

## DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO - Alcance

El sujeto que se encuentra siendo disciplinado deberá ser investigado por el funcionario competente, los presupuestos legales que determine la referida ley, así como no ser juzgado sino conforme a las l preexistentes a la conducta que le está siendo imputada (...)Lo expuesto condensa los requisitos neces que debe cumplir la autoridad sancionatoria a la hora de emitir una fallo disciplinario, con el fin de e una vulneración al debido proceso, garantías dentro de las cuales se registra la posibilidad de qu disciplinado pueda controvertir mediante recursos y actuaciones todas las decisiones que se presenten largo del proceso

## VALORACIÓN PROBATORIA EN MATERIA DISCIPLINARIA- Reglas

El respeto a las reglas sustanciales disciplinarias en materia probatoria –con las cuales en el caso conc se determina si la conducta es típica, antijurídica y culpable-, implica el cumplimiento de tres (3) requi fundamentales, en estricto orden: 1) los elementos probatorios permitidos, 2) el régimen de análisis y 3 niveles de certeza establecidos por el legislador, para acreditar los factores que constituyere responsabilidad. (...) el sistema de la sana crítica o persuasión racional –a diferencia de otros sistema valoración probatoria-, obliga al juzgador a establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base e reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Estas reglas son las que debe tener en cuenta el oper disciplinario y contribuyen para que las conclusiones a las cuales arribe sobre el valor o contenido c prueba sean legalmente válidas, pues impiden que aquel razone a voluntad, discrecionalme arbitrariamente, de manera contra evidente o dé un alcance y extensión a la prueba que no se desprend ella. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". sentencia de 6 octubre de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, , Radicación 2012-00681-00

## DESTITUCIÓN DE DOCENTE POR ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS / RECEPCIÓN TESTIMONIOS DE MENORES DE EDAD POR EL DEFENSOR DE FAMILIA / ACOMPAÑAMIENTO DE PSICÓLO

Para esta Sala resulta claro que efectivamente el funcionario competente para recepcionar los testimc de las menores era el Defensor de Familiar más no el Personero del municipio de El Tablón de Gó (Nariño) tal como en el caso sucedió –decreto y práctica de pruebas-. (...) Para lo cual, el artículo 21 Ley 734 de 2002 ha establecido que en aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los princ rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley, por ende al tratarse de temas relacionad procesos penales en donde se encuentren involucrados menores de edad, prevalecerán los derecho éstos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra person ese orden no se vulneró la Ley 1098 de 2006 (artículo 150), pues aunque las declaraciones de los men de edad –involucrados en el proceso disciplinario- no fueron tomadas por el Defensor de Familia, se prevalencia a los artículos 192 y 193 ídem, los cuales hacen alusión al interés superior del menor acompañamiento de psicólogos en la diligencia de los testimonios de estas personas. De acuerdo cc anterior, la Sala entiende que en estos casos debe darse prevalencia a los derechos fundamentales como la integridad personal de las niñas en especial cuando el maltrato o abuso proviene de una per que tiene posición de garante tal como lo es un docente, por todo ello, se concluye que este cargo tam tiene vocación de prosperidad.

/ Ley 1098 de 2006FUENTE FORMAL : LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTIC ARTÍCULO 29 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 130 / LEY 1098 DE 2006- ARTÍCULO 140 / LEY 734 DE 2 – ARTÍCULO 21

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 52001-23-33-000-2014-00118-01(0534-16)

Actor: HUBER ALEJANDRO MALLAMA CARLOSAMA

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Asunto: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA FALLOS DISCIPLINARIOS SANCIONARON A DOCENTE DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA AGROPECUARIA "INGA", DEL MUNICIPIO DE TABLÓN DE GÓMEZ" (NARIÑO), CON DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR QUINCE (15) AÑOS.

Decisión: CONFIRMA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA QUE NEGÓ LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA. FALLO SEGUNDA INSTANCIA.

El proceso de la referencia viene con informe de la Secretaría de 23 de septiembre de 2016[1], y cumplido el trámite previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[2], procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Huber Alejandro Mallama Carlosama –en calidad de demandante- contra la sentencia de 21 de agosto de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala de Decisión, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Procuraduría General de la Nación.

#### ANTECEDENTES

La demanda y sus fundamentos[3].

Por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011[4], el señor Huber Alejandro Mallama Carlosama solicitó la nulidad de los fallos disciplinarios de 28 de septiembre de 2012 y 31 de julio de 2013 proferidos por el Procurador Regional de Nariño y el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa respectivamente, a través de los cuales fue sancionado con destitución del cargo como docente de la Institución Educativa Agropecuaria "Inga" del corregimiento de Aponte en el municipio de El Tablón de Gómez (Nariño) e inhabilidad general por el término de quince (15) años.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó que se condene a la Procuraduría General de la Nación a: i) reintegrarlo al cargo que venía ocupando al momento de concretarse la sanción de destitución; ii) pagar e indexar los sueldos, emolumentos y prestaciones sociales dejados de percibir; iii) pagar por perjuicios morales una suma equivalente a doscientos (200) SMLMV[5]; iv) cancelar por perjuicios materiales[6] una suma de seis millones setecientos diez ochocientos veinte mil pesos (\$6.710.820); v) pagar por daño a la vida en relación una suma equivalente a ochenta (80) SMLMV y, vi) cumplir la sentencia que ponga fin al proceso contencioso administrativo, en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

A continuación la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado y la demandante, así:

Afirmó el apoderado del demandante que el señor Huber Alejandro Mallama Carlosama mientras desempeñaba como docente de la Institución Educativa Agropecuaria "Inga" del corregimiento de Aponte en el municipio de El Tablón de Gómez (Nariño), fue denunciado disciplinariamente ante la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Gobernación de Nariño, debido a la supuesta comisión de actos sexuales abusivos contra tres de sus alumnas menores de 14 años de edad.

Indicó que la Procuraduría Regional de Nariño mediante: i) auto de 18 de noviembre de 2011 dio apertura a la investigación disciplinaria[7], ii) auto de 28 de febrero de 2012 profirió pliego de cargos[8] y, iii) falló

primera instancia[9] de 28 de septiembre de 2012 sancionó al demandante con destitución del cargo docente e inhabilidad general por el término de quince (15) años, al encontrarlo responsable de haber cometido a título de dolo, la falta gravísima consagrada en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 73 2002[10], en concordancia con el artículo 209 de la Ley 599 de 2000.

Manifestó que mediante escrito de 24 de octubre de 2012[12] presentó recurso de apelación contra el disciplinario de primera instancia, el cual fue resuelto por la Procuraduría Segunda Delegada por Vigilancia Administrativa mediante fallo de segunda instancia de 3 de julio de 2013[13] confirmando e integridad la sanción disciplinaria y ejecutada por la Gobernación de Nariño mediante la Resolución de de 17 de septiembre de 2013.

Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante citó como vulneradas las siguientes disposiciones:

Los artículos 29, 53 de la Constitución Política.

El artículo 142 de la Ley 734 de 2002[15].

El artículo 150 de la Ley 1098 de 2006[16].

Como concepto de violación, el apoderado del demandante señaló lo siguiente:

Vulneración del derecho al debido proceso y falsa motivación.

Señaló el apoderado del demandante que la autoridad disciplinaria demandada incurrió en un error fáctico por cuanto al analizar las pruebas que obran en el plenario se encuentra demostrado que en ningún momento incurrió en la falta endilgada por ende no cometió la conducta típica imputada.

Así mismo, manifestó que los actos acusados carecen de certeza, teniendo en cuenta que al haber presentado una indebida valoración, omisión, decreto y práctica de pruebas, no había suficiente evidencia de la existencia de la falta y la responsabilidad disciplinaria.

Vulneración del derecho al trabajo.

Indicó que le fue vulnerado su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, por cuanto fue víctima de acoso laboral siendo finalmente destituido del cargo de docente e inhabilitado, sin existir certeza de conducta y falta atribuible y más aún sin garantizarle una defensa técnica y material.

Defecto procedimental en la práctica de las declaraciones realizadas a las menores de edad.

Precisó que los testimonios dados por las menores de edad deben ser declarados como inexistentes cuando fueron recepcionados por un funcionario diferente al Defensor de Familia, el cual de conformidad con el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 es el único que se encuentra facultado para realizar dichas actuaciones.

## 1.2 Contestación de la demanda[17].

La Procuraduría General de la Nación contestó la demanda, a través de apoderado judicial, oponiendo las pretensiones del libelo, con los siguientes argumentos:

Precisó que la entidad demandada actuó de acuerdo a las disposiciones legales y dio cumplimiento a las formalidades propias del proceso disciplinario, garantizando al sancionado su derecho al debido proceso de defensa y contradicción, al haberse surtido en debida forma todas y cada una de las etapas del mismo.

Alegó que al actor no se le vulneró el derecho al trabajo ya que fue sancionado al existir plena certeza de la existencia de la conducta, la falta y la culpabilidad; en consecuencia, su actuar dio como resultado la destitución del cargo como docente. Señaló que, no puede accederse a la pretensión de reintegro por cu

no se demandó la Resolución 255 de 17 de septiembre de 2013 del Gobernador de Nariño, a través de la cual se ejecutó la sanción[18].

Indicó que, no se vulneró la Ley 1098 de 2006 (artículo 150), pues aunque las declaraciones de los menores de edad –involucrados en el proceso disciplinario- no fueron tomadas por el Defensor de Familia, se prevalece a los artículos 192[19] y 193[20] ídem, los cuales hacen alusión al interés superior del menor y al acompañamiento de psicólogos en la diligencia de los testimonios de estas personas.

### 1.3 La sentencia apelada[21].

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia de 21 de agosto de 2015 negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante[22], con base en los siguientes argumentos:

Señaló que en el proceso disciplinario obran las piezas procesales y demás documentos que acreditan que existió una adecuada representación del disciplinado tales como: i) la solicitud y presentación de prueba en la etapa de descargos, ii) la notificación de los fallos sancionatorios y iii) la presentación del recurso de apelación; por tal motivo no puede pretender éste que por no haber prosperado sus pretensiones configure una vulneración a sus derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

Afirmó que las decisiones adoptadas por la administración se encuentran revestidas de la presunción de legalidad, más cuando el demandante participó activamente en el proceso disciplinario, por lo que sus argumentos referidos a la vulneración de las garantías procesales no tienen vocación de prosperidad.

### 1.4 El recurso de apelación[23].

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de 21 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño[24], con los siguientes argumentos:

Señaló que el a quo omitió referirse a los cargos de falsa motivación por: i) valoración defectuosa de la prueba material probatorio, ii) omisión en el decreto y la práctica de pruebas y, iii) no valoración del acta probatorio, mencionados en los alegatos de conclusión.

Manifestó que el Tribunal de primera instancia erró al haber pasado por alto que la falta disciplinaria sancionada al sancionado fue la establecida en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 supuestamente haber cometido actos sexuales con menor de catorce años, sin realizar el correspondiente estudio del artículo 142 de la misma normativa, el cual describe que no se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.

Afirmó que el a quo no realizó una valoración psiquiátrica a las tres niñas presuntamente violentadas, por lo que es necesario que se decrete de oficio dicha prueba con el fin de determinar las inconsistencias y falsedades que se presentaron en el proceso disciplinario.

### 1.5 Alegatos de segunda instancia.

#### 1.5.1. Parte demandada[25].

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en el sentido que se le protegió las garantías constitucionales y procesales al sancionado, al haber sido notificado de cada una de las actuaciones que fueron surtidas en el proceso disciplinario, además de dar la posibilidad que éste presentara su recurso y alegatos, por lo que no existe razón para que se proceda a objetar la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales fue sancionado.

Precisó que no se puede pretender una indemnización por perjuicios causados, al haber incurrido en una falta de tipo disciplinario, y teniendo en cuenta que la conducta fue desempeñada por una persona que actuó en beneficio de la comunidad, salvaguardando sus intereses y el buen nombre del ente educativo.

### 1.6 Concepto del Ministerio Público[26].

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar parcialmente el recurrido, con base en los siguientes argumentos:

Planteó que no existe una transgresión a los derechos alegados por el demandante al dar validez a testimonios de las menores víctimas del abuso sexual sin la presencia del Defensor de Familia, pues si es cierto que en tales casos se debe dar aplicación a lo consagrado en el artículo 150 de la Ley 109 2006, tal omisión no puede invalidar la actuación disciplinaria, dado que el sancionado realizó conducta grave, como es la de abusar sexualmente de menores de catorce (14) años.

Consideró que al no encontrarse acreditados los gastos del proceso, no es posible declarar la condena costas, por lo tanto solicitó revocar la decisión proferida en este sentido.

## CONSIDERACIONES

### 2.1. Cuestión previa.

La Sala observa que el apoderado del actor tanto en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho como en el recurso de apelación presentado contra la decisión de primera instancia, solicitó se practique valoración psiquiátrica a las tres niñas, presuntamente vulneradas, por parte de un perito adscrito Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Pasto o en su defecto, por el equipo interdisciplinario la Fiscalía 52 CAIVAS de Pasto, e igualmente que se examine al disciplinado –ahora demandante- para se determine la afectación e incidencia de la desvinculación laboral en su salud mental.

En atención a lo anterior se observa que: i) En el proceso disciplinario mediante auto de 22 de mayo 2012, la Procuraduría Regional de Nariño negó la práctica de la misma prueba pericial ahora solicitada, cuanto no se cumplió el requisito de necesidad, teniendo en cuenta que en su momento no se expresaron argumentos que sustentaran tal petición, más aun cuando, ya obra en el expediente disciplinario un análisis psicológico realizado a las menores de edad.

ii) En la audiencia inicial de 4 de marzo de 2015[27], el Tribunal Administrativo de Nariño[28] -dentro de la primera instancia de esta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho-, negó la práctica de la mencionada prueba por impertinente toda vez que: a) de las menores afectadas se desconocía la identidad, residencia o domicilio –datos que no fueron aportados por el demandante-; ii) no se señalaron cuáles fueron las circunstancias de afectación aducidas por el demandante en relación con la desvinculación laboral; y iii) la valoración psicológica en la persona del demandante- no guarda relación con el objeto de la Litis, que no es otro que debatir si las decisiones administrativas disciplinarias se ajustaron al debido proceso.

Frente a la anterior decisión judicial, el actor no interpuso recurso alguno teniendo la posibilidad de hacerlo (Ley 1437 de 2011, arts. 180 -número 10- y 243 –número 9-), por lo tanto, no puede ahora solicitar nuevamente la práctica de la misma, más aun cuando no se cumplen los requisitos para su decreto en segunda instancia (Ley 1437 de 2011, art 212).

### 2.2. Problema jurídico.

Atendiendo a los argumentos planteados en el fallo de primera instancia y en el escrito de apelación de parte del demandante, corresponde a la Sala determinar:

¿La autoridad disciplinaria vulneró el debido proceso del demandante, en cuanto a la garantía de defensa y contradicción?

¿La autoridad administrativa incurrió en vulneración del derecho al trabajo por falsa motivación e indebidamente valoración de la prueba, en relación con la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del disciplinado?

¿Son inexistentes los testimonios de los menores de edad, rendidos dentro del proceso disciplinario, por

haberse aplicado el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 que exige de la comparecencia del Defensor de la Familia al momento de su recepción?

#### I. RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DEBIDO PROCESO.

Para resolver el primer problema jurídico planteado, es necesario establecer: 1) El marco jurídico del debido proceso disciplinario, para luego analizar, 2) El cargo de apelación en concreto.

Régimen jurídico del debido proceso disciplinario.

De conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la Ley 734 de 2002 - en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política -, el debido proceso disciplinario involucra todos los aspectos sustanciales procesales de la actuación disciplinaria, así:

"Artículo 6°. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público". (Subrayado fuera de texto).

"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 restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien 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".

De esta manera se establece que el sujeto que se encuentra siendo disciplinado deberá ser investigado por el funcionario competente, bajo los presupuestos legales que determine la referida ley, así como no ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes a la conducta que le está siendo imputada.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional[29] ha señalado que:

"La Corte ha señalado unos requisitos mínimos que deben observar los funcionarios que gozan de potestad disciplinaria, para que el debido proceso sea efectivo, según los cuales, todo investigado tiene derecho a: la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se le imputan conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrito siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación del término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra, allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones." (Subrayado fuera de texto).

Lo expuesto condesa los requisitos necesarios que debe cumplir la autoridad sancionatoria a la hora de emitir un fallo disciplinario, con el fin de evitar una vulneración al debido proceso, garantías dentro del

cuales se registra la posibilidad de que el disciplinado pueda controvertir mediante recursos y actuaciones todas las decisiones que se presenten a lo largo del proceso.

Análisis del cargo en concreto.

Para determinar si le asiste razón o no al accionante en los puntos antes expuestos, la Sala proce valorar el material probatorio que reposa en el plenario, así:

Oficio de 11 de octubre de 2011[30] suscrito por el Jefe Oficina Control Disciplinario Interno – Gobernador de Nariño, dirigido al Procurador Regional de Nariño, mediante el cual informa de las quejas disciplinarias que versan sobre los posibles actos de maltrato infantil por parte del docente Huber Alejandro Mall Carlosama contra unas estudiantes menores de 14 años.

Oficio de 4 de agosto de 2011[31] suscrito por la señora Natalia Cerón Benavides –en su calidad de psicóloga E.S.E.- dirigido a la Rectora de la institución, mediante el cual le hace entrega de las valoraciones psicológicas realizadas a las estudiantes[32] afectadas.

De las valoraciones psicológicas realizadas a las menores se determinó la existencia de un abuso sexual; igualmente que éstas presentan problemas en las relaciones interpersonales más específicamente con el sexo masculino así como temores y miedos para asistir al colegio. Así mismo en estas documentales se observa que, se hace un llamado a la institución educativa para que tome alternativas correctivas con el docente –ahora demandante- y se solicita la protección de los derechos de éstas.

Testimonios recepcionados por el Personero Municipal de El Tablón de Gómez (Nariño) el 25 de noviembre de 2011[33] a las siguientes personas: i) Natalia Cerón Benavides –psicóloga-, ii) María Encarna Janamejoy Janamejoy –rectora del I. E. Inga de Aponte y quejosa-, iii) Edison Francisco Bastidas Benavides –docente del I. E. Inga de Aponte-, iv) Jesús Ángel Morales Bastidas –docente del I. E. Inga de Aponte-, v) Gilma Martínez Córdoba –representante padre de familia-, vi) Darly Carolina Agreda –menor de edad-, vii) Diana Carolina Chávez –menor de edad-, viii) Ynela Alexandra González Chasoy –menor de edad-, ix) Polaninfa Toro –abuela de la menor Daylin Carolina Agreda-, x) Alba Carlosama Chindoy –representante madre de familia-, xi) Lilibian Chasoy Muñoz –madre de la menor Ynela Alexandra González Chasoy-.

Testimonios recepcionados por el Personero Municipal de El Tablón de Gómez el 7 de junio de 2012[34] a las siguientes personas: i) Álvaro Wilson Burbano –docente del I. E. Inga de Aponte-, ii) Germán Alvarado Hernández Pantoja –coordinador del I. E. Inga de Aponte-, iii) Juan Ignacio Narváez Morillo –docente del I. E. Inga de Aponte- y, iv) Ana Rubiela Granda Martínez habitante del municipio de El Tablón de Gómez-.

De los anteriores testimonios se pudo observar que: **1)** el sancionado tenía comportamiento de persona aislada, renegaba de su estadia en el municipio, cambiaba de residencia de manera habitual, permanecía en la defensiva y tenía varios problemas con las directivas y algunos padres de familia, **2)** el disciplinado realizaba con sus estudiantes menores de 14 años conductas que implicaban contacto físico –incluso con la voluntad de aquellas-, tales como caricias inadecuadas en las partes íntimas –con el fin de satisfacer el placer sexual- y desplegaba incluso conductas agresivas, **3)** las menores víctimas, sus compañeras y amigos manifestaban que el actor realizaba con ellas las referidas conductas y en los mismos escenarios, **4)** no es posible admitir como exclusión de responsabilidad del docente el hecho que al parecer sufre de un trastorno mental, más aún cuando varios de sus compañeros manifiestan que su comportamiento era normal simplemente le gustaba estar con los alumnos porque quería fortalecer su relación y que lo vieran como un amigo, más no como un profesor y, **5)** el demandante ofreció disculpas por su proceder a una de las menores y cuando la rectora y el coordinador de la institución educativa le llamaron la atención por su comportamiento, él reconoció que había realizado tal conducta de forma inconsciente y de hecho agradeció por los consejos que le daban, situaciones estas que confirman la existencia de la conducta y la reprochada que le fue imputada por la autoridad disciplinaria. También obran en el expediente, las siguientes piezas procesales:

Auto de apertura de investigación disciplinaria contra el docente Huber Alejandro Mallama Carlosama radicado IUS – 2011-416255 IUC: D-2011-68-464358 del 18 de noviembre de 2011[35] proferido por

Procurador Regional de Nariño, con su respectiva notificación personal de fecha 24 de noviembre de 2011

Auto de pliego de cargos No. 001 del 28 de febrero de 2012[37] expedido por el Procurador Regional de Nariño en contra del docente, mediante el cual se le acusa de haber ejecutado posibles actos sexuales abusivos contra menores de 14 años, con su respectiva notificación personal del 26 de marzo de 2012.

Escrito de descargos presentado por el apoderado del investigado disciplinariamente con sus respectivos anexos[39].

Auto de 22 de mayo de 2012[40] de la Procuraduría Regional de Nariño, que abre la atapa probatoria – la práctica de las pruebas de descargo-, el cual fue debidamente notificado al disciplinado el 24 de mayo de 2012.

De los anteriores documentos se evidencia que la Procuraduría Regional de Nariño: 1) dio apertura a la investigación disciplinaria, formuló pliego de cargos y declaró responsable disciplinariamente al señor H. Alejandro Mallama Carlosama de haber ejecutado actos sexuales abusivos en contra de las menores mencionadas y, 2) notificó al disciplinado de dichos autos, los cuales obran respectivamente en los folios 101 y 102 del expediente y como consecuencia de ello éste presentó su escrito de descargos aportando pruebas solicitando las pruebas necesarias para ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Fallo disciplinario de primera instancia del 28 de septiembre de 2012[42] proferido por el Procurador Regional de Nariño, por medio del cual se resolvió "Declarar responsable disciplinariamente al señor H. Alejandro Mallama Carlosama (...) adscrito a la Institución Educativa Agropecuaria "Inga" de Aponte del Municipio de El Tablón de Gómez (N), al encontrarlo responsable disciplinariamente de los cargos elevados en el juicio de reproche, e imponer en su contra sanción de **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL POR EL TÉRMINO DE QUINCE (15) AÑOS (...)**", el cual fue notificado personalmente al ahora sancionado el 19 de octubre de 2012[43], y recurrido por éste el 24 de octubre de la misma anualidad.

Fallo disciplinario de segunda instancia del 31 de julio de 2013[45] proferido por la Procuraduría Segura Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante la cual se procedió a: "Confirmar el fallo sancionatorio proferido el 22 de septiembre de 2012 por la Regional de Nariño, con el que se sancionó disciplinariamente con destitución e inhabilidad general por quince (15) años, al señor HUBER ALEJANDRO MALLAMA CARLOSAMA en su condición de docente del Institución Educativa Agropecuaria INGAR ubicada en el corregimiento de Aponte del municipio de El Tablón de Gómez (Nariño) (...)", el cual fue notificado personalmente el 28 de agosto de 2013 al apoderado del demandante.

Revisados los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia se observa que: **1)** se formuló el siguiente cargo "... a partir del 31 de enero y hasta julio de 2011, en desarrollo al trabajo académico a él confiado con las alumnas de cuarto de primaria, es posible que hubiere incurrido en falta disciplinaria, cuando aprovechando el cargo en el aula de clases, eventualmente desplegó un comportamiento irregular consistente en irrespetar y ejercer actos sexuales abusivos en repetidas ocasiones en las menores alumnas Darly Carolina Agreda Molina, Yinela Alexandra González y Carolina Chávez ...". **2)** se sancionó al señor Huber Alejandro Mallama Carlosama con destitución del cargo de docente e inhabilidad general por un término de quince (15) años y, **3)** se notificó al disciplinado de dichos fallos, notificaciones que obran respectivamente en los folios 207 al 235 y 307 al 320 del expediente.

Conforme a lo anterior, para la Sala es claro que el disciplinado tuvo dentro del proceso disciplinario la oportunidad para ejercer su derecho de defensa y contradicción de las pruebas decretadas y recaudadas a través de la investigación, además no se observa que a éste se le hubiera cercenado su derecho de defensa técnica, en consecuencia no se evidencia que las autoridades disciplinarias le haya vulnerado el derecho al debido proceso.

De esta manera entonces, es válido concluir que en el presente caso existe un extenso material probatorio que acredita que en el proceso disciplinario el ahora demandante tuvo a su disposición todas las herramientas procesales de defensa otorgadas por el ordenamiento jurídico, y por lo tanto el cargo de análisis no tiene vocación de prosperidad.



## II. RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO E INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA.

Para resolver el segundo problema jurídico planteado es necesario establecer: 1) El marco jurídico de la valoración de la prueba en el derecho disciplinario, para luego analizar, 2) El cargo de apelación concreto.

Régimen jurídico de la valoración de la prueba en el derecho disciplinario.

La determinación de los elementos de la responsabilidad disciplinaria tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad -cuyos sub componentes fueron teóricamente descritos en los cuadros anteriores-, en cada caso concreto debe surgir de las pruebas que obren en el expediente disciplinario, lo cual, como lo ha señalado la Plena Contenciosa del Consejo de Estado[47] hace parte del control integral del acto administrativo disciplinario que debe realizar el juez contencioso administrativo y para ello como lo ha indicado la Subsección[48] en oportunidad anterior, debe revisar que se hayan observado las reglas sustanciales del régimen probatorio disciplinario, que a continuación se precisan.

El artículo 6[49] de la Ley 734 de 2002 –en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política– consagra el derecho al debido proceso, el cual involucra todos los aspectos sustanciales y procesales de la actuación disciplinaria, así:

Ley 734 de 2002. Artículo 6°. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso dentro de los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con la jurisprudencia de esta Subsección[50], el respeto a las reglas sustanciales disciplinarias en materia probatoria –con las cuales en el caso concreto se determina si la conducta es típicamente antijurídica y culpable-, implica el cumplimiento de tres (3) requisitos fundamentales, en estricto orden de jerarquía: 1) los elementos probatorios permitidos, 2) el régimen de análisis y 3) los niveles de certeza establecidos por el legislador, para acreditar los factores que constituyen la responsabilidad.

Los medios de prueba permitidos. En materia de medios de prueba permitidos el legislador en el artículo 130 ídem, estableció lo siguiente:

Artículo 130. Medios de Prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2003 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 crítica.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.

En atención a la norma transcrita, son considerados como medios de prueba válidos: 1) la confesión, 2) el testimonio, 3) la peritación, 4) la inspección o visita especial, 5) los documentos, y 6) cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, y expresamente hizo referencia a los indicios excluyéndolos de esta lista y darles la connotación de simples herramientas a tener "en cuenta al momento de apreciar las pruebas".

El sistema de análisis probatorio. El artículo 141 de la Ley 734 de 2002 en relación con la apreciación de las pruebas, estableció lo siguiente:

Artículo 141. Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente

acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ést fundamenta.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional[51] el sistema de la sana crítica persuasión racional –a diferencia de otros sistemas de valoración probatoria-[52], obliga al juzgado establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia experiencia.

Estas reglas son las que debe tener en cuenta el operador disciplinario y contribuyen para que conclusiones a las cuales arribe sobre el valor o contenido de la prueba sean legalmente válidas, impiden que aquel razone a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente, de manera contra evidente un alcance y extensión a la prueba que no se desprenda de ella.

Los niveles de certeza para imputar responsabilidad. La Ley 734 de 2002 contempla un nivel de certeza especial para que el operador disciplinario pueda establecer responsabilidad y proferir fallo sancionatorio que puede observarse claramente de la lectura coordinada y conjunta de las siguientes normas.

El artículo 9 ídem establece que a quien se le atribuya el cometimiento de una falta disciplinaria (tipicidad) se le debe presumir inocente hasta que esta presunción sea desvirtuada mediante la declaración de responsabilidad y la cual solo se puede declarar cuando se haya eliminado "toda duda razonable", de luego, sobre los elementos que determinan la responsabilidad (tipicidad, antijuridicidad o ilicitud material culpabilidad). La norma en comento señala lo siguiente:

"Artículo 9. Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla."

En los artículos 162 y 142 de la Ley 734 de 2002 el legislador estableció el grado de convencimiento que el material probatorio, aportado a través de los medios de prueba válidos, debe dar al operador disciplinario para proferir dos de las providencias más importantes del proceso disciplinario, esto es el pliego de cargos y el fallo. Las normas en comento establecen lo siguiente.

"Artículo 162. Procedencia de la decisión de cargos. El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno."

"Artículo 142. Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado."

De acuerdo con las disposiciones anteriores, para que el operador disciplinario pueda proferir el fallo de atribuir responsabilidad, debe acreditarse un nivel de certeza.

Ahora bien, atendiendo a las reglas sustanciales probatorias –elementos de prueba permitidos, régimen de análisis y niveles de certeza-, la Sala procederá a analizar en el caso concreto el segundo cargo de apelación.

Análisis del cargo en concreto.

El demandante señaló que debido a una equivocada valoración probatoria la autoridad disciplinaria procedió a destituirlo del cargo de docente e inhabilitarlo por el término de quince (15) años sin garantizarle defensa técnica y material y, en consecuencia vulnerando su derecho al trabajo, por lo cual la Sala procederá a analizarlo teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente y el material probatorio allegado en el proceso.

En el expediente reposan las declaraciones rendidas por las menores Daylin Carolina Agreda, Diana Carolina Chávez y Yanela Alexandra González Chasoy dentro del proceso disciplinario adelantado contra el señor Huber Alejandro Mallama Carlosama, en las cuales se lee lo siguiente:

DECLARACIÓN RENDIDA POR LA MENOR DAYLIN CAROLINA AGREDA EL 28 DE NOVIEMBRE DE 2011 ANTE LA PERSONERÍA DEL MUNICIPIO DE EL TABLÓN DE GÓMEZ (NARIÑO).

"PREGUNTADO: Diga si conoce al señor HUBER MALLAMA CARLOSAMA, (sic) en caso afirmativo cual es la razón de ese conocimiento y su amistad o trato con él? CONTESTADO: Si lo conozco, él era mi profesor. PREGUNTADO: Manifieste que puede decir sobre el comportamiento y conducta, relate detalladamente todo lo que paso, precisando que ocurrió, cuando donde como (...) CONTESTADO: Unas veces era bravo, otras veces como contento, él nos trataba a las niñas con cariño como acariciándonos, lo que paso con fue, (...) conté que el profe HUBER nos estaba tocando a tres compañeras YINELA GONZALEZ, DIANA CAROLINA CHAVEZ y a mí, el me hacía acostar en la mesa del salón de la escuela nos hacía poner derechas en el tablero y nos tocaba el estómago cuando él me tocaba se metía la mano a la chaqueta y se tocaba su pene".

DECLARACIÓN RENDIDA POR LA MENOR DIANA CAROLINA CHÁVEZ EL 28 DE NOVIEMBRE DE 2011 ANTE LA PERSONERÍA DEL MUNICIPIO DE EL TABLÓN DE GÓMEZ (NARIÑO).

"PREGUNTADO: Diga si conoce al señor HUBER MALLAMA CARLOSAMA, (sic) en caso afirmativo cual es la razón de ese conocimiento y su amistad o trato con él? CONTESTADO: Si lo conozco, él nos enseñó en la escuela. PREGUNTADO: Manifieste que puede decir sobre el comportamiento y conducta, relate detalladamente todo lo que pasó, precisando que ocurrió, cuando donde como (...) CONTESTADO: Muchas veces llegaba bien bravo y a los niños los regañaba bien, lo que paso con él fue, él cuando llamaban lista decía que me suma y que yo tenía el cuerpo bien bonito y él me apretaba el estómago, esto se presentaba en el salón de clases de la escuela (...), él me decía que vaya en las tardes a la escuela a recuperar y yo iba porque yo no debía nada y porque me daba miedo".

DECLARACIÓN RENDIDA POR LA MENOR YINELA ALEXANDRA GONZALEZ CHASOY EL 28 DE NOVIEMBRE DE 2011 ANTE LA PERSONERÍA DEL MUNICIPIO DE EL TABLÓN DE GÓMEZ (NARIÑO).

"PREGUNTADO: Diga si conoce al señor HUBER MALLAMA CARLOSAMA, (sic) en caso afirmativo cual es la razón de ese conocimiento y su amistad o trato con él? CONTESTADO: Si lo conozco, lo conocí asistiendo a la escuela. PREGUNTADO: Manifieste que puede decir sobre el comportamiento y conducta, relate detalladamente todo lo que paso, precisando que ocurrió, cuando donde como (...) CONTESTADO: con los niños él era bravo, con nosotras no, a las niñas nos decía que vamos en las tarde y si no íbamos el día siguiente se ponía bravo, de lo que paso con él al comienzo él nos tocaba el estómago y decía que nos sumamos y él se metía la mano (señala en lado del pene) y nos tocaba, él nos alzaba la blusa y nos tocaba el estómago cuando salíamos a recreo él a veces nos dejaba a DAYLIN y a mi o a CAROLINA CHAVEZ y a mí, nos hacía sumar y nos alzaba la blusa y nos tocaba el estómago y a veces me subía la mano hasta arriba (señala el pecho) un día él me hizo hacer para atrás y me toco (señala la cadera)".

De las valoraciones psicológicas del 4 de agosto de 2011 –señaladas en el acápite anterior de providencia- y las declaraciones dadas por las menores de edad el 28 de noviembre de 2011, se puede establecer que: **1)** El señor Huber Alejandro Mallama Carlosama era profesor de la Institución Educativa Agropecuaria "Inga" de Aponte ubicada en el municipio de El Tablón de Gómez (Nariño); **2)** el docente hacía que las menores de edad se subieran la camisa para realizarles caricias de tipo sexual, momento en el cual incluso en algunos eventos procedía concomitantemente a tocarse sus partes íntimas y **3)** las menores en razón de los mencionados abusos presentan temores y miedos para asistir al colegio, así como inestabilidad emocional y/o conflictos en las relaciones interpersonales con las demás personas, sobre todo con aquellas del sexo masculino.

Si bien el demandante advierte que, no hay prueba de la experiencia y profesionalismo de la psicóloga que acompañó la recepción de los testimonios de las menores -antes transcritos-, esto no es un argumento suficiente para que los hechos allí descritos no puedan ser tomados como ciertos, pues tales testimonios

espontáneos, claros y concordantes entre si y, no son las únicas pruebas que obran en el expediente, por lo que también se registran las declaraciones de los familiares de las víctimas, así como el de la rectora de la Institución Educativa (lugar donde ocurrieron los hechos) que confirman el abuso cometido en contra de los menores, frente a los cuales el abogado defensor tuvo la oportunidad de objetar pero no lo hizo, por lo que dichas pruebas tienen plena validez probatoria.

Así pues, se concluye que los testimonios fueron practicados en debida forma, sin que en ellos pueda observarse una manipulación en la técnica del interrogatorio que conlleve a anular la decisión adoptada por la autoridad disciplinaria, en consecuencia la Sala coincide en las conclusiones a las cuales arribó el Tribunal de Primera Instancia, esto es que, no hubo una indebida valoración de la prueba por parte de la autoridad disciplinaria, motivo por el cual el cargo bajo análisis no tiene vocación de prosperidad.

### III. RESOLUCIÓN DEL TERCER PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA EXISTENCIA DE UN DEFECTO PROCEDIMENTAL EN LA PRÁCTICA DE LAS DECLARACIONES RENDIDAS POR LAS MENORES DE EDAD.

#### 1. Competencia del funcionario que decepcionó los testimonios de las menores de edad.

La parte demandante en sus escritos de demanda y recurso de apelación, estableció que las declaraciones de las menores víctimas, fueron recepcionadas por un funcionario distinto al Defensor de Familia, vulnerando de esta manera lo consagrado en el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006, por lo que según éste dichas pruebas deben ser declaradas inexistentes de conformidad con el artículo 140 de la Ley 734 de 2002.

Al respecto la aplicación de los principios e integración normativa en el régimen disciplinario, en el artículo 21 del Código Disciplinario Único, se dispuso:

"Artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario."

Así mismo la Constitución Política en su artículo 44 ha señalado que los derechos fundamentales de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás ciudadanos, así:

"ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás". (Subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Código de la Infancia y la Adolescencia[53] en sus diferentes artículos tales como el:

**"Artículo 2°.** Objeto. El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar e ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos

Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado".

**"Artículo 6°.** Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas".

**"Artículo 9°.** Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente". (Subrayado fuera de texto).

**"Artículo 18.** Derecho a la integridad personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario. (...). (Subrayado fuera de texto).

En tanto que el artículo 150 de la misma normativa ha establecido que:

**"Artículo 150.** Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que este responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación.

A discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente". (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con las disposiciones anteriores, cabe indicar que la práctica de testimonios realizada con los niños y adolescentes en los procesos penales que se adelanten contra adultos, podrán ser recepcionados por el Defensor de Familia.

## 2. Análisis del cargo en concreto.

Para esta Sala resulta claro que efectivamente el funcionario competente para recepcionar los testimonios de las menores era el Defensor de Familia más no el Personero del municipio de El Tablón de Gó (Nariño) tal como en el caso sucedió –decreto y práctica de pruebas-.

Para lo cual, el artículo 21 de la Ley 734 de 2002 ha establecido que en aplicación del régimen disciplinario

prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley, por ende al tratarse de temas relacionados a procesos penales en donde se encuentren involucrados menores de edad prevalecerán los derechos de éstos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En ese orden no se vulneró la Ley 1098 de 2006 (artículo 150), pues aunque las declaraciones de los menores de edad –involucrados en el proceso disciplinario– no fueron tomadas por el Defensor de Familia, se dio prevalencia a los artículos 192[54] y 193[55] ídem, los cuales hacen alusión al interés superior del menor y al acompañamiento de psicólogos en la diligencia de los testimonios de esas personas.

De acuerdo con lo anterior, la Sala entiende que en estos casos debe darse prevalencia a los derechos fundamentales tales como la integridad personal de las niñas en especial cuando el maltrato o la violencia proviene de una persona que tiene posición de garante tal como lo es un docente, por todo ello, se concluye que este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

Así las cosas, tras el análisis de las pruebas que obran en el expediente, y de acuerdo a las reglas de la prueba crítica no observa la Sala la configuración de los cargos de apelación presentados por el recurrente, motivo por el cual la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada.

Adicionalmente debe señalar la Sala que el Ministerio Público en el concepto rendido ante ésta Corporación solicitó, en relación con la sentencia de primera instancia, se confirmara la negación de las pretensiones de la demanda y se revocara la condena en costas impuesta al demandante, esto pese a que el actor en el recurso de apelación no impugnó ni presentó cuestionamiento alguno encaminado a rebatir esta última.

Debe señalar la Sala en relación con lo anterior, que atendiendo al artículo 328 del Código General del Proceso[56] en concordancia con el 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[57] la competencia de segunda instancia está limitada de forma estricta a los argumentos del recurso de apelación y no al concepto rendido por el Ministerio Público, el cual si bien constituye herramienta ilustrativa para la decisión que debe adoptar el juez, no tiene la virtud de modificar ni ampliar el marco del litigio del cual en este caso se debe ocupar el ad quem. En ese orden de ideas, los argumentos del Ministerio Público dentro de un proceso contencioso administrativo pueden ser analizados y tener vocación de prosperidad siempre y cuando se encuentren dentro del marco de los cargos y argumentos presentados en éste caso por el apelante.

Finalmente se observa que el A quo condenó en costas a la parte demandante, en atención a lo previsto en el artículo 188 del CPACA y cuya liquidación y cobro se regirán por los artículos 365 y 366 del CGP, en orden teniendo en cuenta que ésta Corporación ha señalado que la condena en costas tiene una naturaleza objetiva - valorativa, es al momento de la liquidación de las mismas donde se puede estimar la configuración y monto, por lo cual aun cuando hipotéticamente se atendiera el argumento del Ministerio Público este no tendría vocación de prosperidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

### III. FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 21 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Huber Alejandro Mallama Carlosama contra la Procuraduría General de la Nación por haber proferido a través de la Procuraduría Regional de Nariño y la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, los fallos disciplinarios de 28 de septiembre de 2012 y de 31 de julio de 2013.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

[1] Folio 669 del expediente

[2] Ley 1437 de 2011, artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...).

[3] Folios 468 al 491 del expediente.

[4] Ley 1437 de 2011, artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se vea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el artículo anterior. (...).

[5] Los cuéles serán divididos en 100 SMLMV para su hija Lina María Mallama Carlosama y 100 SMLMV para el demandante.

[6] Por concepto de lucro cesante.

[7] Folios 47 al 49 del expediente.

[8] Folios 83 al 97 del expediente.

[9] Folios 207 al 235 del expediente.

[10] "Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: 1. Realizar objetivamente la descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón de la función o cargo, o abusando del mismo."

[11] "Por la cual se expide el Código Penal. Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. Modificado por el art. 5, ley 1236 de 2008. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con una persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en pena de tres (3) a cinco (5). Expresión subrayada declarada Exequible mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-876 de 2011.

[12] Folios 238 al 241 del expediente.

[13] Folios 307 al 319 del expediente.

[14] Folio 531 del expediente.

[15] "Artículo 142. Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad investigada".

[16] "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. ARTÍCULO 150. PRÁCTICA DE TESTIMONIOS. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que sean contrarias a su interés superior. (...)"

[17] Folio 514 al 525 del expediente.

[18] Folio 531 del expediente.

[19] "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 192. Derechos especiales para los niños, las niñas y los adolescentes víctimas 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".

[20] "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 193. Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos (...)12. En los casos en que un niño, niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado por una autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente Ley".

[21] Folios 621 al 630 del expediente.

[22] Condenó en costas a la parte demandante.

[23] Folios 635 al 642 del expediente.

[24] Sala de Decisión del Sistema Oral.

[25] Folios 659 al 661 del expediente.

[26] Folios 663 al 668 del expediente.

[27] Folios 565 al 570 del expediente.

[28] Sala Unitaria de Decisión del Sistema Oral.

[29] Sentencia C-013/01. Corte Constitucional. M.P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ. Fecha: 1 de enero de 2001. Ref: Expediente D-3132.

[30] Folio 26 del expediente.

[31] Folios 35 al 45 del expediente.

[32] Diana Carolina Chávez, Darly Carolina Agreda Molina y Yinela Alexandra González Chasoy.

[33] Folios 58 al 77 del expediente.

[34] Folios 176 al 184 del expediente.

[35] Folios 47 al 49 del expediente.

[36] Folio 56 del expediente.

[37] Folios 83 al 97 del expediente.

[38] Folio 102 del expediente.

[39] Folios 105 al 143 del expediente.

[40] Folios 145 al 148 del expediente.

[41] Folio 151 del expediente.



[42] Folios 207 al 235 del expediente. Resolución 013 del 28 de septiembre de 2012.

[43] Folio 237 del expediente.

[44] Folios 238 al 240 del expediente.

[45] Folios 307 al 319 del expediente.

[46] Folio 322 del expediente.

[47] Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Wil Hernández Gómez (E); Sentencia de 9 de agosto de 2016, Radicado 2011-00316-00, Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

[48] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra V. Sentencia de 6 de octubre de 2016, Radicación 2012-00681-00, Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz. En esta sentencia la Subsección analizó el debido proceso desde las reglas del régimen probatorio disciplinario y estableció que este en su aspecto sustancial comprende tres componentes a saber 1) los elementos probatorios permitidos, 2) el régimen de análisis y 3) los niveles de certeza establecidos por el legislador, los cuales deben ser respetados por la autoridad disciplinaria al momento de realizar el análisis de la prueba, so pena de incurrir en indebida valoración probatoria.

[49] Ley 734 de 2002. Artículo 6°. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por el funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

[50] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra V. Sentencia de 6 de octubre de 2016, Radicación 2012-00681-00, Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

[51] Corte constitucional, sentencia C-202 de 2005.

[52] El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos o el sistema de tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica. En este sistema que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. En el sistema que requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

[53] Ley 1098 de 2006.

[54] "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 192. Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas 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".

[55] "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 193. Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos (...)12. En los casos en que un niño, niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado

autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente l

[56] "Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia".

[57] Artículo 306. Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior  
n.d.  
Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

