

POTESTAD DISCIPLINARIA - Finalidad / SERVIDOR PUBLICO - Cumplimiento de los deberes y responsabilidades / DERECHO DISCIPLINARIO - Valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente / CONTROL DISCIPLINARIO - Garantía del cumplimiento de los fines y funciones del estado / CONSTITUCION POLITICA – Fuente primaria del derecho disciplinario / CONTROL DISCIPLINARIO – Ámbitos interno y externo

La potestad disciplinaria constituye una de las modalidades de los poderes sancionatorios del Estado; en la misma medida, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, cuya concepción misma, a más de su ejercicio, deben estar orientados a garantizar la materialización de los principios propios del Estado Social de Derecho, el respeto por los derechos y garantías fundamentales, y el logro de los fines esenciales del Estado que establece la Carta Política y justifica la existencia misma de las autoridades. La relación disciplinaria que existe entre los servidores públicos y el Estado se fundamenta, según ha explicado la Corte Constitucional, en 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 la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, la violación de régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc..."(...) Existen dos grandes ámbitos de ejercicio de la potestad disciplinaria: el ámbito interno de la propia Administración Pública, y el ámbito externo del control preferente por la Procuraduría General de la Nación. El ámbito natural y originario de la potestad disciplinaria es, evidentemente, el interno, puesto que se trata de una potestad implícita en la definición misma del aparato administrativo estatal diseñado por el Constituyente. Ahora bien, el ámbito externo –y excepcional- es el del organismo autónomo establecido por la Carta Política para cumplir con esta trascendente función.

POTESTAD DISCIPLINARIA – Los ámbitos internos y externos constituyen el ejercicio de la potestad disciplinaria /

Para el Consejo de Estado resulta indudable que los actos de control disciplinario adoptados por la Administración Pública y por la Procuraduría General de la Nación, es decir, aquellos actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria en sus ámbitos interno y externo, constituyen ejercicio de función administrativa, y por lo tanto son actos administrativos sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa. No se trata de actos que manifiesten la función jurisdiccional, ni mucho menos de una función sui generis o nueva del Estado, sino –se reitera con énfasis- de actos administrativos que tienen, por definición, control judicial.

FUNCION ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION – No es una función jurisdiccional o judicial / PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS – No debe confundirse con la cosa juzgada o intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales /

Tampoco se puede confundir la función administrativa disciplinaria de la Procuraduría con una función jurisdiccional o judicial por el hecho de que el otro órgano disciplinario constitucionalmente establecido –el Consejo Superior de la Judicatura- sí adopte fallos judiciales en el ámbito preciso en el cual cuenta con poderes constitucionales. Una cosa no lleva a la otra, y el ámbito de actuación del Consejo Superior de la Judicatura en tanto juez disciplinario está claramente definido por la Constitución y la jurisprudencia. Incluso en los casos de los empleados de la Rama Judicial que según la Corte Constitucional no están sujetos a la competencia

del Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría, al ejercer el poder disciplinario sobre tales empleados judiciales, sigue actuando en función administrativa disciplinaria, no en función judicial. En esta misma línea, no se debe confundir la presunción de legalidad que ampara las decisiones disciplinarias, en tanto actos administrativos, con el efecto de cosa juzgada o la intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales. El Consejo de Estado ha establecido claramente la distinción al resaltar que los fallos disciplinarios efectivamente están amparados, en tanto actos administrativos que son, por la presunción de legalidad. Esta presunción de legalidad, que está sumada a lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado el efecto de “cosa decidida” (por oposición al de “cosa juzgada”), se encuentra sujeta en su integridad al control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. En igual medida, la aplicación mutatis mutandi de los principios aplicables al poder sancionatorio penal, o del principio del non bis in ídem, no transforma la potestad disciplinaria en una función jurisdiccional. El Consejo de Estado ha explicado que la aplicabilidad del non bis in ídem se deriva no de una aludida naturaleza jurisdiccional del control disciplinario, sino del hecho de que forma parte del derecho administrativo sancionador.

CONTROL PLENO E INTEGRAL – Ejercido por la jurisdicción contencioso administrativo

El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación es un control pleno e integral, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.

CONTROL PLENO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Obligación de confrontar los actos disciplinarios con las disposiciones de la Constitución Política y la Ley / DEBIDO PROCESO – Garantías mínimas del control pleno /

En términos aún más contundentes, el Consejo de Estado afirmó en sentencia del 19 de mayo de 2011 que el juez contencioso administrativo está en la obligación constitucional de confrontar los actos disciplinarios presentados a su conocimiento con la totalidad de las disposiciones de la Constitución Política, y no únicamente con aquellas disposiciones legales expresamente invocadas en la demanda correspondiente: “en criterio de esta Sala no le asiste la razón al Tribunal que profirió el fallo apelado al afirmar que el control que efectúa esta Jurisdicción respecto de los actos administrativos, es únicamente de legalidad y no de constitucionalidad. Si bien es cierto que el análisis que se realiza en sede Contenciosa Administrativa incluye la confrontación entre el acto administrativo y la Ley, ello no obsta para que se examinen los actos demandados a la luz de la Constitución que, como ya se dijo, es norma de normas.” Lo que resulta aún más importante es que el control pleno por la jurisdicción contenciosa forma parte de las garantías mínimas del debido proceso a las que tiene un derecho fundamental el sujeto disciplinado, según la Corte Constitucional, por lo cual este control judicial contencioso-administrativo no puede ser objeto de interpretaciones que restrinjan su alcance.

CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DISCIPLINARIO – No es una tercera instancia / VALORACION PROBATORIA – Proceso disciplinario / CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DISCIPLINARIO – No es restringido, limitado o

formal / VALORACION PROBATORIA –Juez contencioso

En reiterados pronunciamientos el Consejo de Estado ha aclarado que el proceso contencioso-administrativo no puede constituir una tercera instancia para reabrir el debate probatorio que se surtió en el proceso disciplinario. No obstante, se resalta, esta jurisprudencia no puede ser interpretada en el sentido de limitar las facultades de control del juez contencioso-administrativo, ni de impedirle realizar un examen integral de las pruebas con base en las cuales se adoptaron las decisiones administrativas disciplinarias sujetas a su control. Por el contrario, el sentido de estos pronunciamientos del Consejo de Estado es que el debate probatorio en sede jurisdiccional contencioso-administrativa debe ser sustancialmente distinto y contar con elementos valorativos específicos, de raigambre constitucional, que son diferentes a los que aplica la autoridad disciplinaria. No es que al juez contencioso-administrativo le esté vedado incursionar en debates o valoraciones probatorias, sino que los criterios de apreciación con base en los cuales puede –y debe- acometer la valoración de las pruebas son sustancialmente diferentes, y se basan en los postulados de la Constitución Política.

CONTROL JUDICIAL – No hay limites formales

Se concluye, pues, que no hay límites formales para el control judicial contencioso-administrativo de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias y la Procuraduría General de la Nación, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables. Las argumentaciones de la Procuraduría a través de sus representantes y apoderados que puedan sugerir lo contrario –v.g. que el control judicial es meramente formal y limitado, o que las decisiones disciplinarias de la Procuraduría tienen naturaleza jurisdiccional- no son de recibo por ser jurídicamente inaceptables y conceptualmente confusas.

DEBIDO PROCESO – Testimonio / AGRESION SEXUAL – Declaración de niño o niña / DECLARACION DE ABUSO SEXUAL – Es un hecho que se debe tener por demostrado y ha de ser valorado de la misma manera de un dictamen medico-legal / TESTIMONIO NIÑO VICTIMA DE ABUSO SEXUAL – No debe ser valorado bajo los criterios de que se aplican a un testimonio / NIÑO O NIÑA VICTIMA DE DELINCUENTE SEXUAL – No es testigo sino víctima

El Consejo de Estado desea enfatizar que cuandoquiera que un niño o niña declara que ha sido víctima de un abuso sexual, la simple declaración es, para efectos probatorios, un *hecho* que se debe tener por demostrado y ha de ser valorado, de la misma manera que lo sería un dictamen médico-legal que constatará la presencia de una lesión física derivada del abuso sexual; no es un testimonio en el sentido técnico-jurídico de la prueba. Por lo que implica psicológica y emocionalmente para un niño declarar que ha sido victimizado por un delincuente sexual, su declaración no es susceptible de ser valorada a la luz de los criterios que ordinariamente se aplican para apreciar una prueba testimonial – ni siquiera bajo los criterios que ha establecido la jurisprudencia para examinar pruebas testimoniales rendidas por menores de edad en otras circunstancias-; el simple hecho de que un niño declare en este sentido debe ser tenido como una prueba directa suficiente para que el operador jurídico competente proceda a su valoración, en tanto hecho probado de gran fuerza evidenciaría en sí mismo para indicar la ocurrencia de un delito sexual, y no es procedente examinar su declaración en tanto testimonio para encontrar, por ejemplo, retractaciones, contradicciones, inconsistencias, etc., criterios de apreciación que resultan simplemente inaplicables para la debida evaluación de este

tipo, tan específico y delicado, de denuncias. Los perfiles y contornos de la narración de un niño que denuncia haber sido víctima de un abuso sexual no pueden transcurrir ni evaluarse en el marco de la formalidad de una prueba indirecta, como lo es el testimonio; el hecho mismo de la denuncia debe bastar para establecer, con un alto grado de factibilidad, la ocurrencia fáctica del hecho denunciado. En otras palabras, un niño o niña victimizado por un delincuente sexual no es un testigo, sino una víctima de una agresión jurídicamente inaceptable, y revela esa agresión a través de diferentes fenómenos que deben ser apreciados con el debido cuidado por el operador jurídico - fenómenos entre los que se incluyen tanto sus denuncias y declaraciones como las posibles secuelas físicas o emocionales detectadas por los medios técnicos existentes, todas las cuales constituyen hechos, es decir, pruebas directas de la ocurrencia del abuso. Sólo así, aplicando este estándar específico de valoración probatoria –se reitera, teniendo las denuncias de abuso sexual provenientes de menores de edad como hechos probados, y no como testimonios- considera el Consejo de Estado que se da aplicación al mandato constitucional de prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, y de protección reforzada de su interés superior (art. 44, C.P.). Esta pauta de apreciación probatoria es igualmente aplicable a los operadores disciplinarios que, como la Procuraduría Provincial de Cúcuta y la Procuraduría Regional de Norte de Santander, deben adelantar procesos relativos a conductas delictivas tan dañinas y execrables como estas.

PRUEBA TRASLADADA – Proceso penal a proceso disciplinario / OBJECION A DICTAMEN PERICIAL TRASLADADO – Improcedente / PRUEBA VALIDA EN EL PROCESO EXTERNO – No requieren que sean practicadas en el proceso disciplinario

Para el Consejo de Estado, este cargo de nulidad se basa en un entendimiento erróneo del procedimiento de traslado de pruebas desde un proceso judicial o administrativo externo hacia un proceso disciplinario. De conformidad con el artículo 135 de la Ley 734 de 2002, que regula la materia de la prueba trasladada, “[l]as 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”. Esto quiere decir que el traslado de las pruebas opera únicamente cuando estas pruebas ya hayan sido practicadas en forma válida en el proceso externo desde el cual se busca su traslado al proceso disciplinario; en otras palabras, no se requiere que las pruebas sean practicadas nuevamente en el ámbito del proceso disciplinario para que puedan ser apreciadas, puesto que de ser así se perdería el sentido mismo de la figura del traslado de pruebas. Por lo tanto, yerra el abogado del señor Romero cuando alega que el Procurador Provincial de Cúcuta, cuando recibió el dictamen pericial practicado en el proceso penal por la Fiscalía General de la Nación, debió haber procedido a dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 254 y 255 de la Ley 600 de 2000 sobre objeción del dictamen; por el contrario, al momento de efectuarse el traslado de estos dictámenes periciales se presuponía que el procedimiento aplicable en el proceso penal ya se había surtido en forma válida, y que no era necesaria actuación procesal adicional alguna por la Procuraduría para poder proceder a su valoración.

DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCION – Prueba trasladada / DICTAMEN PERICIAL TRASLADADO – Oportunidad para contradecir y objetar

La Sala constata que el señor Romero tuvo –y aprovechó- múltiples oportunidades para controvertir ante la Procuraduría el dictamen pericial trasladado hacia el proceso disciplinario desde el proceso penal que se le seguía en la Fiscalía. En efecto, las valoraciones psicológicas de las niñas afectadas por la conducta abusiva del profesor Romero, practicadas por la profesional competente de la Fiscalía General de la Nación el 12 de febrero de 2008, fueron trasladadas al proceso disciplinario el 15 de febrero de 2008, y formalizadas en tanto pruebas trasladadas mediante decisión del Procurador Provincial de Cúcuta del 18 de febrero de 2008. Según consta en el expediente, esta decisión del Procurador Provincial fue notificada personalmente al apoderado del señor Romero el 19 de febrero de 2008. A partir de este momento, y hasta la finalización del proceso disciplinario, el abogado tuvo numerosas oportunidades para contradecir y objetar, como en efecto lo hizo, el contenido de estos dictámenes periciales; se recuerda que según el artículo 138 de la Ley 734 de 2002, “los sujetos procesales podrán controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria”.

PROCESO DISCIPLINARIO – Nulidad parcial / PRUEBAS SOLICITADAS EN EL CURSO DE LA NULIDAD PARCIAL – No se practicaran / PRACTICA DE PRUEBAS SOLICITADAS EN FASE DE NULIDAD – improcedente

Observa el Consejo de Estado que al anular la actuación, el Procurador Regional mantuvo vigentes las pruebas que ya habían sido allegadas legítimamente al proceso; ello en aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 145 del Código Disciplinario Unico, de conformidad con el cual “[l]a declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente”. De este hecho no se puede deducir, como pretende el abogado del señor Romero, que la Procuraduría estuviera obligada a practicar todas las pruebas que habían sido decretadas y aún no se habían recaudado en el curso de la actuación anulada; esta conclusión es un sinsentido carente de sustento en la lógica jurídica más elemental. Lo único que esta decisión legal del Procurador implicaba, era lo que se podía leer en su texto mismo: que las pruebas que ya habían sido allegadas válidamente al expediente disciplinario mantendrían su valor evidenciario sin necesidad de ser practicadas nuevamente, o de ulteriores diligencias de convalidación.

PROCESOS DISCIPLINARIOS – No existe tarifa probatoria legal

Se tiene, así, que fue claramente voluntad del Legislador el dotar a las autoridades que ejercen la potestad disciplinaria de una facultad de valoración y apreciación probatoria –o facultad de libre formación del conocimiento del operador disciplinario- que incluye el poder para determinar cuándo se ha logrado recaudar un nivel de pruebas suficiente como para concluir con certeza y convicción que se pudo haber cometido una falta. Sobre este punto, vale la pena precisar que en el ámbito de los procesos disciplinarios no existe una tarifa probatoria legal; de hecho el propio Código Disciplinario Unico consagra, en su artículo 131, el principio de libertad probatoria, al establecer que “la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”. De manera tal que no es aceptable exigir que se haya recaudado un tipo determinado de prueba –por ejemplo un testimonio o un documento- para efectos de sustentar un fallo disciplinario, que puede estar basado, por decisión expresa del Legislador, en cualquiera de los medios de prueba admitidos por el sistema legal colombiano –e incluso en otros medios probatorios, como se deduce del artículo 130 ibídem

FUENTE FORMAL: CODIGO DISCIPLINARIO UNICO – ARTICULO 131 /

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00121-00(0413-11)

Actor: ALFONSO ROMERO CÁRDENAS

**Demandado: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN -
MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA.**

UNICA INSTANCIA – AUTORIDADES NACIONALES Y MUNICIPALES

Decide la Sala la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de única instancia formulada por Alfonso Romero Cárdenas contra la Nación – Procuraduría General de la Nación y el Municipio de San José de Cúcuta.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Obrando por intermedio de dos apoderados conjuntos, el señor Alfonso Romero Cárdenas interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en contra de las decisiones disciplinarias sancionatorias de primera y segunda instancia adoptadas, respectivamente, por la Procuraduría Provincial de Cúcuta el 31 de julio de 2008 y la Procuraduría Regional de Norte de Santander el 26 de noviembre de 2008, así como contra el Decreto No. 062 de 2009 del Municipio de San José de Cúcuta, que ejecutó las sanciones de destitución del cargo de Docente e inhabilidad general de 12 años que le fueron impuestas.

1.1. *Hechos invocados en la demanda*

1.1.1. El señor Alfonso Romero Cárdenas se desempeñó como docente público durante treinta y tres (33) años, y específicamente desde el año 2007 en la institución educativa Nuestra Señora de Belén – Sede No. 4 de Cúcuta:

“El señor Alfonso Romero Cárdenas, desde el día cuatro (4) de mayo de 1976 inició labores como docente habiendo ejercido su profesión en varios centros educativos de la ciudad de Cúcuta, así como de la Escuela 11 de noviembre del municipio de los Patios, dentro de su trayectoria como docente ha observado una conducta intachable, tanto así que en su hoja de vida no aparece antecedente alguno disciplinario o penal, lo que colige que ha sido un profesional comprometido con su labor educativa, concretamente en la institución educativa Nuestra Señora de Belén Sede No. 4 de la Divina Pastora, inició labores para el año lectivo del año 2007 habiéndosele asignado la titularidad del curso Segundo B de la jornada de la mañana, dentro de las obligaciones de mi mandante, a más de cumplir con su tarea pedagógica, estaba la del cumplimiento de un horario, cuya entrada es a la hora de las 06:30 horas a las 12:30 horas del mediodía (...)”¹.

1.1.2. El señor Romero fue sancionado por la Procuraduría General de la Nación con destitución del cargo de docente e inhabilidad general por 12 años mediante los actos administrativos demandados, a saber, el fallo de primera instancia dictado el 31 de julio de 2008 por el Procurador Provincial de Cúcuta, el fallo de segunda instancia adoptado el 26 de noviembre de 2008 por el Procurador Regional de Norte de Santander, y la decisión que ejecutó dichas sanciones, adoptada mediante decreto 062 del 27 de enero de 2009 de la Alcaldía Municipal de Cúcuta; tales decisiones se adoptaron en el proceso disciplinario No. 076-106-3121/08, “proceso disciplinario que fue realizado irregularmente por el operador disciplinario de la Procuraduría General de la Nación”². La falta disciplinaria que le fue imputada al señor Romero fue la de haber incurrido en comportamientos constitutivos de abuso sexual en contra de las niñas declarantes.

1.1.3. El proceso disciplinario se inició contra el señor Romero como consecuencia de las declaraciones de seis niñas ante la psicoorientadora de la Institución Educativa Nuestra Señora de Belén, declaraciones que fueron remitidas al Rector del plantel, el cual a su turno las envió al Jefe de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cúcuta, quien las remitió a la Procuraduría para que se

¹ Folio 4, Cuaderno No. 1.

² Folio 5, Cuaderno No. 1.

iniciara la investigación correspondiente. Sin embargo -y en ello radicaría la primera irregularidad señalada por la demanda-, estas declaraciones no fueron recibidas de nuevo bajo la gravedad del juramento al inicio de la investigación disciplinaria:

“A mi poderdante, el Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario remitió a la Procuraduría la queja impetrada por el señor Jorge Peñaranda en su calidad de Rector del Colegio Nuestra Señora de Belén del Municipio de San José de Cúcuta, en donde se infiere proceder contrario a derecho por parte del docente Alfonso Romero Cárdenas, en contra de unas menores de edad.

En su sabio conocimiento la señora Carmen Rosa Jáuregui Peña, en su calidad de Psicorientadora de la Institución Educativa, le toma declaración libre y espontánea a las menores María Inés Valero Pineda, María Helena Agudelo Luna, Diana Marcela Blanco Aguilar, Raquel Liliana Ortega Barrera, Yailin Camila Mejía Peñaloza, Juliana Mejía Peñaloza, diligencias que se toman el día 23 de octubre de 2007 entre las 07:00 horas hasta las 09:15 horas respectivamente.

Con base a estos hechos el doctor Andrés Evelio Mora Calvache, en su calidad de Procurador Provincial de Cúcuta, con fecha 15 de enero de 2008 de manera inmediata ordena que se adelante la investigación por proceso verbal, con base en la queja y sus anexos, pero lo que se le olvidó al funcionario es que en sus anexos estaban las declaraciones libres y espontáneas de las supuestas víctimas, cuando el deber ser, era que estas diligencias como ventilaban la supuesta comisión de hechos punibles y que hacían parte también de la esfera disciplinaria debieron ser ajustadas a derecho, toda vez que es un exabrupto las famosas diligencias de declaración libre y espontánea dadas por las supuestas víctimas, cuando se sabe de antemano por el operador disciplinario que las ritualidades dadas por el legislador para la recepción de diligencia de declaración se deben hacer bajo juramento y con las ritualidades que existen en la materia, esto es, bajo juramento y con las demás formalidades que exige el legislador, esto es, por funcionario competente en uso de sus atribuciones legales dadas por la ley. Pero paradójicamente el Procurador Provincial de Cúcuta de manera inmediata como se dijo anteriormente ordenó la apertura de investigación y citación audiencia disciplinaria, cuando su deber legal era tomar estas diligencias con las ritualidades del procedimiento y así garantizar los derechos establecidos en el artículo 92 de la ley 734/2002 al sujeto procesal, pues, si tenemos en cuenta las diligencias que se tomaron en el centro educativo por la Psicorientadora de la Institución Educativa, no se hicieron conforme a lo reglado por el legislador, lo que hacía que necesariamente el Procurador Provincial de Cúcuta de acuerdo a su experiencia subsanara esa irregularidad que afectaba notablemente el proceso disciplinario. (sic) Situación que nunca se dio y el Procurador siguió con esta irregularidad pese a que como se sabe la Procuraduría es el bum (sic) de las investigaciones, y sabía que este proceder estaba contrario a derecho y más sin embargo no subsanó estas diligencias y siguió con su proceder irregular en el proceso disciplinario que en ese momento se surtía en contra de mi cliente”³.

³ Folio 5, Cuaderno No. 1.

1.1.4. En el curso de la investigación disciplinaria, se fijó de manera irregular la fecha para la práctica de ciertos testimonios, y se practicaron por funcionario incompetente:

“De otra parte el señor Procurador Provincial de Cúcuta, con auto de fecha 15 de enero de 2008 en su sabio conocimiento cita a mi cliente a audiencia disciplinaria, hecho que se da con un nuevo auto interlocutorio de fecha 22 de enero de 2008, donde se le dice a mi cliente las presuntas faltas cometidas en su proceder, de igual forma se ordenan la práctica de unas diligencias tanto documentales como testificales para el esclarecimiento de los hechos materia de la investigación, pero paradójicamente no se le dice a mi cliente en el auto ¿en qué fecha exacta se llevará a cabo tal diligencia?, para que en este orden de ideas pudiera preparar sus argumentos de defensa, situación que dejó el operador disciplinario en mano de la señora Luz Edilia Quintero Hernández, funcionaria de la Procuraduría Provincial de Cúcuta, funcionaria que se toma atribuciones disciplinarias que no le competen, y en notificación personal y por escrito realizada a mi pupilo fija el día 25 de enero de 2008 a las 10:00 horas, para la realización de la audiencia disciplinaria, acto contrario a derecho, máxime que el único facultado para disponer del trámite de la audiencia, su desarrollo, las prácticas de las diligencias es el funcionario competente, y para el caso sublite el señor Procurador Provincial de Cúcuta”⁴.

1.1.5. También se considera irregular que la funcionaria de la Procuraduría a cargo de realizar las diligencias de recaudo probatorio no las hubiese firmado, como exige la ley: “Otra de las irregularidades que se cometió en el proceso disciplinario es que aparece surtiendo diligencias la señora Luz Edilia Quintero Hernández, pero paradójicamente la precitada funcionaria no plasmó su gesto gráfico, lo que genera nulidad de dicha actuación”⁵.

1.1.6. Por otra parte, se incurrió en una irregularidad cuando se negó la práctica de ciertas pruebas solicitadas por el señor Romero, se impidió recurrir dicha decisión mediante el recurso de apelación, otorgado por la ley para estos casos, y no se fijó fecha y hora para la práctica de las diligencias que sí se decretaron:

“Posterior a eso mi cliente rindió sus argumentos de defensa tendiente a desvirtuar las imputaciones hechas por las supuestas víctimas del hecho, en dicha diligencia se solicitaron los testimonios de María Josefa Sanabria Ortiz, Alvaro Emiro Pabón Contreras, José Mario Casadiegos, Luis Noé Cáceres, José Elías Calderón, Blanca Torres, Elcy Sanabria Santander, Ciro Eduardo Sánchez Jáuregui, Elizabeth Reyes Barrientos y Luis Ariel Sandoval Lombana, igualmente se solicitó los testimonios de los menores, Gisell Camila Zárate Ortiz, Samuel David Pérez Villamizar, José Eladio Granados Rincón, Anderson David Medina Gómez, Edinson

⁴ Folios 5-6, Cuaderno No. 1.

⁵ Folio 6, Cuaderno No. 1.

Eduardo Barón Maldonado, Andrea Juliana Ballesteros Cárdenas, Claudia Alejandra Soto Piñeres y Kelly Johana Soto Blanco, pero lo asombroso por parte del señor Procurador inicia en sus argumentos jurídicos esboza con respecto al material probatorio solicitado por mi cliente lo siguiente: (sic)

*...el despacho en aras de garantizar el derecho a la defensa del investigado considera pertinente tener a su favor todos los documentos que reposan en el expediente, así como las demás pruebas obrantes dentro del informativo con su respectivo valor,
...es importante en este momento procesal hacer referencia que si bien en principio, se goza de un margen de discrecionalidad para decretar o no pruebas de oficio, no obstante, en los asuntos donde los niños sean víctimas de un abuso sexual, esta facultad legal se encuentra limitada por el interés superior del menor, lo cual conduce a que el funcionario judicial se abstenga de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aun más emocional y psicológicamente al niño, por lo tanto el despacho no tendrá en cuenta las pruebas decretadas en el numeral 1 y 2 del acápite de pruebas del auto de citación a audiencia pública.*

Pero paradójicamente el despacho niega la práctica de unas diligencias testificales solicitadas en descargos, no concediendo el recurso a lugar, que para el caso en concreto era el de apelación, toda vez que se estaban negando prácticas de diligencias, tal como lo reza el art. 115 del C.D.U.: *el recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos*, (sic) y esto es precisamente lo que se dio cuando se pidieron pruebas tendientes a desvirtuar los hechos materia de la investigación, pero incompatiblemente el operador disciplinario de la Procuraduría desconociendo el plexo jurídico en su sabio conocimiento ante la negativa de pruebas expresó lo siguiente: *...contra la decisión no procede recurso alguno*, acto contrario a la norma pues esta es clara y no hay que hacer grandes esfuerzos para entender la norma, pero se desconoce porqué el Procurador Provincial de Cúcuta, afecta de esta forma el debido proceso que tuvo mi cliente para la fecha de marras. Por su parte el despacho no manifestó en este auto para qué fecha se surtirían las diligencias por él autorizadas, si como se sabe el proceso verbal es una forma expedita y rápida de adelantar las investigaciones y el espíritu de la norma así lo señala, que en las audiencias disciplinarias, se deben fijar fecha y hora de la práctica de las diligencias para que las mismas se cuenta con el derecho a la contradicción, (sic) derecho a la defensa, debido proceso y publicidad, y como quiera que se surtía por este trámite se debió entonces esa misma fecha en que se escuchó a mi cliente en descargos decretar los días y las horas en que se deberían realizar las mismas, situación que no se hizo, desconociendo el proceder contrario a derecho por parte del operador disciplinario”⁶.

1.1.7. Por otra parte, algunos testimonios fueron recibidos sin que se hubiese notificado al investigado sobre su práctica, por lo cual se afirma que se tomaron “a espaldas” del señor Romero, violando con ello sus derechos fundamentales de

⁶ Folios 6-7, Cuaderno No. 1.

defensa y contradicción, intrínsecos al debido proceso, tal y como éste se encuentra amparado en la Constitución y la ley:

“Otra de las irregularidades que afecta el derecho a la defensa y el debido proceso, se aprecia en los testimonios emitidos a la señora María Josefa Sanabria, Alvaro Emiro Pabón Contreras, Elizabeth Rojas Barrientos, Luis Noé Cáceres Maldonado, José Elías Calderón, Blanca Nieves Torres Ortega, Elcy Gertrudys Sanabria Santander, Ciro Eduardo Sánchez Jáuregui, José Mario Casadiegos, Luis Ariel Sandoval Lombana, las cuales fueron tomadas a espaldas de mi cliente, pues no obra constancia alguna de la comunicación, notificación personal y por escrito realizado a los sujetos procesales de tales hechos, lo que generó de manera inmediata violación manifiesta del derecho a la defensa y el debido proceso a mi poderdante.

Quedando entonces al libre arbitrio del funcionario que surtió la diligencia de preguntar lo que a él le pareciera frente a los hechos materia de la investigación, coartándole a mi cliente los derechos a la contradicción tal como lo reza el ordenamiento jurídico existente.”⁷

1.1.8. Adicionalmente, no se le dio la oportunidad al señor Romero de objetar el dictamen pericial realizado sobre las menores implicadas en el proceso:

“Otro mar de irregularidades que se vislumbra en el acontecer fáctico del expedientado, (sic) es que si bien es cierto se allegó al plenario de la Fiscalía General de la Nación, las diligencias de la señora Tilcia Rosa Aguilar Muñoz, de la menor Diana Marcela Blanco Aguilar, de la señora Dolly Esther Peñaloza Thomas, Elisa Pineda Vega, la menor María Inés Valero Pineda, la menor María Elena Agudelo Luna, señor Marino Agudelo Castro, señora Raquel Liliana Barrera Gaitán, menor Raquel Liliana Ortega Barrera, así como las valoraciones por parte de la Psicóloga Profesional Universitario I de las menores supuestas víctimas, dichas diligencias, si bien el operador disciplinario las convalida en la actuación disciplinaria y las comunica a los sujetos procesales la existencia de las mismas, nunca le da la posibilidad para que mi poderdante hiciera uso del derecho de objeción del dictamen pericial, tal como lo consagra nuestro Estatuto Penal en su articulado 255 que reza: la objeción podrá proponerse hasta antes de que finalice la audiencia pública, para el caso en concreto el operador disciplinario se limitó únicamente a allegar las pruebas, pero no le brindó la oportunidad para que le dictamen de la profesional universitario pudiera haber sido objetado, hecho que genera nulidad sustancial que afecta el debido proceso, pues se le minimizó dicho derecho a mi cliente.

Es por ello que una vez el operador disciplinario reciba el dictamen, de conformidad con lo advertido por el art. 254 del C.P.P. procederá de la siguiente manera:

1 – verificará si cumple con los requisitos señalados en este código. En caso contrario ordenará que el perito lo elabore cumpliendo con ellos. No se admitirá como dictamen la simple expresión de las conclusiones.

2 – si cumple con los requisitos indicados, se correrá traslado a los sujetos procesales por el término de tres (3) días para que se soliciten su

⁷ Folio 7, Cuaderno No. 1.

aclaración, ampliación o adición. Para la ampliación o adición el funcionario judicial fijará término.

Situación que no quiso hacer el operador disciplinario de la procuraduría general de la Nación, violándole de esta forma el derecho a la defensa y al debido proceso de mi cliente en la presente actuación, máxime que con este peritaje y en confrontación con lo dicho por los sujetos pasivos de la acción, es básicamente donde se señala la responsabilidad o no de mi cliente, obviamente al no poder los sujetos procesales pedir aclaración del mismo, se violó flagrantemente el derecho que tenía mi cliente a una investigación que guardara los principios constitucionales que en su momento pregonó el constituyente primario, obviamente como se ha reiterado en este libelo el afán del operador de primera instancia era a como diera lugar responsabilizar a mi cliente no importándole el espíritu y los alcances de la norma disciplinaria.”⁸

1.1.9. Para el actor, las irregularidades anteriormente descritas en la recepción de las pruebas se ven confirmadas por el hecho de que en múltiples otras declaraciones igualmente recaudadas para la investigación disciplinaria sí se dio cumplimiento a los requisitos de ley, garantizando su derecho de defensa:

“Por su parte y continuando con la audiencia se toman diligencias con fecha 19 de febrero de 2008 a la señora Raquel Liliana Barrera Gaitán, María Esperanza Luna Urbina, Hernando Enrique Rangel, Dolly Esther Peñaloza Thomas, Eliza Pineda Vega, menores Gisell Camila Zárate Ortiz, Anderson David Medina Gómez, Edinson Eduardo Barón Maldonado, Claudia Alejandra Soto Piñérez, Kelly Johana Soto Blanco, Samuel David Pérez Villamizar, Jerson Ferney Anaya Anteliz, Brayan David Ortiz Angarita, Gisell Camila Zárate Ortiz, Anderson David Medina Gómez, Samuel David Pérez Villamizar, Kelly Johana Soto Blanco, Claudia Alejandra Soto Piñérez, señora Eliza Pineda Vega, las cuales sí fueron surtidas como lo exige el legislador, esto es, con el derecho a la contradicción del sujeto procesal, hecho que debió también ser con las primeras diligencias que le fueron practicadas a espaldas de mi cliente, pues se pregunta la defensa, en estas diligencias sí se contó con la presencia del apoderado del disciplinado y porqué no se hizo lo mismo en las primeras diligencias testificales que se allegaron al proceso? Cuál era el interés que no se contara con este derecho por parte de mi cliente? Son preguntas que el mismo operador disciplinario deberá contestar”⁹.

1.1.10. También se incurrió en causal de nulidad por haberse fijado fecha para la presentación de los alegatos de conclusión sin que se hubieran practicado todas las pruebas que fueron decretadas:

“Otra de las irregularidades que cometió el operador disciplinario es el auto de fecha 04 de abril de 2008 donde a unas consideraciones todas toscas resuelve citar a los sujetos procesales para que presenten sus

⁸ Folios 9-10, Cuaderno No. 1.

⁹ Folio 10, Cuaderno No. 1.

alegatos de conclusión, pese a que faltaba allegar al plenario varias pruebas testificales que el mismo despacho accedió a la práctica de las mismas, no se entiende por parte del despacho para qué accede a unas pruebas si no las va a practicar, generando con este hecho nulidad de dicha actuación, pues le minimizó el derecho a la defensa a mi cliente puesto que las pruebas testimoniales que no fueron surtidas por el operador disciplinario, traería elementos de juicio nuevos para proferir un fallo en derecho y no como se hizo por parte del señor Procurador Provincial de Cúcuta, que estaba afanado por responsabilizar a mi cliente a como diera lugar, sin importar los derechos a que tenía mi cliente como sujeto disciplinable.”¹⁰

1.1.11. El Procurador Provincial de Cúcuta dictó fallo de primera instancia declarando al señor Romero responsable de las faltas investigadas y sancionándolo con destitución del cargo e inhabilidad general por 12 años. Sin embargo, en segunda instancia el procurador Regional de Norte de Santander, mediante decisión del 13 de mayo de 2008, “decreta la nulidad de la presente actuación adelantada contra mi cliente, a partir inclusive del auto citatorio a audiencia pública, por encontrar irregularidades descritas en el art. 143 del CDU en lo que tiene que ver con la descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó las y normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica”¹¹.

1.1.12. Decretada la nulidad, en vez de reiniciar de nuevo la etapa de instrucción, el Procurador Provincial de Cúcuta resolvió citar prontamente a nueva audiencia disciplinaria, decisión que adoptó con varias irregularidades: se convocó sin precisar la fecha de su realización, sin tener en cuenta nuevas pruebas aportadas por el señor Romero, para posteriormente ser determinada su fecha por una funcionaria incompetente, y realizándose sin la presencia del disciplinado; igualmente se omitió realizar el análisis de las pruebas que fundamentaban los cargos formulados, motivar la calificación provisional de la falta, y cumplir con los términos de ley para la realización de la audiencia:

“[La declaración de nulidad] de manera inmediata retrotraía la presente investigación a la parte instructiva, pero de manera asombrosa el Procurador Provincial de Cúcuta mediante auto de fecha 19 de junio de 2008 cita nuevamente a mi cliente a audiencia disciplinaria, nuevamente no estableciendo fecha exacta para la realización de la diligencia. Así como expresa en el precitado auto interlocutorio como quiera que el despacho ya practicó todas las pruebas que se consideraron del caso para el esclarecimiento de los hechos y este abundante material

¹⁰ Folios 10-11, Cuaderno No. 1.

¹¹ Folio 11, Cuaderno No. 1.

probatorio no fue afectado por la nulidad sino que quedó incólume, no se ordenara la práctica de pruebas de oficio, se le olvidó al despacho unas pruebas testificales que el mismo había decretado y que por conveniencias se imagina la defensa no se practicaron, además tampoco se practicaron las diligencias que mi cliente solicitó en sus descargos, claro está, para el despacho ya había abundante material probatorio para responsabilizar disciplinariamente a mi cliente.

Así como por parte del operador disciplinario no se tuvo en cuenta las pruebas allegadas posteriormente a la declaración de nulidad, donde se acercan al plenario pruebas documentales, donde expresamente explica los hechos materia de la investigación, argumentos estos que no fueron convincentes para el Procurador Provincial de Cúcuta.

Nuevamente la funcionaria Luz Edilia Quintero Hernández, es la persona que fija la nueva fecha de la audiencia, tal como obra en el folio 504 del C.O. posterior a ello aparece a la velocidad de la luz un auto con la misma fecha suscrito por el operador disciplinario donde se fija la fecha que ya su secretaria había establecido para la nueva audiencia disciplinaria, se pregunta entonces la defensa, quién era entonces el operador disciplinario para el caso sublite.

Se inicia con fecha 08 de julio de 2008 se dio inicio (sic) a la audiencia disciplinaria pero no se cuenta con la presencia del disciplinado ni se deja constancia respectiva de la ausencia del mismo, hecho que genera nulidad de la actuación nuevamente, que si bien es cierto se encuentra presente en la misma su apoderado, no obra constancia alguna que mi cliente fuera previamente citado para la realización de la diligencia, el apoderado del disciplinado solicita la práctica de unas pruebas testificales las cuales son accedidas, las cuales en la misma diligencia se fija fecha y hora para la práctica de la misma, situación que no sucedió en la primera audiencia disciplinaria ya como se ventiló por este actor.

Siguiendo con el auto de citación a audiencia está inmerso en hechos irregulares que los precitados funcionarios con atribuciones disciplinarias no las vio, (sic) no las quiso ver o las pasó por alto, veamos, entonces:

Inicialmente me refiero a que el proceso verbal es un procedimiento especial que busca avanzar hacia la aplicación de un medio que desarrolle los principios de oralidad y concentración de acuerdo a los eventos de aplicación que consagra la ley 734/2002, así pues sin afectar su naturaleza especial, el art. 181 de la norma en comento, consagra que los aspectos no regulados en este procedimiento se regirán por lo dispuesto en el siguiente y por lo señalado en el procedimiento ordinario. En este orden de ideas se tiene que el auto de citación a audiencia debe cumplir con las mismas formalidades del auto de cargos, para el caso en concreto el operador disciplinario olvidó tal precepto legal, veamos:

Si bien es cierto en el auto citatorio de la practicada audiencia se evidencian irregularidades que vician su forma y fondo, se obvió por parte de la funcionaria, realizar el análisis de las pruebas en que se fundamentan los cargos formulados, en este sentido, no basta el señalamiento de las pruebas allegadas, sino que se hace necesario realizar un análisis de las mismas, lo cual no es otra cosa que la operación que debe cumplir el funcionario competente, al momento de proferir pliego de cargos, analizando para cada cargo, la prueba que lo sustenta, es una relación entre el hecho, la prueba y el cargo. En el caso concreto se evidencia que en primer lugar, en el acápite de recaudo probatorio no se realizó la respectiva valoración del mismo, además en la alusión a las normas presuntamente violadas, no se conceptuó sobre

la violación y no se concretó la modalidad específica de la conducta, numeral 2 art. 163 del estatuto disciplinario en concordancia con el art. 43 numeral 6, de la norma ibídem. Hecho que contraría el estatuto disciplinario en comento.

De igual forma, contrario a lo dicho por el funcionario con atribuciones disciplinarias, la calificación provisional de la falta, debe ser de igual manera motivada, aduciendo el porqué se considera si la conducta desplegada por el disciplinado es grave, leve o gravísima y demás concepciones plasmadas en los artículos 43, 44 y 45 de la ley 734/2002.

Ya la Corte lo ha reiterado en varias ocasiones que el operador disciplinario debe motivar o valorar el material probatorio, agregando a lo anterior, que no solo se debe valorar el acervo probatorio, sino motivar cada uno de los acápites en que sea necesario y la norma así lo indique, situación que también deberá tenerse en cuenta al momento de proferir un fallo de responsabilidad disciplinarias, situación que no se hizo por parte del funcionario con atribuciones disciplinarias.

Igualmente la norma disciplinaria es clara, en su art. 185 la audiencia disciplinaria se deberá realizar no antes de diez días, contados a partir de la notificación de la decisión que la ordena, ni quince días después, hecho que observando en el plenario por parte del despacho de la Procuraduría Provincial en las dos veces que hizo la audiencia no se cumplieron dichos términos, cometiendo una irregularidad procesal que viola flagrantemente el derecho al debido proceso que tenía mi poderdante.”¹²

1.1.13. Otra irregularidad fue cometida cuando se realizó la audiencia de alegatos de conclusión sin la presencia del señor Romero, que no fue notificado de la fijación de fecha para esta diligencia:

“Con fecha 24 de julio de 2008 se practican los alegatos de conclusión, igualmente en esta diligencia no se cuenta con la presencia del disciplinado para que diera también al igual que su apoderado sus alegatos de conclusión, pero paradójicamente no se cuenta con la respectiva comunicación, notificación para el investigado se hiciera presente para la práctica de la diligencia, (sic) pero el operador disciplinario contrario al espíritu de la norma disciplinaria, obró contrario a derecho, pues nunca agotó la publicidad para que el investigado se hiciera presente a la práctica de las diligencias, hecho que rima con la violación manifiesta al derecho a la defensa y al debido proceso.”¹³

1.1.14. El 31 de julio de 2008, nuevamente el Procurador Provincial de Cúcuta profirió fallo disciplinario de primera instancia, sancionando al señor Romero con destitución e inhabilidad general. Esta decisión fue apelada, y confirmada en segunda instancia. Ambos actos administrativos, en criterio del demandante, adolecen de problemas sustanciales por indebida motivación y falta de valoración de las pruebas obrantes en el expediente:

¹² Folios 11-12, Cuaderno No. 1.

¹³ Folios 12-13, Cuaderno No. 1.

“Y finalmente con fecha 31 de julio de 2008 el Procurador Provincial de Cúcuta, profiere fallo de primera instancia donde obviamente y de acuerdo a su interés obtenido durante toda la actuación procesal responsabiliza fulminantemente a mi cliente con la destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por espacio de doce (12) años, fallo de responsabilidad no ajustado a la verdad real, pues no se tuvo en cuenta por parte del despacho las pruebas allegadas legalmente al proceso que referirían explícitamente que el tipo disciplinario por el cual fue vencido mi cliente no existió, contrario sensu todo se debió a un posible montaje de las menores de edad, las cuales como mi cliente les exigió en su rendimiento académico y en su proceder como estudiantes, estas no estuvieron de acuerdo con las exigencias realizadas por mi poderdante, lo que a la postre generó dicho proceder de las jovencitas, hechos avalados lógicamente por sus progenitoras.

Decisión que obviamente fue apelada y recurrida dentro del término legal por el apoderado del encartado (...). Argumentos de defensa que obviamente el ad quem tampoco aceptó y sin considerar los argumentos de defensa y las irregularidades que se cometieron durante el desarrollo del proceso por parte del a quo, avaló el proceder de su subordinado, para ello confirmando el fallo de primera instancia.

(...) con respecto del fallo de primera instancia, encuentra la defensa, que no reúne los requisitos, exigidos en el art. 170 de la ley 734/2002, para ofrece ra mi cliente la aplicabilidad a los Principios y derechos constitucionales, recalcando esta defensa la valoración y motivación de los fallos y de esta manera dotar de solidez y legalidad jurídica a las actuaciones disciplinarias, pues se observa que no hubo valoración probatoria, toda vez que el acápite de análisis y valoración jurídica del cargo imputado, se limitó el operador disciplinario a hacer un resumen de los hechos materia de la investigación y nunca se le dijo a mi cliente qué pruebas sustentaban el cargo endilgado, de igual forma, el numeral 4 de la norma en comento, prevé que además del análisis y valoración de los cargos, se debe hacer el de los descargos, análisis este que fue omitido por el operador disciplinario (...).

De otra parte el despacho hizo caso omiso a lo expuesto por el legislador en lo que respecta a la libre apreciación o apreciación integral de las pruebas, dispone el legislador disciplinario: las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y que en toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que esta se fundamente (...). 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 Art. 143 del C.D.U.

(...) Como se aprecia el operador disciplinario sólo se basó y acogió lo dicho por las supuestas víctimas, y nunca se tomó lo dicho por los profesores, demás alumnos y padres de familia donde afirman que toda la situación presentada a mi cliente fue montada, preparada por las progenitoras de las supuestas quejas, que obviamente convencieron a sus hijas menores para que cuestionaran el proceder de mi cliente.

(...) De otra parte la ley es clara en su artículo 163 de la ley 734/2002, para el caso en concreto no se precisó la modalidad específica de la conducta, solamente se citó la norma infringida, otro aspecto criticable de la mencionada providencia, es la carencia de análisis probatorio que debe hacerse frente a los cargos, lo mismo que el análisis de los

argumentos expuestos por el sujeto procesal, analizar implica realizar un examen, una valoración de los medios probatorios y de la versión libre rendida por el disciplinado de igual forma no se concretó la modalidad específica de la conducta, solamente se limitaron a citar la norma infringida irregularmente como se dijo anteriormente. (...)

En tal sentido el art. 142 de la norma en comento establece que 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. Por tanto si el funcionario investigador dentro de esa operación mental, se sitúa entre la certeza y la duda razonable, sin alcanzar la primera, quedando en la segunda, sin forma de superar ese estado, inexorablemente debe dar aplicación al art. 9 inciso 2 del estatuto disciplinario en virtud del cual en la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado, cuando no haya modo de eliminarla.”¹⁴

1.1.15. También argumenta el actor que “el fallo de segunda instancia (...) tampoco se le notificó personalmente y por escrito a mi cliente, para poder ejercitar sus derechos, tal como lo prevé el estatuto disciplinario, donde refiere explícitamente los medios de publicidad que tienen los sujetos procesales, pero para el caso en concreto se les olvidó a los funcionarios de la Procuraduría tales medios de hacer conocer las providencias.”¹⁵

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Sin reiterar las anteriores consideraciones, la demanda afirma que las irregularidades recién descritas constituyeron violaciones de los artículos 2, 6, 25, 29 y 125 de la Constitución Política, así como de la Ley 724 de 2002 “en su parte procedimental”.

Aparentemente en este capítulo la demanda incurrió en una errada transcripción de otra demanda distinta, puesto que se hace alusión a un agente de la policía y a los deberes de la Fuerza Pública frente a sus miembros.

1.3. Pretensiones

En su demanda, el actor formula las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Que se declare la nulidad del fallo disciplinario con radicado 106-3121-08 y demás actos incluyendo el decreto 062 del 27 de enero

¹⁴ Folios 13-17, Cuaderno No. 1.

¹⁵ Folio 13, Cuaderno No. 1.

de 2009 procedente de la Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta, y los fallos de primera y segunda instancia proferidos por el Procurador Provincial de Cúcuta de fecha 31 de julio de 2008 y fallo de segunda instancia proferido por el Procurador Regional Norte de Santander mediante auto de fecha 26 de noviembre de 2008, en lo atinente al retiro del servicio como docente del Colegio Nuestra Señora de Belén al señor Alfonso Romero Cárdenas, e inhabilidad general de 12 años para ejercer cargos y funciones públicas.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la acción impetrada y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación Colombiana, Procuraduría General de la Nación, Alcaldía Municipio de San José de Cúcuta, proferir las medidas que correspondan en derecho.

TERCERO: Que se ordene a la Nación Colombiana, Procuraduría General de la Nación, Alcaldía Municipio de San José de Cúcuta, reintegrar al señor Alfonso Romero Cárdenas con efectividad a la fecha 29 01 2009, fecha en que le fue notificado de su retiro como docente al grado y cargo que le corresponda dentro del escalafón de la docencia o a otro de igual o superior categoría.

CUARTO: Que se reconozcan y paguen al actor lo que en su derecho represente todos los salarios, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro como docente, hasta la fecha en que se haga efectivo su reintegro, comprendiendo el valor de los aumentos decretados con posterioridad a su retiro.

QUINTO: para todos los efectos legales relacionados con prestaciones sociales, tiempo de servicio, ascensos y grados en la docencia, se considera que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Alcaldía Municipio de San José de Cúcuta, por mi mandante.

SEXTO: Que la Nación Colombiana Procuraduría General de la Nación, Alcaldía Municipio de San José de Cúcuta, dará cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente demanda dentro de los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.¹⁶

2. Envío del proceso por competencia al Consejo de Estado

El presente proceso fue promovido inicialmente ante el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cúcuta, que admitió la demanda. Sin embargo, acogiéndose a la tesis sostenida desde 2006 por el Consejo de Estado sobre su propia competencia en única instancia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra sanciones disciplinarias administrativas que impliquen retiro temporal o definitivo del servicio, el Juzgado se declaró sin

¹⁶ Folios 3-4, Cuaderno No. 1.

competencia funcional para conocer de la acción de la referencia, y remitió el proceso al Consejo de Estado, mediante Auto del 26 de noviembre de 2010.

Recibido el proceso, el Consejero Ponente resolvió admitir la demanda mediante Auto del 19 de abril de 2012, que fue debidamente notificado en forma personal al Procurador General de la Nación y al agente del Ministerio Público, así como al municipio de San José de Cúcuta; ordenó fijar el negocio en lista por diez días para los efectos previstos por el artículo 207-5 del Código Contencioso Administrativo, y reconocer personería a la apoderada de la parte demandante¹⁷.

3. La contestación de la demanda

3.1. Contestación de la Procuraduría General de la Nación

Obrando por intermedio de apoderado, la Procuraduría General de la Nación dio contestación oportuna a la demanda, con base en los siguientes “argumentos de defensa”: (1) no se incurrió en violación del debido proceso por indebida apreciación probatoria, y la demanda no sustenta en debida forma porque se habría incurrido en esta irregularidad; (2) no se adoptaron decisiones carentes de sustento jurídico que constituyesen, por lo mismo, desviación de poder; al contrario, las decisiones se adoptaron en derecho y en forma motivada; (3) no se violó el debido proceso por no haberse citado en forma clara y concreta, en el pliego de cargos, los deberes incumplidos con la actuación del señor Romero; “no tiene en cuenta la demandante (sic) que la falta disciplinaria no solamente ocurre por incumplimiento del deber, sino también por violación al régimen de prohibiciones, situación que ocurrió en el presente debate y que da fe de su descentrado actuar las declaraciones de los siguientes menores: (...) Anderson David Medina Gómez, (...) Claudia Alejandra Soto Piñérez, (...) Samuel David Pérez Villamizar, (...) Jerson Ferney Anaya Anteliz (...). Evidencias, testimonios que concluyen, que la conducta existió y la misma se remite a la ocurrencia de conductas que bien no resultan coherentes con la actividad de docente del acusado y que se relacionan más con los hechos que disciplinariamente se le imputan. // Resulta inadecuado, inexplicable, al menos en un juicio de simple lógica racional que un maestro siente en sus piernas o abraza a niñas que son sus alumnas en circunstancias que superen las expresiones de edificación, valoración y afecto que pueda querer expresarles, máxime cuando en su contra obran los

¹⁷ Folios 673-674, Cuaderno Principal.

testimonios de éstas¹⁸; y (4) se dio cumplimiento a todas las formalidades procesales, se valoraron debidamente las pruebas, y se indicaron en forma precisa las normas que se consideraron violadas con la conducta del señor Romero. Posteriormente el abogado de la Procuraduría inserta dentro de la contestación de su demanda varios párrafos que aluden, claramente, a un caso distinto al del señor Romero, en el que la persona disciplinada fue una mujer, y en el que se discutía la validez de pruebas magnetofónicas. También argumenta el abogado que el control que puede ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa sobre las decisiones disciplinarias de la Procuraduría es un control limitado.

3.2. Contestación del municipio de San José de Cúcuta

Obrando por intermedio de apoderado, el Municipio de San José de Cúcuta dio contestación oportuna a la demanda, argumentando, en resumen, que la actuación de las autoridades municipales se limitó a dar cumplimiento a las decisiones sancionatorias ejecutoriadas impuestas por la Procuraduría General de la Nación, mediante un acto de mera ejecución, expedido de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37, 45 y 172 de la Ley 734 de 2002.

4. Pruebas obrantes en el expediente

Mediante auto del 7 de febrero de 2013, el Consejero Ponente declaró abierto el período probatorio, y tuvo como pruebas todos los documentos que habían sido aportados por la parte demandante como anexos de la demanda, los cuales incluyen copia del proceso disciplinario surtido contra el señor Romero. En la misma decisión resolvió correr traslado a las partes por diez días para que presentaran sus alegatos de conclusión¹⁹.

4.1. Síntesis del proceso disciplinario No. 106-3121-2007 de la Procuraduría Provincial de Cúcuta.

La siguiente es la descripción de las actuaciones procesales, pruebas y decisiones que se adoptaron en el curso del Proceso Disciplinario No. 106-3121-2007, tanto en primera como en segunda instancia ante la Procuraduría Provincial de Cúcuta y la

¹⁸ Folios 694-695, Cuaderno Principal.

¹⁹ Folios 730-732, Cuaderno Principal.

Procuraduría Regional de Norte de Santander.

4.1.1. El 20 de noviembre de 2007, el Rector del Colegio 'Nuestra Señora de Belén' de Cúcuta remitió al Jefe de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Cúcuta un "Informe contra un docente", reportando supuestos actos de abuso sexual cometidos por el profesor Romero.²⁰ A esta comunicación se adjuntó copias de las declaraciones presentadas por las niñas ante la Psicoorientadora del colegio el 23 de octubre de 2007.

4.1.2. El 15 de enero de 2008, el Procurador Provincial de Cúcuta, Andrés Evelio Mora Calvache, resolvió formalmente abrir investigación disciplinaria contra el señor Alfonso Romero Cárdenas y fijar el procedimiento a seguir, a saber, el verbal. Consta en el expediente que esta decisión fue notificada al señor Romero el 21 de enero de 2008²¹.

4.1.3. El 22 de enero de 2008, el Procurador Provincial de Cúcuta profirió Auto de citación para audiencia pública.

4.1.4. El 30 de enero de 2008 se realizó la audiencia pública ante la Procuraduría Provincial de Cúcuta, con la participación del Procurador Provincial, Andrés Evelio Mora; el investigado Alfonso Romero, y su abogado defensor. Como prueba documental, el señor Romero aportó durante esta audiencia pública cinco paquetes de documentos ("cuadernos") que incluyen fotocopias de planas realizadas por las niñas que pusieron la queja, así como de notas remitidas por el señor Romero a sus respectivos padres o acudientes.

4.1.5. En respuesta a un requerimiento del Procurador Provincial, el 15 de febrero de 2008 la Fiscalía General de la Nación remitió al proceso disciplinario copia de distintas declaraciones y valoraciones psicológicas que habían sido recaudadas en el curso de la investigación penal No. 152.764 seguida contra Alfonso Romero Cárdenas, por presuntos actos de abuso sexual en contra de las menores que presentaron la queja.

4.1.6. Mediante decisión del 18 de febrero de 2008, el Procurador Provincial de Cúcuta resolvió tener como prueba trasladada las declaraciones y valoraciones

²⁰ Folio 27, Cuaderno No. 1.

²¹ Folio 39, Cuaderno No. 1.

efectuadas en la Fiscalía Segunda CAIVAS recién reseñadas. Igualmente, decidió ordenar la ratificación de las declaraciones de las madres o representantes de las menores, teniendo en cuenta que “este despacho de oficio y en audiencia pública llevada a cabo el 30 de enero de 2008, decretó la práctica de las mismas declaraciones, por tanto, con el propósito de no hacer más dolorosa la situación de estas personas, al recordarles hechos de tal significación, se ordenará la ratificación de las declaraciones rendidas en la Fiscalía Segunda CIVAS, por tratarse de los mismos hechos”²². Hay constancia en el expediente de que esta decisión fue notificada personalmente al apoderado del señor Alfonso Romero el 19 de febrero de 2008²³.

4.1.7. El 4 de abril de 2008, el Procurador Provincial resolvió continuar a la siguiente etapa procesal por existir suficiente material probatorio en el expediente, y citó al disciplinado y a su apoderado para que presentaran sus alegatos de conclusión.

4.1.8. El 10 de abril de 2008, se llevó a cabo la audiencia pública de alegatos de conclusión; en ella, se transcribieron literalmente los alegatos presentados en escrito separado por el abogado del señor Romero.

4.1.9. El 23 de abril de 2008, se llevó a cabo la audiencia pública en la que se dictó el fallo de primera instancia contra el señor Alfonso Romero Cárdenas, que le sancionó con destitución del cargo e inhabilidad general. Obra constancia en el expediente de que este fallo fue leído en audiencia pública el 23 de abril de 2008, que fue notificado en estrados, y que en la misma diligencia el apoderado del señor Romero interpuso recurso de apelación.

4.1.10. Mediante decisión del 15 de mayo de 2008, el Procurador Regional de Norte de Santander declaró la nulidad del procedimiento desarrollado por la Procuraduría Provincial de Cúcuta, “a partir inclusive del auto citatorio a audiencia pública formulado al investigado”, por cuanto no se había precisado adecuadamente la fecha en la que se habrían desarrollado las conductas reprochadas, ni se indicó las normas supuestamente violadas.

4.1.11. Mediante decisión del 16 de mayo de 2008, el Procurador Provincial de Cúcuta resolvió dar cumplimiento a la nulidad decretada por la Procuraduría

²² Folio 366, Cuaderno No. 2.

²³ Folio 367, Cuaderno No. 2.

Regional de Norte de Santander. Dispuso en consecuencia citar al defensor del investigado para notificarle dicha providencia, y posteriormente asignar a un profesional de dicha Procuraduría “para que reponga la actuación”²⁴.

4.1.12. El 19 de junio de 2008, el Procurador Provincial de Cúcuta dictó nuevamente auto citando al señor Alfonso Romero a audiencia pública. No consideró necesario decretar nuevas pruebas, dado que se había mantenido el valor de las numerosas pruebas testimoniales y documentales que ya habían sido recaudadas, y éstas se consideraron suficientes. Hay constancia en el expediente de que este auto fue notificado personalmente al defensor del señor Romero, José Armando Ramírez Bautista, el 3 de julio de 2008²⁵.

4.1.13. El 8 de julio de 2008 el Procurador Provincial se constituyó en audiencia pública; en el curso de la misma (i) dio lectura al auto de citación para audiencia pública del 19 de junio de 2008, (ii) recibió la versión de descargos del defensor del disciplinado, que se adjuntó en escrito al expediente, (iii) autorizó la expedición de copias de la actuación para el defensor del investigado, y (iv) decretó la práctica de algunas pruebas testimoniales pedidas por el abogado.

4.1.14. El 24 de julio de 2008 se llevó a cabo diligencia de audiencia pública en la Procuraduría Provincial de Cúcuta, durante la cual el defensor del señor Romero presentó sus alegatos de conclusión. Estos alegatos fueron textualmente idénticos a los que se habían presentado durante el trámite previo a la declaración de nulidad de lo actuado.

4.1.15. El 31 de julio de 2008 se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública para proferir fallo de primera instancia en contra del señor Ricardo Romero. El texto del acta respectiva es, en lo relevante para la presente decisión, el siguiente:

“CONSIDERACIONES:

Examinado de manera seria, serena y objetiva todo el material probatorio que en su conjunto hace parte del presente informativo, encuentra el Despacho, que al señor Alfonso Romero Cárdenas, se le vinculó a este expediente y se les pidieron explicaciones en diligencia de Audiencia Pública, al considerarse que asumió comportamiento doloso, esto es, intencional en el ejercicio de sus funciones, al abusar de varias estudiantes cometiendo actos sexuales abusivos diversos del acceso carnal, pues existe evidencia en el proceso que le tocó las partes íntimas a varias niñas,

²⁴ Folio 496, Cuaderno No. 2.

²⁵ Folio 521, Cuaderno Principal.

tratar de besarlas a la fuerza, colocarles la cabeza en el pipí y obligarlas a que le tocaran el pene en contra de su voluntad, tal como ocurrió con las menores María Inés Valero Pineda, María Elena Agudelo Luna, Diana Marcela Blanco Aguilar y Raquel Liliana Ortega Barrera. Esta conducta resulta a todas luces reprochable, ya que ningún servidor público y menos aún un docente debe desconocer que la misión funcional encomendada, lo es para formar las generaciones del futuro dentro de los postulados de la moral, la ética y las buenas costumbres, así como en el respeto a que los menores de edad decidan libremente sobre su personalidad y desarrollo normal de la sexualidad, a no aprovecharse de la inocencia de las niñas bajo su cargo y no inducir las a la sexualidad prematura abusando de su condición de maestro, para ejecutar actos sexuales diversos del acceso carnal.

El funcionario acusado se defiende diciendo: Que no son ciertas las aseveraciones que hacen las alumnas posiblemente perjudicadas, pues siempre ha observado el debido respeto hacia todos los alumnos a su cargo y que las acusaciones en su contra pueden ser el resultado de los llamados de atención y castigos, que iban desde dejarlas sin recreo hasta la imposición de trabajos, por el comportamiento irregular de las alumnas, para lo cual trae una serie de documentos que prueban las planas que les imponía cuando ello ocurría. Trae a colación documentos en los que consta la historia de cada una de las alumnas en las que se resaltan las tareas que imponía por el mal comportamiento y unas misivas que algunas estudiantes le enviaban a él como docente.

(...) Ahora bien, en lo que tiene que ver con la posible responsabilidad que se le pueda atribuir al implicado, tenemos que comenzar diciendo que en este proceso tenemos la presencia de cuatro tipos de declaraciones: 1. Las representadas en el testimonio de las posibles afectadas con la conducta del profesor; 2. Las declaraciones de las progenitoras que declaran con relación a lo que las menores hijas les contaban con relación a la conducta desplegada por el profesor en contra de sus menores; 3. Las declaraciones de los compañeros de trabajo del profesor acusado, que deponen con relación a la buena conducta asumida por el profesor desde su propia óptica y en términos muy generalizados y 4. Las declaraciones de las compañeritas y compañeritos que en su mayoría no les consta nada en contra del profesor, con la excepción de los menores Anderson David Medina Gómez y Samuel David Pérez Villamizar, que dicen que el profesor sentaba a varias niñas en las piernas les decía secretos y les daba pipas y plata; y 5. Una constancia de padres y madres de familia que dicen que han hablado con sus hijos y que jamás les han comunicado que el profesor Alfonso Romero Cárdenas, lo han visto en actuaciones irrespetuosas e indecentes con los alumnos y alumnas en el salón de clases o fuera de ellas; una constancia de acta de profesores dando fe del buen comportamiento del profesor, así como unos escritos informales de las madres de familia María del Rosario Villamizar, Martha Zárate Ortiz, Yolanda Chaparro y Yuli Amparo Camargo, en la que manifiestan que por el dicho de sus hijos, el profesor no ha sido irrespetuoso en las clases, que son inventos de las niñas que denuncian por lo indisciplinadas que son y por los llamados de atención que el profesor les hace. María del Rosario Villamizar, Yuli Amparo Camargo y Yolanda Chaparro Niño, ratifican el escrito informal bajo juramento.

Por la connotación y la conducta desplegada y el bien jurídico protegido,

que no es otro que la integridad de menores de edad, resulta por lo más obvio que la actividad probatoria no puede manejarse como un caso común y corriente y de ahí que la ley del menor y de la infancia haya previsto mecanismos que no hagan más traumática la situación de los menores, sometiéndolos al escarnio público y a conainterrogatorios.

Sobre el tema, se advierte, que la prueba trasladada del proceso penal con destino a este informativo no se efectuó con la simple operación material de adjudicación de las copias enviadas por el Ente Acusador, porque, en este proceso disciplinario se cumplió con todo el rito probatorio para la satisfacción plena de los requisitos de contradicción y de publicidad frente a las partes y sujetos procesales interesados, fundamentalmente respecto al funcionario disciplinado, de tal manera, que estos testimonios allegados como prueba trasladada, así como las valoraciones realizadas por la psicóloga de la Fiscalía CAIVAS, sí pueden ser valoradas válidamente en este proceso disciplinario.

Es bueno resaltar, que este Despacho encuentra congruente y razonable lo expresado por las niñas María Inés Valero Pineda, María Elena Agudelo Luna, Diana Marcela Blanco Aguilar y Raquel Liliana Blanco Sierra, en las primeras versiones que rinden ante la Psicorientadora del colegio y la que rinden ante la Fiscal del CAIVAS, lo único novedoso es que en los recibidos por la Fiscalía se denota un relato mejor recepcionado pero que en esencia resulta lo mismo, situación indicativa que a la defensa no se le ha sorprendido con nuevos elementos probatorios que no hubiese podido controvertir, pues la acusación se realizó con fundamento en las primeras versiones, las que a su vez que corroboradas por la Fiscalía se incorporaron como prueba trasladada al proceso.

En cuanto a que no tuvo la oportunidad de controvertir estos testimonios, ya se ha dicho que por la connotación del caso investigado y las ofendidas, que para el caso lo son menores de edad, no es permitido el conainterrogatorio y además porque el abogado que debe defender al implicado en la Fiscalía así debió haberlo expresado en esa instancia judicial.

Con relación al dictamen de la Psicóloga de la Fiscalía, este despacho no encuentra reparo alguno, en primer lugar, correspondía al abogado que atiende el proceso penal haberlo objetado o pedir su aclaración o adición y en segundo lugar, porque el mismo se limita a decir que las niñas son coherentes en sus dichos y apreciaciones, sintiendo el rubor normal por situación vivida y por tener que declarar, situación que experimentan todas las personas sometidas a vejámenes de tipo sexual, así se trate de una menor.

Sobre este tema, debe anotarse que el concepto especializado de la psicóloga infantil, no contiene una simple apreciación subjetiva o caprichosa de la profesional precitada sino que como se advierte, hace notar un cúmulo de datos que se fueron recogiendo en el informativo disciplinario, de donde resulta con toda evidencia, que este peritazgo es un dato o mejor una prueba más que acerca al funcionario ético a los hechos, es decir, forma parte de los elementos prejurídicos sobre los cuales el funcionario habrá de formarse una idea clara para cumplir su tarea de aplicar el derecho, esto es, la norma jurídica – penal – disciplinaria – ética al caso concreto.

No obstante lo difícil del recaudo de las pruebas para casos como el que estamos investigando, debido al alto porcentaje de impunidad que estos casos soportan y por el temor de los afectados a someterse al escarnio o a la estigmatización de quien lo padece, la verdad es que en esta oportunidad existe suficiente material probatorio y elementos de juicio para deducirle responsabilidad al docente Romero Cárdenas, como posible autor material de actos sexuales abusivos en las menores María Inés Valero Pineda, María Elena Agudelo Luna, Diana Marcela Blanco Aguilar y Raquel Liliana Ortega Barrera.

Estos elementos probatorios están representados en los dichos desprevenidos de las menores agraviadas, los cuales a su vez, son avalados por las declaraciones de las madres de las mismas quienes eran conocedoras de los actos irregulares del profesor, hasta el punto que en varias ocasiones le reclamaron al docente por su conducta irregular y luego lograron que se cambiara de salón de clases para uno con más visibilidad e iluminación para hacerle más difícil al docente la comisión de estos actos en contra de las menores.

(...) Criterios doctrinales de trascendencia importante (sic) que tienen plena aplicación a las investigaciones disciplinarias que como la especie que hoy llama nuestra atención tienen que ver con un comportamiento humano lesivo del honor sexual de unas niñas por quien en su condición de docente y formador de juventudes, tenía que ser ejemplo de pulcritud, decencia, moral, buenas costumbres, ya que era orientador, formador, guía, etc.

En este caso las ofendidas María Inés Valero Pineda, María Elena Agudelo Luna, Diana Marcela Blanco Aguilar y Raquel Liliana Ortega Barrera, de manera uniforme, concordemente, señalan a su profesor Alfonso Romero Cárdenas como el autor de los actos sexuales abusivos y esta clara, precisa y directa sindicación merece plena credibilidad porque no hay ninguna prueba que la contradiga, ni razón valedera que la destruya.

La argumentación de un presunto desquite o venganza de las menores, no tiene otro respaldo probatorio que la afirmación del propio inculpado.

Estas declaraciones de las víctimas encuentran total respaldo en las testificadas de sus compañeritas de clases, quienes realizan con toda claridad el relato de memoria de hechos presenciados por ellos, como la conducta por sí sola ya muy significativa de que el profesor Romero Cárdenas, las sentaba en sus piernas, las abrazaba, les hablaba al oído, las consentía, intentaba besarlas, les recostaba el pene, les daba pipas, etc., etc., es decir, relatan, conductas totalmente atentatorias de la libertad, del pudor sexual, agravada por las edades de las menores, pues a los 8 y 9 años de edad todavía no se tiene la formación, ni libertad para disponer libremente de su desarrollo y vida sexual, y por tanto, con un sentido ético social que reprime a todas luces el comportamiento de sujetos que como el profesor Alfonso Romero Cárdenas abusan de menores, prevalidos de su posición dominante, que generalmente le aseguran el mantenimiento secreto de su conducta abusiva, la indefensión de las menores que por su condición de tales aprendieron a que tienen que someterse a su profesor, la acomodación del menor que invita a la repetición por parte del adulto

abusador.

Esta prueba testimonial apreciada en conjunto como lo manda la sana crítica, es vigorosa, vehemente, completa en orden a robustecer la prueba de los actos sexuales abusivos del profesor Romero Cárdenas en sus menores de edad, sus alumnas, las niñas María Inés Valero Pineda, María Elena Agudelo Luna, Diana Marcela Blanco Aguilar y Raquel Liliana Ortega Barrera.

Fuera de estas consideraciones demostrativas, conviene hacer hincapié en que lo dicho por las víctimas y por los testigos, se halla corroborado por el concepto entregado por la psicóloga del Centro Educativo Integral de Víctimas de Agresión Sexual de la Fiscalía General de la Nación (FGN CAIVAS) en la valoración psicológica a –MHAL, DMBA, MIVP, RLOB, profesionales que poseen conocimientos especiales en el saber humano de la psicología.

En efecto, en su estudio al valorar a las menores y sus declaraciones, pone de relieve que conocía todos los aspectos esenciales de los procesos de decodificación, retención y recuperación, de la psicóloga cognitiva y la psicóloga forense experimental en el campo de la memoria de testigos y por ello su evaluación con base en estos criterios y su fundamentación resultan mucho más importante que la valoración global que, al fin y al cabo, no supone más que dar una etiqueta orientativa que si se prescinde del análisis de los criterios llevaría al error de interpretación.

Este dictamen valorativo constituye la prueba sobre la credibilidad de sus versiones, su estado mental y la necesidad de tratamiento profesional como consecuencia de los abusos sexuales a que fueron sometidas por el profesor Alfonso Romero Cárdenas, y, desde luego, salvo la legal contradicción, no resulta admisible bajo ningún aspecto aceptar su invalidez y eficacia probatoria, por ser este dictamen rendido por psicólogos oficiales, atacando su aspecto meramente formal sin ninguna explicación válida que demuestre el error o la falsedad que lo desvirtúe y en consecuencia esos dictámenes, tienen para el Despacho plena validez y valor demostrativo, dado lo asertivo de sus conclusiones, la capacidad científica no contradicha de sus autores, los métodos y análisis utilizados, las que confrontadas con las otras pruebas que militan en el proceso permiten colegir sin lugar a dudas la responsabilidad del investigado.

Llama la atención el dicho de dos niños Anderson David Medina Gómez y Samuel David Pérez Villamizar, quienes manifiestan de una manera desprevenida que el profesor sentaba en las piernas a varias niñas, les decía secretos al oído y les daba dinero. Esta conducta así vista resulta irregular pues no es función de un maestro sentar en las piernas a las alumnas bajo ningún punto de vista, no es normal ni lógico que precisamente sólo a las niñas y a las que a parecen agraviadas con la conducta del profesor, les hablara al oído y les entregara dinero.

Es muy dicente el testimonio de la niña María Inés Valero, quien declara la forma como el profesor la abordaba en su escritorio para desabrocharle la braga y luego manosearla en sus partes íntimas, de decirle que ‘mamacita como está de buena’ y otras, y además del hecho de invitarla a que hicieran el amor. Igualmente, el hecho de haberse encerrado en el baño con una niña de nombre Carolina y si no hubiera sido por su intervención

tocando la puerta del mismo, no se sabe qué hubiera pasado. También el hecho de invitarla a su apartamento para que hicieran el amor.

Es cierto que los docentes compañeros de trabajo, declaran sobre la conducta del profesor y que así lo dejan sentado en un acta de profesores, pero a ellos solo les consta de puertas hacia fuera, en reuniones de profesores, del cumplimiento del deber y su puntualidad, mas no de lo que ocurría en el salón de clases.

También es cierto que los niños que asomó como testigos la defensa manifestaron que no les constaba nada de los abusos del profesor y que las niñas eran muy cansonas y que por ello el profesor las castigaba, pero hay que tener en cuenta que a esa edad, 8, 9, 10 años, los niños no albergan malicia alguna de actos aparentemente inofensivos del profesor, porque a esa edad, los niños solo piensan en jugar y no le dan mayor importancia a otras circunstancias que ocurren a su alrededor a menos que tuvieran algún motivo para estar pendiente de cada uno de sus movimientos.

Frente a las nuevas pruebas recepcionadas y representadas en: Una constancia de padres y madres de familia que dicen que han hablado con sus hijos y que jamás les han comunicado que el profesor Alfonso Romero Cárdenas, lo han visto en actuaciones irrespetuosas e indecentes con los alumnos y alumnas en el salón de clases o fuera de ellas; una constancia de acta de profesores dando fe del buen comportamiento del profesor, así como unos escritos informales de las madres de familia María del Rosario Villamizar, Martha Zárate Ortiz, Yolanda Chaparro y Yuli Amparo Camargo, en la que manifiestan que por el dicho de sus hijos, el profesor no ha sido irrespetuoso en las clases, que son inventos de las niñas que denuncian por lo indisciplinadas que son y por los llamados de atención que el profesor les hace. María del Rosario Villamizar, Yuli Amparo Camargo y Yolanda Chaparro Niño, ratifican el escrito informal bajo juramento, tenemos que acotar que nada nuevo aportan a la investigación, pues son padres y madres de familia a las cuales el profesor no les ha irrespetado a sus hijas, algunos tienen son varones sobre los cuales el docente no tiene ningún tipo de inclinación sexual y por obvias razones no tendrían ningún motivo para testificar sobre él.

María del Rosario Villamizar, madre de un varón, manifiesta que conoce al profesor, que iba al colegio pero no en horas de clase, que oía comentarios en contra del profesor y ella le preguntaba a su hijo y él le decía que eran mentiras de las niñas. Que la señora Alba, sí le insinuó que denunciara al profesor. Yuli Amparo Camargo, no aporta mayor ilustración de interés para el proceso, se limita a decir que fue su profesor y ahora en el 2007 de su hijo y que no le consta nada de que se denuncia. Yolanda Chaparro Niño, manifiesta que oyó a unas niñas comentando que el profesor había tocado una de ellas y que le preguntó a su hijo si era cierto y este le contestó que eran mentiras y que no conoce a la señora alba.

Como podemos observar, dos de las declarantes reconocen que habían comentarios y que una oyó a las niñas decir que el profesor había tocado una de ellas, lo que quiere decir que sí corrían rumores del comportamiento irregular del docente frente a las alumnas del plantel.

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que la conducta es dolosa

cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Para que se estructure el dolo se requiere: Conocimiento de la antijuridicidad del hecho. Conciencia de su contrariedad con el derecho. Conocimiento del hecho punible, voluntad para su realización y conciencia de ilicitud. Cognición: Elementos de tipicidad y antijuridicidad.

En la conducta imputada al implicado se dan los elementos estructurales del DOLO, en atención que al realizar la conducta era consciente de la ilicitud de la misma, ya que ningún servidor público y menos aún un docente debe desconocer que la misión funcional encomendada lo es para formar las generaciones del futuro dentro de los postulados de la moral, la ética y las buenas costumbres, así como en el respeto para que los menores decidan libremente sobre su personalidad y desarrollo normal de la sexualidad, a no aprovecharse de la inocencia de las niñas bajo su cargo y no inducir las a la sexualidad prematura abusando de su condición de maestro, para ejecutar actos sexuales diversos del acceso carnal.

La violencia sexual se define como cualquier acto u omisión orientado a vulnerar el ejercicio de los derechos humanos sexuales o reproductivos, dirigido a mantener o a solicitar contacto sexual, físico, verbal o a participar en interacciones sexuales mediante el uso de la fuerza o la amenaza de usarla, la intimidación, la coerción, el chantaje, la presión indebida, el soborno, la manipulación o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal de decidir acerca de la sexualidad y de la reproducción. Esta clase de violencia es impulsada por una destructora mezcla de poder, ira y sexo; producto de relaciones de poder y dominación²⁶.

Definición del abuso sexual en niños y niñas

La guía para la Atención al Menor Maltratado del Ministerio de Salud, en su Resolución 412 de 2000, define el abuso sexual desde un punto de vista médico-social (no jurídico), como: 'Contacto o interacción entre un niño. Niña y un adulto, en el que el niño-niña es utilizado para la satisfacción sexual del adulto o de terceros, desconociendo el desarrollo psicosexual del menor de edad. El abusador puede ser un menor de edad cuando es significativamente mayor que la víctima o tiene una posición de poder o control sobre ella'.

El abuso sexual, entendido como una situación que incluye cualquier tipo de violación de la libertad sexual, puede presentarse con o sin contacto físico. Los actos sexuales abusivos se encuentran contemplados en la legislación actual vigente como una vulneración de la libertad, integridad y formación sexual: 'Existen varias formas de delitos sexuales, según la víctima y el daño que se haga a la persona. Se tiende a creer que solo la penetración sexual es un delito, pero esto no es totalmente cierto: cualquier acto sexual que se practique con el uso de la fuerza o de amenaza de delito, al igual que cualquier conducta sexual con un niño o

²⁶ Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, (2001). Promoción de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Módulo Pedagógico para Formadores No. 3. La Violencia Sexual: Un Asunto de Derechos Humanos. Editorial Gente Nueva.

una niña menor de 14 años es un delito haya o no penetración²⁷.

En ese orden de ideas, concluimos que existen suficientes elementos probatorios y de juicio para endilgarle responsabilidad disciplinaria al señor Alfonso Romero Cárdenas, como autor responsable de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, que reprime el Código Penal y de cometer actos aberrantes que censura el Estatuto Docente, violando con su comportamiento el deber funcional como educador, razón por la cual se ha hecho merecedor a un juicio de reproche por parte de esta Procuraduría y como consecuencia de ello a que se le imponga una sanción disciplinaria, la cual dada la gravedad y modalidad de la falta cometida no puede ser otra que la destitución del cargo como docente e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 12 años.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Procuraduría Provincial de Cúcuta, Norte de Santander,

RESUELVE

PRIMERO.- Sancionar disciplinariamente al señor Alfonso Romero Cárdenas, identificado con la Cédula de Ciudadanía Número 13.256.210 expedida en Cúcuta, en su condición de docente, Colegio Nuestra Señora de Belén, Cúcuta, Norte de Santander, con Destitución del cargo y como sanción accesoria la de interdicción para ejercer funciones públicas por el término de doce (12) años, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta Providencia.

SEGUNDO.- Notificarle a los sujetos procesales el contenido de esta decisión informándoles que contra ella procede el recurso de apelación, para ante la Procuraduría Regional de Norte de Santander, el cual podrán interponer en la misma diligencia y se sustentará verbalmente o por escrito dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación personal, tal como lo dispone el Artículo 180 de la Ley 734 de 2002, Nuevo Código Disciplinario Unico.

TERCERO.- Si esta decisión no fuere apelada, ARCHIVESE DEFINITIVAMENTE.

CUARTO.- De ser confirmada esta decisión, en caso de ser apelada, por Secretaría envíense copias de los fallos de primera y segunda instancia según fuere el caso, a la División Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación y a la alcaldía municipal de Cúcuta – Secretaría de Educación Municipal, para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

[firmado]

ANDRES EVELIO MORA CALVACHE
Procurador Provincial.²⁸

4.1.43. El 31 de julio de 2008 se dio lectura a la anterior decisión disciplinaria; en la

²⁷ Haz Paz, (2001). Política Nacional de Construcción de Paz y Convivencia Familiar, Primer Módulo, Violencia Intrafamiliar – Compendio Normativo y Diccionario.

²⁸ Folios 581-598, Cuaderno Principal.

misma audiencia el abogado del señor Romero presentó recurso de apelación. Este fue sustentado por escrito.

4.1.44. El 26 de noviembre de 2008, el Procurador Regional del Norte de Santander profirió decisión de segunda instancia, confirmando la sanción impuesta por el Procurador Provincial de Cúcuta. Luego de reseñar la actuación desplegada hasta ese momento, se consignaron las siguientes consideraciones de la Procuraduría Regional:

“La acusación disciplinaria formulada a Alfonso Romero Cárdenas, en su condición de docente del Colegio Nuestra Señora de Belén de Cúcuta, radica en una extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Se le imputa al procesado el ejecutar durante el período académico del 2007, actos sexuales abusivos diversos al acceso carnal, en la persona de las niñas María Inés Valero Pineda, María Elena Agudelo Luna, Diana Marcela Blanco Aguilar y Raquel Liliana Blanco Sierra, quienes para esa época fueron sus alumnas de curso segundo primaria grado B de la jornada diurna en la mencionada institución educativa.

En aplicación del principio de legalidad, la conducta acusada se tipificó en el numeral 1 del artículo 48 del C.D.U., motivo por el cual se le adecuó por remisión, en lo previsto en el artículo 209 del C.P., referido a la realización de actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años.

El defensor del investigado sustenta el recurso de apelación que nos ocupa, en un inadecuado análisis de los testimonios obrantes al proceso como medio de prueba.

Sostiene el togado que las declaraciones rendidas por los infantes Anderson David Medina Gómez, Samuel David Pérez Villamizar, Gisell Camila Zárate Ortiz, Edinson Eduardo Barón Maldonado, Claudia Alejandra Soto Piñérez, Kelly Johana Soto Blanco, Jerson Ferney Anaya Anteliz, Brayan David Ortiz Angarita y Leydi Carolina Serrano Lázaro, compañeros de las niñas ya mencionadas, permiten apreciar que los hechos por los cuales se acusa a su representado no ocurrieron.

Indica igualmente, que en las declaraciones rendidas por padres de familia de menores discentes (sic) compañeros de las niñas que aparecen como agraviadas, se aprecia que al interrogar a sus hijos sobre tales conductas, éstos negaron que las mismas hubiesen ocurrido, se remite a los testimonios rendidos por Carmen Cecilia Lázaro Ruiz, María del Rosario Villamizar, Yuli Amparo Camargo, Yolanda Chaparro Niño.

Al estudiar el caso que nos ocupa, es evidente que el fundamento de la responsabilidad disciplinaria atribuida al sancionado, en esencia se deriva de las declaraciones obrantes al proceso, así como de la sustentación de las mismas en el dictamen pericial rendido al respecto.

Resulta evidente la connotación especial que reviste la conducta

reprochada disciplinariamente al procesado, actos sexuales abusivos en niñas, menores de edad, con la particularidad de ser éstas sus alumnas, así, es claro que debe darse aplicación a los criterios previstos en el artículo 192 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, que al tenor señala:

‘DERECHOS ESPECIALES DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES VICTIMAS DE DELITOS. 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’.

En ese orden de ideas, se impone una valoración especial respecto de lo declarado por las niñas que aparecen como víctimas de las conductas que nos ocupan; en atención a su condición de infantes y a la posible afectación derivada de esos comportamientos.

No significa ello ni mucho menos, que se deba dar por sentado como hecho cierto el dicho de las mismas respecto de lo ocurrido, en desconocimiento del principio de presunción de inocencia del acusado, todo lo contrario, esa protección especial implica que las aseveraciones de las infantes deben estar apoyadas en conceptos y valoraciones de profesionales que permitan asumir como creíbles sus manifestaciones y no como un producto de su imaginación, por su edad, entorno familiar o social.

Igualmente, debe darse un tratamiento especial a las declaraciones que respecto de los hechos investigados rindan las demás personas que poseen de testigos de los mismos, debido a que la naturaleza de los hechos así lo impone y con mayor razón cuando los deponentes en condición de testigos directos, son infantes como ocurre en el presente caso.

En ese orden de ideas, apreciamos que inicialmente las infantes que aparecen como sujetos pasivos de la conducta que nos ocupa, exponen ante la psicoorientadora de la institución educativa lo sucedido, advirtiéndose que utilizan un lenguaje preciso y concreto para describir los hechos imputados al investigado.

Situación similar se aprecia en las declaraciones que rindieron ante la Fiscal del Centro de Atención de Víctimas de Abuso Sexual – CAIVAS, Ludy Helena Contreras Prado, en el proceso penal 152.764 adelantado contra Alfonso Romero Cárdenas, por los mismos hechos que aquí nos ocupan.

Ahora bien, como se indicó anteriormente, no se trata de validar por el solo hecho de serlo, los testimonios rendidos por las infantes, se requiere una refrendación profesional que permita dar fundamento de veracidad a las mismas, este medio probatorio se materializa en el proceso en el contenido del dictamen que rinde Fabiola Galezo Ramírez, Psicóloga – Profesional Universitario I, de la Fiscalía CAIVAS, en fecha febrero 12 de 2008.

La referida profesional, entrevistó a las niñas María Inés Valero Pineda,

María Elena Agudelo Luna, Diana Marcela Blanco Aguilar y Raquel Liliana Blanco Sierra, concluyendo y sugiriendo que las mismas requerían de tratamiento profesional y orientación sobre su sexualidad.

Respecto de las conductas reprochadas disciplinariamente al procesado, señala la perito, que las infantes de manera clara, espontánea y segura relataron las mismas, sin que hubiese hecho tacha alguna respecto de la condición mental de las mencionadas niñas.

Esta prueba pericial, nos permite fundamentar un criterio de credibilidad sobre el dicho de las referidas infantes, toda vez que en el mismo se analizó su entorno personal, mental y familiar, encontrando la perito criterios de claridad, espontaneidad y seguridad en lo manifestado por las mismas.

La valoración de este medio de prueba de atenderse conforme lo previsto en el artículo 194 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, que prevé:

‘AUDIENCIA EN LOS PROCESOS PENALES. En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente’.

Debe agregarse a lo anterior, que la investigación penal adelantada contra el aquí procesado, se encuentra en la etapa preliminar, en la cual se ordenó la captura del mismo, así se desprende de escrito rubricado en julio 18 de 2008, por Gladis Belén Urbina Eslava, Fiscal Segunda CAIVAS.

Acorde con lo expuesto, existe una razón suficiente para acorde con las reglas de la sana crítica, asignarle contenido de credibilidad a lo expuesto por las niñas que aparecen como víctimas de las conductas imputadas al procesado.

Al margen de lo señalado, propone inteligentemente el defensor del investigado, el análisis de los testimonios rendidos por los niños compañeros de quienes aquí aparecen como víctimas, argumentando que de los mismos se infiere que los hechos imputados a su representado no sucedieron.

Ciertamente al proceder al estudio de las declaraciones rendidas por los niños que fueron compañeros de María Inés Valero Pineda, María Elena Agudelo Luna, Diana Marcela Blanco Aguilar y Raquel Liliana Blanco Sierra, encontramos que éstos menores propiamente no desvirtúan la ocurrencia de los hechos investigados, les aprecian con otra visión propia evidentemente de su condición de niños.

Por vía de ilustración podemos referirnos al testimonio rendido por Anderson David Medina Gómez, en cuyos apartes encontramos

aseveraciones como las siguientes: ‘...sentarlas en las piernas sí, les acaricia el pelo, las acaricia y las abraza...’; esto refiriéndose a las niñas Carolina Serrano Lázaro, Claudia Soto Piñeres, María Inés Valero Pineda y Raquel Liliana Ortega Barrera, y agrega el deponente: ‘...a ella le (sic) lleva pipas y las sienta en las piernas...’, luego al ser interrogado sobre la conducta del acusado expresó: ‘...el profesor se dejaba guevoniar, si porque el profesor era puro juego...’.

En el mismo sentido podemos apreciar lo dicho por la niña Claudia Alejandra Soto Piñérez, quien al ser interrogada sobre si el acusado había sido irrespetuoso con Juliana Mejía Peñaloza, María Inés Valero Pineda, Yailin Camila Mejía, Raquel Liliana Ortega, Diana Marcela Blanco y María Elena Agudelo, contestó: ‘...No...’, pero más adelante lo siguiente: ‘...Sí, María Inés, Yailin, Diana Marcela y María Elena, ellas me contaron que el profesor era morboso con ellas (...) me decían que el profesor las sentaba en las piernas.’

Apreciación similar se deduce del testimonio rendido por el niño Samuel David Pérez Villamizar, quien expresa que: ‘...Marcela sí se le sentaba en las piernas del profesor, y maría Inés también se le sentaba en las piernas al profesor...’.

Igualmente, el niño Jerson Ferney Anaya Anteliz, manifiesta que: ‘...El profesor a veces empezaba a jugar y ellas se sentaban en el pupitre del profesor, no, no ví ningún irrespeto...’; luego al ser interrogado si los abrazos que el acusado les hacía a estas niñas eran producto de ese juego, contestó que sí.

Como bien puede apreciarse, los niños que declaran se remiten a la ocurrencia de conductas que bien no resultan coherentes con la actividad de docente del acusado y que se relacionan más con los hechos que disciplinariamente se le imputan.

Es evidente que no resulta explicable, al menos en un juicio de simple lógica racional que un maestro sienta en sus piernas o abraza a niñas que son sus alumnas en circunstancias que superen las entendibles expresiones de edificación, valoración y afecto que pueda querer expresarles, máxime cuando en su contra obran los testimonios de éstas de haber sido objeto de conductas de contenido sexual abusivas como las que nos ocupan.

Se advierte igualmente, que los infantes que declaran no logran diferenciar una conducta de contenido sexual reprochable a una conducta de simple juego o trato deferente, pero que revisando sus testimonios en el entorno del caso que nos ocupa, nos permite considerar que efectivamente el investigado ejecutó conductas como sentar a las niñas en sus piernas, acariciarles el cabello, abrazarlas, darles golosinas, comportamientos que concuerdan con las que éstas describen y narran como constitutivas de actos sexuales abusivos.

Esto obviamente refiriéndonos a testimonio de los menores que narran estos hechos, ya que también obran al proceso declaraciones de menores que manifiestan no haber sido testigos de la ocurrencia de los mismos, como es el caso de los niños Gisell Camila Zárate Ortiz, Edinson Eduardo Barón Maldonado, Kelly Johana Soto Blanco y Brayan David Ortiz

Angarita.

Significa lo anteriormente expuesto, que valorado el material probatorio recepcionado, de los testimonios obrantes al proceso, se determina que efectivamente el acusado ejecutó conductas indebidas, abusivas, con las niñas María Inés Valero Pineda, María Elena Agudelo Luna, Diana Marcela Blanco Aguilar y Raquel Liliana Blanco Sierra, sus alumnas de curso segundo primaria grado B de la jornada diurna del Colegio Nuestra Señora de Belén para el período académico de 2007.

Es por lo anterior, que debe confirmarse en todas sus partes la sanción disciplinaria que se le impuso por parte de la Procuraduría Provincial de Cúcuta, materia de la presente impugnación por vía del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el Procurador Regional de Norte de Santander, en ejercicio de sus facultades legales,

RESUELVE

PRIMERO.- Confirmar la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría Provincial de Cúcuta, en audiencia pública efectuada en julio 31 de 2008 a Alfonso Romero Cárdenas, identificado con la C.C. No. 13'256.210 de Cúcuta, en su condición de Docente del Colegio Nuestra Señora de Belén de Cúcuta, consistente en destitución del cargo e inhabilidad general de 12 años para ejercer cargos y funciones públicas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- Notificar personalmente esta providencia al antes nombrado y/o su apoderado, informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

TERCERO. En firme esta decisión devolver el expediente para lo de su cargo a la Procuraduría Provincial de Cúcuta.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

[firmado]
NELSON URIEL FLOREZ ALARCON
Procurador Regional Norte de Santander”²⁹

Consta en el expediente que esta decisión fue notificada personalmente al defensor del señor Romero por la Procuraduría Provincial de Cúcuta el 16 de diciembre de 2008³⁰.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Alegatos de la parte demandante

²⁹ Folios 615-625, Cuaderno Principal.

³⁰ Folio 632, Cuaderno Principal.

El demandante no presentó alegatos de conclusión dentro del presente proceso.

5.2. Alegatos de la parte demandada

5.2.1. La Procuraduría General de la Nación presentó, a manera de alegatos de conclusión, los siguientes argumentos: (1) no se violó del debido proceso ni se incurrió en ilegalidad durante el proceso disciplinario surtido contra el señor Romero, ni en las decisiones sancionatorias que le fueron impuestas; por el contrario, le fueron garantizados sus derechos de defensa, de acceso a la justicia y al debido proceso administrativo; (2) el señor Romero contó con las oportunidades necesarias para pedir y controvertir pruebas, y no puede tenerse como una violación de sus derechos el que no se hubiesen decretado pruebas que no eran necesarias, conducentes ni pertinentes; (3) el proceso ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo “no puede constituir una instancia adicional para debatir la sanción disciplinaria y mucho menos para revivir las instancias y términos extintos”³¹.

5.2.2 La Alcaldía Municipal de Cúcuta presentó nuevamente, a manera de alegatos de conclusión, el texto de la contestación de la demanda³².

5.3. Concepto del Ministerio Público

Mediante concepto recibido en esta Corporación el 24 de abril de 2013, el Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado pidió que se denieguen las pretensiones de la demanda, por no haberse incurrido en las violaciones a la Constitución y a la ley que invoca el demandante, y porque las pruebas recaudadas apuntaban hacia su responsabilidad. Por lo tanto, solicita a la Sala que se denieguen las súplicas de la demanda y se mantenga la legalidad de los actos administrativos demandados.

II. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

1. COMPETENCIA

El presente asunto es competencia en única instancia del Consejo de Estado en virtud del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, porque se controvierte una sanción disciplinaria administrativa impuesta al señor Alfonso Romero Cárdenas

³¹ Folio 735, Cuaderno Principal.

³² Folios 739-745, Cuaderno Principal.

por la Procuraduría General de la Nación, consistente en la destitución del cargo de Docente e inhabilidad general por doce años, pretensión que no implica cuantía³³.

2. PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Con base en los cargos de nulidad formulados en la demanda, y en la contestación de las autoridades demandadas, corresponde al Consejo de Estado resolver en la presente providencia los siguientes problemas jurídicos:

2.1. ¿Se violó el debido proceso por no haberse recibido de nuevo ante la Procuraduría, bajo la gravedad de juramento y al inicio de la investigación disciplinaria, las declaraciones de las niñas denunciantes ante la Psico-orientadora del Colegio Nuestra Señora de Belén?

2.2. ¿Se violó el debido proceso por haberse fijado en forma irregular la fecha para la realización de la audiencia disciplinaria, al haberse abstenido el Procurador Provincial de establecer la fecha concreta en el auto del 22 de enero de 2008 que la convocó, y al haberse fijado dicha fecha posteriormente por otra funcionaria distinta de la Procuraduría Provincial de Cúcuta?

2.3. ¿Se violó el debido proceso por el hecho de que la funcionaria de la Procuraduría encargada de realizar ciertas diligencias de recaudo probatorio se abstuvo de firmar las actas correspondientes?

2.4. ¿Se violó el derecho de defensa del señor Romero cuando la Procuraduría se abstuvo de otorgarle el recurso de apelación frente a la decisión que negó la práctica de pruebas solicitadas en sus descargos?

2.5. ¿Se violó el derecho de defensa del señor Romero por haberse decretado y practicado “a sus espaldas” los testimonios de María Josefa Sanabria, Alvaro Emiro Pabón Contreras, Elizabeth Rojas Barrientos, Luis Noé Cáceres Maldonado, José Elías Calderón, Blanca Nieves torres Ortega, Elcy Gerturdis Sanabria Santander, Ciro Eduardo Sánchez Jáuregui, José Mario Casadiegos y Luis Ariel Sandoval Lombana?

³³ Ver, entre otras, la decisión adoptada el 27 de marzo de 2009 por la Sección Segunda, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, así como el Auto proferido por la misma Sección Segunda el 4 de agosto de 2010, con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve, los cuales siguen la línea jurisprudencial establecida por la Sección Segunda de esta Corporación desde el Auto del 12 de octubre de 2006, expediente No.0799-06, Radicación:110010322400020050033300, Actor: EDUARDO DE JESÚS VEGA L., Consejero Ponente Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO.

2.6. ¿Se violó el debido proceso y el derecho de defensa del señor Romero por no haberse permitido objetar o pedir la aclaración, en el proceso disciplinario, del dictamen pericial rendido ante la Fiscalía General de la Nación y trasladado al proceso ante la Procuraduría?

2.7. ¿Se violó el debido proceso y el derecho de defensa por haberse fijado fecha para la presentación de los alegatos de conclusión sin que se hubieran practicado materialmente todas las pruebas que fueron decretadas?

2.8. En el auto que citó a nueva audiencia disciplinaria luego de que se anulara lo actuado el 13 de mayo de 2008, ¿se violó el debido proceso del señor Romero por no haberse fijado la fecha exacta para la realización de la audiencia a la que se estaba convocando? ¿Se violó el debido proceso por el hecho de que dicha fecha fuese indicada posteriormente por otra funcionaria distinta de la Procuraduría?

2.9. En el auto que citó a nueva audiencia disciplinaria luego de que se anulara lo actuado el 13 de mayo de 2008, ¿se violó el debido proceso del señor Romero por no haberse decretado nuevamente la práctica de todas las pruebas testimoniales que ya habían sido decretadas pero no practicadas durante la actuación precedente y anulada?

2.10. ¿Se violó el derecho de defensa del señor Romero por no haberse tenido en cuenta, al decidir sobre su responsabilidad, las pruebas documentales que aportó al plenario con posterioridad a la declaratoria de nulidad de lo actuado de mayo de 2008?

2.11. ¿Se violó el debido proceso del señor Romero por el hecho de que la audiencia disciplinaria del 8 de julio de 2008 se inició con la presencia de su abogado, y no con la presencia suya como disciplinado?

2.12. En el auto que citó a nueva audiencia disciplinaria luego de que se anulara lo actuado el 13 de mayo de 2008, ¿se violó el debido proceso del señor Romero por no haberse cumplido con los requisitos legales del pliego de cargos -v.g., no haberse realizado el análisis de las pruebas en que se fundamentaban los cargos formulados, no haberse precisado el concepto de violación de las normas invocadas, de no haberse concretado la modalidad específica de la conducta (arts.

163-2 y 43-6, C.D.U.), y de no haberse motivado la calificación provisional de la falta-?

2.13. ¿Se violó el debido proceso por no haberse cumplido con el término de diez días establecido en el artículo 185 del Código Disciplinario Unico?

2.14. ¿Se violó el debido proceso y el derecho de defensa del señor Romero por haberse realizado la audiencia de alegatos de conclusión sin que él estuviera presente?

2.15. ¿Los fallos disciplinarios sancionatorios de primera y segunda instancia adolecen de indebida valoración probatoria por haberse omitido apreciar las pruebas favorables al señor Romero?

2.16. ¿Los fallos disciplinarios sancionatorios de primera y segunda instancia son nulos por no haberse precisado la modalidad específica de la conducta, según el artículo 163 de la Ley 734/02?

2.17. ¿Los fallos disciplinarios sancionatorios de primera y segunda instancia adolecen de indebida motivación?

2.18. ¿El fallo disciplinario de segunda instancia fue nulo por falta de notificación personal y por escrito al señor Romero?

A todo lo largo de la presente providencia, se ha de tener en cuenta que, independientemente del mérito que pueda asistir a las sanciones disciplinarias impuestas al señor Romero, y de los múltiples elementos probatorios que obran en el expediente de la investigación disciplinaria en su contra, el Consejo de Estado debe examinar la validez de la actuación procesal mediante la cual se dedujo la responsabilidad disciplinaria del actor, ya que se ha controvertido su adecuación a importantes garantías constitucionales y legales cuyo cumplimiento apunta al goce efectivo de sendos derechos fundamentales del disciplinado.

Antes de proceder a la resolución de estos problemas jurídicos, y dada la argumentación esgrimida por la Procuraduría General de la Nación, considera pertinente la Sala detenerse a precisar su postura sobre la naturaleza jurídica de los actos mediante los cuales se ejerce la potestad disciplinaria de la

administración pública en sus ámbitos interno y externo, y sobre el alcance del control jurisdiccional al que dichos actos están sujetos ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

3. LA NATURALEZA DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS Y SU SUJECION PLENA A CONTROL JURISDICCIONAL

3.1. El control disciplinario como manifestación por excelencia de la función administrativa

La potestad disciplinaria constituye una de las modalidades de los poderes sancionatorios del Estado; en la misma medida, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, cuya concepción misma, a más de su ejercicio, deben estar orientados a garantizar la materialización de los principios propios del Estado Social de Derecho, el respeto por los derechos y garantías fundamentales, y el logro de los fines esenciales del Estado que establece la Carta Política y justifica la existencia misma de las autoridades.³⁴ La relación disciplinaria que existe entre los servidores públicos y el Estado se fundamenta, según ha explicado la Corte Constitucional, en 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 la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, la violación de régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc..."*³⁵ Sobre la naturaleza, finalidades y características de "la potestad disciplinaria que en razón de la función pública debe ser ejercida sobre los servidores públicos"³⁶ ha tenido ocasión de pronunciarse en detalle el Consejo de Estado, precisando que constituye una de las columnas centrales que soportan la institucionalidad estatal y garantizan la adecuada y eficaz marcha de la gestión pública.³⁷

Existen dos grandes ámbitos de ejercicio de la potestad disciplinaria: el ámbito interno de la propia Administración Pública, y el ámbito externo del control preferente

³⁴ En este sentido, en la sentencia C-155 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte Constitucional argumentó: "El derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, cuya concepción hoy en día debe estar orientada por los principios del Estado social y democrático de derecho previstos en el artículo 1º de la Constitución, garantizando el respeto a las garantías individuales pero también los fines del Estado determinados en el artículo 2º ibídem y para los cuales han sido instituidas las autoridades públicas."

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 12 de marzo de 2009, Radicación No. 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07). Actor: Jorge Prieto Riveros. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 12 de marzo de 2009, Radicación No. 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07). Actor: Jorge Prieto Riveros. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

por la Procuraduría General de la Nación. El ámbito natural y originario de la potestad disciplinaria es, evidentemente, el interno, puesto que se trata de una potestad implícita en la definición misma del aparato administrativo estatal diseñado por el Constituyente³⁸. Ahora bien, el ámbito externo –y excepcional- es el del organismo autónomo establecido por la Carta Política para cumplir con esta trascendente función.

3.2. La naturaleza administrativa de las funciones y actos disciplinarios, tanto de la Administración Pública como de la Procuraduría General de la Nación

Para el Consejo de Estado resulta indudable que los actos de control disciplinario adoptados por la Administración Pública y por la Procuraduría General de la Nación, es decir, aquellos actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria en sus ámbitos interno y externo, constituyen ejercicio de función administrativa, y por lo tanto son actos administrativos sujetos al pleno control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa. No se trata de actos que manifiesten la función jurisdiccional, ni mucho menos de una función *sui generis* o nueva del Estado, sino –se reitera con énfasis- de **actos administrativos que tienen, por definición, control judicial**.

Como se indicó, la única excepción a la naturaleza administrativa de los actos de la Procuraduría es la que indica la propia Constitución en su artículo 277, inciso final, según el cual “para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial”. Según lo ha explicado sin ambigüedades la Corte Constitucional, es una excepción de interpretación restrictiva, aplicada a un tema muy específico y particular.³⁹

3.3. El control disciplinario no constituye ejercicio de función jurisdiccional, como lo sugiere la Procuraduría General de la Nación

En forma correlativa, precisa el Consejo de Estado que el control disciplinario que

³⁸ Ha aclarado la Corte Constitucional a este respecto que “en el terreno del derecho disciplinario estricto, esta finalidad se concreta en la posibilidad que tiene la Administración Pública de imponer sanciones a sus propios funcionarios quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especial sujeción. Con esta potestad disciplinaria se busca de manera general el logro de los fines del Estado mismo y particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública, cuales son el de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” [sentencia C-125 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]; y que “la administración pública goza de un poder disciplinario para someter a sus servidores y obtener de ellos la obediencia, disciplina, moralidad y eficiencia necesarias para el cumplimiento de sus deberes y demás requerimientos que impone la respectiva investidura pública, a fin de que se cumpla con el propósito para el cual han sido instituidos, como es el servicio al Estado y a la comunidad, en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (C.P., art. 123)” [sentencia C-095 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara].

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-244 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

ejerce la Procuraduría General de la Nación no constituye ejercicio de función jurisdiccional. La Procuraduría no juzga ni sentencia, puesto que no es un juez; es la máxima autoridad disciplinaria en el ámbito externo de ejercicio de la potestad disciplinaria, pero como se aclaró, esa es una manifestación de la función administrativa, no de la función jurisdiccional. El juez competente es la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de ejercer el control sobre los actos administrativos disciplinarios y el procedimiento seguido para adoptarlos.

Se aclara a este respecto que la Procuraduría no es un poder omnímodo no sujeto a controles, ni es una nueva rama del poder, ni es un nuevo juez creado sobre la marcha en contravía del diseño constitucional; no se puede atribuir, en contra de la Constitución Política que dice defender, estas funciones, ni puede siquiera sugerir que sus decisiones constituyen sentencias, con todas las garantías que revisten los fallos judiciales. La autonomía e independencia que la Constitución Política le otorgan a la Procuraduría no implican que este organismo no esté a su turno sujeto a controles, dentro del sistema de frenos y contrapesos ideado por el Constituyente. Más aún, el uso corriente de la expresión “juez disciplinario” por la Corte Constitucional para hacer referencia a la Procuraduría no puede interpretarse bajo ninguna perspectiva en el sentido de que la Procuraduría sea una autoridad jurisdiccional, ni de que sus dictámenes disciplinarios tengan la naturaleza jurídica de sentencias que hagan tránsito a cosa juzgada; tampoco el uso de la palabra “fallos” o “instancias”, en el que se suele incurrir.

Ahora bien, el Consejo de Estado es consciente de la deferencia que la Corte Constitucional en tanto juez de tutela ha demostrado hacia los actos administrativos disciplinarios de la Procuraduría distintos casos; sin embargo, dicha deferencia, lejos de obedecer al hecho de que se considere a tales actos administrativos como providencias judiciales, se deriva de la naturaleza propia de la acción de tutela, el procedimiento legal aplicable, y las funciones del juez de tutela mismo, teniendo en cuenta el carácter subsidiario, urgente e informal de esta acción constitucional.

También el Consejo de Estado es consciente de la tesis reiterada de la Corte Constitucional, en el sentido de que los actos administrativos disciplinarios son materialmente un ejercicio de administración de justicia. En criterio del Consejo de Estado, esta caracterización verbal no obsta para que estos actos disciplinarios mantengan su naturaleza jurídica fundamentalmente administrativa, ni enerva el control jurisdiccional integral sobre los mismos por parte de la jurisdicción

contencioso administrativa. Esta caracterización de los actos disciplinarios como ejercicio material de administración de justicia ha sido adoptada por la Corte para justificar la incorporación de distintas garantías procesales, y derechos constitucionales posiblemente afectados, dentro del análisis en casos concretos; no ha sido realizada para restar competencias a la jurisdicción contencioso-administrativa, ni para transformar esa función administrativa en función jurisdiccional. Más aún, nota el Consejo de Estado que en todos los casos en los cuales la Corte Constitucional ha esgrimido este argumento, ha procedido, en la misma providencia, a caracterizar los actos disciplinarios de la Procuraduría como actos administrativos.

Por otra parte, tampoco se puede confundir la función administrativa disciplinaria de la Procuraduría con una función jurisdiccional o judicial por el hecho de que el otro órgano disciplinario constitucionalmente establecido –el Consejo Superior de la Judicatura- sí adopte fallos judiciales en el ámbito preciso en el cual cuenta con poderes constitucionales. Una cosa no lleva a la otra, y el ámbito de actuación del Consejo Superior de la Judicatura en tanto juez disciplinario está claramente definido por la Constitución y la jurisprudencia. Incluso en los casos de los empleados de la Rama Judicial que según la Corte Constitucional no están sujetos a la competencia del Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría, al ejercer el poder disciplinario sobre tales empleados judiciales, sigue actuando en función administrativa disciplinaria, no en función judicial.

En esta misma línea, no se debe confundir la presunción de legalidad que ampara las decisiones disciplinarias, en tanto actos administrativos, con el efecto de cosa juzgada o la intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales. El Consejo de Estado ha establecido claramente la distinción al resaltar que los fallos disciplinarios efectivamente están amparados, en tanto actos administrativos que son, por la presunción de legalidad⁴⁰. Esta presunción de legalidad, que está sumada a lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado el efecto de “cosa decidida” (por oposición al de “cosa juzgada”), se encuentra sujeta en su integridad al control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. En igual medida, la

⁴⁰ Ver, por ejemplo, los múltiples casos en los cuales esta Corporación, al pronunciarse sobre acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos disciplinarios de la Procuraduría, ha adoptado el enfoque consistente en determinar si se logró desvirtuar o no, en cada caso, la presunción de legalidad que ampara dichas decisiones disciplinarias. Entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicación No. 70001-23-31-000-2000-00132-01(4394-03). Actor: Vicente de Paul Perinan Petro. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 5 de noviembre de 2009. Radicación No. 05001-23-31-000-2001-01509-01(0792-08). Actor: John Jairo Gamboa Torres. Demandado: Secretaría de Educación de Antioquia y otro. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

aplicación *mutatis mutandi* de los principios aplicables al poder sancionatorio penal, o del principio del *non bis in ídem*, no transforma la potestad disciplinaria en una función jurisdiccional. El Consejo de Estado ha explicado que la aplicabilidad del *non bis in ídem* se deriva no de una aludida naturaleza jurisdiccional del control disciplinario, sino del hecho de que forma parte del derecho administrativo sancionador⁴¹.

3.4. El control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa es pleno y no admite interpretaciones restrictivas.

El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación **es un control pleno e integral**, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con su catálogo de derechos fundamentales y sus mandatos de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la administración de justicia (art. 228, C.P.) y de prevalencia normativa absoluta de la Constitución en tanto norma de normas (art. 4, C.P.), implicó un cambio cualitativo en cuanto al alcance, la dinámica y el enfoque del ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo la que ejercen los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluyendo al Consejo de Estado). En efecto, según lo han precisado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 17 de agosto de 2011. Radicación No. 25000-23-25-000-1999-06324-01(1155-08). Actor: Emilio Otero Dajud. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Dijo en esta oportunidad el Consejo de Estado: "La aplicación del principio *non bis in ídem* no está restringida al derecho penal, sino que se hace extensiva a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)."

Esta postura judicial de control integral del respeto por las garantías constitucionales contrasta abiertamente con la posición doctrinal y jurisprudencial prevaleciente con anterioridad, de conformidad con la cual las atribuciones del juez contencioso-administrativo son formalmente limitadas y se restringen a la protección de aquellos derechos y normas expresamente invocados por quienes recurren a la justicia, posición -hoy superada- que otorgaba un alcance excesivamente estricto al principio de jurisdicción rogada en lo contencioso-administrativo. Este cambio, constitucionalmente impuesto y de gran calado, se refleja nítidamente en un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, en el cual la Sección Segunda – Subsección “B” de esta Corporación, recurriendo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y dando aplicación directa a los mandatos de la Carta, rechazó expresamente una postura restrictiva que limitaba las facultades garantistas del juez contencioso-administrativo en materia de control de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación con base en el principios de jurisdicción rogada, y adoptó en su reemplazo una postura jurisprudencial que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar, en tanto obligación constitucional, **un control sustantivo pleno que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución.**⁴² En términos aún más contundentes, el Consejo de Estado afirmó en sentencia del 19 de mayo de 2011 que el juez contencioso administrativo está en la obligación constitucional de confrontar los actos disciplinarios presentados a su conocimiento con la totalidad de las disposiciones de la Constitución Política, y no únicamente con aquellas disposiciones legales expresamente invocadas en la demanda correspondiente: “en criterio de esta Sala no le asiste la razón al Tribunal que profirió el fallo apelado al afirmar que el control que efectúa esta Jurisdicción respecto de los actos administrativos, es únicamente de legalidad y no de constitucionalidad. Si bien es cierto que el análisis que se realiza en sede Contenciosa Administrativa incluye la confrontación entre el acto administrativo y la Ley, ello no obsta para que se examinen los actos demandados a la luz de la Constitución que, como ya se dijo, es norma de normas.”⁴³

Lo que resulta aún más importante es que el control pleno por la jurisdicción contenciosa forma parte de las garantías mínimas del debido proceso a las que tiene

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicación No. 76001-23-31-000-2000-02501-01(1146-05). Actor: Milton José Mora Lema. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 19 de mayo de 2011. Radicación No. 25000-23-25-000-2000-00281-01(2157-05). Actor: Remberto Enrique Corena Silva. Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

un derecho fundamental el sujeto disciplinado, según la Corte Constitucional, por lo cual este control judicial contencioso-administrativo no puede ser objeto de interpretaciones que restrinjan su alcance⁴⁴.

El hecho de que el control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos disciplinarios es un control pleno e integral, resulta confirmado por la amplísima jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de procedencia de la acción de tutela, en la cual se ha explícitamente afirmado que las acciones ante la jurisdicción contenciosa –en nulidad o nulidad y restablecimiento– son, en principio, los medios judiciales idóneos para proteger los derechos fundamentales de quienes estén sujetos a un proceso disciplinario. En efecto, la Corte Constitucional en jurisprudencia repetitiva ha explicado que los actos de la procuraduría son actos administrativos sujetos a control judicial por la jurisdicción contenciosa, regla que ha sido aplicada en incontables oportunidades para examinar la procedencia de la acción de tutela en casos concretos, en los que se ha concluido que ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la tutela se hace improcedente salvo casos de perjuicio irremediable –que por regla general no se configuran con las decisiones sancionatorias de la procuraduría–. Se puede consultar a este respecto la sentencia T-1190 de 2004, en la cual la Corte afirmó que el juez de tutela no puede vaciar de competencias la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de verificar la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría en ejercicio de sus potestades disciplinarias. La lógica jurídica aplicada por la Corte Constitucional al declarar improcedentes acciones de tutela por ser idóneos los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho para ventilar las pretensiones de anulación de decisiones disciplinarias por violación de la Constitución, es la misma lógica jurídica que sustenta el ejercicio de un control más que meramente formal por la jurisdicción contencioso-administrativa sobre estos actos administrativos.

La postura seguida consistentemente en la jurisprudencia del Consejo de Estado revela que en la inmensa mayoría de los casos esta Corporación ha entrado a valorar de fondo, en el contencioso de nulidad y restablecimiento, tanto las actuaciones procesales como las pruebas mismas obrantes en el proceso disciplinario y el razonamiento jurídico y probatorio de la Procuraduría o de las autoridades disciplinarias. Incluso en las mismas pocas sentencias en las que el Consejo de Estado ha dicho enfáticamente que no es una tercera instancia

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencias C-095 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), C-1189 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-060 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

disciplinaria, asumiendo una posición que en principio podría leerse como más restrictiva sobre el alcance de sus propias competencias, en últimas ha entrado de todas formas a analizar de fondo la prueba y su valoración porque se alega que se desconocieron garantías procesales de importancia fundamental. En todos estos casos, el Consejo de Estado se pronuncia de fondo en detalle y proveyendo pautas jurídicas detalladas para justificar su razonamiento. Así que una lectura restrictiva del alcance del control jurisdiccional tampoco encuentra sustento en la jurisprudencia previa del Consejo de Estado, que se ha centrado, al afirmar que no es una tercera instancia, en delinear la especificidad propia del control jurisdiccional, diferenciándola del ejercicio de la función administrativa disciplinaria pero sin restringir su alcance, y por el contrario efectuando en esos casos concretos un control integral de las decisiones de las autoridades disciplinantes a la luz de la Constitución.

En efecto, en reiterados pronunciamientos el Consejo de Estado ha aclarado que el proceso contencioso-administrativo no puede constituir una tercera instancia para reabrir el debate probatorio que se surtió en el proceso disciplinario. No obstante, se resalta, esta jurisprudencia no puede ser interpretada en el sentido de limitar las facultades de control del juez contencioso-administrativo, ni de impedirle realizar un examen integral de las pruebas con base en las cuales se adoptaron las decisiones administrativas disciplinarias sujetas a su control. Por el contrario, el sentido de estos pronunciamientos del Consejo de Estado es que el debate probatorio en sede jurisdiccional contencioso-administrativa debe ser sustancialmente distinto y contar con elementos valorativos específicos, de raigambre constitucional, que son diferentes a los que aplica la autoridad disciplinaria. No es que al juez contencioso-administrativo le esté vedado incursionar en debates o valoraciones probatorias, sino que los criterios de apreciación con base en los cuales puede –y debe- acometer la valoración de las pruebas son sustancialmente diferentes, y se basan en los postulados de la Constitución Política.

En este sentido, el Consejo de Estado ha subrayado, y desea enfatizar en la presente providencia, que la diferencia fundamental que existe entre la actividad y valoración probatoria del fallador disciplinario, y la actividad y valoración probatoria del juez contencioso administrativo –en virtud de la cual el proceso judicial contencioso no puede constituir una tercera instancia disciplinaria-, **no implica**

bajo ninguna perspectiva que el control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, ni que el juez contencioso carezca de facultades de valoración de las pruebas obrantes en un expediente administrativo sujeto a su conocimiento; y también ha explicado que el control que se surte en sede judicial es específico, y debe aplicar en tanto parámetros normativos no sólo las garantías puramente procesales sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes.

Se concluye, pues, que no hay límites formales para el control judicial contencioso-administrativo de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias y la Procuraduría General de la Nación, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables. Las argumentaciones de la Procuraduría a través de sus representantes y apoderados que puedan sugerir lo contrario –v.g. que el control judicial es meramente formal y limitado, o que las decisiones disciplinarias de la Procuraduría tienen naturaleza jurisdiccional- no son de recibo por ser jurídicamente inaceptables y conceptualmente confusas.

4. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR LA FALTA DE RECEPCION DE LAS DECLARACIONES JURAMENTADAS DE LAS NIÑAS DENUNCIANTES AL INICIO DEL PROCESO DISCIPLINARIO.

Alega el abogado del señor Romero que se violó el derecho al debido proceso de su cliente, por el hecho de que al iniciarse el proceso en su contra ante la Procuraduría, no se llamó a las niñas víctimas de la conducta abusiva investigada para que reiteraran sus declaraciones bajo la gravedad de juramento. Argumenta el abogado que el Procurador Provincial de Cúcuta, en su decisión del 15 de enero de 2008 de dar apertura a la investigación por el procedimiento verbal, olvidó que entre los anexos de la queja remitida por la Oficina de Control Interno Disciplinario del municipio “estaban las declaraciones libres y espontáneas de las supuestas víctimas, cuando el deber ser, era que estas diligencias como ventilaban la supuesta comisión de hechos punibles y que hacían parte también de la esfera disciplinaria debieron ser ajustadas a derecho, toda vez que es un exabrupto las famosas diligencias de declaración libre y espontánea dadas por las supuestas víctimas, cuando se sabe de antemano por el operador disciplinario que las ritualidades dadas por el legislador para la recepción de diligencia de declaración se deben hacer bajo

juramento y con las demás formalidades que exige el legislador, esto es, por funcionario competente en uso de sus atribuciones legales”⁴⁵.

Para la Sala es claro (i) que el abogado del señor Romero está exigiendo, como precondition para la iniciación válida de la investigación disciplinaria, el cumplimiento de un requisito que no está establecido en la ley; (ii) que ignora la forma como se dio inicio a la acción disciplinaria en este caso; y (iii) que más aún pierde de vista la naturaleza gravísima de los hechos investigados y el hecho de que sus víctimas, las declarantes, eran niñas de escasos siete y ocho años de edad.

En primer lugar, se recuerda que el artículo 69 de la Ley 734 de 2002 establece distintas formas de iniciación de la acción disciplinaria:

“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 la Ley 190 de 1995 y 27 de la Ley 24 de 1992. (...)”

En el presente caso, como se reseñó en el numeral 4 precedente, la acción disciplinaria fue iniciada por la Procuraduría Provincial de Cúcuta en respuesta a la comunicación que le dirigiera la Oficina de Control Interno Disciplinario del municipio de Cúcuta, remitiéndole la queja que había recibido de parte del Rector del Colegio Nuestra Señora de Belén sobre el comportamiento posiblemente abusivo del docente Romero hacia sus alumnas. No se trata de un proceso iniciado en virtud de queja. De esta manera, no era exigible que las niñas afectadas por los abusos sexuales fueran obligadas a repetir formalmente su declaración sobre los hechos, para que se pudiera iniciar en forma perfectamente válida, bajo la ley aplicable, la investigación disciplinaria contra el señor Romero.

Más aún, observa el Consejo de Estado que el abogado que esgrime este cargo olvida que las niñas que declararon ante la Psico-orientadora escolar tenían entre siete y ocho años de edad al momento de sus declaraciones y de la investigación disciplinaria y penal subsiguiente. Exigir que estas niñas presentaran una declaración juramentada para poder iniciar el proceso disciplinario equivaldría a someter a dichas niñas a una revictimización contraria a su interés superior. Es claro que en este caso las niñas no tenían la condición de quejasas, puesto que no

⁴⁵ Folio 5, Cuaderno No. 1.

presentaron sus declaraciones ante la Psico-orientadora del colegio con el fin de que se iniciara la investigación disciplinaria contra el señor Romero; esta investigación, se reitera, fue iniciada de oficio por la Procuraduría Provincial de Cúcuta al haber recibido un informe igualmente oficioso de parte de un servidor público alertándola sobre la comisión de estas graves faltas.

Lo que es más, estas declaraciones de las niñas ante la Psico-orientadora escolar, que no eran quejas disciplinarias, tampoco tenían la naturaleza jurídica de pruebas testimoniales a ser valoradas en el curso del proceso disciplinario. En este punto el Consejo de Estado desea enfatizar que **cuandoquiera que un niño o niña declara que ha sido víctima de un abuso sexual, la simple declaración es, para efectos probatorios, un hecho que se debe tener por demostrado y ha de ser valorado, de la misma manera que lo sería un dictamen médico-legal que constatará la presencia de una lesión física derivada del abuso sexual; no es un testimonio en el sentido técnico-jurídico de la prueba. Por lo que implica psicológica y emocionalmente para un niño declarar que ha sido victimizado por un delincuente sexual, su declaración no es susceptible de ser valorada a la luz de los criterios que ordinariamente se aplican para apreciar una prueba testimonial – ni siquiera bajo los criterios que ha establecido la jurisprudencia para examinar pruebas testimoniales rendidas por menores de edad en otras circunstancias-; el simple hecho de que un niño declare en este sentido debe ser tenido como una prueba directa suficiente para que el operador jurídico competente proceda a su valoración, en tanto hecho probado de gran fuerza evidenciaria en sí mismo para indicar la ocurrencia de un delito sexual, y no es procedente examinar su declaración en tanto testimonio para encontrar, por ejemplo, retractaciones, contradicciones, inconsistencias, etc., criterios de apreciación que resultan simplemente inaplicables para la debida evaluación de este tipo, tan específico y delicado, de denuncias. Los perfiles y contornos de la narración de un niño que denuncia haber sido víctima de un abuso sexual no pueden transcurrir ni evaluarse en el marco de la formalidad de una prueba indirecta, como lo es el testimonio; el hecho mismo de la denuncia debe bastar para establecer, con un alto grado de factibilidad, la ocurrencia fáctica del hecho denunciado. En otras palabras, un niño o niña victimizado por un delincuente sexual no es un testigo, sino una víctima de una agresión jurídicamente inaceptable, y revela esa agresión a través de diferentes fenómenos que deben ser apreciados con el debido cuidado por el operador jurídico - fenómenos entre los que se incluyen tanto sus denuncias y**

declaraciones como las posibles secuelas físicas o emocionales detectadas por los medios técnicos existentes, todas las cuales constituyen hechos, es decir, pruebas directas de la ocurrencia del abuso. Sólo así, aplicando este estándar específico de valoración probatoria –se reitera, teniendo las denuncias de abuso sexual provenientes de menores de edad como hechos probados, y no como testimonios- considera el Consejo de Estado que se da aplicación al mandato constitucional de prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, y de protección reforzada de su interés superior (art. 44, C.P.). Esta pauta de apreciación probatoria es igualmente aplicable a los operadores disciplinarios que, como la Procuraduría Provincial de Cúcuta y la Procuraduría Regional de Norte de Santander, deben adelantar procesos relativos a conductas delictivas tan dañinas y execrables como estas.

Las anteriores razones bastan para desechar el cargo por improcedente.

5. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR IRREGULARIDADES EN ACTUACIONES PROCESALES EVENTUALMENTE ANULADAS POR LA PROCURADURÍA.

El abogado del señor Romero ha presentado cuatro cargos de nulidad alusivos a actuaciones procesales desarrolladas por la Procuraduría Provincial de Cúcuta y posteriormente anuladas por la Procuraduría Regional de Norte de Santander el 15 de mayo de 2008. Estos tres cargos se refieren a (i) la fijación supuestamente irregular de la fecha para la realización de la audiencia disciplinaria -al haberse abstenido el Procurador Provincial de establecer la fecha concreta en el auto del 22 de enero de 2008 que la convocó, y al haberse fijado dicha fecha posteriormente por otra funcionaria distinta de la Procuraduría Provincial de Cúcuta-; (ii) la falta de firma de algunas actas por parte de la funcionaria de la Procuraduría comisionada para realizar las diligencias probatorias; (iii) el habersele negado al señor Romero el recurso de apelación frente a la decisión que negó la práctica de pruebas solicitadas en sus descargos; y (iv) el haberse fijado fecha para la presentación de los alegatos de conclusión sin que se hubieran practicado materialmente todas las pruebas que fueron decretadas.

El artículo 145 del Código Disciplinario Unico dispone, en cuanto a los efectos de la declaratoria de nulidad surtida dentro del proceso disciplinario:

“Art. 145. La declaratoria de nulidad afectará la actuación disciplinaria desde el momento en que se presente la causal. Así lo señalará el funcionario competente y ordenará que se reponga la actuación que dependa de la decisión declarada nula.
La declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente.”

La decisión del Procurador Regional de Norte de Santander del 15 de mayo de 2008 fue la de declarar la nulidad del procedimiento desarrollado por la Procuraduría Provincial de Cúcuta “a partir inclusive del auto citatorio a audiencia pública formulado al investigado”, manteniendo vigentes “con su valor legal correspondiente las pruebas allegadas legalmente al proceso”. El auto de citación para audiencia pública que fue anulado, se profirió el 22 de enero de 2008. Esto significa que todas las actuaciones llevadas a cabo tanto en dicho Auto como a partir de entonces, al haber sido objeto de una declaratoria de nulidad, perdieron todo valor, fuerza y efectos jurídicos.

En consecuencia, por tratarse de actuaciones que fueron anuladas posteriormente, la demanda en este punto carece de objeto; por lo tanto, los cargos serán desestimados.

6. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR HABERSE DECRETADO Y PRACTICADO TESTIMONIOS “A ESPALDAS” DEL DISCIPLINADO.

El abogado del señor Romero afirma que se violó el derecho de defensa del señor Romero por haberse decretado y practicado “a sus espaldas” los testimonios de María Josefa Sanabria, Alvaro Emiro Pabón Contreras, Elizabeth Rojas Barrientos, Luis Noé Cáceres Maldonado, José Elías Calderón, Blanca Nieves Torres Ortega, Elcy Gertrudis Sanabria Santander, Ciro Eduardo Sánchez Jáuregui, José Mario Casadiegos y Luis Ariel Sandoval Lombana. Sobre el particular, asevera que estas declaraciones “fueron tomadas a espaldas de mi cliente, pues no obra constancia alguna de la comunicación, notificación personal y por escrito realizado a los sujetos procesales de tales hechos, lo que generó de manera inmediata violación manifiesta del derecho al a defensa y el debido proceso a mi poderdante. Quedando entonces al libre arbitrio del funcionario que surtió la diligencia de preguntar lo que a él le pareciera frente a los hechos materia de la investigación, coartándole a mi cliente los derechos a la contradicción tal como lo reza el ordenamiento jurídico existente”.

El Consejo de Estado advierte que si bien este alegato del abogado alude a actuaciones que tuvieron lugar durante diligencias procesales que posteriormente fueron anuladas, es preciso efectuar un pronunciamiento sobre el particular puesto que se controvierte la validez de pruebas cuyo valor fue mantenido incólume al momento en que el Procurador Regional de Norte de Santander declaró la nulidad procesal.

Se advierte de entrada que no es cierto, como afirma el abogado, que estos testimonios hubiesen sido decretados y practicados “a espaldas” del señor Romero, puesto que según se indicó en el numeral 4 precedente, dichos testimonios fueron pedidos por el abogado del señor Romero y decretados en el curso de la audiencia pública que tuvo lugar el 30 de enero de 2008 ante la Procuraduría, diligencia a la cual asistió personalmente el señor Romero a rendir su versión espontánea y sus descargos. Fue al finalizar esta declaración que el abogado del señor Romero expresamente pidió que se recibiera el testimonio de María Josefa Sanabria Ortiz, Alvaro Emiro Pabón Contreras, Elizabeth Rojas Barrientos, Luis Noé Cáceres, José Elías Calderón, Blanca Nieves Torres, Elsy Gertrudis Sanabria, Ciro Eduardo Sánchez, José Mario Casadiegos y Luis Ariel Sandoval; pruebas a cuyo decreto accedió el Procurador Provincial en esa misma audiencia, y que fueron practicadas en su integridad los días 4 y 5 de febrero de 2008.

Al carecer de soporte fáctico, el cargo no prospera.

7. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR NO HABERSE PERMITIDO LA OBJECION O ACLARACION DEL DICTAMEN PERICIAL TRASLADADO DEL PROCESO PENAL HACIA EL PROCESO DISCIPLINARIO.

El demandante argumenta que se violó el debido proceso y el derecho de defensa del señor Romero por no habersele permitido objetar o pedir la aclaración, en el proceso disciplinario, del dictamen pericial rendido ante la Fiscalía General de la Nación y trasladado al proceso ante la Procuraduría; afirma que el Procurador Provincial de Cúcuta, al momento de recibir el peritaje de la Fiscalía, debió haber dado aplicación a lo dispuesto en los artículos 254 y 255 del Código de Procedimiento Penal.

Para el Consejo de Estado, este cargo de nulidad se basa en un entendimiento erróneo del procedimiento de traslado de pruebas desde un proceso judicial o administrativo externo hacia un proceso disciplinario. De conformidad con el artículo 135 de la Ley 734 de 2002, que regula la materia de la prueba trasladada, “[l]as 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”. Esto quiere decir que el traslado de las pruebas opera únicamente cuando estas pruebas ya hayan sido practicadas en forma válida en el proceso externo desde el cual se busca su traslado al proceso disciplinario; en otras palabras, no se requiere que las pruebas sean practicadas nuevamente en el ámbito del proceso disciplinario para que puedan ser apreciadas, puesto que de ser así se perdería el sentido mismo de la figura del traslado de pruebas.

Por lo tanto, yerra el abogado del señor Romero cuando alega que el Procurador Provincial de Cúcuta, cuando recibió el dictamen pericial practicado en el proceso penal por la Fiscalía General de la Nación, debió haber procedido a dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 254 y 255 de la Ley 600 de 2000 sobre objeción del dictamen; por el contrario, al momento de efectuarse el traslado de estos dictámenes periciales se presuponía que el procedimiento aplicable en el proceso penal ya se había surtido en forma válida, y que no era necesaria actuación procesal adicional alguna por la Procuraduría para poder proceder a su valoración.

Ahora bien, el actor afirma que con la falta de oportunidad para controvertir el dictamen pericial en el proceso disciplinario, se violó su derecho de defensa y contradicción de la prueba. El Consejo de Estado recuerda, en efecto, su jurisprudencia sobre la necesidad de respetar la garantía fundamental del derecho a la defensa al momento del traslado de pruebas hacia un proceso disciplinario, en el sentido de que para que el traslado de pruebas sea válido, debe garantizarse en el proceso de recepción el derecho de contradicción o defensa del demandado al momento de incorporar las pruebas trasladadas al proceso, cuandoquiera que en el proceso original este derecho no se haya garantizado.

Es pertinente recordar antes que el artículo 29 de la Constitución Política, que establece las garantías básicas constitutivas del derecho fundamental al debido proceso, dispone:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Interpretando el alcance de esta disposición, el Consejo de Estado ha hecho énfasis en que las garantías centrales del debido proceso que deben ser especialmente garantizadas por el juez son las propias del derecho de defensa y de contradicción de la prueba; en palabras de la Sala Plena de esta Corporación,

“El derecho de defensa es uno de los elementos del debido proceso, el cual ha sido definido por la doctrina como :

“...la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer su defensa en todo proceso donde se vea involucrado, lo cual implica, entre otras cosas, contar con un abogado defensor, acceder a documentos y pruebas ... Las resoluciones que se emitan en las distintas etapas de todo proceso, deben contener las razones por las cuales se llega a la conclusión que ellas contienen, la valoración de las pruebas y los fundamentos jurídico-normativos en que se basan”⁴⁶

(...) De lo ya expuesto se colige que el derecho de defensa del ex congresista fue respetado, particularmente en lo atinente al derecho a estar informado sobre las pruebas obrantes en el proceso y a la oportunidad y posibilidad de controvertirlas (...).”⁴⁷

En la misma línea, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha enfatizado que en materia de recaudo y valoración probatoria, la garantía fundamental del debido proceso que ha de ser respetada es el derecho de contradicción de la prueba, siempre y cuando aquella prueba que es objeto de controversia añada hechos o elementos nuevos al proceso receptor correspondiente, que el demandado no hubiera conocido:

⁴⁶ Comisión Andina de Juristas, Protección de los Derechos Humanos. Definiciones operativas. Tercer Mundo Editores, Bogotá 1999, págs. 148 y 150

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de junio de 2001. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación No. 11001-03-15-000-2001-0061-01(REVPI). Actor: Humberto Pava Camelo.

“El artículo 29 de la Constitución Política consagra como uno de los elementos del debido proceso el derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del demandado. Agrega el texto constitucional que es nula la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Este principio se encuentra vinculado al principio de publicidad y es desarrollado a lo largo del C.P.C.⁴⁸, e implica la obligación de ventilar el proceso a la luz de las partes y de los terceros, en procura de la transparencia en todas sus etapas, lo que a su vez permite controlar la administración de justicia, desde el conocimiento que debe tener la parte demandada de los hechos y razones por la cuales es demandada, hasta la contradicción de los fundamentos y resoluciones de la sentencia, pasando por la posibilidad de refutar la petición, práctica y valoración de las pruebas; todo ello con el fin de evitar la arbitrariedad del juez.

Es así como el derecho de contradicción hace parte del de defensa, y va mucho más allá de la mera posibilidad de contradecir las pruebas, pues consiste en “todo medio de oposición a la demanda y al proceso”, ya que supone el de oponerse, proponer excepciones, allanarse, presentar demanda de reconvencción, proponer impedimentos procesales, entre otras actividades procesales, por lo que el traslado de las pruebas allegadas al proceso constituye tan solo uno de los elementos del derecho de defensa, cuya finalidad es permitir a la parte contra la cual aduce controvertir los hechos que en ellas se plasman.

El tema que se ha planteado en este caso tiene que ver con la posible violación del debido proceso por no haberse cumplido con la obligación de correr traslado al demandado de la prueba recibida como respuesta al auto para mejor proveer, es decir, como se alega, para que el demandado hubiera podido ejercer su derecho de defensa, en relación con el contenido de tal documento.

Al respecto, debe precisarse si la nueva certificación de la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, introducía algún elemento nuevo no conocido por el demandado ni debatido dentro del proceso.

(...) La Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia expidió la certificación en el sentido de que para el 13 de diciembre de 1995 el entonces senador sí tenía conocimiento formal de las investigaciones que se adelantaban en su contra, remitiéndose al hecho de que había rendido versión libre dentro de las diligencias preliminares radicadas bajo el número 10.680; es decir, la certificación que se solicitaba se remitió a lo que era de conocimiento pleno del demandado, pues fue él mismo quien rindió el interrogatorio ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y, por lo tanto, conocía de su contenido; el documento no añadió nada distinto”⁴⁹.

En términos más generales, el Consejo de Estado ha establecido que en materia procesal, lo cual incluye el ámbito del recaudo y valoración de las pruebas, no son

⁴⁸ Entre otros, el numeral 4º del artículo 37 del C.P.C. impone al juez como deber emplear los poderes que le concede dicho Código en materia de pruebas para verificar los hechos alegados por las partes. Además, el artículo 186 del C.P.C., modificado por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, preceptúa que el juez conserva la facultad oficiosa para la práctica de pruebas aún cuando las partes no hayan solicitado pruebas en aras de la verificación y aclaración de los hechos.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de febrero de 2002. Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación No. 11001-03-15-000-2001-0087-01 (REVPI-002). Actor: Francisco José Jattin Safar.

admisibles posturas excesivamente formalistas que sacrifiquen la prevalencia el derecho sustancial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 228 Superior; en palabras de esta Sala,

“En todo caso, cabe destacar que la jurisprudencia contemporánea, incluso la de los tribunales de derechos humanos, especialmente cuidadosos en garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, han sostenido que se pueden excusar las insuficiencias de orden procesal, cuando no afectan los derechos sustantivos inherentes a los ritos de que se trate. Es así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró:

‘Es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica’⁵⁰ (subrayas fuera de texto)

De lo anterior se deriva que aún aceptando, en gracia de discusión, la existencia de algunas de las omisiones indicadas por el libelista, referidas a formalidades procesales, las mismas no serían relevantes en tanto se conservó un adecuado equilibrio que preservó la seguridad jurídica de las partes y su derecho al debido proceso, en especial en lo atinente al derecho de defensa y al de contradicción de la prueba. No puede extremarse el concepto de seguridad jurídica al punto en que impida la concreción de la justicia material, fin último del derecho.”⁵¹

A la luz de esta jurisprudencia, la Sala constata que el señor Romero tuvo –y aprovechó- múltiples oportunidades para controvertir ante la Procuraduría el dictamen pericial trasladado hacia el proceso disciplinario desde el proceso penal que se le seguía en la Fiscalía. En efecto, las valoraciones psicológicas de las niñas afectadas por la conducta abusiva del profesor Romero, practicadas por la profesional competente de la Fiscalía General de la Nación el 12 de febrero de 2008, fueron trasladadas al proceso disciplinario el 15 de febrero de 2008, y formalizadas en tanto pruebas trasladadas mediante decisión del Procurador Provincial de Cúcuta del 18 de febrero de 2008. Según consta en el expediente, esta decisión del Procurador Provincial fue notificada personalmente al apoderado del señor Romero el 19 de febrero de 2008. A partir de este momento, y hasta la finalización del proceso disciplinario, el abogado tuvo numerosas oportunidades para contradecir y objetar, como en efecto lo hizo, el contenido de estos dictámenes periciales; se recuerda que según el artículo 138 de la Ley 734 de

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de excepciones preliminares del 3 de febrero de 1993, caso Cayara contra el Perú, párrafo 42.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de junio de 2001. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación No. 11001-03-15-000-2001-0061-01(REVPI). Actor: Humberto Pava Camelo.

2002, “los sujetos procesales podrán controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria”.

De hecho, se observa que al momento de presentar sus alegatos de conclusión, en la audiencia pública del 31 de julio de 2008, el abogado del señor Romero efectivamente planteó sus objeciones al dictamen pericial, afirmando que “este dictamen su patrocinado no tuvo la oportunidad de objetarlo o solicitar aclaración o complemento, prueba además superficial y copiada de un modelo incorporada sin el lleno de requisitos legales y sin sustancia en estudio no puede tenerse en cuenta para endilgar responsabilidad a un ser humano. (sic)” Este argumento fue expresamente respondido por el Procurador Provincial, quien luego de constatar que se había respetado el debido proceso y el derecho de contradicción de la prueba al momento de trasladarlo al proceso disciplinario, explicó:

“Con relación al dictamen de la Psicóloga de la Fiscalía, este despacho no encuentra reparo alguno, en primer lugar, correspondía al abogado que atiende el proceso penal haberlo objetado o pedir su aclaración o adición y en segundo lugar, porque el mismo se limita a decir que las niñas son coherentes en sus dichos y apreciaciones, sintiendo el rubor normal por situación vivida y por tener que declarar, situación que experimentan todas las personas sometidas a vejámenes de tipo sexual, así se trate de una menor.

Sobre este tema, debe anotarse que el concepto especializado de la psicóloga infantil, no contiene una simple apreciación subjetiva o caprichosa de la profesional precitada sino que como se advierte, hace notar un cúmulo de datos que se fueron recogiendo en el informativo disciplinario, de donde resulta con toda evidencia, que este peritazgo es un dato o mejor una prueba más que acerca al funcionario ético a los hechos, es decir, forma parte de los elementos prejurídicos sobre los cuales el funcionario habrá de formarse una idea clara para cumplir su tarea de aplicar el derecho, esto es, la norma jurídica-penal-disciplinaria-ética al caso concreto.”

No puede alegarse, por lo tanto, que se haya desconocido por este concepto su derecho de defensa o su derecho al debido proceso.

El cargo no prospera.

8. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA FIJACION DE LA FECHA PARA REALIZACION DE AUDIENCIA PUBLICA.

El abogado del señor Romero alega que una vez se anuló lo actuado el 13 de mayo de 2008, en el auto en el que la Procuraduría Provincial citó a nueva

audiencia disciplinaria, se violó su debido proceso porque no se fijó la fecha exacta para la realización de la diligencia, fecha que posteriormente fue fijada por la funcionaria Luz Edilia Quintero Hernández, y no por el Procurador de conocimiento.

Considera la Sala que esta irregularidad, por lo demás insignificante, no se presentó en realidad. En efecto, en el auto del 19 de junio de 2008, reseñado en la sección precedente, el Procurador Provincial resolvió citar al señor Romero a diligencia de acusación, sin fijarle fecha; pero posteriormente, el 3 de julio de 2008, el propio Procurador Provincial, una vez surtida la notificación del auto del 19 de junio, fijó la fecha de realización de la audiencia para el 15 de julio de 2008, decisión debidamente notificada al defensor del señor Romero.

En vista de que no se presentó la supuesta irregularidad invocada por el demandante, el cargo no prospera.

9. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR NO HABERSE PRACTICADO PRUEBAS QUE FUERON DECRETADAS EN UN AUTO POSTERIORMENTE ANULADO.

Afirma el abogado del señor Romero que en el auto que citó a nueva audiencia disciplinaria luego de que se anulara lo actuado el 13 de mayo de 2008 se violó el debido proceso del investigado, por no haberse decretado nuevamente la práctica de todas las pruebas testimoniales que ya habían sido decretadas pero no practicadas durante la actuación precedente y anulada. En palabras del abogado:

“[La declaración de nulidad] de manera inmediata retrotraía la presente investigación a la parte instructiva, pero de manera asombrosa el Procurador Provincial de Cúcuta mediante auto de fecha 19 de junio de 2008 cita nuevamente a mi cliente a audiencia disciplinaria, nuevamente no estableciendo fecha exacta para la realización de la diligencia. Así como expresa en el precitado auto interlocutorio como quiera que el despacho ya practicó todas las pruebas que se consideraron del caso para el esclarecimiento de los hechos y este abundante material probatorio no fue afectado por la nulidad sino que quedó incólume, no se ordenará la práctica de pruebas de oficio, se le olvidó al despacho unas pruebas testificales que él mismo había decretado y que por conveniencias se imagina la defensa no se practicaron, además tampoco se practicaron las diligencias que mi cliente solicitó en sus descargos, claro está, para el despacho ya había abundante material probatorio para responsabilizar disciplinariamente a mi cliente”.

Observa la Sala que, nuevamente, el abogado del señor Romero está invocando, como causal de nulidad, actuaciones que fueron posteriormente anuladas por el Procurador Regional de Norte de Santander en su decisión del 15 de mayo de 2008. En efecto, este argumento del abogado se estructura sobre la base de que en la fase del proceso disciplinario que se anuló, ciertos testimonios fueron decretados por el Procurador Provincial, pero no se practicaron antes de que se cerrara la etapa probatoria y se procediera a citar a las partes a alegatos de conclusión. No obstante, se reitera que estas decisiones fueron anuladas en segunda instancia por el Procurador Regional de Norte de Santander; de allí que las posibles causales de invalidez de lo actuado perdieran su razón de ser, por tratarse de actuaciones de por sí invalidadas, o anuladas, por el Procurador Regional.

Independientemente de lo anterior, observa el Consejo de Estado que al anular la actuación, el Procurador Regional mantuvo vigentes las pruebas que ya habían sido allegadas legítimamente al proceso; ello en aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 145 del Código Disciplinario Unico, de conformidad con el cual “[l]a declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente”. De este hecho no se puede deducir, como pretende el abogado del señor Romero, que la Procuraduría estuviera obligada a practicar todas las pruebas que habían sido decretadas y aún no se habían recaudado en el curso de la actuación anulada; esta conclusión es un sinsentido carente de sustento en la lógica jurídica más elemental. Lo único que esta decisión legal del Procurador implicaba, era lo que se podía leer en su texto mismo: que las pruebas que ya habían sido allegadas válidamente al expediente disciplinario mantendrían su valor evidenciario sin necesidad de ser practicadas nuevamente, o de ulteriores diligencias de convalidación.

Finalmente, ante los argumentos del abogado tendientes a cuestionar el juicio de suficiencia probatoria que hizo el Procurador Provincial en su decisión del 19 de junio de 2008, el Consejo de Estado recuerda que en los procesos disciplinarios, el operador disciplinario cuenta con una potestad de valoración probatoria amplia, que le habilita para determinar, en ejercicio de discrecionalidad razonada, cuándo obran en un determinado proceso suficientes pruebas como para forjarse la certeza y convicción respecto de la ocurrencia –o no ocurrencia- de determinados hechos. Así se deduce del texto mismo de las disposiciones generales sobre recaudo y valoración de pruebas del Código Disciplinario Unico:

(a) según el artículo 128, que consagra el principio de necesidad de la prueba, “[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”; de allí se deduce necesariamente que el funcionario público que ejerce la potestad disciplinaria y adopta las decisiones correspondientes debe necesariamente basar sus determinaciones sustantivas en la apreciación conjunta e integral de las evidencias que se hubieren recaudado, proceso de valoración para el cual se ha de entender suficientemente habilitado por la Ley;

(b) el mismo artículo 128 consagra la regla según la cual en el ámbito del proceso disciplinario, “la carga de la prueba corresponde al Estado”, carga que específicamente recae sobre el funcionario que adelanta el proceso disciplinario correspondiente, y que necesariamente presupone, para efectos de su adecuado cumplimiento, que la autoridad disciplinaria pueda valorar y sopesar las pruebas obrantes en el proceso con miras a determinar si en su integridad son suficientes para producir en su fuero interno la certeza y convicción hacia las cuales se orienta la noción misma de “carga de la prueba”, es decir, si dicha carga se cumplió;

(c) el artículo 129 establece que “[e]l funcionario buscará la verdad real”, para lo cual debe “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”, y “podrá decretar pruebas de oficio” – se desprende necesariamente de este precepto que el funcionario que ejerce la potestad disciplinaria debe entenderse suficientemente habilitado para establecer cuándo el recaudo probatorio le permite visualizar “la verdad real”, mediante la valoración ponderada y razonada de las evidencias recogidas;

(d) el artículo 141 consagra en términos específicos el deber del funcionario disciplinante de apreciación de las pruebas según la sana crítica, al disponer que “las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”, y que “en toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta” – disposiciones que claramente presuponen la existencia de una potestad de valoración y apreciación de la suficiencia probatoria en un momento dado del proceso;

(e) según el artículo 142, “[n]o 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”, regla de la cual infiere la Sala que el funcionario competente para adoptar un fallo disciplinario debe entenderse habilitado para establecer cuándo las pruebas generan en su entendimiento la suficiente certeza como para concluir que algo sucedió, y que es jurídicamente relevante para deducir la responsabilidad disciplinaria de un servidor público;

(f) el artículo 132 faculta al operador disciplinario para rechazar pruebas, en el evento en que las considere inconducentes, impertinentes o superfluas; de allí que se entienda que la autoridad que ejerce la potestad disciplinaria tiene el poder de determinar la conducencia, pertinencia y sustantividad de las pruebas pedidas por las partes u obrantes en el expediente;

(g) el artículo 160A establece que la decisión del cierre de investigación procede cuandoquiera que las pruebas recaudadas sean suficientes para la formulación de cargos disciplinarios, determinación que compete al funcionario que adelanta el proceso: “Cuando se haya recaudado prueba que permita la formulación de cargos, o vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento, mediante decisión de sustanciación notificable y que solo admitirá el recurso de reposición, declarará cerrada la investigación. // En firme la providencia anterior, la evaluación de la investigación disciplinaria se verificará en un plazo máximo de quince (15) días hábiles”; norma de la cual se deduce claramente que el operador disciplinario tiene un margen de valoración discrecional para determinar si las pruebas que se han recaudado son o no suficientes para generar la certeza necesaria como para formular un pliego de cargos en contra del funcionario disciplinado.

Se tiene, así, que fue claramente voluntad del Legislador el dotar a las autoridades que ejercen la potestad disciplinaria de una facultad de valoración y apreciación probatoria –o facultad de libre formación del conocimiento del operador disciplinario– que incluye el poder para determinar cuándo se ha logrado recaudar un nivel de pruebas suficiente como para concluir con certeza y convicción que se pudo haber cometido una falta.

Sobre este punto, vale la pena precisar que en el ámbito de los procesos disciplinarios no existe una tarifa probatoria legal; de hecho el propio Código Disciplinario Unico consagra, en su artículo 131, el principio de libertad probatoria, al

establecer que “la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”. De manera tal que no es aceptable exigir que se haya recaudado un tipo determinado de prueba –por ejemplo un testimonio o un documento- para efectos de sustentar un fallo disciplinario, que puede estar basado, por decisión expresa del Legislador, en cualquiera de los medios de prueba admitidos por el sistema legal colombiano –e incluso en otros medios probatorios, como se deduce del artículo 130 ibídem⁵²-.

En conclusión, cuandoquiera que exista suficiencia probatoria para generar en la autoridad disciplinante un grado adecuado de certeza sobre la ocurrencia de determinados hechos, el operador disciplinario puede prescindir de la práctica de pruebas adicionales que juzgue innecesarias, incluso si estas pruebas han sido decretadas con anterioridad. No viola el ordenamiento jurídico el investigador disciplinario que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 160A del Código Disciplinario Unico, resuelva dar cierre a la investigación y prescindir de la práctica de pruebas que considere innecesarias por existir ya un grado suficiente de certeza y convicción sobre la comisión de la falta, que se encuentre objetiva y materialmente sustentado en las pruebas obrantes en el proceso.

Al decidir, en el auto del 19 de junio de 2008, que existían suficientes elementos de prueba en el expediente disciplinario y que se podía proceder a citar al señor Romero a audiencia pública, el Procurador Provincial de Cúcuta obró dentro del margen legal de valoración probatoria que le correspondía. No se trata, como se ha reseñado minuciosamente en la presente providencia, de una actuación caprichosa o arbitraria de este operador disciplinario, puesto que en efecto, en el expediente ya se habían acumulado numerosas pruebas que apuntaban, en forma consistente y creíble, hacia la culpabilidad individual del señor Romero.

Por las anteriores razones, el cargo no prospera.

10. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR FALTA DE APRECIACION DE PRUEBAS DE DESCARGO

⁵² Ley 734 de 2002, Artículo 130: “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.”

El apoderado del señor Romero alega que se violó el derecho de defensa de su representado por no haberse tenido en cuenta, al decidir sobre su responsabilidad, las pruebas documentales que aportó al proceso con posterioridad a la declaratoria de nulidad de lo actuado de mayo de 2008.

Tal y como se reseñó en la sección precedente, una vez fue decretada la nulidad de lo actuado por la Procuraduría Regional de Norte de Santander, el 3 de junio de 2008, el apoderado del señor Romero aportó al proceso copias de los siguientes documentos: (i) una carta dirigida a la Procuraduría por diez madres de familia de niños que estudiaron en el curso 2º B de primaria con el profesor Romero, (ii) un acta de profesores suscrita por 14 docentes del colegio, (iii) una carta dirigida al profesor Romero por una madre de familia de un compañero de las niñas declarantes, (iv) una declaración escrita suscrita por la madre de una compañera de las niñas denunciadas, (v) una carta dirigida al profesor Romero por la señora Yolanda Chaparro, vecina de una de las niñas declarantes, y (vi) un documento firmado por la madre de uno de los compañeros de las niñas denunciadas; todos estos documentos afirman que el señor Romero es inocente de las conductas que se le endilgan.

Contrario a lo que afirma el apoderado, el Consejo de Estado observa que en el auto del 31 de julio de 2008, en el que se sancionó disciplinariamente al señor Romero, se hizo una valoración expresa de cada una de estas pruebas documentales. En efecto, según se transcribió en la presente providencia, en la decisión sancionatoria del 31 de julio de 2008 el Procurador insertó las siguientes consideraciones sobre estas nuevas pruebas documentales aportadas por el abogado del señor Romero:

“Es cierto que los docentes compañeros de trabajo, declaran sobre la conducta del profesor y que así lo dejan sentado en un acta de profesores, pero a ellos solo les consta de puertas hacia fuera, en reuniones de profesores, del cumplimiento del deber y su puntualidad, mas no de lo que ocurría en el salón de clases.

También es cierto que los niños que asomó como testigos la defensa manifestaron que no les constaba nada de los abusos del profesor y que las niñas eran muy cansadas y que por ello el profesor las castigaba, pero hay que tener en cuenta que a esa edad, 8, 9, 10 años, los niños no albergan malicia alguna de actos aparentemente inofensivos del profesor, porque a esa edad, los niños solo piensan en jugar y no le dan mayor importancia a otras circunstancias que ocurren a su alrededor a menos que tuvieran algún motivo para estar pendiente de cada uno de sus movimientos.

Frente a las nuevas pruebas recepcionadas y representadas en: Una constancia de padres y madres de familia que dicen que han hablado con sus hijos y que jamás les han comunicado que el profesor Alfonso Romero Cárdenas, lo han visto en actuaciones irrespetuosas e indecentes con los alumnos y alumnas en el salón de clases o fuera de ellas; una constancia de acta de profesores dando fe del buen comportamiento del profesor, así como unos escritos informales de las madres de familia María del Rosario Villamizar, Martha Zárate Ortiz, Yolanda Chaparro y Yuli Amparo Camargo, en la que manifiestan que por el dicho de sus hijos, el profesor no ha sido irrespetuoso en las clases, que son inventos de las niñas que denuncian por lo indisciplinadas que son y por los llamados de atención que el profesor les hace. María del Rosario Villamizar, Yuli Amparo Camargo y Yolanda Chaparro Niño, ratifican el escrito informal bajo juramento, tenemos que acotar que nada nuevo aportan a la investigación, pues son padres y madres de familia a las cuales el profesor no les ha irrespetado a sus hijas, algunos tienen son varones sobre los cuales el docente no tiene ningún tipo de inclinación sexual y por obvias razones no tendrían ningún motivo para testificar sobre él.

María del Rosario Villamizar, madre de un varón, manifiesta que conoce al profesor, que iba al colegio pero no en horas de clase, que oía comentarios en contra del profesor y ella le preguntaba a su hijo y él le decía que eran mentiras de las niñas. Que la señora Alba, sí le insinuó que denunciara al profesor. Yuli Amparo Camargo, no aporta mayor ilustración de interés para el proceso, se limita a decir que fue su profesor y ahora en el 2007 de su hijo y que no le consta nada de que se denuncia. Yolanda Chaparro Niño, manifiesta que oyó a unas niñas comentando que el profesor había tocado una de ellas y que le preguntó a su hijo si era cierto y este le contestó que eran mentiras y que no conoce a la señora Alba.

Como podemos observar, dos de las declarantes reconocen que habían comentarios y que una oyó a las niñas decir que el profesor había tocado una de ellas, lo que quiere decir que sí corrían rumores del comportamiento irregular del docente frente a las alumnas del plantel.”

A la luz de lo anterior, concluye la Sala que el cargo de nulidad bajo estudio no tiene sustento en los hechos, por lo cual será desestimado.

11. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR LA AUSENCIA DEL INVESTIGADO DURANTE LA AUDIENCIA PUBLICA DISCIPLINARIA.

Procede ahora la Sala a determinar si se violó el debido proceso del señor Romero por el hecho de que la audiencia disciplinaria iniciada el 8 de julio de 2008 se realizó con la presencia de su abogado, y no con la presencia suya como disciplinado, tanto en la etapa de inicio, descargos y solicitud de pruebas como en la etapa de alegatos de conclusión y adopción del fallo.

Para resolver este problema jurídico, debe la Sala determinar si en los procedimientos disciplinarios regulados por la Ley 734 de 2002 es indispensable contar con la presencia física del disciplinado en la realización de las distintas diligencias y actuaciones procesales, incluso si éste ha designado un apoderado para que lo represente. Se debe tener en cuenta a este respecto que según el artículo 89 de la Ley 734/02, el investigado y su defensor son sujetos procesales y en tal calidad podrán intervenir en la actuación disciplinaria; y que es de la esencia de la figura del apoderamiento que quien recibe el mandato pueda representar a su defendido en el ámbito de la investigación disciplinaria, de conformidad con las reglas generales del Código Civil sobre representación y mandato. Ahora bien, lo anterior no obsta para que en ciertas ocasiones precisas, por mandato expreso del legislador, se haya de exigir la presencia del sujeto disciplinado para la realización de ciertas actuaciones; de allí concluye la Sala que, en el contexto de los procesos disciplinarios, únicamente es exigible la presencia física del investigado o procesado cuando la ley así lo disponga en forma específica y expresa. En ausencia de tal mandato legal expreso, se habrá de entender que quien haya recibido un poder de parte del sujeto disciplinado puede obrar procesalmente en representación suya.

Una de las instancias en las que existe un mandato legal expreso en este sentido, es en el ámbito del procedimiento verbal disciplinario regulado en los artículos 175 y siguientes de la Ley 734 de 2002. Disponen los artículos 177 y 178 sobre este procedimiento:

“Art. 177. Calificado el procedimiento a seguir conforme a las normas anteriores, el funcionario competente, mediante auto que debe notificarse personalmente, ordenará adelantar proceso verbal y citará a audiencia al posible responsable.

(...) 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, las cuales serán practicadas en la misma diligencia, dentro del término improrrogable de tres (3) días. Si no fuere posible hacerlo se suspenderá la audiencia por el término máximo de cinco (5) días y se señalará fecha para la práctica de la prueba o pruebas pendientes.

(...) El director del proceso podrá ordenar un receso, por el tiempo que estime indispensable, para que las partes presenten los alegatos de conclusión, el cual será e mínimo tres (3) días y máximo de diez (10) días. De la misma manera podrá proceder en aquellos eventos que no estén previstos y que hagan necesaria tal medida. Contra esta decisión no cabe ningún recurso. (...)

Art. 178. Concluidas las intervenciones se procederá verbal y motivadamente a emitir el fallo. La diligencia se podrá suspender, para

proferir la decisión dentro de los dos días siguientes. Los términos señalados en el procedimiento ordinario para la segunda instancia, en el verbal, se reducirán a la mitad.” (énfasis de la Sala)

El texto literal de esta norma, en el aparte subrayado, es claro y no permite interpretaciones en contrario: a la audiencia disciplinaria que se surte en el proceso verbal debe necesariamente asistir el investigado, sea sólo o con la asistencia de un abogado; no puede asistir únicamente el apoderado en representación suya, puesto que ello contrariaría la literalidad de la ley en este punto. En criterio de la Sala, el derecho sustantivo que se pretende proteger con esta disposición es, evidentemente, el derecho de defensa del procesado. Ello es plenamente consistente con la naturaleza sumaria del proceso verbal, que el legislador quiso armonizar con el pleno respeto por las garantías constitucionales mínimas del debido proceso que asisten al servidor público disciplinado.

Al mismo tiempo, observa la Sala que por disposición legal, esta audiencia a través de la que se desarrolla el proceso verbal, dadas las múltiples finalidades que con ella se buscan y las distintas actuaciones que en su transcurso han de realizarse, puede ser suspendida en distintas oportunidades y hasta por varios días cada vez para efectos de practicar pruebas, presentar alegatos de conclusión, proferir fallo disciplinario o cualesquiera otros “eventos que no estén previstos y que hagan necesaria tal medida”. De esta manera, el hecho de que el disciplinado no asista personalmente a una determinada fase de esta audiencia, *per se*, no constituye una causal de violación de su derecho al debido proceso; habrá de examinarse el momento específico de la audiencia que se llevó a cabo sin la presencia del disciplinado, y establecer si su ausencia repercutió sobre el disfrute pleno de sus derechos de defensa y de contradicción de las pruebas, valores sustantivos que el mandato procedimental del legislador busca resguardar.

Observa la Sala que en efecto, el Procurador Provincial de Cúcuta citó a audiencia pública de conformidad con los artículos 175 y siguientes mediante auto del 19 de junio de 2008; y que se dio inicio a esta audiencia el día 8 de julio de 2008, sin la presencia del señor Alfonso Romero, pero con la presencia de su apoderado, señor José Armando Ramírez Bautista. En el curso de esta diligencia el Procurador Provincial recibió la versión escrita de los descargos del defensor del disciplinado, que se incorporó al expediente, autorizó la expedición de copias de la actuación para el apoderado del señor Romero, y decretó la práctica de algunas pruebas testimoniales pedidas por el abogado Ramírez. Una vez decretadas estas

pruebas, la audiencia se suspendió para efectos de practicarlas. Posteriormente se reanudó la audiencia el 24 de julio de 2008, procediendo a la fase de alegatos, que se presentaron en esa misma diligencia; y luego de una nueva suspensión, el 31 de julio de 2008 se reanudó para proferir el fallo disciplinario sancionatorio en contra del señor Romero. El señor Romero no estuvo físicamente presente en ninguna de estas dos diligencias de continuación de la audiencia pública; en ambas estuvo representado por su apoderado, quien ejerció las distintas facultades procesales con las que contaba para establecer su defensa.

De lo anterior concluye la Sala que efectivamente se presentó una irregularidad procesal, en la medida en que en el curso de la audiencia pública disciplinaria el señor Alfonso Romero no estuvo presente personalmente, sino representado todo el tiempo por su abogado, el cual fue libremente designado por él. Sin embargo, no se trata de una irregularidad que haya tenido la magnitud suficiente como para impedir el ejercicio del derecho de defensa ni pretermitir las oportunidades con que contaba el señor Romero para contradecir las pruebas y pedir a su turno pruebas de descargo. En efecto, el abogado del señor Romero ejerció una defensa activa a todo lo largo de esta audiencia, pidiendo pruebas, presentando alegatos e interponiendo recursos, hasta el punto de que no se ve cómo más hubiera podido ejercer su defensa el señor Romero de haber estado físicamente presente en las diligencias, ya que su abogado agotó todos los canales legalmente establecidos para ello, y presentó sendos escritos de descargos y alegatos de conclusión. De allí que, si bien no se cumplió plenamente con el mandato del legislador, los derechos sustantivos que esta ritualidad procesal busca proteger no se vieron en absoluto afectados por la ausencia del señor Romero.

La Sala recuerda 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 esta Corporación, 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”⁵³. En idéntica línea, en pronunciamiento de 2007, dijo esta Sección:

“Como lo ha expresado la Sala en otras oportunidades, el debido proceso es una garantía constitucional instituida en favor de las partes y de aquellos terceros interesados en una determinada actuación administrativa o judicial (artículo 29). Consiste en que toda persona, natural o jurídica, debe ser juzgada conforme a leyes preexistentes al caso que se examina, garantizándosele principios como los de publicidad y contradicción y el derecho de defensa. No obstante, debe precisarse 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, es decir sólo las irregularidades sustanciales o esenciales, que implican violación de garantías o derechos fundamentales, acarrear la anulación de los actos sancionatorios.”⁵⁴

En aplicación del mandato constitucional de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales (C.P., art. 228) y del principio de instrumentalidad de las formas aplicado por la jurisprudencia constitucional, la Sala concluye que esta irregularidad procesal en la que se incurrió en el proceso disciplinario contra el señor Romero no alcanza a constituir una vulneración del debido proceso que pueda justificar la anulación de lo actuado.

Por las anteriores razones, el cargo no prospera.

12. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR NO HABERSE DADO CUMPLIMIENTO, EN EL AUTO QUE CITO A AUDIENCIA DISCIPLINARIA, A LOS REQUISITOS LEGALES DEL PLIEGO DE CARGOS.

El abogado del señor Romero argumenta que en el auto que citó a nueva audiencia disciplinaria luego de que se anulara lo actuado el 13 de mayo de 2008, se violó el debido proceso del señor Romero por no haberse cumplido con los requisitos legales del pliego de cargos -v.g., no haberse realizado el análisis de las pruebas en que se fundamentaban los cargos formulados, no haberse precisado el concepto de violación de las normas invocadas, no haberse concretado la

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 5 de diciembre de 2002, Rad. No. 54001-23-31-000-1993-7797-01(16144); Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 23 de agosto de 2007, Rad. No. 25000-23-25-000-1999-11470-01(4144-04); Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

modalidad específica de la conducta (arts. 163-2 y 43-6, C.D.U.), y no haberse motivado la calificación provisional de la falta.

En criterio de la Sala, el abogado yerra al intentar hacer extensivos los requisitos legales del pliego de cargos a una actuación procesal que ya fue regulada en forma integral y precisa por el Legislador. En efecto, los requisitos que debe llenar el auto mediante el cual se cita a audiencia pública en el curso del proceso verbal disciplinario ya fueron establecidos con precisión por el artículo 177 de la Ley 734 de 2002, así:

“Art. 177. Calificado el procedimiento a seguir conforme a las normas anteriores, el funcionario competente, mediante auto que debe notificarse personalmente, ordenará adelantar proceso verbal y citará a audiencia al posible responsable.

En el auto que ordena adelantar proceso verbal, debe consignarse la identificación del funcionario cuestionado, el cargo o empleo desempeñado, una relación sucinta de los hechos reputados irregulares y de las normas que los tipifican, la relación de las pruebas tomadas en cuenta y de las que se van a ordenar, lo mismo que la responsabilidad que se estima puede caber al funcionario cuestionado. (...)”

No es procedente, en consecuencia, intentar aplicar a esta diligencia los requisitos establecidos en el artículo 163 del Código, puesto que éstos son propios del procedimiento ordinario, y sólo se puede recurrir a la regulación legal de este procedimiento cuando no haya disposición expresa sobre el tema en el capítulo atinente al procedimiento verbal; en efecto, el artículo 181 de la Ley 734/02 dispone que “los aspectos no regulados en este procedimiento se regirán por lo dispuesto en el siguiente y por lo señalado en el procedimiento ordinario, siempre y cuando no afecte su naturaleza especial”. Al tratarse de un aspecto que sí está regulado para el procedimiento verbal, no es procedente efectuar la remisión normativa que intenta el abogado del señor Romero.

En este caso se observa que la determinación de que el proceso aplicable era el verbal se realizó al inicio de la investigación disciplinaria, mediante auto del 15 de enero de 2008; no obstante, dado que se avanzó en el proceso hasta la fase de fallo pero estas actuaciones fueron anuladas el 15 de mayo de 2008, el Procurador Provincial, acatando la anulación hecha por su superior, profirió un nuevo auto citando a audiencia pública el día 19 de junio de 2008. Lo que es más importante para la Sala es que en este auto del 19 de junio de 2008, en el que se rehizo la actuación anulada, el Procurador Provincial dio estricto cumplimiento a los requisitos establecidos en la ley, puesto que en esta providencia se identificó al

funcionario cuestionado y su cargo, se hizo una relación sucinta de los hechos investigados, de las normas que los tipifican, se relacionaron las pruebas que obraban en el expediente, y se indicó la responsabilidad que se estimaba le podía caber.

Por lo tanto, el cargo carece de fundamento y habrá de ser desechado.

13. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR INCUMPLIMIENTO DEL TERMINO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 185 DEL CODIGO DISCIPLINARIO UNICO.

El apoderado del señor Romero alega que se violó el debido proceso de su cliente por no haberse cumplido, en el proceso disciplinario que se le siguió, con el término de diez días establecido en el artículo 185 del Código Disciplinario Unico.

Para la Sala es evidente que el artículo 185 de la Ley 734/02 era inaplicable al procedimiento que se siguió contra el señor Romero, puesto que dicha norma se inserta dentro del capítulo sobre "Procedimiento disciplinario especial ante el Procurador General de la Nación", y no en el capítulo sobre el procedimiento verbal que se adelantó contra el señor Romero ante la Procuraduría Provincial de Cúcuta y, en segunda instancia, ante la Procuraduría Regional de Santander.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

14. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA E INADECUADA MOTIVACION DE LOS FALLOS SANCIONATORIOS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA.

El abogado del señor Romero ha alegado que los fallos disciplinarios sancionatorios de primera y segunda instancia adolecen de indebida valoración probatoria por haberse omitido apreciar las pruebas favorables al señor Romero, y que su motivación fue insuficiente.

En la sección 4.1. de la presente providencia, el Consejo de Estado se detuvo a reseñar con todo detalle tanto las numerosas pruebas recaudadas por la Procuraduría Provincial de Cúcuta, como las decisiones de primera y segunda instancia en las que se impuso la sanción de destitución e inhabilidad general al

señor Romero por habersele encontrado responsable de incurrir en conductas constitutivas de abuso sexual contra sus menores estudiantes.

Una lectura detenida de estas pruebas y decisiones revela que el cargo presentado por el abogado del señor Romero carece de fundamento en términos absolutos. Las decisiones de la Procuraduría en primera y segunda instancia fueron providencias ponderadas, suficientemente motivadas, y sobretodo debidamente fundamentadas en la multiplicidad de elementos probatorios que fueron recaudados por las autoridades investigadoras, y valorados expresamente en su integridad, tanto en lo favorable al señor Romero como en lo muy desfavorable que de ellas se deducía para él.

En efecto, en estas decisiones disciplinarias, transcritas para efectos de absoluta transparencia procesal en los acápites precedentes de la presente sentencia, la Procuraduría hizo una valoración detenida y específica tanto de (a) las pruebas que aportó el señor Romero para sustentar su argumento de que se trataba de una conspiración y un montaje en su contra, y de que la supuesta indisciplina de estas menores demostraba que estaban predispuestas contra él –estrategia de defensa que el Consejo de Estado considera escandalosamente incompatible con el hecho de que las víctimas eran niñas de escasos siete y ocho años de edad, en cuyas mentes inocentes y en formación la Sala se resiste a aceptar que cupieran la mala fe, la experiencia de vida, el conocimiento jurídico y la astucia perversa que serían necesarias para montar y coordinar una falsa acusación de abuso sexual de estas dimensiones-, como de (b) las declaraciones detalladas y consistentes de las niñas ante la Fiscalía, la valoración de sus declaraciones por los expertos psicólogos adscritos a la entidad, las declaraciones de los compañeritos de salón de las niñas denunciantes y de sus padres o acudientes, y en general de todas las numerosas evidencias desfavorables al señor Romero que fueron diligentemente recaudadas por el Procurador Provincial de Cúcuta y, en su conjunto, desvirtuaron con creces la presunción de inocencia que le amparaba, apuntando sin lugar a duda, a la luz de la experiencia y la sana crítica, hacia su responsabilidad efectiva en la comisión de estos reprochables delitos contra la integridad sexual, psicológica y moral de las pequeñas niñas puestas a su cargo.

Para la Sala, así, las actuaciones del Procurador Provincial de Cúcuta y del Procurador Regional de Norte de Santander en cuanto al recaudo y valoración probatorios y en cuanto a la motivación de sus decisiones en este difícil y delicado

caso, fueron no sólo adecuadas y jurídicamente válidas, sino *ejemplares* por su calidad, su precisión, y el cuidado sobresaliente con el cual dichos funcionarios acometieron esta investigación, que fue especialmente respetuosa de los caros derechos fundamentales prevalecientes y el interés superior de las niñas afectadas.

El cargo no prospera.

15. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR NO HABERSE CUMPLIDO EN LAS DECISIONES SANCIONATORIAS CON LOS REQUISITOS DEL PLIEGO DE CARGOS.

Alega el abogado del señor Romero que los fallos disciplinarios sancionatorios de primera y segunda instancia son nulos, por no haberse precisado en ellos la modalidad específica de la conducta investigada, según el artículo 163 de la Ley 734/02.

Es evidente que el artículo 163 de la Ley 734 de 2002, que regula el contenido de la decisión mediante la que se formulen cargos al investigado en el curso de un proceso disciplinario ordinario, es inaplicable a los fallos de fondo proferidos al término de un proceso disciplinario verbal. Los requisitos del fallo están establecidos en los artículos 177 y 178 del Código Disciplinario Unico; e incluso si se quisieran aplicar por extensión –así fuera para efectos argumentativos-, los requisitos del fallo disciplinario proferido en un proceso ordinario están establecidos en el artículo 170 de dicho Código, y no en el artículo 163 *ibídem*. No son aplicables, se reitera, los requisitos trazados por el legislador para una actuación procesal distinta, como es el pliego de cargos.

En consecuencia, por deficiente sustentación jurídica el cargo no prospera.

16. SUPUESTA VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACION DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

Alega por último el abogado del señor Romero que se violó el debido proceso de su cliente, por cuanto el fallo de segunda instancia proferido por la Procuraduría Regional de Norte de Santander no le fue notificado personalmente.

Consta en el expediente, contrario a lo dicho por el demandante, que la decisión de la Procuraduría Regional del Norte de Santander en segunda instancia fue notificada personalmente al defensor del señor Romero el 16 de diciembre de 2008. No existe mandato legal alguno en virtud del cual la Procuraduría hubiese debido realizar dos notificaciones personales de esta decisión, una para el señor Romero y otra para su abogado; en aplicación del principio constitucional de buena fe (art. 83, C.P.), y en ausencia de un mandato legal expreso que exija esta doble notificación, se entiende que con la notificación personal al abogado del señor Romero se suplió el requisito de publicidad trazado por la ley.

En cualquier caso, la conducta subsiguiente del señor Romero y de su abogado, en el sentido de recurrir judicialmente las sanciones disciplinarias impuestas a él por la Procuraduría, en forma oportuna y dentro del término de prescripción legalmente establecido, demuestra claramente que su derecho de defensa no se vio afectado por el hecho de que la decisión de segunda instancia sólo se le hubiese notificado a su abogado defensor. Materialmente pudo ejercer su defensa en forma plena, haciendo uso de los canales provistos por el ordenamiento jurídico colombiano para ello.

El cargo será rechazado.

III. DECISION

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

RESUELVE:

DENEGAR las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO