladrón...”. **CONTESTÓ:** si lo dijo yo lo oí eso ese mismo, eso fue en el salón, antes de entrar al recreo, yo estaba en el salón. Ese día que le dijo eso, fue que se ahorcó, yo no hable con él y no me dijo nada de esa decisión. En respuesta a la Psicóloga, afirmó que XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX le manifestó que se quería quitar la vida, porque la profesora le tenía envidia.*

Revela el testimonio del menor XXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXX, que entre su hermano XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y la profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, hubo problema en la Institución Educativa donde estudiaba que lo regañaba en el salón delante de los estudiantes y cuando pasaba algo, le echaban la culpa solo a él, cuando robaban, se sentía muy triste y se lo decía a su hermanito, siempre le decía que era él, sus compañeros no decían nada.

Afirmó que sí fue cierto que el día 06 de Octubre (SIC) de 2017, siendo aproximadamente las 11:00 a.m. la profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, lo agarró fuertemente de la camisa y requirió a su hermano, menor estudiante XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, a la entrada del salón y lo increpó y regañó por la pérdida de un combustible, gasolina de propiedad del Colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente se había hurtado, lo cual no fue cierto que él se robó esa gasolina, lo agarró por la camisa y lo jaló duró, se lo llevó para fuera y le dijo algo, su hermano no escuchó las palabras que le dijo, pero le dijo palabras.



Sostuvo que si lo dijo, la profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ utilizó para ello palabras como; “... que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada y era un ladrón...”, lo oyó eso ese mismo, eso fue en el salón, antes de entrar al recreo, su hermano estaba en el salón.

En declaración presentada por el Docente y Director del Centro Educativo Rural de Pueblo Nuevo, señor **ALDO JAVIER LÓPEZ HENAO**, presentada el 6 de octubre de 2017 (fl 82), lo cual confirma su deceso, por causa ahorcamiento, en el que indicó que:

“(...) Se llegó al lugar de los hechos a las 14:40 autorizado por el Director del Plantel educativo al menor de edad XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX; con número de identificación XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, se observa cuerpo sin signos vitales en suspensión sujetado con una cuerda que logra estar a la totalidad del cuello, no se observan signos de lucha o intentos por retirarse el elemento de sujeción, debido a que las autoridades pertinentes no hacen presencia para el levantamiento del cadáver, se procede a retirar el cadáver del sitio de los hechos, debido al ambiente selvático que puede ocasionar aceleración en la descomposición y agregado a esto el factor social de menores conviviendo cerca al lugar de los hechos...”.

Con manuscrito del 9 de octubre de 2017 (fls. 83 – 85), suscrito por la disciplinada Docente ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, dirigido al Licenciado ALDO JAVIER LÓPEZ HENAO, en calidad de Director del Centro Educativo de Pueblo Nuevo, sobre el informe del dialogo con el joven XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, de acuerdo al siguiente relato:

“(...) Respetuosamente me dirijo a usted, para aclarar versiones por algunos estudiantes del plantel, creando malos entendidos y confusiones de la versión acerca de los motivos que llevaron al hecho lamentable ocurrido al estudiante XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Como Directora de grado me entero de los hechos ocurridos de la noche anterior, en el momento en que los docentes estamos en la formación, la docente CELINA RAMÍREZ, quien se encontraba interna y había presenciado los hechos de los estudiantes que consumieron sustancia alucinógena (gasolina), manifiesta que estudiantes señalaban y culpaban al estudiante XXXXXXXXXXXX del robo de la gasolina, y que tenía el frasco guardado en el monte, también está el señalamiento de que por efectos alucinógenos el fallecido se había colgado de los palos, creándome una incógnita si era o no verdad.

Dentro de los implicados ya se había comprobado que 3 estudiantes de 6° grado fueron los que habían consumido esa sustancia.

Por ende (SIC) como Directora de grado me preocupo que otro estudiante más esté implicado en el hecho, y para confirmar los señalamientos tengo el dialogo con el joven, lo llamo y nos dirigimos fuera del salón para escuchar la versión del joven, quien me aseguró que no tuvo nada que ver, en lo que lo acusaban cuando se llamara a los implicados.

En ningún momento lo “regañé” como surge el comentario, no lo “saque” del salón como lo manifiestan, fue un dialogo formal con el estudiante, salimos y conversamos afuera porque considere que era un caso extremo, donde mi ética



profesional no me permite preguntarle lo sucedido en presencia de todos, para evitar los señalamientos y la ridiculización al estudiante.

Luego del dialogo me dirijo a la reunión convocada por los dos miembros del Consejo Directivo ...”

Afirmó la disciplinada que como Directora de grado se enteró de los hechos ocurridos la noche anterior, en el momento en que los docentes estaban en la formación, la docente CELINA RAMÍREZ, quien se encontraba interna y había presenciado los hechos de los estudiantes que consumieron sustancia alucinógena (gasolina), le manifestó que estudiantes señalaban y culpaban al estudiante XXXXXXXXXXXX del robo de la gasolina, y que tenía el frasco guardado en el monte, también está el señalamiento de que por efectos alucinógenos el fallecido se había colgado de los palos, creándole una incógnita si era o no verdad.

Agregó que como Directora de grado le preocupó que otro estudiante más esté implicado en el hecho, y para confirmar los señalamientos tuvo un dialogo con el joven, quien le aseguró que no había robado la gasolina ni tampoco había consumido ni inhalado esta sustancia, como lo juzgaban, de esta manera le orientó par que desmienta que no tuvo nada que ver, en lo que lo acusaban cuando se llamara a los implicados.

Finalmente sostuvo, que en ningún momento lo “regañó” como surge el comentario, no lo “sacó” del salón como lo manifiestan, fue un dialogo formal con el estudiante, salieron y conversaron afuera porque consideró que era un caso extremo, donde mi (SIC) ética profesional no le permite preguntarle lo sucedido en presencia de todos, para evitar los señalamientos y la ridiculización al estudiante.

En declaración presentada por el docente del Colegio de Pueblo Nuevo: JAIME GONZALEZ RESTREPO, presentada el 18 de abril de 2018 (fls 91 – 93); frente al interrogatorio formulado manifestó:

*“(...) **PREGUNTADO:** Sírvase manifestar, si el niño XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, tuvo algún problema en particular con algún docente y a que se debió el problema. **CONTESTÓ:** La verdad en los informes de consejo académico, pero no clase y fuera de él habían otros estudiantes con el mismo problema, se decía que el rendimiento, tenía desempeño bajo en las áreas principales y perdía mucha clase; de acuerdo a esas consideraciones le corrían traslado a la Directora de grado para que los motivara, en busca de un mejoramiento del proceso de aprendizaje. Al parecer la Directora no tuvo calma con él, en lugar de acercarse se le alejó más de él, ella no estaba al tanto con ese niño, no buscó otra forma de motivación, creo que es donde surgen los prejuicios, al decirle que era perezoso, solo viene a calentar puestos y pero si lo dijo delante del grupo, lo cual nunca se debe manifestar sino hablar personalmente con él; no sé si tuvo la oportunidad de trabajar con los padres, al parecer no les informó, de ahí salió el problema, ya que cada uno cogió caminos distintos, ella como docente y el como estudiante, en el sentido de que ella no quería hablar con él, ella tenía que estar por encima de cualquier situación. **PREGUNTADO:** Sírvase manifestar, si el niño XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, tuvo algún problema en el Centro Educativo, que clase de problema y con quien lo tuvo. **CONTESTO:** El 5 de octubre de 2017, jugaba Colombia un partido de eliminatoria, el profesor GONZALO ESTRADA, no busco colaboración entre los que estábamos ahí para que se hiciera cargo de la*



institución, o el resto del turno semanal, en lugar de eso dejó o recomendó un alumno XXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXXXXX interno, y el Director encargado dejó las llaves de las dependencia (SIC) de toda la institución a al (SIC) docente CELINA RAMÍREZ, y a ella se le olvido cerrar la puerta de la bodega, yo Salía a la carretera para ver si pasaba una moto, para verme el partido, y en eso escuchamos bulla y gritos entre los alumnos, a las 6:30 7 pm, había alumnos internos y externo, se metieron a la bodega a inhalar gasolina, del frasco que había separado para cortar leña con la motosierra, otro grupo vio que estaban inhalando gasolina, y ellos salieron fue corriendo y de ahí fue la bulla, salieron corriendo, eso fue lo que dijeron, al día siguiente nos reunimos con ellos y el (SIC) preguntamos, quienes fueron, nombraron los que hicieron parte del grupo, pero menos a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, es decir él no estaba ahí, le (SIC) estaba en el dormitorio acostado, porque se había lastimado el pie, otros dijeron que él estaba así por el efecto, pero no fue así, y después el alumno que quedo cuidando fue agresivo con ellos. Nosotros como profesores salimos y el sí dijimos que no hicieran desorden o no gritaran, y que esperamos para reunirnos y esperar que fue lo que paso, al día siguiente cada profesor se reunió con cada grupo para preguntar quienes fueron a formar desorden. Después se formó a todos los alumnos en la cancha de baloncesto, para recomendarle, yo intervine y le sindique que eso (SIC) actos dañaban la imagen de la institución, porque la institución somos todos y que no mostraran eso ante los niños pequeños, porque ellos estaban ahí también, yo alcance decir eso. Después de esa formación fue la reunión solo con los alumnos que cometieron esos actos de inhalación, los niños implicados indicaron que fue un error y se comprometieron que nunca más iban a cometer eso, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX no estuvo en esa reunión, porque no cometió, solo señalaron. Mientras estábamos en la reunión, al final de la misma el profesor GONZALO ESTRADA, comentó que XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX salió del dormitorio hacia el puerto y llevaba algo debajo de la camisa, y el profesor lo salió a buscar para otro puerto que queda más arriba, no supo para cual cogió y regreso y se para el otro puerto y ahí fue donde vio el cuerpo colgado, ya sin vida. Eso fue en un instante, no dio tiempo de nada. Regreso avisarnos y nosotros salimos corriendo, ya estaba sin vida, y avisamos a la comisión médica que estaba ahí ene (SIC) se momento, el médico bajó, tomó los signos vitales y no, ya estaba muerto, y no dejó pasar a nadie para donde estaba el cadáver colgado y la misma comisión lo bajó porque la SIJIN no había llegado a la (SIC) 5 pm. Por orden del médico, bajamos el cuerpo y lo colocaron en el comedor del centro educativo, sobre una mesa. Después llego la SIJIN con el papá en la camioneta, para traer el cadáver, fueron al sitio donde colgó el niño. Ahí se vinieron en la chiva, porque ya iban a ser las 6 pm. **PREGUNTADO:** Sírvase manifestar que situación trajo a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, los señalamientos que le hizo la Profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, cual fue el motivo, por el cual lo señaló de presunta pérdida o consumo de la gasolina del centro educativo rural. **CONTESTÓ:** esa situación vino de lo que explique anteriormente, ella le dijo a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que fuera a traer el timbo de gasolina que ellos se robaron para inhalar, delante de lo demás compañeritos, lo hizo sin comprobar, ni investigar y sin indagar nada, lo señaló al decirle, usted fue, ella cometió un error, no espero siquiera la reunión, para esclarecer los hechos, sino que lo señaló y lo, delante de sus compañeros. Ese fue el problema que ella tuvo con XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. **PREGUNTADO:** Sírvase manifestar, si el cuerpo de docentes tuvo conocimiento o no, si XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, tuvo problemas con la profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ u otros docentes. **CONTESTO:** Si nos enteramos, a ella le decíamos que utilizara un lenguaje más pedagógico, más moderado. Ella actuaba muy tiranamente, es decir "es que usted es así o tal cosa: es que



ustedes son perezosos, no saben, no leen”, yo personalmente le comenté que no utilizara ese lenguaje, ella no me dijo nada. (...)”.

En testimonio del docente **JAIME GONZALEZ RESTREPO**, manifestó que el rendimiento del menor, era bajo en las áreas principales y perdía mucha clase; de acuerdo a esas consideraciones le corrían traslado a la Directora de grado para que los motivara, en busca de un mejoramiento del proceso de aprendizaje. Que al parecer la Directora no tuvo calma con él, ella no estaba al tanto con ese niño, no busco otra forma de motivación, creo que es donde surgen los perjuicios, al decirle que era perezoso, solo viene a calentar puestos y pero si lo dijo delante le (SIC) grupo, lo cual nunca se debe manifestar sino hablar personalmente con él; no sé si tuvo la oportunidad de trabajar con los padres, al parecer no les informó, se ahí salió el problema, ya que cada uno cogió caminos distintos, ella como docente y el como estudiante, en el sentido de que ella no quería hablar con él, ella tenía que estar por encima de cualquier situación.

En declaración presentada por la menor **XXXXXXXXXX XXXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXXXX**, compañera de estudio del menor **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en asocio de la Defensora de Familia adscrita al ICBF Regional Vaupés, Doctora **LUISA EMILIA DAZA ESPAÑA**, quien actúa como garante de la menor, sostuvo ante la pregunta que si la profesora **ELIZABETH MONTAÑA** le colocaba apodos a sus alumnos, manifestó que ella no decía apodos a todos, solamente a **XXXXXXXXXXXXXXXXXX** le decía **POKÁ**, y que si observó los hechos del día de (SIC) deceso del menor, y si la profesora Elizabeth Montaña agarró fuertemente de la camisa a **XXXXXXXXXXXX** y lo regañó. **“CONTESTO**. Eso fue cuando ella estaba pidiendo los cuadernos, todos los fueron a dejar, menos el, ella le dijo a él que los profesores también habían dicho que él estaba cuando había pasado lo de la perdida de la gasolina, y le dijo que la fuera a buscar que si no la encontraba no iba a entrar al salón, y él se paró y se fue. Cuando él volvió él se paró en la puerta y la profesora salió él le dijo a ella que él no la había encontrado y que él no sabía que él no estaba con ellos, porque él había estado enfermo, entonces la profesora le dijo que si él no estaba entonces que fuera a la reunión que iban a tener los profesores y dijera que él no estuvo porque estaba enfermo y ella entró al salón y él se quedó parado y después se fue. (...)” y que la profesora no había sido grosera sino que cuando ella habla o hace muy duro y que no le dijo que era ladrón, solo le dijo que no servía para nada porque se quedaba ahí parado, no le gustaba hacer nada ...”.

- Listado expedido por la **Secretaría de Educación Departamental de Vaupés**, donde se evidencia que el menor **XXXXXXXXXXXXXXXXXX** quien en vida tuvo la Tarjeta de Identidad número 1.006.978.984, tenía la calidad de educando del grado sexto del Centro Educativo Rural de Pueblo Nuevo, Escuela Normal Superior Indígena **MARIA Reina de Mitú**.
- Procedimiento adelantado por el **Comando de Policía de Mitú- Vaupés**, sobre la inspección al cadáver del menor **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**.
- Constancia expedida por el **Hospital San Antonio de Mitú**, donde se informa que no le fue practicada la necropsia al cadáver del menor **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**.
- Constancia laboral de la docente **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ**.
- Acta No. 3 del 25 de octubre de 2017 (fls. 74 – 75), suscrita por los miembros del Consejo Directivo, reunidos en el comedor de los docentes de la Institución Educativa de Pueblo Nuevo; con el motivo de analizar,



estudiar y hacer el informe de la situación que se encuentra el Centro Educativo de Pueblo Nuevo³⁰.

Adicionalmente el a quo analizó de la siguiente forma las pruebas solicitadas y practicadas en etapa de descargos:

(...) El apoderado de la disciplinada solicitó la recepción de las declaraciones de las siguientes personas:

1. Sara Albertina Betancourt (se desistió de su declaración).
2. Frabio Hernández Hernández.
3. Jorge Joel Ardila y
4. Juan Carlos Simón Daza.

En declaración presentada por el docente del Colegio Pueblo Nuevo: JUAN CARLOS SIMÓN DAZA, presentada el 20 de agosto de 2020 (fls 326 y vuelto); frente al interrogatorio formulado manifestó:

*(...) **PREGUNTADO:** sobre sus condiciones civiles y generales de ley. **CONTESTADO:** Me llamo e identifico tal y como quedo escrito al inicio de la presente diligencia; natural de Mitú, de 38 años de edad, estado civil casado, Profesión docente **PREGUNTADO:** Manifieste al despacho donde laboraba para el mes de octubre de 2017. **CONTESTO:** En el colegio de Pueblo Nuevo, era docente del grado 4º básica primaria, trabajaba como externo llegada a las 6 y 30 am hasta la 1 y 30 pm, **PREGUNTADO:** Conoce usted a la docente ELIZABETH MONTAÑA HERNANDEZ, en caso afirmativo, diga dónde y desde cuándo. **CONTESTO:** Si la distingo, desde que estábamos en el colegio Normal Superior María Reina, éramos compañeros de estudio. Para el mes de octubre de 2017, ambos éramos docentes. **PREGUNTADO:** Manifieste al despacho todo lo que sepa con respecto a los hechos acaecidos el 06 de octubre de 2017 y más exactamente con el menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. **CONTESTO:** El día de los hechos yo no estuve presente. En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra al apoderado de la disciplinada Elizabeth Montaña, quien manifestó: **PREGUNTADO:** Debido a su trabajo como docente del Colegio Pueblo Nuevo, sírvase informar si tuvo contacto directo para con el alumno XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. **CONTESTO:** Si porque yo era el profesor de informática, y por tanto él era alumno mío de educación física, informática. **PREGUNTADO:** Recuerda usted si participó del Consejo de Profesores que se desarrolló el día 06 de octubre de 2017, donde se trató un problema de disciplina donde se encontraba vinculado un grupo de estudiantes por haberse desaparecido una gasolina de la institución. **CONTESTO:** En ese consejo de docentes reunimos a los estudiantes que habían hecho el consumo de inhalación de gasolina para preguntar quién había sido o porque lo hicieron, entonces XXXXXXXXXXXX no estaba en ese grupo de estudiantes y eso fue lo que tratamos. **PREGUNTADO** En el consejo hizo presencia XXXXXXXXXXXX **CONTESTO NO. PREGUNTADO** Recuerda quien citó al Consejo de Profesores **CONTESTO.** El directo. **PREGUNTADO.** Recuerda usted si la profesora Elizabeth en el Consejo de Profesores sindicó a XXXXXXXXXXXX como participe del hecho de la pérdida de combustible. **CONTESTO:** La profesora no mencionó a XXXXXXXXXXXX. **PREGUNTADO:** Recuerda quienes eran los profesores que dormían en el Colegio de Pueblo Nuevo. **CONTESTO.** El profe Aldo López, Jaime González y Nelly Galvis. **PREGUNTADO.** Recuerda usted si*

³⁰ Fls. 341 – 343, CP. 1.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



XXXXXXXXXXXXXXXX le mencionó que era objeto de palabras donde lo responsabilizaban como partícipe de la conducta de hurto de combustible **CONTESTO: No. PREGUNTADO.** Como era el trato de Elizabeth para con los alumnos. **CONTESTO:** La profesora en las formaciones es una persona dinámica y le gusta el deporte, pero dentro del salón los tratos son de cada uno, de eso si no se. **PREGUNTADO** Como era el comportamiento de XXXXXXXXXXXX en sus clases. **CONTESTO:** Como yo daba dos áreas, para informática era muy apático, no cumplía las tareas en cambio en educación física si le gustaba. Era perezoso en las clases y descuido en su aseo personal...”

El docente **JUAN CARLOS SIMO DAZA** manifiesta que no estuvo el día de los hechos por lo que es un testigo de oídas, por lo que no amerita mayores referencias.

En declaración presentada por el menor de edad: XXXXXXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX presentada el 20 de agosto de 2020 (fls 325 y vuelto); frente al interrogatorio formulado manifestó:

“(...) **PREGUNTADO:** sobre sus condiciones civiles y generales de ley. **CONTESTADO:** Me llamo e identifico tal y como quedo escrito al inicio de la presente diligencia, natural de Mitú, de 17 años de edad, estudiante del grado 9° de Pueblo Nuevo. **PREGUNTADO:** Conoce usted a la docente ELIZABETH MONTAÑA HERNANDEZ, en caso afirmativo, diga dónde y desde cuándo. **CONTESTO:** Yo la conozco desde el año 2017 cuando cursaba grado 6° en el colegio de Pueblo Nuevo, era profesora mía. **PREGUNTADO:** Conoció al menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en caso afirmativo, diga en qué circunstancias. **CONTESTO:** XXXXXXXX no era compañero de clase, si lo conocí, pero no tenía trato con él. **PREGUNTADO:** Manifieste al despacho, que grado cursaba para el año 2017. **CONTESTO:** Cursaba el grado 6° y XXXXXXXXXXXX estaba en mismo (SIC) curso. **PREGUNTADO:** usted presenció lo acontecido el día 06 de Octubre de 2017 en el Colegio de Pueblo Nuevo, con referente al menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. **CONTESTO:** Si cuando estamos en el salón la profesora le dijo a XXXXXXXX que fuera a sacar el tarro de gasolina porque a él le habían echado la culpa unos niños de la comunidad y entonces después de decirle eso, él salió del salón entonces desde ese momento no volvió al salón, Un niño que miro dijo que XXXXXXXXXXXX estaba con un guindo. En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra al apoderado de la disciplinada Elizabeth Montaña, quien manifestó: **PREGUNTADO:** Sírvase informar si la profesora echó del salón de clases a su compañero XXXXXXXXXXXX **CONTESTO:** No ella le dijo que fuera a sacar el tarro de gasolina y pensó que iba a regresar de nuevo a clase, **PREGUNTADO:** Informe si en alguna oportunidad la profesora Elizabeth dijo que XXXXXXXX no servía para nada. **CONTESTO:** No sé. **PREGUNTADO:** La profesora Elizabeth le dijo a XXXXXXXX que era un ladrón **CONTESTO:** De vez en cuando le decía que si era un ladrón. **PREGUNTADO:** Sabe usted porque le decía esto. **CONTESTO:** No sé. **PREGUNTADO:** La profesora Elizabeth como era el trato para con sus alumnos. **CONTESTO:** Ella por veces cuando no hacíamos las tareas nos decía que veníamos a calentar el puesto, y a comer los tres golpes y sus padres se matan por trabajar. **PREGUNTADO:** Tiene algo más que agregar o corregir? **CONTESTO:** NO.

El menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, alumno del grado 6° en el colegio de Pueblo Nuevo para la época de los hechos compañero de curso del menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, testigo presencial manifiesta que la profesora



de vez en cuando le decía que era un ladrón y que día (SIC) de los hechos le dijo que no servía para nada.

En declaración presentada por el estudiante **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, presentada el 20 de agosto de 2020 (fls 327 y vuelto); frente al interrogatorio formulado manifestó:

(...) PREGUNTADO: sobre sus condiciones civiles y generales de ley. **CONTESTADO:** Me llamo e identifiqué tal y como quedó escrito al inicio al inicio de la presente diligencia; natural de Timbo, Mitú, de 23 años de edad, estado civil soltero, estudiante de Pueblo Nuevo, secundaria, en el grado 9° **PREGUNTADO:** Conoce usted a la docente ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, en caso afirmativo, diga dónde y desde cuándo. **CONTESTÓ:** Yo la conocí hay en Pueblo Nuevo cuando estaba estudiante sexto, era mi profesora. **PREGUNTADO:** De conformidad con su respuesta anterior, se le pregunta, conoció al menor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en caso afirmativo, diga en que circunstancia y si tenía algún parentesco con el menor. **CONTESTO:** **XXXXXXXXXX** era un estudiante del grado sexto para el año 2017, no era compañero de clase solo en los descansos, entonces **XXXXXXXXXX** era una persona, así como cansón, él hacía cosas que quería hacer. Sin parentesco con **XXXXXXXXXX**. **PREGUNTADO.** Manifieste al despacho, si usted presenció lo acontecido el día 06 de Octubre (SIC) de 2017 en el Colegio de Pueblo Nuevo, con referente al menor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**. **CONTESTO:** No lo recuerdo. En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra al apoderado de la disciplinada Elizabeth Montaña, quien manifestó: **PREGUNTADO:** Sírvase explicar a la Procuraduría a que se refiere que **XXXXXXXXXX** era una persona cansona. **CONTESTO:** A él no le gustaba que le llamaran la atención y la profe Elizabeth trata de llamar la atención (SC) pero se sobrepasa a la profesora, **PREGUNTADO:** En algún momento escuchó usted que la profesora le llamara la atención o lo sindicara de un hurto de un combustible al interior del internado de Pueblo Nuevo. **CONTESTO:** Si, **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** se había robado tarros de combustible y los había llevado al monte y los dejó guardados después de eso subió a sacar otros tarros para envasarlo entonces la profe Eliza le dijo en el aula de clases que lo devolviera por que los necesitaban y entonces **XXXXXXXXXX** cada vez que iban a bañarse se metía a inhalar la gasolina. **PREGUNTADO:** Recuerda usted que palabras le dijo Elizabeth al menor **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** cuando se trató el tema de la gasolina. **CONTESTO:** Ella le dijo que entregara el tarro de gasolina. **PREGUNTADO.** Para el mes de octubre de 2017 usted era interno del Colegio de Pueblo Nuevo. **CONTESTO:** Si yo fui interno. **PREGUNTADO:** Como era el trato de Elizabeth par con los alumnos. **CONTESTO:** La profe Elizabeth era una persona buena. **PREGUNTADO.** En alguna oportunidad, le dijo **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** a usted quien (SIC) la profe Elizabeth lo sacaba de clase, que no servía para nada. **CONTESTO:** Cuando la profe Elizabeth ella no cerraba la puerta del salón, no expresaba con palabras ofensivas. **PREGUNTADO:** Tiene algo más que agregar o corregir? (SIC) **CONTESTO:** NO

El estudiante de la época del Colegio de Pueblo Nuevo no era compañero de **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** y no recuerda los acontecimientos del 06 de octubre de 2017³¹.

³¹ Fls. 343 – 345, CP. 2.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



Con respecto al análisis y valoración jurídica de los cargos, descargos y de las alegaciones presentadas, la primera instancia indicó lo siguiente:

“(...) de conformidad con el material probatorio allegado a la actuación y debidamente analizado en el respectivo acápite, donde los testimonios y declaraciones son unívocos en determinar la conducta de ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, en su calidad de Docente de la Institución Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo adscrita a la Secretaria de Educación Departamental de Vaupés – anexa a la ENOSIMAR, durante el mes de octubre de 2017, concretamente el día 6 del mismo mes y año incurrió en la falta disciplinaria consagrada en el numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, pues infligió al menor alumno XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX sufrimientos psíquicos con el fin de castigarlo por un acto por (SIC) se sospechó que había cometido, afectando así su deber funcional, pues siendo aproximadamente las 11:00 a.m. del día 06 de Octubre de 2017, requirió al menor estudiante XXXXXXXXXXXXXXXX, a la entrada del salón de clases y lo increpó y regañó por la pérdida de un combustible, gasolina, de propiedad del Colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente se había hurtado.

Utilizando para ello palabras como: “(...) que era un ladrón, que se largará del colegio, que no servía para nada y era un ladrón (...)”, comportamiento abiertamente inapropiado para un docente, a quien cualquier padre de familia confía en que no sólo va a proteger a su hijo, sino que va a guiarlo y protegerlo como garante que es, por el sendero de la rectitud, la dignidad y la protección de la integridad personal.

Este hecho aparece probado con las declaraciones de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX quien se encontraba en el día de los hechos en el salón de clases, cuando sostuvo que la profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, lo agarró fuertemente de la camisa y requirió al menor XXXXXXXXXXXXXXXX, a la entrada del salón de clases y lo increpó y regañó por la pérdida de un combustible, gasolina, de propiedad del Colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente se había hurtado, hecho este corroborado por la progenitora del menor fallecido, cuando no entiende como un hecho de esta magnitud ocurre en horas académicas, al parecer por la conducta desplegado (SIC) por la profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, como Directora del grado donde estudiaba el finado estudiante, sin ninguna prueba, sin investigar y sin acudir a las instancias correspondientes, inculpó que el estudiante había robado la gasolina de la Institución Educativa.

Súmese a lo anterior, la declaración del docente ALDO JAVIER LÓPEZ HENAO quien no duda en manifestar que la profesora ELIZABETH MONTAÑA señaló al menor XXXXXXXXXXXXXXXX de haber sacado la gasolina para inhalar, él manifestó que él no participó en ese hecho³², y la profesora insistió y lo sacó para que fuera a buscar la gasolina, según versión de los compañeros y que escucha a los profesores Eliza, María Nelly y Juan Carlos, de expresiones duras contra los alumnos, ellos decían que era la forma de ellos hablar.

³² Subrayas del Despacho.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



Obra el formato de identificación del menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, informe en manuscrito Médico Legista del 6 de octubre de 2017 (fl 82), lo cual confirma su deceso, por causa ahorcamiento, en el que indicó que:

“(..). Se llegó al lugar de los hechos a las 14:40 autorizado por el Director del Plantel educativo al menor de edad XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX; con número de identificación 1006978984, se observa cuerpo sin signos vitales en suspensión sujetado con una cuerda que logra estar la totalidad del cuello, no se observan signos de lucha o intentos por retirarse el elemento de sujeción, debido a que las autoridades pertinentes no hacen presencia para el levantamiento del cadáver, se procede a retirar el cadáver del sitio de los hechos, debido al ambiente selvático que puede ocasionar aceleración en la descomposición y agregado a esto el factor social de menores conviviendo cerca al lugar de los hechos.

Con manuscrito del 9 de octubre de 2017 (fls 83 – 85), suscrito por la disciplinada Docente ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, dirigido al Licenciado ALDO JAVIER LÓPEZ HENAO, en calidad de Director del Centro Educativo de Pueblo Nuevo, sobre el informe del dialogo con el joven XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, de acuerdo al siguiente relato:

“(..). Respetuosamente me dirijo a usted, para aclarar versiones por algunos estudiantes del plantel, creando malos entendidos y confusiones de la versión acerca de los motivos que llevaron al hecho lamentable ocurrido al estudiante XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Como Directora de grado me entero de los hechos ocurridos de la noche anterior, en el momento en que los docentes estamos en la formación, la docente CELINA RAMÍREZ, quien se encontraba interna y había presenciado los hechos de los estudiantes que consumieron sustancia alucinógena (gasolina), manifiesta que estudiantes señalaban y culpaban al estudiante XXXXXXXXXXXX del robo de la gasolina, y que tenía el frasco guardado en el monte, también está el señalamiento de que por efectos alucinógenos el fallecido se había colgado de los palos, creándome una incógnita si era o no verdad.

Dentro de los implicados ya se había comprobado que 3 estudiantes de 6° grado fueron los que habían consumido esta sustancia.

Por ende, como Directora de grado me preocupo que otro estudiante más esté implicado en el hecho, y para confirmar los señalamientos tengo el dialogo con el joven, lo llamo y nos dirigimos fuera del salón para escuchar la versión del joven, quién me aseguro que no había robado la gasolina ni tampoco había consumido e inhalado la sustancia, como lo juzgaban, de esta manera le oriento para que desmienta que no tuvo nada que ver, en lo que lo acusaban cuando se llamara a la (SIC) implicados.

En ningún momento lo “regañé” como surge el comentario, no lo “saqué” del salón como lo manifiestan, fue un dialogo formal con el estudiante, salimos y conversamos afuera porque considere que era un caso extremo, donde mi ética profesional no me permite preguntarle lo sucedido en presencia de todos, para evitar los señalamientos y la ridiculización al estudiante.

Luego del dialogo me dirijo a la reunión convocada por los 2 miembros del Consejo Directivo.



Afirmó la disciplinada que como Directora de grado se enteró de los hechos ocurridos de la noche anterior, en el momento en que los docentes estaban en la formación, la docente CELINA RAMÍREZ, quien se encontraba interna y había presenciado los hechos de los estudiantes señalaban y culpaban al estudiante XXXXXXXXXX del robo de gasolina, y que tenía el frasco guardado en el monte, también está el señalamiento de que por efectos alucinógenos el fallecido se había colgado de los palos, creándole una incógnita si era o no verdad.

Agregó que como Directora de grado le preocupó que otro estudiante más esté implicado en el hecho, y para confirmar los señalamientos tuvo un dialogo con el joven, lo llamó y se dirigieron fuera del salón para escuchar la versión del joven, quien le aseguró que no había robado la gasolina ni tampoco había consumido e inhalado esta sustancia, como lo juzgaban, de esta manera le orientó para que desmienta que no tuvo nada que ver, en lo que lo acusaban cuando se llamara a los implicados.

Finalmente sostuvo, que en ningún momento lo “regañé” como surge el comentario, no lo “saqué” del salón como lo manifiestan, fue un dialogo formal con el estudiante, salieron y conversaron afuera porque consideró que era un caso extremo, donde su ética profesional no le permite preguntarle lo sucedido en presencia de todos, para evitar los señalamientos y la ridiculización al estudiante.

*Igualmente, el docente **JAIME GONZÁLEZ RESTREPO**, sostuvo que la Directora no tuvo calma con el menor y en lugar de acercarse se le alejó más, no buscó otra forma de motivación, y surgen los prejuicios, al decirle que era perezoso, solo viene a calentar puestos y, pero si lo dijo delante del grupo. Hecho este que lo corrobora la menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, al sostener que la profesora no había sido grosera, sino que cuando ella habla lo hace muy duro y que no le dijo que era un ladrón, solo que no servía para nada porque se quedaba ahí parado, no le gustaba hacer nada.*

En declaración presentada por el docente del Colegio de Pueblo Nuevo: JUAN CARLOS SIMÓN DAZA, presentada el 20 de agosto de 2020 (fls 326 y vuelto), manifestó que no estuvo el día de los hechos por lo que es un testigo de oídas, por lo que no amerita mayores referencias.

En declaración presentada por el menor de edad: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, presentada el 20 de agosto de 2020 (fls 325 y vuelto); frente al interrogatorio evidenció, como testigo presencial que la profesora de vez en cuando le decía que era un ladrón y que día (SIC) de los hechos le dijo que no servía para nada.

En declaración presentada por el estudiante XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, presentada el 20 de agosto de 2020 (fls 327 y vuelto); frente al interrogatorio formulado manifestó que no recuerda los hechos³³.

Igualmente, en el acápite de fundamentos de la *calificación de la falta*, el a quo consideró que **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ**, quebrantó el numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y el Estatuto Docente, porque presuntamente incurrió en un comportamiento que, conforme lo señalado por el fallador de

³³ Fls. 347 – 348, CP. 3.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



primera instancia, no es el apropiado para un educador, infligir a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos con el fin de castigarla o intimidarla por un acto por ella cometido o que se sospeche ha cometido, afectando así su deber funcional.

La Procuraduría Regional en primera instancia afirmó que la señora **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ**, incurrió en un comportamiento que no era el apropiado para un educador, que, valiéndose de las potestades de docente, siendo aproximadamente las 11:00 a.m. del día 6 de octubre de 2017, agarró fuertemente de la camisa y requirió al menor estudiante XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, a la entrada del salón de clases, lo increpó y regañó por la pérdida de un combustible, gasolina, de propiedad del colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente se había hurtado. Recurriendo para ello a palabras como: “(...) *que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada y era un ladrón (...)*”, comportamiento que el fallador consideró abiertamente inapropiado para un docente, a quien cualquier padre de familia confía en que no sólo va a proteger a su hijo, sino que va a guiarlo y protegerlo como garante que es, por el sendero de la rectitud, la dignidad y la protección de la integridad personal.

En efecto, el *a quo* refiere que de todo docente se espera que sea una persona equilibrada, íntegra, justa y racional, quien debe practicar los valores morales y éticos; dicho servicio es prestado por la entidad en la cual se encuentra adscrita y donde ha laborado la disciplinada, y debe ser de naturaleza tal, que forme a los jóvenes para ejercer la moral y buenas costumbres, formarle el carácter, así como el desarrollo de la personalidad de cada niño, pero en el caso concreto materia de la presente actuación, no ocurrió así, pues la profesora Elizabeth Montaña Hernández como docente, tenía jerarquía y mando en su institución frente a los estudiantes, entre quienes se encontraba el joven afectado y quien fue su alumno en el año 2017, cuando cursaba sexto año. Así las cosas, la falta se calificó por el fallador de primera instancia como **GRAVÍSIMA**.

En el fallo de primera instancia, una vez realizado el análisis probatorio, la conducta atribuida a la disciplinada se enmarcó dentro de las faltas gravísimas, debido a que la investigada no veló por el bienestar, la seguridad e integridad del menor finado XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, dado que no solucionó el conflicto y dificultad, respecto a él presentado, en lugar de investigar o conocer a fondo el problema, dialogar teniendo en cuenta la Ruta de Atención Integral. De igual manera, el *a quo* refiere que la disciplinable tampoco veló por el cumplimiento de las normas de comportamiento y convivencia establecidas en el Manual de Convivencia de la Escuela Normal Superior Indígena María³⁴ tomando todas las acciones preventivas, formativas y correctivas del caso, de *manera imparcial y objetiva*, evitando agresiones verbales, señalamientos inapropiados y discriminatorios que le hizo al finado estudiante, con antelación y al momento de la ocurrencia de los hechos; de donde se deduce que no actuó con integridad y diligencia en el desempeño de sus funciones respetando la dignidad de su alumno afectado, por lo que se determina la forma indigna e irrespetuosa, de cómo trató al estudiante XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, sin justificación alguna, cuando no tenía certeza de la

³⁴ Fls. 97 – 117, CP. 1.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



comisión de los hechos que a él le señalaban, por lo que debió actuar con celeridad en atender este asunto, o esperar la decisión de la instancia correspondiente.

Asimismo, la Procuraduría Regional Vaupés considera que el comportamiento atribuido es, sustancialmente ilícito, dado que afectó los deberes funcionales, sin que se advierta la existencia de una causal que elimine la aparente antijuridicidad de las conductas que se le atribuyen a la Sra. Montaña, razón por la cual se calificó la **FALTA** como **GRAVÍSIMA**.

Frente a la *ilicitud sustancial*, la Regional sostuvo que el artículo 1 de la Ley 115 de 1995 refiere: “(...) *La educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes*”. Por lo anterior, el deber funcional que afectó la disciplinable con su conducta consistía en brindar a todos sus educandos, incluyendo al menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, formación educativa integral en condiciones de respeto por sus derechos, integridad y dignidad humana, en forma permanente y debe observarse aún por fuera del horario escolar y de las instalaciones del colegio, mientras sean sus alumnos.

Igualmente, la Regional refiere que el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), al instituir los derechos y libertades de los menores de edad, consagra que los mismos tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento psicológico por parte de su grupo escolar.

Para el caso, señala el *a quo* que la disciplinable no inició los procedimientos e instancias instituidos en la ley para manejar la situación que la involucra, pues optó requerir al menor estudiante a la entrada del salón de clases, increpándolo, regañándolo, por la pérdida de un combustible (gasolina), de propiedad del Colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente había hurtado, acción esta que no corresponde a lo advertido en el estatuto docente, ajeno a la conducta acorde con la función educativa y con los fines, objetivos, derechos y criterios establecidos en la ley general de educación y en los planes educativos, pues la disciplinada, quien tenía a cargo la tutela y la responsabilidad de salvaguardar y proteger a los menores internos y externos que se encontraban bajo su cuidado y responsabilidad en la institución educativa de Pueblo Nuevo y que con otros docentes dirigen, no escaló la situación del menor XXXXXXXX en la ruta de atención integral para la convivencia escolar con el objeto de fijar formas de solución de manera **imparcial, equitativa y justa**, incoando las acciones para el restablecimiento de los derechos y la reconciliación, brindando atención inmediata en salud física y mental del afectado, ante las situaciones de agresión escolar o acoso escolar, por el contrario, la disciplinada lo agredió moralmente, verbalmente con términos soeces por una conducta que se sospechaba había sido cometida por el menor.

El fallador explica que la disciplinable el día 6 de octubre de 2017 a las 11:00 a.m. aproximadamente, agarró de la camisa y requirió al menor estudiante XXXXXXXXXXXX a la entrada del salón de clases y lo regañó por la pérdida de un combustible, gasolina, de propiedad del colegio, utilizando palabras de grueso



calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente se había hurtado, empleado para ello palabras o términos como: “(...) *que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada y era un ladrón (...)*”.

En ese orden de ideas, la señora Montaña no veló por el bienestar, la seguridad e integridad del menor XXXXXXXXXXXXXXXX, ya que no solucionó el conflicto y dificultad a él presentada, pues no se activó la ruta de atención integral. Tampoco veló por el cumplimiento de las normas de comportamiento y convivencia establecidas en el manual tomando todas las acciones preventivas, formativas y correctivas del caso, por lo que le faltó liderazgo para ello, de manera **imparcial y objetiva**, evitando hacer los señalamientos inapropiados que le hizo al finado estudiante, con antelación y al momento de ocurrencia de los hechos, de donde deduce el fallador que la disciplinable no actuó con integridad y diligencia en el desempeño de sus funciones respetando la dignidad del menor afectado, por lo que el *a quo* considera que la señora Montaña trató a XXXXXXXXXXXX de forma indigna e irrespetuosa.

Igualmente, el *a quo* refiere que la ilicitud sustancial no es sinónimo de antijuridicidad formal, ni implica antijuridicidad material, en tanto que, contrario al derecho penal, las conductas desarrolladas por el sujeto disciplinable aun cuando no produzcan un resultado, pero violen un deber funcional sin que exista ninguna causal de justificación, conllevan un posible ilícito disciplinario.

Adicionalmente, el fallador afirma que la ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida entonces como la **afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública**, sin que exista una causal de exclusión de responsabilidad, según lo consagrado en el artículo 28 del Código Disciplinario Único, en concordancia con el artículo 5 de la Ley 734 de 2002:

“(...) Artículo 5. Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”.

La Primera Instancia consideró con fundamento en el material probatorio allegado que la disciplinada incurrió en la comisión del comportamiento objeto de reproche, pues realizó acoso escolar al menor alumno XXXXXXXXXXXXXXXX al castigarlo por un acto que presuntamente había realizado, diciéndole que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada...” afectando su dignidad e integridad personal.

Se estimó entonces, que Elizabeth Montaña Hernández quebrantó el numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que prohíbe a los funcionarios:

*“(...) Ley 734 del 2002
Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes
(...)”*

9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto



por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación”.

Adicionalmente el *a quo* señaló entre las normas violadas, el artículo 2 de la Ley 1620 de 2013, en el cual resalta que los docentes no pueden incurrir en conductas de intimidación en contra de sus estudiantes dado que esto constituye acoso escolar:

*“(…) **Ley 1620 de 2013***

Artículo 2º. En el marco de la presente ley se entiende por:

*- **Acoso escolar o bullying:** Conducta negativa, intencional, metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña, o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado.*

También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes, ante la indiferencia o complicidad de su entorno. El acoso escolar tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes y sobre el ambiente de aprendizaje y el clima escolar del establecimiento educativo³⁵.

La Regional señaló con respecto a la culpabilidad que la disciplinable actuó a título de **DOLO** toda vez que:

*“(…) en su condición de docente de **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, tenía conocimiento de que se trataba de un menor de edad; no obstante, de manera voluntaria y consciente procedió a agredirlo verbalmente con términos discriminatorios, le hizo señalamientos inapropiados sin justificación alguna.*

Así, resulta claro para el despacho, que la investigada estaba en plena capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y sin embargo, decidió actuar en forma contraria a su deber como servidora pública, específicamente como docente, de quien el Estado y la Sociedad esperan una conducta ejemplar.

(…)

*La culpabilidad en el derecho disciplinario y específicamente en la modalidad **dolosa** exige la demostración de los siguientes elementos:*

*1. **Atribuibilidad de la conducta (imputabilidad).** En este aspecto es donde la regla disciplinaria adquiere su función de precepto de determinación; así, quien es determinable por la norma y la infringe es imputable y, en consecuencia, apto para ser culpable.*

*2. **Exigibilidad del cumplimiento del deber (juicio de reproche).***

³⁵ Fl. 339, CP. 2.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



3. *Conocimiento de la situación típica, es decir el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta que se realiza.*

4. *Voluntad, para realizar u omitir el deber o la prohibición.*

5. *Conciencia de la ilicitud; es decir, se requiere el conocimiento de la prohibición o deber, en otras palabras, tener conciencia de que el comportamiento es contrario a derecho.*

*En el presente caso, la señora **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ**, en calidad de Docente y otros Directivos de la Institución Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo adscrita a la Secretaria de Educación Departamental de Vaupés, tenía la capacidad de ser motivado por la normatividad aplicable; ya que para la fecha de la ocurrencia de los hechos, estaba en el deber de cumplir las normas que rigen la docencia, las que se le han señalado con anterioridad como vulneradas, además del manual de convivencia de la institución; además su formación le permitía determinar su comportamiento de conformidad con la ley; sin embargo prefirió obrar en contravía de la legalidad e infringió las normas ya invocadas, según lo analizado en acápite precedentes.*

Se advierte que la disciplinada tenía conciencia de la ilicitud de su comportamiento, máxime cuando el joven se encontraba dentro de la institución como internado, lo que ameritaba una conducta de respeto reverente, y no agredirlo verbalmente con términos discriminatorios y hacerle señalamientos inapropiados, hacia el menor siendo su alumno, y por encontrarse dentro de sus compañeros o población estudiantil, lo cual demanda de la protección de toda la sociedad entera, cualquiera sea el escenario donde encuentren. Porque así lo establecen los artículos 44 y 45 de la Constitución que consagran expresamente el principio especial de protección al menor y la ley, Decreto 2737 de 1989 por la cual se expide el Código del Menor y el Código de Infancia y Adolescencia, así como la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, posteriormente aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

*En este orden de ideas, se observa que, de manera consciente y voluntaria, la profesora **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ**, actuó a título de **DOLO** toda vez que en, (SIC) en calidad de Docente y otros Directivos de la Institución Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo adscrita a la Secretaria de Educación Departamental de Vaupés, tenía el conocimiento de sus deberes morales y de respeto hacia el estudiantado; por tanto era su deber, comprender que ejecutar actos discriminatorios, agresión verbal señalamientos contra la moral del menor, sin ser investigados, atentando contra la integridad y debido respeto hacia el joven **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, estudiante de la misma institución educativa donde la docente agresora laboraba, constituía una falta disciplinaria; y a pesar de ello, actuó con conocimiento y aparente afectación sustancial de sus deberes infringiendo prohibiciones contenidos en el manual de convivencia, en los Decretos 1278 de 2002, 2277 de 1979 y el (SIC) La ley 734 de 2002, sin que se advierta una causal que justifique su comportamiento, por lo que se aprecia **ILÍCITUD SUSTANCIAL** en el mismo, conforme a lo preceptuado en el artículo 5º del Código Disciplinario Único³⁶.*

³⁶ Fls. 351 – 352, CP. 2.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



Finalmente, el *a quo* sancionó a la disciplinable por incurrir en una falta gravísima dolosa con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años, atendiendo a que las faltas gravísimas dolosas tienen un límite no inferior a diez (10) años, ni superior a veinte (20) años, el *a quo* tuvo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 47 del C.D.U. y le impuso la sanción por diez (10) años, porque la disciplinada no había sido sancionada disciplinariamente con anterioridad.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Con escrito del 19 de octubre de 2020, la defensa interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia del 30 de septiembre del mismo año, en el cual afirmó que se debe revocar la decisión de primera instancia porque su defendida actuó bajo un error invencible de hecho, considerando que ella pensaba que el menor se había robado el combustible:

“(...) corresponderá al funcionario disciplinario determinar la clase de error al que se enfrenta, bien si se trata de un error de hecho o de derecho o un error mixto, para luego entrar a determinar en qué casos se admite alguna conducta dolosa o culposa, en el evento de que el error sea vencible. La eventualidad de un error invencible, que no permita a quien lo comete bajo ningún juicio de raciocinio salir del mismo, necesariamente debe configurarse en una eximente de responsabilidad, porque no solo se tenía una ignorancia de conocimiento, sino que además el factor volitivo no estuvo presente en el agravio que haya ocasionado con el mismo, tal como sucedió en la presente actuación, cuando mi prohijada tomo cierto la participación de XXXXXXXX en la comisión del hurto sobre la gasolina y participación en la reyerta por fuera del horario de descanso y se limitó afrontarlo no con la finalidad de enrostrarle responsabilidad penal, sino con la idea equívoca de devolución del frasco no solo para recuperar sino para que los estudiantes entraran en recapitación acerca del respeto de los bienes de los demás, así fuera de poca monta el valor lo más importante era enseñarle el respeto a la propiedad privada, lo que significa que su accionar es objeto de investigación y sanción de manera “culposa”, siempre que la norma no establezca la modalidad dolosa para la conducta que se cometió con base en el error.

(...) Por consiguiente, al estar en presencia en (SIC) un error invencible, la decisión no podría ser otra que la decisión de no declaratoria de responsabilidad disciplinaria a favor de mi prohijada, Elizabeth Montaña Hernández³⁷. (Subrayas del despacho).

Adicionalmente, la defensa fundamentó su argumento del error invencible de hecho con la declaración de la señora Celina Ramírez y el escrito dirigido al docente Aldo Javier López Henao:

“(...) Ahora bien, si nos remitimos a la declaración de la señora Celina Ramírez Marín, quien se encontraba al interior del Colegio Internado de Pueblo Nuevo, para la noche del 05 de octubre de 2017, concurre al llamado de la Procuraduría el 11 de abril de 2018 y, en aquella noche jugaba la selección de Colombia y los profesores habían tomado la decisión de venir hasta esta ciudad, hacía las 19 horas cuando ella se encontraba preparando para el día siguiente, escucha una

³⁷ Fls. 356 – 364, CP. 2.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



pelea, algunos alumnos estaban inhalando gasolina, estaban ebrios todos internos, preguntando donde habían obtenido la misma obteniendo como respuesta, era el sobrante de la motosierra.

Continúa el deponente, al día siguiente llega Elizabeth y le pregunta por los hechos sucedidos en la noche del día anterior, afirmando ella que los alumnos internos habían consumido gasolina y estaban peleando, volvió a interrogar mi defendida, contestando la testigo, “fueron un poconón (sic) de estudiantes, la mayor parte fueron del grado sexto (6°), como estaba oscuro no se quienes fueron” (cursivas son mías).

Aduce la defensa, dentro de los elementos aportados al escenario procesal, se encuentra acreditado en forma legal, la directora del curso sexto le fue asignado a Elizabeth Montaña Hernández, por consiguiente, ella era la verdadera interesada en el esclarecimiento de los hechos y si nos remitimos al manuscrito rendido por la profesora aquí investigada y dirigido al docente Aldo Javier López Henao, donde encuentra acreditación de la persona encargada del grado sexto y menciona lo relacionado con la profesora Ramírez Marín, de allí podremos extractar el hecho inquebrantable de la participación de un grupo de educandos bajo su coordinación, es (SIC) incluso se puede decantar la autoría de participación de quien en vida respondía al nombre de XXXXXX y era la persona encargada de haberlo guardado en el monte”³⁸.

Igualmente, la defensa refiere que los declarantes mienten sobre lo ocurrido, porque tienen intereses mezquinos en la resulta del proceso, el recurrente afirmó que por eso los testigos se inventaron el acoso escolar de los días anteriores y que ella le dijo al niño ladrón, que no servía para nada y que se largara del colegio:

“(...) Advera la Defensa, hubo una (SIC) dialogo entre profesor y alumno, pero nunca epitafios de fuerte calibre como son aducidos por personas con intereses mezquinos en la resulta del proceso, máxime cuando los educados quienes acuden al llamado del Ente Administrativo Disciplinario así lo dejan en conocimiento, cuando salen del salón de clases y lo interroga y pide el favor de ir al sitio donde había dejado el bidón”³⁹.

Asimismo, el recurrente menciona que la conducta de la Sra. Montaña no constituye injuria y/o calumnia:

“(...) La doctrina nacional, define la injuria como la lesión a través de una acción, o de una expresión, la dignidad de una persona perjudicando su reputación, o atentando contra su propia estima, al imputarle un hecho o cualidad en menoscabo de su fama o autoestima, pero en ningún momento la profesora Elizabeth manifestó su ánimo injuriandi, porque nunca hubo una exteriorización sensorial encontrándose subyacente en el interior de la conciencia, porque ella estaba en animus narrarsdl (SIC), cuando tan solo se limita a preguntarle algo afirmando en la charla con la profesora Ramirez Marín, cuando afirma que la gran mayoría de estudiantes quienes participaron en el hecho de desapoderamiento del combustible había participado la gran mayoría de alumnos bajo el cargo.

³⁸ Fls. 356 – 364, CP. 2.

³⁹ Fls. 356 – 364, CP. 2.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



(...)

No podremos dejar pasar por alto, en ningún momento se denota el ánimo de endilgar la comisión de la conducta delictual al alumno, cuando ella tiene conocimiento que los internos y pertenecientes al grado sexto habían participado en el ingreso al lugar donde se encontraba guardado el combustible, ello lo escucho de una persona quien estaba presente en la noche del 05 de octubre como es aducido por la testigo y así lo dejan en conocimiento, dirigiéndose ella en forma inmediata y le pregunta a XXXXX, no delante de todo el grupo de estudiantes, le pide el favor que la acompañe y se limita a solicitarle que fuera hasta el lugar donde había guardado el bidón y lo trajera, es decir no hubo una sindicación directa que rayara contra el bien jurídico de la honra el cual es protegido por el Legislador Nacional y acusada mi defendida⁴⁰.

La defensa afirma que hay pruebas testimoniales y documentales que demuestran la no responsabilidad de la disciplinable:

“(...) El fallo sancionatorio solo es procedente cuando dentro del proceso disciplinario se ha logrado recaudar prueba que conduce a la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad de los disciplinados, las cuales para el caso en estudio militan a lo largo del expediente pruebas documentales como testimoniales que demuestran de manera fehaciente la no responsabilidad de la implicada en la conducta que se le endilga⁴¹.

La defensa considera que su defendida actuó bajo un error invencible de hecho porque su representada creía que el estudiante si había robado el bidón de gasolina. Por otra parte, señala que solo le preguntó al respecto para que lo devolviera, sin la intención de que el alumno se suicidará o de enrostrarle responsabilidad penal, además refiere que la disciplinable no incurrió en los delitos de injuria y calumnia, que la responsabilidad objetiva está proscrita, que si el error era vencible entonces su representada actuó con culpa y no dolo, que hay pruebas que demuestran la no responsabilidad de su representada, señala el significado del principio de legalidad y explica en que consiste la adecuación típica, la culpabilidad y la ilicitud sustancial.

6. CONSIDERACIONES DE LA DELEGADA

a. Competencia

La Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública es competente para decidir respecto del recurso de apelación promovido en contra del fallo del 30 de septiembre de 2020 mediante el cual se declaró responsable disciplinariamente a la docente **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ** del cargo único formulado, de conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Resolución No. 217 del 14 de julio de 2021 y el parágrafo 1° del artículo 5° de la Resolución No. 207 del 7 de julio de 2021.

El artículo 1° de la Resolución No. 217 del 14 de julio de 2021, señala:

⁴⁰ Fls. 356 – 364, CP. 2.

⁴¹ Fls. 356 – 364, CP. 2.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



“ARTÍCULO PRIMERO: *Asignar funciones a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública para que ejerza funciones de juzgamiento disciplinario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo quinto de la Resolución No. 207 de 2021”.*

El párrafo 1° del artículo 5° de la Resolución No. 207 del 7 de julio de 2021, refiere:

“ARTÍCULO QUINTO: Competencia de las procuradurías delegadas para el juzgamiento disciplinario:

(...)

Parágrafo primero: *Es competencia de las procuradurías delegadas para el juzgamiento disciplinario conocer en segunda instancia de las decisiones proferidas por los procuradores regionales, cuando ejercen funciones de juzgamiento”.*

Por lo anterior, se entrará a estudiar y resolver los argumentos expuestos por la defensa, no sin antes advertir que, de acuerdo con el artículo 171 del Código Disciplinario único, el ámbito funcional en este momento procesal está restringido a la revisión de los aspectos recurridos y a los que resulten inescindiblemente vinculados a ellos.

b. Caso en concreto

Advierte este despacho que el *a quo* fundamenta probatoriamente la decisión tanto en las pruebas documentales como en las testimoniales, para concluir que la señora MONTAÑA HERNÁNDEZ en efecto cometió la conducta objeto de reproche y que la misma está revestida de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

i. Identificación de la investigada

ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX expedida en Mitú, en su condición de Docente de la Institución Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo, adscrita a la Secretaría de Educación del departamento de Vaupés, mediante Decreto No. 292 del 2 de agosto de 2010⁴², fue nombrada provisionalmente con el título de Normalista Superior en el cargo de docente de Educación Básica Primaria de la Secretaría de Educación Departamental de Vaupés, posesionada en la misma fecha según Acta No. 083 del 2 de agosto de 2010, sin grado de Escalafón Nacional Docente, hasta la fecha de ocurrencia de los hechos se desempeñaba en el cargo de Docente de Aula grado 1-A de la Escuela Rural de Pueblo Nuevo y devengaba una asignación salarial mensual de \$ 1.405.442,00, Auxilio de Transporte \$ 83.140,00 y Subsidio de Alimentación \$ 57.255,00⁴³, por los hechos ocurridos durante la vigencia 2017.

ii. Conducta objeto de sanción por la primera instancia

⁴² Fls. 45 – 48, CP. 1.

⁴³ Fls. 45 – 48, CP. 1.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



“(...) Usted, ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 69.802.688 expedida en Mitú, en su condición de Docente de la Institución Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo, Departamento de Vaupés, se le formula cargo por haber incurrido posiblemente en falta disciplinaria, cuando el 06 de octubre de 2017, presuntamente realizó acoso escolar al menor alumno XXXXXXXXXXXXXXXX, cuando al castigarlo por un acto que presuntamente había realizado, le increpó que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada ...”⁴⁴.

iii. Tipicidad

Desde el auto de cargos se reprochó a la investigada la trasgresión del numeral 9 del artículo 48 del Código Disciplinario Único:

*“(...) Ley 734 del 2002
Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes
(...)*

9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación”.

El fallo de primera instancia sanciona por la misma conducta y cita como normas violadas: el numeral 9 del artículo 48 del C.D.U. en consonancia con los artículos 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), 2 y 19 de la Ley 1620 de 2013 (Por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar), 41 y 42 del Decreto 1278 de 2002 (Estatuto Profesionalización Docente) y numerales 3, 6, 7, 8, 9 y 10 del Artículo 23 de la Resolución No. 3 de junio de 2014 (Manual de Funciones y de Convivencia de la Institución Educativa de Pueblo Nuevo – Anexa a la ESCUELA NORMAL SUPERIOR INDIGENA MARÍA REINA – ENOSIMAR. Las cuales se relacionan a continuación:

“El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

*(...) **ARTICULO 18. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.** Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.*

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona”. (Se ha destacado).

⁴⁴ Fls. 308 y 339, CP. 2.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



Ley 1620 de 2013

Artículo 2. En el marco de la presente ley se entiende por:

(...)

- Acoso escolar o bullying: Conducta negativa, intencional metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado.

También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes, ante la indiferencia o complicidad de su entorno. El acoso escolar tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes y sobre el ambiente de aprendizaje y el clima escolar y establecimiento educativo. (Subrayado fuera de texto).

Artículo 19. Responsabilidades de los docentes en el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar. Además de las que establece la normatividad vigente y que le son propias, tendrán las siguientes responsabilidades:

1. Identificar, reportar y realizar el seguimiento a los casos de acoso escolar, violencia escolar y vulneración de derechos sexuales y reproductivos que afecten a estudiantes del establecimiento educativo, acorde con los artículos 11 y 12 de la Ley 1146 de 2007 y demás normatividad vigente, con el manual de convivencia y con los protocolos definidos en la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar.

Si la situación de intimidación de la que tienen conocimiento se hace a través de medios electrónicos, igualmente deberá reportar al comité de convivencia para activar el protocolo respectivo.

2. Transformar las prácticas pedagógicas para contribuir a la construcción de ambientes de aprendizajes democráticos y tolerantes que potencien la participación, la construcción colectiva de estrategias para la resolución de conflictos, el respeto a la dignidad humana, a la vida, a la integridad física y moral de los estudiantes.

3. Participar de los procesos de actualización y de formación docente y de evaluación del clima escolar del establecimiento educativo.

Decreto 1278 de 2002. ESTATUTO PROFESIONALIZACIÓN DOCENTE

ARTÍCULO 41. Deberes. Además de los deberes establecidos en la Constitución y la ley, y **en especial en el Código Disciplinario Único**, para los servidores públicos, son deberes de los docentes y directivos docentes, los siguientes:



d. Observar una conducta acorde con la función educativa y con los fines, objetivos, derechos, principios y criterios establecidos en la ley general de educación y en los planes educativos.

e. Mantener relaciones cordiales con los (...), alumnos (...), promoviendo una firme vinculación y una cooperación vital entre la escuela y la comunidad (...).

ARTÍCULO 42. Prohibiciones. Además de las prohibiciones establecidas en la Constitución y la ley, y en especial en el Código Disciplinario Único, para los servidores públicos, a los docentes y directivos docentes les está prohibido:

d. Aplicar a los alumnos cualquier clase de maltrato físico o psíquico que atente contra su dignidad, su integridad personal o el desarrollo de su personalidad.

Ley 734 de 2002 – CDU.

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes (...)

9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.

Manual de Funciones y de Convivencia de la Institución Educativa de Pueblo – Anexa a la ESCUELA NORMAL SUPERIOR INDIGENA MARÍA REINA – ENOSIMAR, contenido en la Resolución N° 03 de junio del 2014, Artículo 23: Deberes de los profesores y profesoras:

Todos los profesores y profesoras de la ENOSIMAR tienen el deber de:

3. Velar por el bienestar, la seguridad e integridad de los y las estudiantes.

6. Solucionar los conflictos y dificultades que se presentan dentro a un ambiente de conciliación y dialogo teniendo en cuenta la Ruta de Atención Integral.

7. Velar por el cumplimiento por parte de los y de las estudiantes de las normas de comportamiento y convivencia establecidas en el presente manual tomando todas las acciones preventivas, formativas y correctivas del caso.

8. Demostrar en todo momento un liderazgo hacia los y las estudiantes siendo justo (a) imparcial y objetivo (a) en las evasiones y apreciaciones hachas.

9. Actuar con integridad y diligencia en el desempeño de sus funciones respetando la dignidad de los demás.

10. Tratar a toda la comunidad educativa dentro y fuera del plantel de forma respetuosa, digna y considerada⁴⁵.

⁴⁵ Fls. 308 – 309 y 339 – 340, CP. 2.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



Es preciso señalar que en la descripción y determinación de la conducta imputada a Elizabeth Montaña Hernández, en calidad de Docente, quien tenía a cargo la tutela y era garante de la responsabilidad de salvaguardar y proteger moral y físicamente a los menores que se encontraban bajo su cuidado, consistió en que maltrató psicológicamente al menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con T.I. No. XXXXXXXXXXXXX de Mitú, de 14 años de edad, quien se encontraba cursando sexto de bachillerato en el Colegio de Pueblo Nuevo, cuando el 6 de octubre de 2017, la Sra. Montaña sacó del salón al menor estudiante XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX a la entrada del salón de clases y castigó porque se sospechaba que él había participado en la pérdida de un combustible de propiedad del Colegio, utilizando insultos como “... **que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada...**”.

En el fallo de primera instancia se indica que posteriormente a los hechos, el mismo día, el menor XXXXXXXXXXXXX fue encontrado sin vida, presuntamente mediante ahorcamiento colgándose de un árbol con el lazo de amarrar la hamaca, a orillas del caño Mandí, ubicado en cercanías de la Institución Educativa.

Así mismo, desde días anteriores a los hechos narrados, la disciplinada venía realizando hostigamiento al menor por cualquier cosa que pasara en el colegio, responsabilizándolo de ello y toleró que sus demás compañeros de salón lo inculparan y manotearan por los mismos hechos, sin intervenir en defensa del menor o sin llevar el caso por los procedimientos e instancias correspondientes para manejar tales casos⁴⁶.

iv. Análisis de los argumentos de la apelación

- Sobre la existencia de un presunto error invencible

El principal argumento del recurrente consiste en que la disciplinable actuó bajo un presunto error invencible, en los siguientes términos:

“(...) La eventualidad de un error invencible, que no permita a quien lo comete bajo ningún juicio de raciocinio salir del mismo, necesariamente debe configurarse en una eximente de responsabilidad, porque no solo se tenía una ignorancia de conocimiento, sino que además el factor volitivo no estuvo presente en el agravio que haya ocasionado con el mismo, tal como sucedió en la presente actuación, cuando mi prohijada tomo cierto la participación de XXXXXX en la comisión del hurto sobre la gasolina y participación en la reyerta por fuera del horario de descanso y se limitó a afrontarlo no con la finalidad de enrostrarle responsabilidad penal, sino con la idea equívoca de devolución del frasco no solo para recuperar sino para que los estudiantes entraran en recapacitación acerca del respeto de los bienes de los demás, así fuera de poca

⁴⁶ Fl. 308, CP. 2.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



monta el valor lo más importante era enseñarle el respeto a la propiedad privada, lo que significa que su accionar es objeto de investigación y sanción de manera “culposa”, siempre que la norma no establezca la modalidad dolosa para la conducta que se cometió con base en el error”⁴⁷.

(...) Por consiguiente, al estar en presencia en (SIC) un error invencible, la decisión no podría ser otra que la decisión de no declaratoria de responsabilidad disciplinaria a favor de mi prohijada, Elizabeth Montaña Hernández”⁴⁸. (Subrayas del despacho).

De acuerdo con el planteamiento de la defensa, en lo tocante a la existencia del supuesto error invencible, este se apoya en las declaraciones de algunos docentes, principalmente Celina Ramirez, Aldo Lopez, Gonzalo Estrada y Manuel Delgado, quienes presuntamente la indujeron a creer que el menor XXXXXXXX al parecer robaba gasolina junto con otros compañeros para inhalarla.

Previo a entrar en el análisis de las pruebas que juicio de la defensa justifican el error invencible, es necesario precisar que el error se presenta cuando existe una “discordancia entre la conciencia del autor y la realidad; a su vez, los errores pueden ser vencibles o invencibles dependiendo de si el autor hubiera podido salir del error aplicando esfuerzos razonables o si pese a poner la diligencia debida no hubiese podido salir del error”⁴⁹.

El error invencible se encuentra consagrado en el numeral 6 del artículo 28 del CDU, el cual señala como causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, quien realice el comportamiento “con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria”. Por su parte el error fue recogido en el numeral 8 del artículo 31 de la ley 1952 de 2019, de la siguiente manera:

“8. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria. Si el error fuere de hecho vencible, se sancionará la conducta a título de culpa, siempre que la falta admita tal modalidad. De ser vencible el error de derecho, se impondrá, cuando sea procedente, la sanción de destitución y las demás sanciones graduables se reducirán en la mitad. En los eventos de error acerca de los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad disciplinaria, se aplicaran, según el caso, los mismos efectos del error de hecho. Para estimar cumplida la conciencia de la ilicitud basta que el disciplinable haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo ilícito de su conducta”.

Por su parte, sobre la causal antes señalada, el Consejo de Estado en sentencia 000474 de ha sostenido:

“Para que opere la exención de responsabilidad establecida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, es obligatorio además de la existencia del error, que éste sea invencible. Es necesario que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico, y adicionalmente, que el error de apreciación no era humanamente superable dadas las condiciones personales del procesado y las circunstancias en que éste se realizó, eventos en los cuales, la conducta no es reprochable a título de

⁴⁷ Fls. 356 – 364, CP. 2.

⁴⁸ Fls. 356 – 364, CP. 2.

⁴⁹ SANCHEZ, Esiquio, Op. Cit pag 186

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



dolo, porque en el encartado no hay la conciencia de la ilicitud de su acción, sin el cual el fenómeno no se estructura. Tampoco le puede ser reprochable a título de culpa porque actuó con el cuidado y diligencia para determinar que su conducta no era contraria a la ley”

En cuanto a las declaraciones de Celina Ramirez, Aldo Lopez, Gonzalo Estrada y Manuel Delgado, lo primero que se debe señalar es que si bien coinciden en señalar la existencia de un presunto robo de gasolina por parte de un grupo de estudiantes del grado sexto, no todos concuerdan en señalar directamente al menor XXXXXXXXX de dicho proceder, aspecto este último en el que incluso pueden verificarse contradicciones entre los declarantes. Al respecto la profesora Celina Ramirez señaló:

“(…) y me preguntó la profesora ELIZABETH, que fue lo que había pasado en la noche anterior, y yo le contesté que los alumnos internos, un poco habían consumido gasolina y estaban peleando que habían conseguido no sé dónde, ella me siguió preguntando quienes, y cuantos fueron, yo le dije que fueron un poconón (SIC) de estudiantes, la mayor parte fueron el grado sexto (6°), como se encontraba oscuro no se quienes fueron, porque la institución estaba sin energía. Ella me siguió interrogando y no le puse cuidado y me fui a mi salón porque sonó la campana para iniciar actividades (…) PREGUNTADO: Sírvase manifestar que situación trajo a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, los señalamientos que le hizo la Profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ cual fue el motivo, por el cual lo señaló de la presunta pérdida o consumo de la gasolina del centro educativo rural. CONTESTO: Después de eso, ella comenzó a investigar, y por lo que le dijo el Profesor GONZALO ESTRADA y lo que yo le comenté del caso de inhalación de gasolina (…)”⁵⁰.

Por su parte, el profesor Aldo Lopez, sobre el mismo tema del presunto hurto de gasolina indicó:

“(…) lo que yo conozco, es que él ⁵¹no tuvo problema, sino que le echaron la culpa que estaba en el grupo de los que estaban jalando gasolina, él no participó, sino que le echaron la culpa sin prueba, y lo hicieron sentir mal. La profesora ELIZABETH MONTAÑA lo señaló de haber sacado la gasolina para inhalar, él manifestó que él no participó en ese hecho, y la profesora insistió y lo saco para fuera a buscar la gasolina, según versión de los compañeros del garro (SIC). Él estaba acostado en el dormitorio, porque estaba enfermo, se había lastimado la pierna porque se había caído de un árbol, jugando la lleva con los compañeros pequeños. La profesora siguió insistiendo que fue él, y el niño se sintió como perseguido por la profesora. Ella y el profesor (SIC) JUAN CARLOS SIMON, citaron a los docentes y a los estudiantes, que presuntamente inhalaban combustible, yo estuve en esa reunión, yo primero me reuní con los tres (3) niños que inhalaron el combustible, ellos son: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en ese grupo no estaban (SIC) XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, porque me dijeron que él no estaba y estaba enfermo y

⁵⁰ Fls. 68 – 69, CP. 1.

⁵¹ XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



acostado. Yo les pregunté en la reunión, porque habían hecho eso, me manifestaron que esa idea la llevó otro compañero externo XXXXXXXXXXXXX, yo les manifesté que lo que hicieron fue una falta grave, implica sacarlos del colegio definitivamente, porque no eran hechos buenos, más cuando no es propio de nuestra costumbre y le hacemos daño a nuestro cuerpo, tampoco dentro de la institución, en todo momento hemos estado orientando a no hacer esas cosas, porque son dañinas. Cuando yo estaba casi terminando, llegó la profesora ELIZABETH MONTAÑA y JUAN CARLOS SIMÓN, y manifestaron que se tenía que reunir inmediatamente con los estudiantes implicados porque si no se les agrandaba el problema. Yo les dije que nos vamos a reunir cuando estén los seis (6) eran los inhaladores, ese día estaban solo tres (3), para ver que paso, ellos dijeron vamos a reunirnos de una vez, nos reunimos, en la reunión insistieron que faltaba XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, y yo le manifesté que no participé en ese hecho ya que estaba enfermo, así lo manifestaron los compañeros que estaban inhalando. No quiere venir porque XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no participó, ellos les preguntaron, porque habían hecho eso, ellos contestaron lo mismo, que un compañero externo los indujo a consumir o inhalar gasolina. Los docentes dijeron que eso era para expulsión, pero yo le dije que había que seguir el conducto regular o hablar con ellos para corregir, a través de la Secretaría de Salud. Ellos como siempre no hacemos mejorar la institución, que ellos no hacen caso, siempre actúan como tiranos y yo les dije que tenemos que hacer acompañamientos integrales y no dejarlos solos. Actualmente contamos con trabajo psicológico y psiquiátrico, en la institución y el trabajo se le está haciendo tanto a los estudiantes como a los docentes. Después de escuchar las versiones de los implicados se les hizo una serie de recomendaciones para que no volvieran a hacerlo y el compromiso (SIC) como directivo es estar pendientes de ellos o hacerlo (SIC) seguimiento. Lo que paso fue que el docente de disciplina de la semana, Docente XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, no aseguró la puerta de la pieza donde guardamos el combustible y los equipos. Dejó encargado a un estudiante de SÉPTIMO (7o) XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, está ahora en OCTAVO (8o) y los muchachos entraron fácil y sacaron la gasolina. En todas las reuniones le recomiendo no dejar a los estudiantes cuidando bienes del colegio, ya que ellos no son empleados. (...) Se terminó la reunión con los estudiantes implicados y se les ordenó que fueran a almorzar, mientras los docentes continuábamos con la reunión, se acordó de tomar el turno de disciplina porque no contábamos con Directores de internos y así se acordó terminó la reunión. Después nosotros seguimos con el almuerzo y en ese espacio, el estudiante XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX tomo la decisión de suicidarse y nos dimos cuenta, el profesor XXXXXXXXXXXXXXXX, tocó la campana a las 2 de la tarde, para hacer la revisión y hacer actividades de aseo, fue cuando se dio cuenta el estudiante XXXXXXXXXXXXXXXX no estaba. Entonces lo fue a buscar, fue por todos los puertos a buscarlo y en uno de esos puertos lo encontró amarrado sin signos vitales. Terminé de almorzar y fui a buscar una escalera para arreglar el techo de un salón, y me dijeron que XXXXXXXXXXXXXXXX (SIC) ya se había colgado y ya estaba muerto y al escuchar eso me dirigí a mirar el cuerpo. Por ahí estaba el medico que estaba en comisión y me llevó a mirar el cuerpo y me dijo que ya estaba muerto y no tenía signos vitales. (...) no sé si tuvieron conocimiento, de mi parte no tuvo conocimiento sí o no algún problema. Lo que se entero fue que la profesora lo sacó del salón para que fuera a buscar la gasolina y el niño manifestaba que él no participó en eso, que él no sacó gasolina, y ella siguió insistiendo. Yo me imagino que el niño tomó esa decisión a raíz de ese señalamiento que le hizo la profesora ELIZABETH, sin tener prueba. Me es extraño la actitud de ella, cuando el responsable de la gasolina presuntamente perdida fue el docente XXXXXXXXXXXXXXXX, quien dejó al estudiante



XXXXXXXXXXXXXXXXXX. El día que XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX se colgó estaba de turno el Docente XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX⁵². (Subrayas del despacho).

En cuanto al tema del hurto, el profesor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, entre otros aspectos señaló:

*“(...) **CONTESTO:** Servicios generales dice que él no participó en el consumo o pérdida de gasolina con otros estudiantes, él estaba lastimado en la rodilla de una cada (SIC) jugando y estaba acostad (SIC) en el dormitorio, la señora XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (SIC), de servicios generales me dijo eso. Por eso cuando algunos profesores le hicieron señalamiento, se dolió mucho, y lo dominó la psicología. Me enteré casi un cuarto para la una de la tarde, se reunieron los docentes, (...) XXXXXXXXXXXX no estaba, me tocó buscarlo a donde ellos se bañan, ahí al frente estaba colgado (...) Me enteré de ELIZABETH de los compañeros de XXXXXXXXXXXXXXXX, me comentaron que ella le llamó la atención por la pérdida de gasolina y que él tenía otro timbo y que lo fuera a buscar y lo trajera hasta el salón. El niño dijo no tengo timbo, yo lo (SIC) hice y no fui, y como ella insistió el niño se fue del salón. Hasta ahí me comentaron”⁵³.*

Como se puede advertir, las declaraciones de los profesores Ramirez, Lopez y Estrada no señalan directamente al menor XXXXXXXXXXXX como responsable del presunto hurto de gasolina, ni de que estuviera inhalando, e incluso el conocimiento de algunos de ellos era de que XXXXXXXXXXXX no participó en los hechos por estar enfermo. El docente que hace la afirmación de que XXXXXXXX estuvo al parecer inhalando gasolina es Manuel de Jesus Delgado, quien precisa que dicha información no la obtuvo directamente por haberlo visto, sino de terceros que le contaron:

*“(...) **CONTESTO:** El día viernes 6 de octubre, ese mismo día los compañeros nos comentaron que el llevaba un frasquito con gasolina, y que en cualquier momento salía a inhalar, los compañeros no habían contado anteriormente tal vez por temor, solo hasta el día que pasó lo del suicidio fue que nos enteramos que él hacía esta actividad.”⁵⁴. (Subrayas del despacho).*

Las anteriores declaraciones no constituyen un argumento para soportar la causal de error invencible, en tanto ni siquiera afirman categóricamente que les conste de manera directa que el menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX hubiera incurrido en una conducta constitutiva de un hecho delictivo.

Tal como lo ha definido el Consejo de Estado en la sentencia anteriormente reseñada, para la configuración de un error, es necesario que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico, aspecto que resulta inadmisibles en el presente caso, en que ni siquiera se puede alegar la existencia de un error.

La formulación sin ninguna prueba de una acusación delictiva a un menor de edad, estudiante, en presencia de sus compañeros, por parte de quien debe educarlo como lo es su docente, en manera alguna puede considerarse como una

⁵² Fls. 61 – 64, CP. 1.

⁵³ Fls. 72 - 88, CP. 1.

⁵⁴ Fls. 190, CP. 1.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



equivocada apreciación de la realidad, sino como un acto deliberadamente intimidatorio, causante de dolor psíquico para aquel, y una forma evidente de castigo⁵⁵.

La conducta alegada como error por la disciplinable, no solo no constituye un error, sino que, por su condición de docente, le era exigible un comportamiento completamente opuesto, es decir, el de orientar, tratar con respeto, y educar a uno de sus estudiantes menores de edad, quien además era una persona perteneciente a una comunidad indígena merecedora de especial protección.

Contrario a lo afirmado por la disciplinable como causal de exculpación disciplinaria, este despacho puede verificar, a partir de la valoración conjunta de los testimonios recaudados dentro del plenario, entre ellos la declaración del hermano del occiso XXXXXXXXXXXX, y la testimonial de XXXXXXXXXXXX, compañera de curso de XXXXXXXXXXXX, que dichas pruebas coinciden en señalar que la profesora Hernández le dijo al estudiante XXXXXXXX “*que no servía para nada*”⁵⁶, lo cual constituye un tratamiento ofensivo y discriminatorio, generador de dolores psíquicos en un menor como XXXXXXXXXXXX.

La misma XXXXXXXXXXXX⁵⁷, junto con los testigos XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX también coinciden en señalar que la profesora Elizabeth Montaña no les tenía apodos a todos sus estudiantes sino solamente a XXXXXX, a quien le decía “poka”, apelativo que era referido a su origen indígena y el cual era usado al parecer por sus compañeros para referirse al menor, quien figura en el listado estudiantes del grado sexto como interno de la etnia Desano⁵⁸.

Esta conducta por parte de la disciplinable de señalar con apodo al menor XXXXXXXXXXXX, conforme a las declaraciones de XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXX no era ocasional, sino reiterada, como también era reiterativo el trato discriminatorio y humillante por parte de la profesora Montaña al menor, regañándolo en presencia de sus compañeros, y acusándolo de ladrón. Al respecto XXXXXXXXXXXX señaló⁵⁹.

*“(…) **CONTESTÓ:** Sí, lo regañaba en el salón delante de los estudiantes, de envidia, yo estaba en el mismo salón con él, casi todos los días. Cuando pasaba algo, solo le echaban la culpa solo a él, cuando robaban, se sentía muy triste y me lo decía, siempre le decía que era él. Mis compañeros no decían nada. (...) **COSTESTÓ:** si eso fue cierto que sucedió, no fue cierto que él se robó esa gasolina, lo agarro por la camisa y lo jaló duro, se lo llevó para fuera y le dijo algo, no escuche las palabras (SIC), pero si le dijo palabras. Eso sucedió a las 11 de la mañana, cuando estábamos entrando del recreo, yo estaba lejos de eso que le hizo. **PREGUNTADO:** Sírvase manifestar sí es cierto o no, que la profesora ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ, utilizó para ello palabras*

⁵⁵ Entre el momento en que la docente Montaña acusó de ladrón al menor XXXXXX, y el instante en que este último se suicidó transcurrió solo un lapso corto de tiempo, como se verifica de las pruebas allegadas al plenario.

⁵⁶ Fl. 194, CP. 1.

⁵⁷ Fl. 194, CP. 1.

⁵⁸ Fls. 296, CP. 2.

⁵⁹ Fls 51 – 52, CP. 1.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



como; "... que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada y era un ladrón..." **CONTESTÓ:** si lo dijo, yo lo oí eso es mismo, eso fue en el salón, antes de entrar al recreo, yo estaba en el salón. Ese día que le dijo eso, fue que ahorcó (SIC), yo no hablé más con él y no me dijo nada de esa decisión. En respuesta a la Psicóloga, afirmó que XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX le manifestó que se quería quitar la vida, porque la profesora le tenía envidia"

En las recriminaciones públicas que le hacía la disciplinable al menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX delante de sus compañeros, partiendo de la presunción de un supuesto hurto de gasolina no comprobado, coincide también el profesor Jaime Gonzalez en su declaración:

"(...) **CONTESTO:** esa situación vino de lo que explique anteriormente, ella le dijo a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que fuera a traer el timbo de gasolina que ellos se robaron para inhalar, delante de lo (SIC) demás compañeritos, lo hizo sin comprobar, ni investigar y sin indagar nada, lo señaló al decirle, usted fue, ella cometió un error, no espero a la reunión, para esclarecer los hechos, sino que lo señaló y lo, delante de sus compañeros. Ese fue el problema que ella tuvo con XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. (...) **CONTESTO:** Si no enteramos, a ella le decíamos que utilizara un lenguaje más pedagógico, más moderado. Ella actuaba muy tiranamente, es decir "es que usted es así o tal cosa: es que ustedes son perezosos, no saben, no leen", yo personalmente le comenté que no utilizara ese lenguaje, ella no me dijo nada. (...)"⁶⁰.

Tales elementos probatorios, permiten establecer que la disciplinable era plenamente consciente de su comportamiento irregular, toda vez que bajo ninguna circunstancia o justificación una docente puede incurrir en acoso escolar, maltratar verbal y psicológicamente a uno de sus estudiantes increpándolo por conductas que sospeche que ha cometido.

No es posible llamar ladrón a un estudiante, o ponerle un apodo de manera inconsciente o involuntaria, y no es de recibo pretender justificar tal comportamiento reprochable, en una presunta sospecha de un comportamiento irregular del estudiante, en tanto el deber del docente es educar, y no actuar bajo prejuicios sobre quienes deben recibir su orientación.

Considera el Despacho, en consecuencia, que no hay error sobre los presupuestos fácticos de los deberes sustancialmente infringidos y mucho menos podría calificarse como invencible, porque como docente, la disciplinable tenía la obligación de abstenerse de infligir sufrimiento psíquico a un alumno con el fin de obtener información de él o castigarlo.

Por el contrario, la disciplinable al infligir sufrimientos psíquicos al estudiante imputándole conductas que sospechaba es lo que configura la falta, incurre en la descripción típica de la falta gravísima que se le atribuye, esto es:

"(...) Ley 734 del 2002
Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes
(...)

⁶⁰ Fls. 91 – 93, CP. 1.
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación”.

A partir de lo expuesto en el tipo se advierte que se incurre en esta conducta a título de dolo cuando a la víctima se le infligen sufrimientos psíquicos con el fin de obtener información, castigarla o intimidarla por actos que ella haya cometido o que se sospeche que ha cometido, que fue justamente lo que ocurrió en el caso de XXXXXXXXXXXX a quien la profesora lo acusó de ladrón y lo echó del salón de clases, bajo una supuesta sospecha subjetiva, sin tener ninguna prueba de que el menor hubiera incurrido en un comportamiento ilícito.

De lo anterior, el Despacho concluye que la investigada no actuó excusada en un error invencible, sino motivada por sus prejuicios discriminatorios contra el estudiante indígena, repitente y de escasos recursos económicos, a quien llamaba con un apodo referido a su origen indígena, apelativo que según lo referido en las declaraciones lo usaban otros compañeros también para referirse a la XXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXX; además, la disciplinable toleraba que al estudiante se le acusara de ladrón sin que hubiera prueba de que se haya robado nada nunca, ni llevó la problemática por el conducto regular.

v. Ilícitud sustancial

Se enrostró la docente **MONTAÑA HERNÁNDEZ** la afectación a su deber funcional sin justificación alguna, sumando a que trasgredió el principio de imparcialidad, el cual se encuentra referido en el fallo y el cargo, cuando la primera instancia señala que la disciplinable no actuó de forma imparcial, equitativa y justa con respecto a la situación presentada con el menor XXXXXXXXXXXX.

Se advierte que el Código de Procedimiento Administrativo refiere en su artículo 3 lo siguiente:

*“(...) **Art. 3 Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este código y en las leyes especiales.*

“(...) 3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier motivación subjetiva”.

El a quo sostuvo que el artículo 1 de la Ley 115 de 1995 refiere: *“(...) La educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes”.* Por lo anterior, el deber funcional que afectó la disciplinable con su conducta consistía en brindar a todos sus educandos, incluyendo al menor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, formación educativa integral en condiciones de



respeto por sus derechos, integridad y dignidad humana, en forma permanente y debe observarse aún por fuera del horario escolar y de las instalaciones del colegio, mientras sean sus alumnos.

El Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), al instituir los derechos y libertades de los menores de edad, consagra que los mismos tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento psicológico por parte de su grupo escolar.

Para el caso, la disciplinable no inició los procedimientos e instancias instituidos en la ley para manejar la situación que la involucra, pues optó por requerir al menor estudiante a la entrada del salón de clases, increpándolo, regañándolo, por la pérdida de un combustible (gasolina), de propiedad del Colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente había hurtado, acción esta que no corresponde al advertido en el estatuto docente, ajeno a la conducta acorde con la función educativa y con los fines, objetivos, derechos y criterios establecidos en la ley general de educación y en los planes educativos, pues la disciplinada, quien tenía a cargo la tutela y la responsabilidad de salvaguardar y proteger a los menores internos y externos que se encontraban bajo su cuidado y responsabilidad en la institución educativa de Pueblo Nuevo y que con otros docentes dirigen, no escaló la situación del menor XXXXXXXXXXXXX en la ruta de atención integral para la convivencia escolar con el objeto de fijar formas de solución de manera imparcial, equitativa y justa, incoando las acciones para el restablecimiento de los derechos y la reconciliación, brindando atención inmediata en salud física y mental del afectado, ante las situaciones de agresión escolar o acoso escolar, por el contrario, la disciplinada lo agredió moralmente, verbalmente con términos soeces por una conducta que se sospechaba había sido cometida por el menor.

La disciplinable el día 6 de octubre de 2017 a las 11:00 a.m. aproximadamente, agarró de la camisa y requirió al menor estudiante XXXXXXXXXXXXX a la entrada del salón de clases y lo regañó por la pérdida de un combustible, gasolina, de propiedad del Colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente se había hurtado. La Profesora utilizó para ello palabras o términos como: “(...) *que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada y era un ladrón (...)*”.

Tal como lo señalan las declaraciones analizadas en el acápite de argumentos de apelación, particularmente la del menor XXXXXXXXXXXXX, la conducta discriminatoria y humillante de la disciplinable para con el menor XXXXXXXXXXXXX, si bien se concretó el 6 de octubre de 2017, ya venía siendo reiterada, utilizando un apodo para referirse al citado estudiante, culpándolo habitualmente de robos de gasolina, y tratándolo mal delante de sus compañeros.

En ese orden de ideas, la señora Montaña no veló por el bienestar, la seguridad e integridad del menor XXXXXXXXXXXXX, ya que no solucionó el conflicto y dificultad a él presentada, pues no se activó la ruta de atención integral. Tampoco veló por el cumplimiento de las normas de comportamiento y convivencia establecidas en el manual tomando todas las acciones preventivas, formativas y correctivas del caso, por lo que le faltó liderazgo para ello, de manera imparcial y

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



objetiva, evitando hacer los señalamientos inapropiados que le hizo al finado estudiante, con antelación y al momento de ocurrencia de los hechos, de donde se deduce que no actuó con integridad y diligencia en el desempeño de sus funciones respetando la dignidad del menor afectado.

Como lo ha señalado reiterada doctrina de la Procuraduría, la ilicitud sustancial no es sinónimo de antijuridicidad formal, ni implica antijuridicidad material, en tanto que, contrario al derecho penal, las conductas desarrolladas por el sujeto disciplinable aun cuando no produzcan un resultado, pero violen un deber funcional sin que exista ninguna causal de justificación, conllevan un posible ilícito disciplinario.

La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida entonces como la **afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública**, sin que exista una causal de exclusión de responsabilidad, según lo consagrado en el artículo 28 del Código Disciplinario Único, en concordancia con el artículo 5 de la Ley 734 de 2002:

“(...) Artículo 5. Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”.

Se consideró que, con fundamento en el material probatorio allegado a la actuación, la disciplinada incurrió en la comisión del comportamiento objeto de reproche, con abierto desconocimiento de sus deberes funcionales pues realizó acoso escolar al menor alumno XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX cuando al castigarlo por un acto que presuntamente había realizado, le increpo “que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada...” afectando su dignidad e integridad personal, con lo que también incurrió en el quebranto del numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que prohíbe a los funcionarios infligir a una persona dolores o sufrimientos físicos o psíquicos con el fin de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido

vi. Culpabilidad

Durante la etapa de juzgamiento se calificó el elemento subjetivo de la conducta a título de dolo; bajo tal criterio se aseguró que la disciplinable obró con conocimiento de la ilicitud sustancial de su conducta y con voluntad de su realización, en los siguientes términos:

“(...) en su condición de docente de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, tenía conocimiento de que se trataba de un menor de edad; no obstante, de manera voluntaria y consciente procedió a agredirlo verbalmente con términos discriminatorios, le hizo señalamientos inapropiados sin justificación alguna.

Así, resulta claro para el despacho, que la investigada estaba en plena capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y sin embargo, decidió actuar en forma contraria a su deber como servidora pública,



específicamente como docente, de quien el Estado y la Sociedad esperan una conducta ejemplar”.

Frente a los elementos de la culpabilidad dolosa el a quo consideró:

“(…) Se advierte que la disciplinada tenía conciencia de la ilicitud de su comportamiento, máxime cuando el joven se encontraba dentro de la institución como internado, lo que ameritaba una conducta de respeto reverente, y no agredirlo verbalmente con términos discriminatorios y hacerle señalamientos inapropiados, hacia el menor siendo su alumno, y por encontrarse dentro de sus compañeros o población estudiantil, lo cual demanda de la protección de toda la sociedad entera, cualquiera sea el escenario donde encuentren. Porque así lo establecen los artículos 44 y 45 de la Constitución que consagran expresamente el principio especial de protección al menor y la ley, Decreto 2737 de 1989 por la cual se expide el Código del Menor y el Código de Infancia y Adolescencia, así como la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, posteriormente aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

*En este orden de ideas, se observa que, de manera consciente y voluntaria, la profesora **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ**, actuó a título de **DOLO** toda vez que en, (SIC) en calidad de Docente y otros Directivos de la Institución Educativa de la Comunidad de Pueblo Nuevo adscrita a la Secretaría de Educación Departamental de Vaupés, tenía el conocimiento de sus deberes morales y de respeto hacia el estudiantado; por tanto era su deber, comprender que ejecutar actos discriminatorios, agresión verbal señalamientos contra la moral del menor, sin ser investigados, atentando contra la integridad y debido respeto hacia el joven **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, estudiante de la misma institución educativa donde la docente agresora laboraba, constituía una falta disciplinaria; y a pesar de ello, actuó con conocimiento y aparente afectación sustancial de sus deberes infringiendo prohibiciones contenidos en el manual de convivencia, en los Decretos 1278 de 2002, 2277 de 1979 y el (SIC) La ley 734 de 2002, sin que se advierta una causal que justifique su comportamiento, por lo que se aprecia **ILÍCITUD SUSTANCIAL** en el mismo, conforme a lo preceptuado en el artículo 5º del Código Disciplinario Único”⁶¹.*

En la apelación, el apoderado de la disciplinable alegó que esta última incurrió en una conducta culposa, derivada de un error invencible en tanto *“se tenía una ignorancia del conocimiento sino que además el factor volitivo no estuvo presente en el agravio que haya ocasionado con el mismo , tal como sucedió en la presente actuación cuando mi prohijada tomo cierto (sic) la participación de XXXXXXXXXX en la comisión del hurto sobre la gasolina y participación en la reyerta por fuera del horario de descanso y se limitó afrontarlo no con la finalidad de enrostrarle la responsabilidad penal, sino con la idea equívoca de devolución del frasco no solo para recuperar sino para que los estudiantes entraran en recapacitación acerca del respeto de los bienes de los demás, así fuera de poca monta el valor lo más importante era enseñarle el respeto a la propiedad privada, lo que significa que su accionar es objeto de investigación y sanción de manera “culposa”, siempre que la norma no establezca la modalidad dolosa para la conducta que se cometió con base en el error”.*

Como se mencionó con anterioridad por este fallador, el error se presenta cuando existe una *“discordancia entre la conciencia del autor y la realidad; a su vez, los errores*

⁶¹ Fls. 351 – 352, CP. 2.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



pueden ser vencibles o invencibles dependiendo de si el autor hubiera podido salir de él aplicando esfuerzos razonables o si pese a poner la diligencia debida no hubiese podido salir del error”⁶²

Frente al planteamiento de la culpa, a partir del error de la disciplinable, en el entendido que supuestamente ella no quería infligir o causar sufrimientos psicológicos al estudiante, este despacho ya hizo mención de las declaraciones del hermano del occiso XXXXXXXXXXXXXXXX, quien manifestó que la profesora Hernandez llamó ladrón a su hermano, lo regañaba en el salón de clase delante de los estudiantes casi todos los días, estando el declarante con él, y le tenía un apodo denominado “poká”, tratamiento humillante que no solo se consumó el día 6 de octubre de 2017, sino que venía cometiéndose con anterioridad.

También declaró Rocío Helena Rojas, compañera de curso de XXXXXXXXXXXXXXXX, quien manifestó, que la profesora Hernandez le dijo a aquel *“que no servía para nada, porque se quedaba ahí parado y no le gustaba hacer nada”* y confirma que la profesora le tenía un apodo al occiso denominado “poka”.

Tales elementos probatorios, permiten establecer que la disciplinable era plenamente consciente de su comportamiento irregular, toda vez que bajo ninguna circunstancia o justificación una docente puede maltratar verbal y psicológicamente a uno de sus estudiantes increpándolo por conductas que sospeche que ha cometido.

No existe, en consecuencia, ningún error, y mucho menos puede hablarse de su invencibilidad, cuando la docente procede a tratar públicamente de ladrón a un estudiante menor de edad, imputación que tiene implicaciones penales y que proviene no solo de una persona que tiene un amplio conocimiento de cómo debe referirse a personas de especial protección como los niños, sino que, por sus deberes funcionales como docente, tiene la obligación de tratar con respeto a sus estudiantes y educarlos.

Los hechos anteriores al 6 de octubre de 2017 descritos por el declarante XXXXXXXXXXXXXXXX, entre otras testimoniales, evidencian que existía un tratamiento reiteradamente humillante y discriminatorio de la disciplinable para con el menor XXXXXXXXXXXXXXXX, por lo que los argumentos del error, y de la culpa resultan infundados e inverosímiles en este caso.

Por lo anterior, se confirma que la conducta atribuida a la disciplinable fue cometida a título de DOLO.

vii. Criterios para la calificación de la falta

La defensa sostiene que la disciplinable actuó bajo un error invencible de hecho y que por tanto su conducta no debe ser sancionada por haber actuado conforme a una causal de exclusión de responsabilidad, sin embargo, como se explicó en el análisis probatorio arriba referido, la disciplinable sospechaba que el estudiante había participado en el hurto, lo cual es coherente con la conducta imputada a la misma, es decir, no se le imputa haber incurrido en injuria o calumnia, sino la falta

⁶² SANCHEZ, Esiquio, Op. Cit pag 186
P.D. Moralidad Pública
Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268
Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Proyectó: Diana Catalina García Serrano



imputada **GRAVÍSIMA** que se encuentra en el numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y artículos 41 y 42 del Decreto 1278 de 2002 (Estatuto Profesionalización Docente) citados en el acápite de normas violadas.

El despacho concuerda con el *a quo* en que:

*“(...) la señora **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ**, incurrió en un comportamiento que no es el apropiado para un educador, que valiéndose de las potestades de docente, siendo aproximadamente las 11:00 a.m. del día 06 de Octubre de 2017, agarró fuertemente de la camisa y requirió al menor estudiante XXXXXXXXXXXXXXXX, a la entrada del salón de clases y lo increpó y regañó por la pérdida de un combustible, gasolina de propiedad del Colegio, utilizando palabras de grueso calibre y conminándolo a que devolviera el combustible que presuntamente se había hurtado. Utilizando para ello palabras como: “(...) **que era un ladrón, que se largara del colegio, que no servía para nada y era un ladrón (...)**”, comportamiento abiertamente inapropiado para un docente, a quien cualquier padre de familia confía en que no sólo va a proteger a su hijo, sino que va a guiarlo y protegerlo como garante que es, por el sendero de la rectitud, la dignidad y la protección de la integridad personal.*

*En efecto, de todo docente se espera que sea una persona equilibrada, integra, justa y racional, quien debe practicar lo (SIC) valores morales y éticos; dicho servicio es prestado por la entidad en la cual se encuentra adscrita y en donde ha laborado la disciplinada, y debe ser de naturaleza tal, que forme a los jóvenes para ejercer la moral y buenas costumbres, formarle el carácter, así como el desarrollo de la personalidad de cada niño, pero en el caso concreto materia de la presente actuación, no ocurrió así, pues la Profesora **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ** como docente, tenía jerarquía y mando en su institución frente a los estudiantes, entre quienes se encontraba el joven afectado y quien fue su alumno en el año 2017, cuando cursaba sexto año.*

En el caso bajo estudio, una vez realizado el análisis del acervo probatorio, la conducta atribuida al (SIC) disciplinada se enmarca dentro de las faltas gravísimas, debido a que no veló por el bienestar, la seguridad e integridad del menor finado XXXXXXXXXXXXXXXX, dado que no solucionó el conflicto y dificultad, respecto a él presentado, en lugar de investigar o conocer a fondo el problema, dialogar teniendo en cuenta la Ruta de Atención Integral. De igual manera, tampoco veló por el cumplimiento de las normas de comportamiento y convivencia establecidas en el presente manual tomando todas las acciones preventivas, formativas y correctivas del caso, de manera imparcial y objetiva, evitando agresiones verbales, señalamientos inapropiados y discriminatorios que le hizo al finado estudiante, con antelación y al momento de ocurrencia (SIC) los hechos; de donde se deduce que no actuó con integridad y diligencia en el desempeño de sus funciones respetando la dignidad de su alumno afectado, por lo que se determina la forma indigna e irrespetuosa, de cómo trató al estudiante XXXXXXXXXXXXXXXX, sin justificación alguna, cuando no tenía certeza de la comisión de los hechos que a él le señalaban, por lo que debió actuar con celeridad en atender el asunto, o espera (SIC) la decisión de instancia correspondiente.

Asimismo, se considera que el comportamiento atribuido es, sustancialmente ilícito, dado que afectó los deberes funcionales, sin que se advierta la existencia



de una causal que elimine la aparente antijuridicidad, razón por la cual se califica como **FALTA GRAVÍSIMA**⁶³.

Por tanto, el despacho concuerda con el *a quo* en que la disciplinable incurrió en la falta imputada **GRAVÍSIMA** que se encuentra en el numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y artículos 41 y 42 del Decreto 1278 de 2002 (Estatuto Profesionalización Docente) citados en el acápite de normas violadas, sin justificación alguna, dado que su actuar no estaba motivado en un error invencible sino en sospechas, las cuales se reitera son un elemento de la conducta reprochada y no una causa de exclusión de responsabilidad en el caso concreto.

viii. Criterios para la graduación de la sanción

El *a quo* sancionó a la disciplinable por incurrir en una falta gravísima dolosa con destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años, atendiendo a que las faltas gravísimas dolosas tienen un límite no inferior a diez (10), ni superior a veinte (20) años.

La primera instancia tuvo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 47 del C.D.U. y le impuso la sanción por diez (10) años, porque la disciplinada no había sido sancionada disciplinariamente con anterioridad.

Con respecto a lo anterior, es pertinente destacar que la defensa no se pronunció sobre los criterios de graduación de la sanción en su recurso de apelación; por lo expuesto, y en virtud del principio de no reformatio in pejus, este despacho no puede agravar la sanción impuesta, la cual en materia de inhabilidad se ubicó en el límite mínimo señalado por la norma, circunstancia que lleva a este fallador a mantener la sanción impuesta por el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, el Procurador Delegado para la Moralidad Pública, en uso de sus atribuciones legales y reglamentarias.

RESUELVE

PRIMERO: AVOCAR el conocimiento de las presentes diligencias con radicado IUS E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268 provenientes de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, Asuntos, Sociales y Paz.

SEGUNDO: CONFIRMAR el fallo proferido el 30 de septiembre de 2020 por la Procuraduría Regional de Vaupés, en el sentido de imponer a **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXXXXXXXXXX expedida en Mitú, sanción disciplinaria consistente en **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL** en el ejercicio del cargo, por el término de **DIEZ (10) AÑOS**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Por la Secretaría de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, **NOTIFICAR** la presente decisión a los sujetos procesales,

⁶³ Fl. 351, CP. 2.

P.D. Moralidad Pública

Exp.: IUS-E-2017-845469 / IUC-D-2017-1032268

Revisó y aprobó: Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Proyectó: Diana Catalina García Serrano



advirtiéndoseles que contra la misma no procede ningún recurso, en la siguiente dirección:

ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ

Dirección: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Teléfonos: XXXXXXXXXXXXXXXX.

Correo electrónico: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

LUIS EDUARDO GUTIERREZ ZULUAGA, defensor

Dirección: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Teléfonos: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

Correo electrónico: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

CUARTO: Efectuado lo anterior, la Secretaría de este despacho, se dispondrá a DEVOLVER las diligencias a la Procuraduría Regional de Vaupés, con el objeto de que ejecute la sanción impuesta en el ordinal segundo de la parte resolutive de esta providencia a la disciplinada **ELIZABETH MONTAÑA HERNÁNDEZ**, advirtiéndole sobre el cumplimiento de lo previsto en el artículo 172 respecto a la ejecución de la sanción impuesta y la anotación en las hojas de vida del disciplinado.

QUINTO: DEVOLVER el proceso a la citada dependencia, previos los registros y las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ESQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA
PROCURADOR DELEGADO PARA LA MORALIDAD PÚBLICA