



# Función Pública

## Sentencia 00679 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA-SUBSECCIÓN "B"

CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 11001-03-25-000-2012-00679-00

Nº Interno: 2360-2012

Demandante: Francisco Rojas Birry

Demandado: Nación-Procuraduría General de la Nación

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Tema: Sanción disciplinaria

La Sala decide en única instancia, la demanda instaurada por el señor Francisco Rojas Birry, por medio de apoderada, contra la Nación-Procuraduría General de la Nación.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Demanda

##### 1.1. Pretensiones

El señor Francisco Rojas Birry, mediante apoderada judicial y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, demanda la nulidad de los actos administrativos contenidos en: a) fallo de única instancia de 21 de febrero de 2012, expedido por el Procurador General de la Nación, en el proceso disciplinario IUS 73572 /IUC-792-109462, por el cual declaró disciplinariamente responsable al señor Francisco Rojas Birry, en calidad de personero de Bogotá, como consecuencia, le sancionó con destitución e inhabilidad general por el término de 12 años para el ejercicio de cargos públicos. b) providencia de 15 de mayo de 2012, proferido por el Procurador General de la Nación, mediante la cual confirmó el fallo del 21 de febrero de 2012.

##### 1.2. Hechos:

El señor Francisco Rojas Birry, fue elegido personero de Bogotá, para el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2008 y el 29 de febrero de 2012, y tomó posesión del cargo el 1 de marzo de 2008<sup>1</sup>.

La Procuraduría General de la Nación, por auto del 27 de abril de 2009, inició investigación disciplinaria en contra del señor Francisco Rojas Birry, en calidad de Personero de Bogotá, por el presunto conflicto de intereses. Mediante decisión de única instancia fechada el 21 de febrero y 15 de mayo 2012, impuso sanción de destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de doce (12) años, al haberlo encontrado responsable de la falta endilgada.

### 1.3 Normas violadas y concepto de violación

La parte actora afirma que los actos administrativos demandados vulneran, normas de rango constitucional y rango legal, el derecho fundamental al debido proceso y derecho de defensa y los principios de ilicitud sustancial, de legalidad, e incurren en falta de aplicación de los artículos 13, 29 y 209 de la Constitución Política, y los artículos 40, 140, 146, 147, 175 a 180 de la Ley 734 de 2002; porque considera que la investigación disciplinaria adolece de las siguientes irregularidades:

1.3.1. Error en la adecuación típica de la presunta falta cometida; al tomar la causal genérica del artículo 23 de la Ley 734 de 2002, desconociendo que en el artículo 40 ibídem existe una causal autónoma.

El conflicto de intereses nunca se configuró. El control de los procedimientos para intervenir a la firma DMG se dio con ocasión de los decretos 4333 del 17 de noviembre de 2008, 4334 de la misma fecha expedidos por el Gobierno Nacional<sup>2</sup>, radicando la competencia privativa en la Superintendencia de Sociedades. Por lo anterior, no podía inferirse un interés directo y particular y como consecuencia endilgarle conflicto de intereses. La presencia inequívoca de un interés particular no se comprobó. El acompañamiento ejecutado en la intervención administrativa a la firma DMG se desprendió de la solicitud del Comandante de Policía Metropolitana de Bogotá, la agente interventora de la firma DMG, en ese contexto y por esa razón expidió las Resoluciones 402, 404 y 406 del 21 de noviembre de 2008, previo concepto de la oficina jurídica de la Personería, actos de los cuales no se evidencia interés indebido, ni prevalencia de interés particular.

1.3.2. Error en el trámite procesal adoptado: la investigación se adelantó sin indicar cuál era el procedimiento a seguir, y lo siguió por el procedimiento ordinario siendo que correspondía por el procedimiento verbal, dio ritualidad distinta a la prevista en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002. Adicionalmente, dejó vigente las pruebas recopiladas por un funcionario que no era competente. No cumplió las formas propias del proceso y desconoció los postulados de la garantía procesal.

1.3.3. Incorporación irregular de los CDS de las contentivo de investigaciones reservadas (audiencias del juicio oral penal adelantadas contra Rojas Birry), en los que contienen declaraciones tales como de los señores William Suárez Suárez y David Murcia Guzmán. Igualmente Manejo irregular de esas pruebas allegadas con ocasión del auto para mejor proveer, siendo que se exigía un trámite especial y de autorización expresa para su público conocimiento y se omitió ese requisito. Se pregunta si puede entenderse como prueba trasladada? Y responde que no reúnen los requisitos de los artículos 135 de Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 51 de la Ley 1474 de 2011. No se corrió traslado de la misma (artículo 138 de la Ley 734 de 2002)

Adicionalmente, las pruebas recepcionadas antes del 15 de enero de 2010, se encuentran viciadas, al haber sido decretadas y recaudadas por funcionario que no tenía competencia.

1.3.4. Nunca resolvió la solicitud de nulidad procesal elevada el 20 de febrero de 2012, impidiendo subsanar el procedimiento y al investigado ejercer el derecho de defensa. La demandada no utilizó ninguna de las potestades que le da la ley. Se dictó el fallo de única instancia, sin resolver la petición de nulidad.

1.3.5. No tuvo en cuenta los argumentos presentados en su oportunidad legal, en defensa del investigado.

1.3.6. La apreciación probatoria no atendió los principios de imparcialidad y de la sana crítica, no tuvo en cuenta que el disciplinado no impartió directrices a los comisionados.

1.3.7. Que, no se afectó el deber funcional<sup>3</sup>, para predicar que no existe ilicitud sustancial

## 2. Trámite procesal

La demanda se presentó el 14 de septiembre de 2012. El Consejo de Estado, mediante auto del 29 de agosto de 2013, ordenó corregir la demanda. Por auto del 12 de mayo de 2014, la admitió y ordenó notificar personalmente: a) Procurador General de la Nación, b) al Director de la Unidad Administrativa Especial-Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, c) al Agente del Ministerio Público<sup>4</sup>. El auto admisorio fue notificado a las partes y sujetos procesales.<sup>5</sup>

Mediante auto del 25 de enero de 2017, se convocó a la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 24 de abril de 2017 a las 2 de la tarde. En la referida fecha, se realizó la audiencia y en la misma se agotaron las etapas previstas en los numerales 5 al 10 del artículo referido y entre los aspectos relevantes, se tiene que:

2.1. Que se centró el control de legalidad, en los fallos de única instancia del 21 de febrero de 2012 y 15 de mayo del mismo año.

2.2. Se tuvo como situación fáctica: que en la actuación disciplinaria la demandada encontró que el señor Francisco Rojas Birry, el 16 de enero de 2008, recibió 200 millones de pesos de la firma DMG, el 1 de marzo de 2008, se posesionó como Personero Distrital y 21 de noviembre de 2008, en esa condición, expidió las resoluciones 402, 404, 406, y 407 del 21 de noviembre de 2008, mediante las cuales comisionó a unos servidores públicos de la Personería de Bogotá, como Veedores para que se hicieran presentes dentro de los operativos que se llevaron a cabo el día 21, 22, 23 y 26 de noviembre de 2008, en contra de DMG. Los comisionados cumplieron la misión. Al señor Francisco Rojas Birry, le endilgó el cargo de conflicto de intereses, trasgresión del artículo 40 de la ley 734 de 2002, 23 y 34 numerales 1 y 2, artículo 48-17 ibídem, falta gravísima, y se le responsabilizó y sancionó disciplinariamente.

Se decretó la práctica de la prueba del numeral 7 de la contestación de la demanda (esto es, solicitar a la Corte Suprema de Justicia, copia del expediente 110016000191 2009 0004 01) y se fijó el 22 de mayo de 2017 a las 4pm, para la audiencia de práctica de pruebas.

En audiencia de 22 de mayo de 2017, se aceptó el desistimiento de la referida prueba y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito y al Ministerio Público para emitir concepto. Se advirtió que la sentencia se dictaría por escrito dentro de los 20 días siguientes al vencimiento del término anterior.

## 3. Contestación de la demanda

La parte demandada afirma que los actos administrativos demandados proferidos por la Procuraduría General de la Nación se sujetaron a la constitucionalidad y legalidad, son eficaces, guardaron las formas propias, y coherentes con las pruebas recabadas que fundamentaron de manera convincente la responsabilidad del investigado. La decisión del ente disciplinario debe producir los correspondientes efectos.

Que el trámite, tanto del proceso ordinario como del proceso verbal, se circunscribe a las mismas etapas y en ellas el investigado puede ejercer de manera idéntica el derecho de defensa y contradicción, no existe irregularidad sustancial que induzca a la nulidad de los actos administrativos demandados. En el curso del proceso el investigado ejerció los derechos de defensa y contradicción.

Aduce que el demandado, falta a la verdad respecto al silencio de la solicitud de nulidad del 20 de febrero de 2012, pues de ella se ocupó el fallo del 21 de febrero de 2012, en el título VIII “DE OTRAS DECISIONES”.

Que el ente disciplinario valoró en integridad el material probatorio, y los argumentos presentados por la defensa del investigado, y que el proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa, no tiene por objeto volver sobre el debate probatorio ya zanjado en el proceso disciplinario. Adicionalmente, considera que la censura sobre la incorrecta valoración probatoria y el indebido manejo de la prueba trasladada no es de recibo; porque el operador disciplinario dentro del trámite procesal incorporó las pruebas allegadas por autoridad competente y a partir de su incorporación el investigado podía contradecirlas.

Arguye que el material probatorio recabado en la investigación disciplinaria demostró que el disciplinado tenía interés directo en las actuaciones que se adelantaban en la intervención de DMG, al haber recibido dineros de esa firma y que fue investigado y condenado penalmente y entonces, debió apartarse del conocimiento de cualquier asunto sobre el tema.

Que el deber funcional abarca el cumplimiento de los deberes inherentes a la función desempeñada, el régimen de inhabilidad e incompatibilidades, y la no extralimitación de funciones, que se encuentran consagrados en la Constitución, la ley y el reglamento. La vulneración a lo anterior implica la afectación a ese deber e incurrir en ilicitud sustancial con la conducta contraria a derecho.

Afirma que en la investigación disciplinaria se evidenció claramente la ilicitud sustancial, pues el obrar del entonces Personero Distrital Francisco Rojas Birry, transgredió de manera injustificada las reglas superiores que rigen la administración pública. Las calidades requeridas para ser Personero exigen el deber de conocer que resulta irregular el no separarse de un asunto como en caso con DMG.

Cita y transcribe apartes de las sentencias C-948-02, C-370-12, T-117-13 de la Corte Constitucional, y de 11 de diciembre de 2012<sup>6</sup> del Consejo de Estado.<sup>7</sup>

#### 4. Alegatos de conclusión

##### 4.1. La parte demandante: Insiste que se deben acceder a las súplicas de la demanda,

Reitera en la solicitud de la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados y que se acceda a las súplicas de la demanda; por cuanto transgreden normas constitucionales, legales, principios de derecho, el debido proceso, los artículos 15 y 29 de la Constitución Política, 40, 140, 146, 175 a 180 del Código Único Disciplinario.

Enfatiza que los actos demandados vulneran el debido proceso: (i) el ente disciplinario debió seguir el procedimiento verbal sumario y no el ordinario, al no hacerlo, comprometió los derechos al debido proceso e igualdad (ii) el ente disciplinario no contó con la prueba suficiente que le indicaran la comisión de la falta y dilató injustificada, maliciosamente el proceso, mientras la autoridad penal recopilaba prueba. (iii) La procuraduría se abstuvo de “realizar la prueba solicitada por mi mandante, en cuanto tiene que ver con el traslado de algunas piezas que obran en otro expediente.”, y practicó prueba trasladada en una etapa que no era oportuna en razón a que había precluido la etapa probatoria, siendo nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. (iv) violó el principio de inmediación y contradicción de la prueba, al no tramitar el proceso por la cuerda verbal y por audiencias. (v) se dictó fallo sancionatorio dentro de un proceso viciado de nulidad (vi) La Procuraduría General de la Nación, al mantener sub-judice por 3 años, la situación de Rojas Birry, desestabilizó la personería de Bogotá y causó al investigado un daño irremediable e irreparable, alteró su normal forma de vida familiar y laboral, por violación al derecho al buen nombre, a la intimidad y a la familia. (v) se vulneró el principio de ilicitud sustancial; la falta no se adecuó a los elementos que conforman la tipicidad y menos el quebrantamiento al deber funcional en cabeza de Rojas Birry y con la expedición de las resoluciones 402, 404, 406 y 407, no hizo más que dar cumplimiento a las órdenes administrativas emitidas en los Decretos Ley 4333 de 2008, 1421 de 1993 y el Decreto 4334 de 2008. (vi) sometió el proceso disciplinario las decisiones de la jurisdicción ordinaria en lo penal

Afirma que, en el proceso disciplinario no se demostró que el Personero Distrital, Francisco Rojas Birry, tuviera interés particular, ni directo, en el proceso de intervención de la firma DMG, ni competencia para regular, gestionar, controlar o decidir sobre el procedimiento de intervención y

que la agente interventora precisó que la función fue la de acompañamiento, razón por la que considera que ninguna de las acciones señaladas en el artículo 40 del Código Único Disciplinario se adecua en el actuar del personero.

Que el ente disciplinario, no demostró fehacientemente, si el disciplinado recibió o no dineros de la firma DMG, y cuando se sancionó no se había dictado aún sentencia condenatoria en el proceso penal y así en la investigación disciplinaria, se mantuvo la presunción de inocencia y la Procuraduría General de la Nación, no tenía certeza de la existencia de la conducta disciplinable, ni de la responsabilidad del investigado.

Concluye que *"El señor procurador, máximo jefe del Ministerio Público ante la falta de la prueba se dedicó a especular...apreciación subjetiva desprovista de pruebas. 'haber querido ocultar a toda costa y es que se supiera que el también, como muchos otros connotados personajes del país, se había beneficiado del respaldo económico de DMG.' Si el Procurador General sabía que 'otros connotados personajes' se beneficiaron del respaldo económico de DMG porque no lo investigó? Solo tomó como chivo expiatorio al indio ROJAS BIRRY..."*

#### 4.2. La parte demandada: nuevamente solicita se nieguen las súplicas de la demanda.

Se refiere a las generalidades del proceso y a la estructuración de la responsabilidad disciplinaria y afirma que la Unidad de Lavado de Activos de la Fiscalía General de la Nación con base en intercepción telefónica efectuada a los miembros de la cúpula de DMG, informó que Francisco Rojas Birry recibió de la captadora ilegal \$200.000.000.oo, lo que sirvió de base para la investigación penal, en la que fue condenado a la pena de prisión de 8 años y también de la investigación disciplinaria, y en esta última se le endilgó haber omitido declararse impedido para actuar en la intervención de DMG a pesar de tener interés directo en la misma y en consecuencia existir un conflicto de intereses derivado de la "relación comercial" que sostuvo con el señor David Murcia Guzmán.

Que el conflicto de intereses; surgió al expedir como Personero los actos administrativos mediante los cuales comisionó a unos servidores de la Personería para actuar en los operativos con DMG, pese a haber recibido de esa firma \$200.000.000.oo. No existe justificación para que la parte demandante insista en alegar que no ocurrió la entrega de dinero y el conflicto de intereses por el cual fue declarado disciplinariamente responsable.

Recuerda que a Rojas Birry se le atribuyó la falta gravísima del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 y en el desconocimiento del deber contenido en el artículo 40 ibídem, a título de dolo; porque tenía conocimiento de la situación típica, conciencia de la ilicitud de su actuación y obró de manera voluntaria.

Que adelantar el proceso disciplinario por el trámite ordinario no implicó desconocimiento del derecho del debido proceso del investigado; porque tanto el trámite por la cuerda ordinaria como por la verbal se circunscriben a las mismas etapas y los interesados pueden ejercer de manera idéntica su defensa. La aplicación del procedimiento verbal no es un imperativo, respecto de las faltas gravísimas que enlista el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, porque si al valorar la investigación, no existen los elementos suficientes para citar a audiencia y formular cargos y si para realizar una investigación más exhaustiva, el ente disciplinario tiene la posibilidad de adelantar la actuación por el procedimiento ordinario; la diferencia entre los dos procedimientos radica en los términos y a la manera como se ejercen los actos procesales, lo que indica a que no se presenta *"relevancia sustancial"* que conlleve a que la aplicación de una u otra ritualidad genere nulidad de los actos administrativos.

Afirma que, la entidad demandada, resolvió todas y cada una de las solicitudes formuladas por la defensa al interior del proceso disciplinario, incluidas la de nulidad planteada antes de la expedición del fallo disciplinario.

Advierte que la práctica de las pruebas en el curso del proceso disciplinario atendió los principios de defensa y contradicción, las *"audiencias que fueron transcritas son audiencias de carácter público y que en esta calidad permite que cualquier persona tenga acceso a su contenido incluida la Procuraduría General de la Nación."*, no resulta razonable exigir una ritualidad especial para su incorporación en el proceso.

Finalmente, informa que en el expediente disciplinario reposa copia del oficio 57-06210 de 5 de octubre de 2011, por el cual la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, indica que la magistrada competente ordenó suministrar copia de los medios magnéticos que hacían parte del proceso penal contra Rojas Birry y el operador disciplinario permitió ejercer la contradicción de esos medios probatorios.

5. Intervención del Ministerio Público. El representante del Ministerio Público emitió concepto y solicita “*se declare la nulidad de la sanción impuesta al señor Francisco Rojas Birry, y en consecuencia, se ordene la eliminación del registro de la misma.*”, con fundamento en:

Previamente precisa que: como argumentos de anulación la defensa del actor plantea irregularidades procesales consistentes en: (i) la actuación disciplinaria se tramitó por un procedimiento distinto al que correspondía, se adelantó por el ordinario cuando correspondía por el verbal, (ii) la conducta se adecuo “*con la causal genérica y no con la especial del artículo 40 del Código Único Disciplinario.*”(iii) incorporación irregular al expediente disciplinario de algunas pruebas (“*CDS de las investigaciones reservadas o los audios correspondientes a las sesiones de las audiencias de juicio oral penal adelantadas contra el Dr. Rojas Birry en las que se encuentran las declaraciones de los señores William Suárez y David Murcia Guzmán, sin cumplir los requisitos de la prueba trasladada y sin permitir al disciplinado el derecho de contradicción.*”)

Recuerda que la Ley 734 de 2002, establece dos procedimientos para adelantar la actuación disciplinaria, uno ordinario y otro verbal. La conducta por la cual se le impuso la sanción disciplinaria al señor Rojas Birry fue por desconocimiento de los deberes que impone los numerales 1º y 2º, y la falta gravísima del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 40 ibídem, entonces, el ente disciplinario debió aplicar el procedimiento verbal señalado en el capítulo primero, del título XI, del Libro IV de la Ley 734 de 2002 en concordancia con el inciso 2º del artículo 175 ibídem, y no el procedimiento ordinario.

Refiere y con fundamento en la sentencia C-123 de 2009, de la Corte Constitucional, que en el caso de adelantarse la investigación “*por un procedimiento que no es el determinado por la ley se genera la violación de las formas propias del debido proceso y por ende puede predicarse la nulidad de lo actuado...Nulidad que debe ser examinada cuidadosamente.*” Sin embargo, precisa que no toda irregularidad origina una nulidad procesal, sino que por el contrario se requiere que sea sustancial, que afecte de manera real el debido proceso o que la persona investigada sea procesada arbitrariamente. Adicionalmente, afirma que el artículo 143 de la Ley 734 de 2002, consagra las causales constitutivas de nulidad procesal, a saber:(i) la falta de competencia del funcionario para proferir el fallo. (ii) violación del derecho de defensa del investigado y (iii) la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. (iv) el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, preceptúa que se considera saneada la nulidad cuando la parte interesada no alega la causal de nulidad. En este caso, el investigado no la alegó, al momento en se profiere pliego de cargos, ni en los descargos, ni en los alegatos y pese a que la invoca un día antes de proferirse el fallo, la situación ya había sido convalidada.

Hace un paragón entre el procedimiento ordinario y el verbal y encuentra que los dos procedimientos gozan de las mismas garantías procesales, sólo que el verbal fue diseñado para conductas que no ameriten un extenso debate probatorio como el señalado en el ordinario y como herramienta legal ágil y dinámica que permite dar respuestas oportunas ante la conducta irregular del servidor acusado. Que en caso concreto pese a que la demandada no aplicó el procedimiento verbal: (1)“*se observa que su desconocimiento no afectó los derechos sustanciales del actor*” (2) “*se respetaron todas las garantías constitucionales*” (3) “*los criterios de gravedad o levedad de la falta y las clases de sanciones se aplican indistintamente en los dos procedimientos.*”, pero en la sentencia de 4 de julio de 2013, el Consejo de Estado, en un caso en el cual la Procuraduría General de la Nación no aplicó el procedimiento verbal sino el ordinario, consideró que hubo violación al debido proceso por inadecuado trámite y declaró la nulidad de los actos administrativos<sup>8</sup>.No obstante, este caso es diferente al que resolvió el Alto Tribunal y en consecuencia considera que esa jurisprudencia no es aplicable en este caso. También advierte que la entidad demandada no omitió resolver las solicitudes de nulidad y considera que por esos cargos analizados no se configura nulidad de los actos administrativos demandados.

Con todo, en su criterio los actos demandados se encuentran viciados de nulidad, porque en el proceso disciplinario no se demostró que el investigado, tuviera interés particular y directo al tomar la decisión de comisionar a sus subalternos para que ejercieran veeduría en la intervención que se adelantó a DMG, pues en la misma no se impartieron órdenes tendientes a intervenir o a ejercer control sobre DMG, sino de vigilar la actuación de los servidores públicos que adelantaron el procedimiento de intervención. La entidad demandada, lo que probó fue que el investigado recibió \$200.000.000,00 de DMG, antes de ser elegido Personero y que por ese hecho fue condenado penalmente, pero no acreditó que tuviera interés particular y concreto en el asunto, no bastaba la mera sospecha. No comprendió que el contenido normativo de la falta, partió de la base que la personería ejercía controles en las diligencias de intervención contra DMG.

Que si bien la falta endilgada no exige la configuración de un resultado, si es imperioso probar el interés particular y directo en el asunto del cual se cree que el disciplinado debió declararse impedido y debe ser real no hipotético o aleatorio. La acción de control sobre la Comercializadora DMG estuvo a cargo de la Superintendencia de Sociedades, por conducto del Agente Interventor y no de la Personería de Bogotá, así lo demuestra los Decretos 4333 y 4334 de 2008, mediante los cuales se declaró el Estado de Emergencia Económica.

Concluye que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del Decreto Ley 1421 de 1993, la labor de veedor ciudadano del personero, no contiene el ejercicio de control. La veeduría es distinta al control. La primera está dirigida a un tema de vigilancia, la segunda comprende una labor de verificación con ejercicio de autoridad. La Personería no tenía la facultad para intervenir a DMG, incautar bienes, aprehender documentos o archivos, trazar estrategias o dar órdenes o instrucciones a agente interventor. Adicionalmente, la acción de ejercer veeduría a la intervención de la Superintendencia de Sociedades en la intervención de la Comercializadora DMG no fue idea del disciplinado como personero, sino que obedeció a las insistentes peticiones de la Policía, de la Agente interventora y de la ciudadanía, accediendo bajo el entendido que se ejercía respecto de los servidores públicos que adelantarían las diligencias de intervención, más no sobre los bienes que se incautarían o sobre los temas específicos de la comercializadora.

Que el hecho que se hubiere demostrado que el disciplinado recibió \$200.000.000,00 de la firma DMG, no configura por si solo el interés particular del señor Rojas Birry, sino que era necesario demostrar los elementos normativos de la prohibición. Las pruebas que obran en el expediente disciplinario no muestran que el investigado tuviera que haberse declarado impedido.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Se demanda los fallos de única instancia de 21 de febrero de 2012 y 15 de mayo del mismo año, expedidos por el Procurador General de la Nación, por medio de los cuales impuso una sanción disciplinaria al señor Francisco Rojas Birry, en la condición de Personero de Bogotá. Revisado el Decreto Ley 262 de 2000<sup>9</sup>, se advierte, que el numeral 23 del artículo 7, radica en el Procurador General de la Nación, la competencia en única instancia para conocer de los procesos disciplinarios contra el Personero de Bogotá.

Igualmente, el artículo 149-ínciso 2º de la Ley 1437 de 2011, fija en el Consejo de Estado, la competencia en única instancia para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto de los actos administrativos expedidos por el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario.

El Consejo de Estado, en providencia del 30 de marzo de 2017, respecto de la competencia en materia disciplinaria, precisó:

*“...en materia disciplinaria al Consejo de Estado le corresponde conocer, en única instancia, de las demandas que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se instauren contra los actos administrativos expedidos por el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario o por el Viceprocurador General de la Nación o la Sala Disciplinaria, estos últimos cuando los expidan por delegación del Procurador, sin atención a la cuantía y al tipo de sanción impuesta., es decir, tratándose de amonestación, multa, suspensión, destitución o inhabilidad, siempre y cuando el resultado de los procesos disciplinarios indicados en los numerales 21, 22, 23 y 24 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000, que atienden a la calidad del sujeto disciplinado.*

...<sup>10</sup>

Así, de los anteriores elementos, sin hesitación alguna, el Consejo de Estado, es competente en única instancia, para conocer del control de legalidad de los actos demandados.

### 2. Problema jurídico

El problema jurídico por resolver se contrae a establecer si los actos administrativos demandados, incurren en falta de aplicación de los artículos 13, 29 y 209 de la Constricción Política, los artículos 40, 140, 146, 147, 175 a 180 de la ley 734 de 2002, y vulneran del debido proceso y de defensa, por las irregularidades que se sintetizan en: (i) error en la adecuación típica (ii)error en el trámite procesal adoptado (iii) incorporación irregular de los CDs contentivos del proceso penal (iv) nunca se resolvió la solicitud de nulidad procesal elevada el 20 de febrero de 2012. (v) no se tuvo en cuenta los argumentos de defensa presentados por el investigado (vi) no se tuvo en cuenta los principios de imparcialidad y de sana crítica en la apreciación probatoria (vii) no existió ilicitud sustancial, ni el conflicto de intereses.

### 3. Análisis del problema jurídico

En el sub lite, el cargo fuerte de ilegalidad de los actos administrativos demandados alegados por la parte actora, radica fundamentalmente, en el hecho que el operador disciplinario vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, porque incurrió en las irregularidades, descritas en el acápite de la demanda y que en la audiencia inicial el magistrado denomino “Teoría del caso”, e incurrió en error en la adecuación típica de la presunta falta cometida, y desconocimiento del principio de ilicitud sustancial.

Para resolver los problemas jurídicos planteados y para mejor entendimiento la Sala abordará los siguientes tópicos: (i) naturaleza del empleo de personero y roles (ii) de la figura del conflicto de intereses en el ordenamiento jurídico. (iii) generalidades del proceso disciplinario (iv) Del control judicial de los actos administrativos que imponen sanción disciplinaria (v) Caso concreto.

#### 3.1. Naturaleza del empleo de personero y roles del personero

El artículo 123 de la Constitución Política, define que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Sumado a lo anterior, los artículos 170 de la Ley 136 de 1994, 35 de la Ley 1551 de 2012, y el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, “*el personero municipal o distrital será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por el concejo municipal o distrital*”, para periodos de 4 años. El artículo 16 de la ley 785 de 2005<sup>11</sup> clasifica el empleo de personero, como del nivel directivo en la estructura territorial.

Por otro lado, se observa que la legislación nacional ha asignado diferentes roles al empleo de personero municipal o distrital<sup>12</sup>, a saber: (i). Defensor del pueblo y veedor ciudadano, el artículo 135 del Código de Régimen Municipal, prevé que en cada Municipio habrá un funcionario que tendrá el carácter de defensor del pueblo o veedor ciudadano y agente del Ministerio Público, llamado Personero Municipal<sup>13</sup>. Lo propio hace el artículo 36 Ley 11 de 1986<sup>14</sup>, Ley 3 de 1990<sup>15</sup>, artículo 100 del Decreto-Ley 1421 de 1993<sup>16</sup> (ii). Ministerio Público, artículo 118 de la Constitución Política, Ley 3 de 1990, 136 de 1994<sup>17</sup>, artículo 99 del Decreto Ley 1421 de 1993<sup>18</sup>, artículos 46 del C.G.P. y 303 de la Ley 1437 de 2011.(iii) defensor de derechos humanos, Ley 3 de 1990<sup>19</sup>, artículo 101, Decreto ley 1421 de 1993<sup>20</sup>, artículo 38 de Ley 1551 de 2012, (iv) veedor del tesoro, artículo 24 de la Ley 617 de 2000 (iv) defensor de los intereses de la sociedad, artículo 178 de la Ley 136 de 1994.(v) vigilante del ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales, Ley 136 de 1994 (v) Protector del interés Público y derechos del consumidor, artículo 99 Decreto ley 1421 de 1993, artículo 77 de la Ley 1480 de 2011.

Así, verbi gratia, en el rol de defensor de derechos humanos, conforme al inciso 2º del artículo 4 de Ley 3 de 1990, “*todas las autoridades que realicen capturas o retenciones, allanamientos o actos que limiten la libertad de los ciudadanos, deberán notificar tales acciones, su motivo y el lugar de su realización al Personero Municipal de la respectiva jurisdicción...*” Como Ministerio Público, le corresponde entre sus funciones, “*Defender los intereses de la sociedad*” “*Intervenir en los procesos,*”<sup>21</sup> en garantía del ordenamiento jurídico, de los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y el patrimonio público<sup>22</sup>.

De manera que el cargo de personero es un empleo público del orden territorial, de nivel directivo, con diferentes roles y con funciones propias para cada uno.

##### 3.1.1. Rol de veedor ciudadano del personero

De conformidad con la Ley 850 de 2003, en términos generales, la veeduría ciudadana, es un mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública<sup>23</sup>(en el ámbito nacional, departamental, municipal) respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país,

encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.

La gestión pública, ha sido entendida por la Corte Constitucional, en el sentido que “debe comprenderse en una perspectiva amplia, de manera que incluya no sólo la prestación de un servicio público, o de una función pública, sino también toda actividad del Estado encaminada al cumplimiento de sus fines esenciales, en algunos casos desarrollada por los particulares. La facultad de vigilar la gestión pública (CP, artículo 270), como bien lo sugiere uno de los intervenientes, debe ser entendida a partir del carácter expansivo del principio democrático y desde una óptica material, es decir, en función de la naturaleza misma de las veedurías ciudadanas.”<sup>24</sup>

La vigilancia de la gestión pública por parte de la Veeduría Ciudadana se ejerce sobre la gestión administrativa, con sujeción a la prevalencia del interés general y la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad.

El artículo 15 de la ley antes referida, prevé como funciones del veedor ciudadano, las siguientes:

“Artículo 15. Funciones. Las veedurías ciudadanas tendrán como funciones las siguientes:

- a) Vigilar los procesos de planeación, para que conforme a la Constitución y la ley se dé participación a la comunidad;
- b) Vigilar que en la asignación de los presupuestos se prevean prioritariamente la solución de necesidades básicas insatisfechas según criterios de celeridad, equidad, y eficacia;
- c) Vigilar porque el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales;
- d) Vigilar y fiscalizar la ejecución y calidad técnica de las obras, programas e inversiones en el correspondiente nivel territorial;
- e) Recibir los informes, observaciones y sugerencias que presenten los ciudadanos y organizaciones en relación con las obras o programas que son objeto de veeduría;
- f) Solicitar a interventores, supervisores, contratistas, ejecutores, autoridades contratantes y demás autoridades concernientes, los informes, presupuestos, fichas técnicas y demás documentos que permitan conocer el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos;
- g) Comunicar a la ciudadanía, mediante asambleas generales o en reuniones, los avances de los procesos de control o vigilancia que estén desarrollando;
- h) Remitir a las autoridades correspondientes los informes que se desprendan de la función de control y vigilancia en relación con los asuntos que son objeto de veeduría;
- i) Denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los funcionarios públicos.”

El artículo 19 ibídem, prevé las causales de impedimento del veedor, en los siguientes términos:

"Artículo 19. Impedimentos para ser veedor:

a) Cuando quienes aspiren a ser veedores sean contratistas, interventores, proveedores o trabajadores adscritos a la obra, contrato o programa objeto de veeduría o tengan algún interés patrimonial directo o indirecto en la ejecución de las mismas.

Tampoco podrán ser veedores quienes hayan laborado dentro del año anterior en la obra, contrato o programa objeto de veeduría;

b) Quienes estén vinculados por matrimonio, unión permanente o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil con el contratista, interventor, proveedor o trabajadores adscritos a la obra, contrato o programa así como a los servidores públicos que tengan la participación directa o indirecta en la ejecución de los mismos;

c) Cuando sean trabajadores o funcionarios públicos, municipales, departamentales o nacionales, cuyas funciones estén relacionadas con la obra, contrato o programa sobre el cual se ejercen veeduría.

En ningún caso podrán ser veedores los ediles, concejales, diputados, y congresistas;

d) Quienes tengan vínculos contractuales, o extracontractuales o participen en organismos de gestión de la ONG, gremio o asociación comprometidos en el proceso objeto de la veeduría;

e) En el caso de organizaciones, haber sido cancelada o suspendida su inscripción en el registro público, haber sido condenado penal o disciplinariamente, salvo por los delitos políticos o culposos o sancionado con destitución, en el caso de los servidores públicos."

La Ley 11 de 1986<sup>25</sup>, por la cual se dicta el Estatuto Básico de la Administración Municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales<sup>26</sup>, radicó las siguientes funciones al personero municipal, en el rol de veedor ciudadano.

Artículo 36. Son atribuciones del Personero, que cumplirá como defensor del pueblo o veedor ciudadano, las siguientes:

1a. Promover la ejecución de las leyes y disposiciones administrativas que se refieran a la organización y actividad del municipio.

2a. Recibir las quejas y reclamos que toda persona le haga llegar, referentes al funcionamiento de la Administración, al cumplimiento de los cometidos que le señalan las leyes y los relativos a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

3a. Vigilar la conducta oficial de los empleados y trabajadores municipales y velar porque desempeñen cumplidamente sus deberes y se les exija responsabilidad por las faltas que cometan.

4a. Intervenir en los procesos de policía para perseguir las contravenciones, coadyuvar al mantenimiento del orden público y colaborar en la defensa de quienes carecen de recursos económicos para ello.

5a. Adelantar investigaciones sobre los hechos que a su juicio impliquen situaciones irregulares y formular las recomendaciones, quejas o acusaciones a que hubiere lugar.

6a. Demandar de las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público.

7a. Ejercer las demás funciones que le asignen la ley y el Concejo Municipal en desarrollo de las normas consignadas en este artículo.

El Personero no ejercerá funciones administrativas distintas de las que las normas vigentes le señalen para el manejo de sus propias oficinas y dependencias.

A su vez el Decreto Ley 1421 de 1993, hizo lo propio respecto del personero de Bogotá., así:

"ARTÍCULO.- 100. Veedor ciudadano. Son atribuciones del personero como veedor ciudadano:

1<sup>a</sup> Velar por el cumplimiento de la Constitución, las leyes, los acuerdos y las sentencias judiciales.

2<sup>a</sup> Recibir quejas y reclamos sobre el funcionamiento de la administración y procurar la efectividad de los derechos e intereses de los asociados.

3<sup>a</sup> Orientar a los ciudadanos en sus relaciones con la administración, indicándoles la autoridad a la que deben dirigirse para la solución de sus problemas.

4<sup>a</sup> Velar por la efectividad del derecho de petición. Con tal fin, debe instruir debidamente a quienes deseen presentar una petición; escribir las de quienes no pudieren o supieren hacerlo; y recibir y solicitar que se tramiten las peticiones y recursos de que tratan los Títulos I y II del Código Contencioso Administrativo.

5<sup>a</sup> Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que considere irregulares, a fin de que sean corregidos y sancionados.

6<sup>a</sup> Velar por la defensa de los bienes del Distrito y demandar de las autoridades competentes las medidas necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público.

7<sup>a</sup> Exigir de las autoridades distritales las medidas necesarias para impedir la propagación de epidemias y asegurar la protección de la diversidad e integridad del medio ambiente y la conservación de áreas de especial importancia ecológica.

8<sup>a</sup> Vigilar la conducta oficial de los ediles, empleados y trabajadores del Distrito, verificar que desempeñen cumplidamente sus deberes, adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones que fueren del caso todo de conformidad con las disposiciones vigentes.

9<sup>a</sup> Vigilar de oficio o a petición de parte los procesos disciplinarios que se adelanten en las entidades del Distrito, y

10. Procurar la defensa de los derechos e intereses del consumidor.

En el rol de veedor ciudadano, entre las funciones de personero se encuentra las de: orientar a los ciudadanos en sus relaciones con la administración, y poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que considere irregulares, a fin de que sean corregidos y sancionados. Sus funciones deben estar orientadas por principios tales como de prevalencia del interés general y de imparcialidad.

### 3.2. De la figura de conflicto de intereses

Como preámbulo la Sala recuerda de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

El interés general, como principio constitucional fundamental del ordenamiento jurídico colombiano, implica la supremacía del bien común, del interés colectivo; sobre los individuales y en todo caso el interés particular o privado debe ceder ante el interés público, social, colectivo o general. (Artículos 1º, 58, 118, 209, 277, 333, 336 y 355 de la Constitución Política).

En aras de la protección del principio del interés general, la legislación ha establecido la institución de conflicto de intereses que se encuentra regulada en la Constitución Política y en la ley. En materia disciplinaria, ha sido prevista en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

*"ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación<sup>27</sup>, gestión<sup>28</sup>, control<sup>29</sup> o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.*

*Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido."*<sup>30</sup>

La misma Ley 734 de 2002, prevé:

*"ARTÍCULO 22. GARANTÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.*

*ARTÍCULO 23. LA FALTA DISCIPLINARIA. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento."*

En términos genéricos, puede decirse que existe una situación de "conflicto de intereses" cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña.<sup>31</sup> *Incurre en conflicto de intereses cuando tenga un interés directo, particular y actual, ya sea de carácter moral o económico, y a pesar de ello no manifieste su impedimento y participe en la adopción de la decisión sometida a su conocimiento*<sup>32</sup>. Adicionalmente, es obligación de todo servidor público de declararse impedido cuando se encuentre incurso en una causal propia, como el conflicto de intereses, so pena de incurrir en falta disciplinaria.

En sentencia de Sala Plena el Consejo de Estado, respecto de la institución de conflicto de intereses, precisó:

 "El conflicto de intereses podría definirse como aquella conducta en que incurre un servidor público, contraria a la función pública, en la que, movido por un interés particular prevalente o ausente del interés general, sin declararse impedido, toma una decisión o realiza alguna gestión propia de sus funciones o cargo, en provecho suyo, de un familiar o un tercero y en perjuicio de la función pública. Por ello, la norma exige que,

ante la pugna entre los intereses propios de la función y los particulares del funcionario, éste deba declararse impedido, pues es la manera honesta de reconocer la existencia de esa motivación y el deseo de cumplir con las funciones del cargo de manera transparente e imparcial. El Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha interpretado el conflicto de intereses "como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público". Así mismo, para que se configure el conflicto de intereses es necesario que el funcionario tenga dentro de sus funciones la actuación o la toma de la decisión respecto de la cual se atribuye el interés particular, de manera que su intervención en dicho asunto sea determinante para su resolución. No podría hablarse de conflicto de intereses si el asunto objeto de gestión o decisión no es de competencia del funcionario o no pertenece al ámbito de sus funciones. El conflicto de intereses es una conducta que atenta contra la transparencia y moralidad en la administración pública, y constituye evidente acto de corrupción, que no solo el ordenamiento interno sino el régimen internacional ha querido prevenir.<sup>33</sup>

La Alta Corporación en esa misma oportunidad, indicó que de acuerdo a la previsión del conflicto de intereses del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, se pueden extraer los siguientes elementos para que se configure el conflicto de intereses: (i) Se debe tratar de servidor público (ii) Debe tener interés particular y directo él, sus familiares dentro de los grados que señala la norma o su socio o socios de hecho o de derecho, en un determinado asunto, para su regulación, gestión, control o decisión. (iii) Que ese interés prevalezca sobre el interés propio de la función pública, que es el interés general; y (iv) Que no se declare impedido para actuar en ese asunto<sup>34</sup>. Adicionalmente, el ordenamiento tipifica la figura de conflicto de intereses como falta disciplinaria.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico prevé el deber del servidor público y del veedor de declararse impedido, también prevé el mecanismo procedural denominado manifestación de impedimento al que debe acudirse en esos casos, para la protección de los principios esenciales de la función pública de la independencia e imparcialidad y moralidad (artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, inciso final artículo 40 de la Ley 734 de 2002)

### 3.3. Generalidades del derecho disciplinario

Según el artículo 277 de la Constitución Política, le corresponde al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.

El ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, por tanto, se orienta a asegurar la apropiada gestión de la Administración Pública para que ésta pueda materializar los fines estatales para cuya consecución fue creada. De allí que la ley disciplinaria, según ha explicado la Corte Constitucional, tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro<sup>35</sup>.

Respecto del objeto del derecho disciplinario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado: "derecho disciplinario pretende garantizar "la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo"; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliese los principios de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional."<sup>36</sup>

La Ley 734 de 2002, contentiva del Código Disciplinario Único, desde el punto de vista sustancial, consagra entre los principios orientadores de la actuación disciplinaria, los siguientes: legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, celeridad, presunción de inocencia, culpabilidad, favorabilidad, derecho de defensa, integración normativa y proporcionalidad. Según lo previsto en el artículo 5º de ley en comento, la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna (ilicitud sustancial).

#### 3.3.1. Principio de ilicitud sustancial

En todo caso, para que se imponga una sanción disciplinaria, se requiere que esté demostrada la tipicidad<sup>37</sup>, la antijuridicidad<sup>38</sup> y la

culpabilidad<sup>39</sup> del sujeto en la comisión de la falta y la imposición de la sanción debe atender el principio de proporcionalidad<sup>40</sup>.

El artículo 5º de la Ley 734 de 2002, se refiere al principio de ilicitud sustancial en los siguientes términos:

*"ARTÍCULO 5º. ILICITUD SUSTANCIAL. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna."*

El principio de ilicitud sustancial, ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como sigue:

*"...La ilicitud sustancial como condición constitucional de las faltas disciplinarias.*

*"El ejercicio de la función pública debe estar enfocada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, destacándose los previstos en el artículo 2º C.P. Para cumplir con esta (sic) objetivo, la actividad de los servidores públicos debe guiarse tanto por los deberes específicos que le imponen a cada empleo el orden jurídico aplicable como, de una forma más amplia, los principios generales del ejercicio de la función pública, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Art. 209 C.P.)*

...

*Es el incumplimiento de estas reglas y principios los que activan la actividad sancionatoria propia del derecho disciplinario. Como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, el presupuesto para la existencia de una falta disciplinaria es la acreditación acerca del incumplimiento de un deber funcional del servidor público o, en otras palabras, la presencia de una conducta u omisión que interfiere en el ejercicio adecuado de la función estatal ejercida por dicho servidor del Estado.*

*... Como se observa, el concepto de ilicitud sustancial de la falta disciplinaria concuerda con el criterio de afectación del deber funcional, antes explicado. Esto quiere decir que, desde la perspectiva constitucional, solamente podrán ser clasificadas como faltas disciplinarias aquellas conductas u omisiones que interfieran en el adecuado ejercicio de la función asignada por el ordenamiento jurídico al servidor público respectivo. En términos de la sentencia en comento y a partir de la reiteración de decisiones sobre el mismo tópico "[I]as conductas que pertenecen al ámbito del derecho disciplinario, en general, son aquellas que comportan quebrantamiento del deber funcional por parte del servidor público. En cuanto al contenido del deber funcional, la jurisprudencia[13] ha señalado que se encuentra integrado por (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones. El incumplimiento al deber funcional, es lo que configura la ilicitud sustancial que circunscribe la libertad configurativa del legislador, al momento de definir las faltas disciplinarias."*

...

*...Este concepto opera no solo como una limitación constitucional del derecho disciplinario, sino también como una exigencia prevista por el legislador como presupuesto para la justificación de la falta disciplinaria. En ese sentido, lo que se exige es que la conducta de la cual se predique ese juicio de desvalor deba estar necesariamente vinculada con la afectación del deber funcional. Así, en caso que esa relación no se acredite, se estará ante un exceso en el ejercicio del poder disciplinario y, por la misma razón, ante la inconstitucionalidad de la norma legal correspondiente, al mostrarse contraria con el principio de proporcionalidad aplicable a las diferentes manifestaciones del ius puniendo del Estado."<sup>41</sup>*

La jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre el tópico ha señalado:

*"La ilicitud sustancial consiste precisamente en la afectación de los deberes funcionales sin ninguna justificación. En consecuencia, dado que*

debe ser entendida como la capacidad de afectación de la función pública, para determinar si se estructuró la falta desde el punto de vista de la ilicitud sustancial, deben analizarse dos componentes dentro de los deberes funcionales del servidor público, esto es, el conjunto de derechos, deberes y prohibiciones y, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses... ”<sup>42</sup>

Así, el principio de ilicitud sustancial, es presupuesto de antijuridicidad en materia disciplinaria, y consiste en la afectación de deberes funcionales sin justificación alguna.

### 3.3.2. Debido proceso y procedimiento disciplinario

El procedimiento disciplinario es un conjunto de actividades procesales dirigidas a investigar y/o a sancionar las conductas de los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, tipificadas como falta disciplinaria y, que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

Por otro lado, por principio constitucional, en toda actuación administrativa o judicial se debe aplicar el debido proceso y son elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, entre otros, “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba (iv) el principio de la doble instancia (v) la presunción de inocencia (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in ídem (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus.

Ahora bien, la Ley 734 de 2002, consagra los derechos del investigado: a saber: (i). acceder a la investigación. (ii). designar defensor. (iii). ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia. (iv). solicitar o aportar pruebas y controvertirlas e intervenir en su práctica (v). rendir descargos. (vi). impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello. (vii). obtener copias de la actuación. (viii). presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia.

En el capítulo I del título IX del libro IV, artículo 150 de la Ley 734 de 2002, prevé el procedimiento ordinario del que hace parte el trámite de la indagación preliminar, la que tiene como finalidad en caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria, verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad, o si existe duda sobre la identificación o individualización del autor de la falta.

En el capítulo I del título XI del libro IV, artículo 175<sup>43</sup>, de la ley aludida prevé el trámite del proceso verbal y en él establece que ese procedimiento se surte contra servidores públicos, en caso de que hayan sido sorprendidos “en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve”. De igual manera contempla el procedimiento verbal para las faltas gravísimas estipuladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de la aludida ley. El artículo 175 de la Ley 734 de 2002, dispone:

**“ARTÍCULO 57. APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO VERBAL. El artículo 175 de la Ley 734 de 2002, quedará así:**

*El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.*

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.

En los eventos contemplados en los incisos anteriores, se citará a audiencia, en cualquier estado de la actuación, hasta antes de proferir pliego

de cargos.

*En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.”<sup>44</sup>*

La norma transcrita fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-242-10 y en esa oportunidad, esa Corporación concluyó.

*“PROCEDIMIENTO VERBAL EN FALTA DISCIPLINARIA CUANDO LA REGLA GENERAL ES EL PROCESO ORDINARIO-No constituye un tratamiento desigual injustificado y contrario a la carta política A juicio de la Sala el precepto acusado no solo concuerda con lo dispuesto en el artículo 29 superior sino que su aplicación resulta por entero razonable, tanto más si se piensa en la necesidad de asegurar una actuación disciplinaria ágil, transparente efectuada bajo cumplimiento de los principios de celeridad, eficacia y economía procesal, que son también los que se busca garantizar al emplear el principio de oralidad en los trámites y actuaciones judiciales y disciplinarias”*

Del análisis de las normas invocadas y la jurisprudencia transcrita, se advierte que el elemento determinante para que una actuación administrativa disciplinaria se siga por procedimiento verbal es que la falta sea leve o que exista confesión del hecho, comisión en flagrancia o cuando la falta sea gravísima, sí al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir el pliego de cargos. Entonces, se infiere que en materia disciplinaria la regla general es el proceso ordinario y la excepción el procedimiento verbal.

#### 3.4. Control de legalidad de los actos administrativos en materia disciplinaria

Respecto del control de legalidad de los actos administrativos expedidos en procesos disciplinarios, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de Unificación del 9 de agosto de 2016<sup>45</sup> concluyó que el mismo es integral. En efecto, enseñó:

*“...En conclusión: El control judicial de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria, es integral. Según lo discurrido, ha de concluirse que el control judicial es integral, lo cual se entiende bajo los siguientes parámetros: 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva.*

...

*• Respecto de la valoración de las pruebas recaudadas en el disciplinario. De las causales de nulidad que regula el artículo 137 de la L. 1437, se destacan cuatro de ellas, porque tendrían relación directa con la valoración probatoria bajo los parámetros de un juicio integral, a saber: (i) violación del derecho de audiencias y de defensa, que vincula el derecho al debido proceso regulado en el artículo 29 Constitucional que consagra el derecho a presentar pruebas, solicitarlas o controvertirlas. (ii) Infracción de las normas en que debe fundarse el acto administrativo. Cuando el acto administrativo no se ajusta a las normas superiores a las cuales debía respeto y acatamiento, ... (iii) Falsa motivación, se configura cuando las razones de hecho o de derecho que se invocan como fundamento de la decisión no corresponden a la realidad...*

*El juicio integral permite controlar la valoración de la prueba porque sólo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado.*

- *Respecto de los principios rectores de la ley disciplinaria.*

Este control judicial integral, permite que el juez de lo contencioso administrativo pueda y deba examinar en la actuación sancionatoria el estricto cumplimiento de todos los principios rectores de la ley disciplinaria, esto es, la legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, presunción de inocencia, celeridad, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, función de la sanción disciplinaria, derecho a la defensa, proporcionalidad, motivación, interpretación de la ley disciplinaria, aplicación de principios e integración normativa con los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia.

- *Respecto del principio de proporcionalidad. Se hace una especial referencia al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 18 de la Ley 734, según el cual, la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y la graduación prevista en la ley. ...*

- *Respecto de la ilicitud sustancial. En el mismo sentido, el juez administrativo está facultado para hacer el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la ilicitud sustancial, de tal suerte que si el caso lo exige, se valoren los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado.*

*Todo lo anterior no implica que desaparezca la exigencia prevista en el ordinal 4 del artículo 162 de la Ley 1437, que regula el contenido de la demanda, esto es, el deber de invocar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas que se consideran trasgredidas y de explicar el concepto de violación, porque como bien se indicó en la sentencia de la Corte Constitucional (C-197 de 1999) dicha carga procesal de la parte demandante, es legítima y proporcionada.”<sup>46</sup>*

Conforme a esta línea jurisprudencial, la Sala precisa que tiene plena competencia para realizar un examen integral de los actos administrativos de carácter disciplinario. No obstante lo anterior, no se erige en una tercera instancia al extremo de hacer verbi gratia una nueva valoración de las pruebas, ya que éstas fueron debatidas en primera y segunda instancia en la actuación administrativa.

#### 4. Caso concreto

Revisado el expediente disciplinario, es pertinente recapitular de manera concisa las actuaciones relevantes surtidas en la investigación IUS 73572 /IUC-792-109462, que dio origen a los actos demandados y por lo cual se responsabilizó y sancionó disciplinariamente al señor Francisco Rojas Birry, así:

De conformidad con los documentos obrantes en el cuaderno 2, del expediente disciplinario, el Procurador General de la Nación, mediante providencia de 12 de marzo de 2009, comisionó al Procurador Delegado para la Economía y la Hacienda Pública, para que “*inicie la actuación que estime pertinente a efectos de determinar si como lo sugieren las grabaciones de las interceptaciones de llamadas telefónicas que la Unidad de lavado de Activos envío a la Dirección Nacional de la Fiscalía, y las publicaciones de prensa, el Personero de Bogotá FRANCISCO ROJAS BIRRY, recibió al parecer...una suma millonaria de dinero de la empresa intervenida por el Gobierno, denominada DMG*”. Por auto de 13 de mayo de 2009, el Comisionado, para el esclarecimiento de los hechos las circunstancias de tiempo, modo y lugar, verificar la ocurrencia de la conducta, abrió investigación y decretó pruebas<sup>47</sup>.

Por auto de 27 de abril de 2009, el Procurador General de la Nación, declaró la nulidad de la actuación disciplinaria IUS 73572-IUC 792-109462 desde el auto de 12 de marzo de 2009, con la salvedad de las pruebas recabadas, y dispuso reponer la actuación desde el su iniciación, por hechos y sobre los cuales había recibido queja:(a) presunto recibo de dineros a la firma DMG, (b) consignación de presuntas falsedades en el formato único de hoja de vida (c) ocultar información en la declaración juramentada de bienes y rentas y actividad económica privada, y en la declaración juramentada con fines extraprocesales (d) irregularidades relacionadas con el cumplimiento de requisitos para acceder al cargo (e) ocultar proceso de alimentos en su contra (f) no asistencia a la sesión ordinaria del Concejo de Bogotá D.C. (g) presunto conflicto de intereses.

En esa oportunidad, el Procurador advirtió y anotó que: “*la conducta parece adecuarse a una de las hipótesis de falta disciplinaria prevista por el artículo 23 del CDU: (i) incumplimiento de deberes, (ii) extralimitación en el ejercicio de funciones (iii) violación de las prohibiciones. (iv) incursión en el régimen legal de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin que al parecer se encuentre*

amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 ibídem” y con ese fin decretó pruebas y para su práctica<sup>48</sup> comisionó a la Asesora del Despacho del Procurador, adscrita a la Procuraduría para Asuntos Disciplinarios.

Mediante auto de 15 de enero de 2010, el Despacho del Procurador General de la Nación, evaluó la actuación disciplinaria y dispuso el archivo definitivo de la investigación disciplinaria IUS-73572 IUS-792-10962, en favor del señor Rojas Birry, en relación de los hechos indicados anteriormente, salvo respecto al “presunto conflicto de intereses”, respecto del cual formuló pliego de cargos en los siguientes términos:

*PLIEGO DE CARGOS 15 de enero de 2010*

*ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – única  
instancia 21 de febrero de 2012*

**CARGO ÚNICO**

*Descripción y determinación de la conducta irregular ...FRANCISCO ROJAS BIRRY, en su condición de personero de Bogotá D.C. omitió el deber de declararse impedido para actuar en acciones realizadas con la firma DMG, debido a la existencia de un posible conflicto de intereses con la citada sociedad y expidió las resoluciones 402, 404 y 406 del 21 de noviembre de 2008 mediante las que comisionó a servidores públicos de la Personería de Bogotá con el propósito de que en su calidad de veedores asistieran a los operativos en contra de DMG que se llevarían a cabo el 21, 22, 23, y 26 de noviembre del mismo año.*

*Adecuación típica y normas presuntamente violadas Con el comportamiento descrito el funcionario FRANCISCO ROJAS BIRRY puede estar incurso en falta disciplinaria, de acuerdo con la descripción que de estas hace el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, al señalar: ... . El Personero de Bogotá incurrió en falta disciplinaria, por cuanto ha debido declararse impedido para actuar en el asunto, teniendo en cuenta que tenía interés particular y directo al haber recibido dineros de la firma DMG.*

*El deber que incumplió el disciplinado está establecido en el artículo 40 del C.D.U. que dispone: ...*

*Así mismo... artículo 209 de la Constitución Política ... Como servidor público, el personero de Bogotá D.C. tenía el deber de cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, las leyes, los decretos, etc. y cumplir con diligencia eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado, de acuerdo con lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, habiendo incumplido tales deberes al no haberse declarado impedido para actuar en el caso concreto de las acciones adelantadas contra la firma DMG relacionados con la toma de posesión de los locales y oficinas en que funcionaba en la ciudad de Bogotá D.C. Calificación de la falta...artículo 34 los deberes, en el artículo 35 las prohibiciones y en el artículo 48 las faltas gravísimas.*

*El disciplinado al parecer incurrió en FALTA GRAVÍSIMA, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48, numeral 17 que describe como falta gravísima: ...*

*...al no declararse impedido para actuar comisionando a funcionarios de la entidad para que se presentaran y asistieran a los operativos...contra la firma DMG... ...al existir interés directo y particular por parte del Personero de Bogotá... ilicitud sustancial*

*Possiblemente se configuran los presupuestos del artículo 5 de Ley 734 de 2002... ...inobservó los deberes funcionales de manera consciente al no declararse impedido expediendo las resoluciones 402, 404 y 406 del 21 de noviembre de 2008, lo que contraviene de manera evidente el ejercicio correcto, transparente e imparcial de la función pública asignada como Personero de Bogotá.*

**Forma de culpabilidad**

*...artículo 34, numerales 1 y 2 de la ley 734 de 2002...artículo 40 del mismo ordenamiento...todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión control o decisión... tenía conocimiento..., la imputación subjetiva se hace a título de DOLO, pues de manera libre, voluntaria y con conocimiento de la existencia de conflicto de intereses, no se declaró impedido para actuar...*

*El señor Procurador General de la Nación, declara responsable disciplinariamente al señor Francisco Rojas Birry, por falta gravísima contemplada en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, e impone sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general por 12 años, para ejercer cargos públicos, con fundamento en:*

*"Concepto de la violación...numerales 1 y 2 del artículo 34 de la Ley734 de 2002...en concordancia con el artículo 40 CDU...se calificó como FALTA GRAVÍSIMA , de acuerdo con lo previsto por el numeral 17 del artículo 48 ibidem...DOLO...VI.PRUEBAS ALLEGADAS Y RECAUDADAS ...el disciplinado tenía vínculo con DMG, era conocedor antes, durante y después de que le fuera solicitada su participación a título de veedor ciudadano de los operativos contra esa compañía, esto es, para ejercer control como garante de la sociedad; a pesar de ese conocimiento continuó con las acciones que como cabeza de la entidad le correspondían, pero respecto de las cuales debió apartarse a través de la figura del impedimento de acuerdo con las razones expuestas, lo que permite inferir que su voluntad estuvo inequívocamente dirigida a realizar el acompañamiento, es por ello que la conclusión no puede ser otra que la conducta se realizó a título de dolo, ya que estaba involucrado el conocer y el querer.*

*...con su conducta...afectó de manera sustancial los deberes funcionales...*

*...corolario de los análisis antes efectuados es que el problema radica en que ROJAS BIRRY negó que recibió los 200 millones, pero en contraposición se tiene los testimonios de DAVID MURCIA y WILLIAM SUÁREZ que son coincidentes y mantienen su coherencia a través del tiempo, lo que indica que no fueron preparados, máxime si se tiene en cuenta que esa posibilidad era remota dado que MURCIA está privado de la libertad en los Estados Unidos y SUÁREZ en Colombia, en el Centro de Reclusión la Picota.*

**IX VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS Y CONCLUSIONES DEL FALLADOR**

*...al probarse el acaecimiento de la entrega a ROJAS BIRRY de los 200 millones de pesos de los que hablaron en el proceso de la Fiscalía los señores DAVID MURCIA, WILLIAM SUÁREZ e IVÁN BONILLA, sería insoslayable el conflicto de intereses en el que estaría incurso el hoy personero para actuar oficialmente a cualquier título, respecto de las acciones emprendidas contra el grupo DMG ...*

*En síntesis, una vez examinado el material probatorio recaudado en la fase de pruebas de descargas en armonía con los medios de convicción recopiladas en las etapas anteriores, ...declaración de WILLIAM SUÁREZ...Testimonio que fue confirmado por el señor DAVID MURCIA GUZMÁN... Los asertos de los mencionados testigos encuentran respaldos probatorios en las conversaciones telefónicas legalmente interceptadas y que efectuaron entre GIOVANNI ROJAS y SANDRA DAZA, WILLIAM SUÁREZ y ANDREA SANTAMARÍA, todos vinculados por trabajo con el Grupo DMG el día 16 d enero de 2008, fecha prevista para la entrega de los 200 millones al señor ROJAS BIRRY.*

**TIPIFICACIÓN DE LAS FALTAS Y NORMAS INFRINGIDAS**

*El artículo 209 de la Constitución Política ...Ley 734 de 2002. Artículo 34.*

*....2, artículo 40 CONFLICTO DE INTERESES ...*

*ARTÍCULO 48 FALTAS GRAVÍSIMAS ...17. Actuar u omitir...conflicto de intereses...FRANCISCO ROJAS BIRRY ... por haber realizado objetivamente la descripción típica aludida,...se concretó el 21 de noviembre de 2008...para asistir a los operativos en contra de DMG, en ejercicio de las atribuciones que le confería el artículo 118 de la Constitución Política... ILICITUD SUSTANCIAL DE LA CONDUCTA IMPUTADA ....al no haberse apartado ROJAS BIRRY de un asunto puesto bajo su conocimiento para su control como veedor, en el cual tenía interés directo y personal, es claro que transgredió el deber consagrado en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, conculcando con ello, precisamente, los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad, lo que dio paso a la configuración de la antijurídica que en materia disciplinaria se traduce en la afectación sustancial de los deberes funcionales sin que medie justificación ...está acreditada la ilicitud sustancial.*

*LA CULPABILIDAD...GRAVÍSIMA...*

*...DOLO...SOBRE EL GRADO DE CULPABILIDAD EN EL CASO ESTUDIADO....*

*-conocimiento de los elementos de la conducta descrita en el mandato o prohibición...El elemento volitivo...como Ministerio Público sería la Procuraduría..por tratarse de un asunto de nivel nacional; se llegó a la conclusión que la persona sólo podía actuar como veedor..."*

Igualmente, se observa que en la investigación disciplinaria obran las actas de notificación de las actuaciones disciplinarias al investigado y a su defensor, escrito contentivo de la versión libre, y de descargos, pruebas de cargos y responsabilidad, alegatos de conclusión y recursos, medios de defensa ejercidos, ab initio por el señor Francisco Rojas Birry.

Sumado a lo anterior, dan cuenta los antecedentes que obran en el expediente, que el ente disciplinario, decretó y practicó diversos medios de prueba, entre los relevantes, se advierten los siguientes: (i) transcripción de la conversación telefónica referentes a DMG que involucraban el nombre de Francisco Rojas Birry, (ii) declaraciones, entre estas, de William Suárez Suárez, del Brigadier General Rodolfo Palomino López - Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá- de María Mercedes Perry Ferreira - Agente interventora de firma DMG- (iv) copia de las resoluciones 402, 404, y 406 del 21 de noviembre de 2008, (v) las declaraciones rendidas en el proceso penal 2009-00004 01, por los señores Suárez Suárez y David Murcia Guzmán, obrantes en medio magnético CD<sup>50</sup>. (vi) La orden de servicios 663 de 13 de noviembre de 2008, oficio 2281 del 25 de marzo de 2009, expedidos por el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, Oficios OAJ-7871 de 25 de noviembre de 2008 de la Jefatura de la Oficina Jurídica de la Personería de Bogotá, Oficio GR-126 del 26 de mayo de 2009, AI-037 de 30 de marzo de 2009, de la Agente Interventora de la sociedad DMG<sup>51</sup>.

De conformidad con el documento visible en los folios 2, 57, 58 anexo 5, folio 18 y 154 cuaderno 2 del expediente, el señor Francisco Rojas Birry, fue elegido personero de Bogotá D.C., para el período comprendido entre el 1 de marzo de 2008 y el 29 de febrero de 2012, cargo para el cual tomó posesión el 1 de marzo de 2008. También obra copia de las resoluciones 402, 404, 406, y 407 del 21 de noviembre de 2008, expedidas por el señor Francisco Rojas Birry, en calidad de Personero de Bogotá D.C., mediante las cuales comisionó a unos servidores públicos de la Personería de Bogotá, con el propósito que como Veedores se hicieran presentes dentro de los operativos en contra de DMG que se llevaron a cabo el día 21, 22, 23 y 26 de noviembre de 2008. Las referidas resoluciones previeron:

*“...ARTÍCULO SEGUNDO. Los funcionarios delegados quedan investidos con las misma facultades y atribuciones que como Veedores Ciudadanos le corresponden al Personero de Bogotá D.C. conforme a la ley.”*<sup>52</sup>

En el cuaderno 6 del expediente disciplinario, reposan la actuación penal radicado con el número 1100160001012009 0004, en medio magnético CD (15, CDs) y que probó que el señor Francisco Rojas Birry, el 16 de enero de 2008, recibió 200 millones de pesos de la firma DMG. Igualmente, el operador disciplinario encontró acreditado que Rojas Birry, no se declaró impedido, como Personero, sino que comisionó a unos servidores públicos de la Personería de Bogotá, como Veedores Ciudadanos. Vale decir, encontró probada la causa subyacente, el hecho generadora de la investigación disciplinaria, la falta y la responsabilidad del señor Rojas Birry, y así los sustentó en los actos administrativos demandados y expresó:

*“...Corolario de los análisis antes efectuados es que el problema radica en que ROJAS BIRRЫ negó que recibiera 200 millones, pero en contraposición se tiene los testimonios de DAVID MURCIA y WILLIAM SUÁREZ que son coincidentes y mantienen su coherencia a través del tiempo, lo que indica que no fueron preparados, máxime si se tiene en cuenta que esa posibilidad era remota dado que MURCIA está privado de libertad en los Estados Unidos y SUÁREZ en Colombia, en el Centro de Reclusión la Picota.*

*Por otra parte, cabe destacar que los precitados testimonios no fueron refutados por ROJAS BYRRI, quien estaba presente cuando se recaudaron en el juicio penal ni su abogado defensor y con esos medios de convicción se demostró el hecho de que el personero sí recibió los 200 millones de pesos de la firma DMG.*

*Así mismo, la prontitud con que el doctor FRANCISCO ROJAS, expidió los decretos (sic) comisionando a funcionarios de la Personería es una demostración del interés ...”*

Mediante la providencia del 15 de mayo de 2012, el Procurador General de la Nación, confirmó el fallo única instancia del 21 de febrero de 2012, y concluyó:

"...5, CONCLUSIÓN. ... está demostrada la responsabilidad disciplinaria que endilgó a FRANCISCO ROJAS BIRRY, en su condición de Personero de Bogotá, D.C., para la época de los hechos ..., imputación jurídica que se efectuó en el pliego de cargos y por la que se le sancionó con destitución e inhabilidad por doce (12) años en el fallo del 21 de febrero de 2012, ..." <sup>53</sup>

#### 4.1. Improcedencia de cargos alegados en la demanda.

Como ha quedado establecido el ente disciplinario encontró probado la causa subyacente, la ocurrencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado. En sede jurisdiccional no se aportaron pruebas que desvirtuaran esos elementos, al contrario, se allegaron al expediente: a) certificado de los antecedentes disciplinarios correspondientes al señor Francisco Rojas Birry, que registra entre otras, la sanción impuesta mediante los actos acusados y también la condena penal principal a 96 meses de prisión, por el delito de enriquecimiento ilícito b) historial del proceso penal 2009-00004 01 que da cuenta que la Corte Suprema de Justicia inadmitió el recurso de casación en ese caso.

Los argumentos que sostienen la demanda no son de recibo por las siguientes razones:

##### 4.1.1. Respecto del error en la adecuación típica, al principio de ilicitud sustancial, no ocurrencia del conflicto de intereses, alegados, no son de recibo, por las siguientes razones:

El actor adujo en sede jurisdiccional que el conflicto de intereses no se configuró y se sirve de baluarte en el hecho que su intervención obedeció a la solicitud elevada por el comandante de Policía Metropolitana de Bogotá y que su obrar lo hizo como veedor ciudadano.

De las pruebas que obran en el proceso, se advierte que las normas que le sirvieron de fundamento a la demandada para endilgar la falta disciplinaria e imponer la sanción al actor son del siguiente tenor literal:

Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único.

##### *"La Función Pública y la falta disciplinaria*

... Artículo 23. *La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento. Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:*

1. *Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.*

...

2. *Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.*

ARTÍCULO 40. *Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes*

dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

**ARTÍCULO 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:**

...

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

..."

Del análisis de los artículos 23, 34 numerales 1 y 2, artículo 40 y 48 numeral 17, se evidencia, que es obligación de todo servidor público declararse impedido para actuar cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión. Y constituye falta disciplinaria no declararse impedido en esos casos.

Adicionalmente, a la luz del artículo 5º de la Ley 734 de 2002, una falta es antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Se observa que la legislación consagra el deber del servidor público declararse impedido en los casos anotados.

En el caso concreto, los actos administrativos demandados advirtieron el interés que le asistía a Rojas Birry al haber recibido dinero de la firma intervenida y que en condición de personero expidió actos administrativos comisionando a servidores de la personería como veedores ciudadanos en los operativos. En el expediente, no obra escrito alguno, mediante el cual el señor Rojas hubiere manifestado impedimento, para separarse del asunto, en cambio reposan las resoluciones 402, 404, 406, y 407 de 2008. También informe del 24 de noviembre de 2008, sobre veeduría rendido a la Personería de Bogotá<sup>54</sup>, igualmente la actuación penal que lo condenó por el punible de enriquecimiento ilícito de particulares, al recibir \$ 200.000.000,00 a la firma DMG.

Por otro lado, el señor Rojas Birry, ha pretendido justificar su conducta aduciendo que: (i) actuó por solicitud del Comandante de la policía Metropolitana de Bogotá (ii) y que el actuar de la personería lo fue como vedor ciudadano.

En efecto, mediante oficio 2281 del 25 de marzo de 2009, suscrita por el señor Rodolfo Palomino López, Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá y dirigida al Procurador Delegado para la Economía y Hacienda Pública, da cuenta que:

*"...es necesario informar que con fecha 16 de Noviembre de 2008, siendo las 10:00 horas sostuve una reunión con el Dr. FRANCISCO ROJAS BIRRY personero Distrital, con el fin de informarle algunos temas de seguridad, entre los que se incluyeron prioritariamente el arribo de la Minga Indígena a la ciudad y la probable intervención a la empresa DMG, ante las decisiones del Gobierno Nacional.*

*... 16 de noviembre de 2008, siendo las 16:00horas se llevó a cabo una reunión interinstitucional en el auditorio de la Policía Metropolitana de Bogotá con la participación de...algunos Alcaldes Locales y delegados de la personería Distrital de diferentes localidades donde se encontraban ubicadas las sedes de la intervenida DMG y los Comandantes Operativos de Seguridad Ciudadana y de Estación de Policía Metropolitana de Bogotá con el propósito de socializar las temáticas...y la posible intervención a las sedes de la empresa DMG.*

*Es de anotar que en esa reunión se solicitó el acompañamiento de los Alcaldes Locales y de los Delegados de la Personería Distrital o Personeros Locales, situación que conllevó al alistamiento de sellos en los que se incorporaron los logotipos de la Alcaldía Mayor, la Personería Distrital y el Escudo de la Policía Nacional, ...toda vez que preveía la participación de estas instituciones en los proyectos de la diligencia.*

*Sin embargo, el procedimiento de intervención finalmente se efectuó conforme los parámetros del Decreto Presidencial No. 4334 del 17 de noviembre de 2008, ...mediante ...se declaró la emergencia social, los Comandantes de Departamento y Policías Metropolitanas debidos proceder con la inmediata aplicación de medidas precautelativas de cierre e imposición de sellos a las sedes de DMG, no facilitándose la convocatoria de las demás autoridades; por las circunstancias temporales y de inmediatez de los procedimientos que se llevaron a cabo de manera simultánea en todo el país, ...*

*Posteriormente, fue publicado en la web de la Personería Distrital y así mismo recibida una solicitud suscrita por el señor Personero Distrital y dirigido a éste Comando, a través de la cual el Dr. FRANCISCO ROJAS BIRRY, expresó extrañeza por la aparición del logotipo de la personería distrital en sellos que se utilizaron para fijar el cierre de las sedes de la intervenida DMG, manifestando que no participó en ninguna de las reuniones previa, a dichas diligencias en su condición de veedor. Oficio al que le fue dada respuesta...informándole que esa circunstancia se había presentado debido a la repentina ejecución de los operativos..."<sup>55</sup>*

En la Orden de Servicio 663 del 13 de noviembre de 2008, expedida por la Policía Metropolitana de Bogotá, "Para el Apoyo a la seguridad y vigilancia con motivo de la intervención a DMG", se anotó:

*"...2. DURANTE Buscar acompañamiento de funcionarios de la Procuraduría, Defensoría del Pueblo y/o Personería municipal, para respaldar los procedimientos y acompañamientos en el procedimiento. ..."<sup>56</sup>*

Mediante Oficio OAJ-1871 del 25 de noviembre de 2008, de la Jefatura de la Oficina Jurídica de la Personería de Bogotá, dirigida al señor Francisco Rojas Birry, Personero de Bogotá, concluye que con fundamento en el artículo 100 del Decreto-Ley 1421 de 1993, y Acuerdo 34 de 1993, ante el Estado de Emergencia decretado por el Gobierno Nacional, mediante los decretos 4333, 4334 y 4335 de 2008; corresponde al Personero Distrital y/o sus delegados, actuar como:

*"VEEDOR CIUDADANO verificando que los alcaldes locales en las actuaciones administrativas delegadas por el alcalde mayor de imposición de cierre preventivo del establecimiento de comercio, local, oficina, cualquier lugar donde se desarrollen las actividades de captación o recaudo no autorizado de recursos del público se ajusten a lo dispuesto en la Constitución y la Ley."<sup>57</sup>*

Igualmente, en las resoluciones 402, 404, 406, y 407 del 21 de noviembre de 2008, expedidas por Rojas Birry, en condición de personero, se anotó expresamente que *"funcionarios delegados quedan investidos con las misma facultades y atribuciones que como veedores Ciudadanos le corresponden al Personero de Bogotá D.C. conforme a la ley"*.

No obstante lo anterior, tales circunstancias no eximían al personero de cumplir con el deber derivado de lo previsto en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, pues en acápite anterior quedó claramente establecida que uno de los roles del personero es de veedor ciudadano y que la veeduría ciudadana tiene como objeto ejercer vigilancia de la gestión pública, y en ese rol, el personero tiene entre funciones tales como (i) Orientar a los ciudadanos en sus relaciones con la administración.(ii) Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que considere irregulares, a fin de que sean corregidos y sancionados.

El actuar de los veedores ciudadanos, también se debe efectuar con sujeción al servicio de los intereses generales, la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad y también existe la obligación legal para los veedores ciudadanos de declararse impedidos, cuando estén incursos en causal de impedimentos.

En el ordenamiento jurídico Colombiano, el empleo de personero, tiene diferentes roles con funciones de gran relevancia, no sólo como ministerio público, defensor de derechos humanos y de los derechos del consumidor, sino también en su rol como veedor ciudadano, vale decir, no se trata de un empleo, *"meramente decorativo"*, ni que su rol en las operaciones de intervención contra la firma DMG, fuera de simple de *"acompañamiento"*, o espectador como lo pretende hacer ver la demanda, pues la legislación lo ha dotado de herramientas en caso de necesidad, en cada uno de sus roles.

De manera que, en el caso concreto, desde el punto de vista sustancial, la Sala observa que el hecho generador de los actos administrativos

demandados, se encuentra tipificado como causal de falta disciplinaria gravísima en el estatuto disciplinario y evidentemente al no declararse impedido, contrario sensu, expedir las resoluciones las resoluciones 402, 404, 406, y 407 de 21 de noviembre de 2008, comisionando a unos servidores públicos de la Personería de Bogotá, como Veedores en los operativos de intervención en contra de la empresa DMG, se afectó el deber funcional que desde el punto laboral, jurídico, ético y del actuar íntegro que le correspondía.

De manera que, de lo descrito anteriormente y a lo largo de esta providencia se observa que el ente disciplinario ab initio le endilgó la conducta prevista en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 23, los numerales 1º y 2º del artículo 34, artículo 35 y numeral 17 del artículo 48 ibídem, a título de dolo y falta gravísima. Por esa misma fue declarado responsable disciplinariamente y sancionado con destitución e inhabilidad general por doce (12) años para el ejercicio de cargos públicos.

También se advierte que de conformidad con los artículos 46 y 63 de la Ley 734 de 2002, la consecuencia jurídica prevista para el servidor público que incurre en la conducta descrita en el artículo 40 y numeral 17 del artículo 48 ibídem, a título de falta gravísima y dolo; es la destitución del cargo y la inhabilidad general por el término entre 10 y 20 años. El ente sancionador, atendió al principio de legalidad de la falta, la antijuridicidad, la culpabilidad y la legalidad de la sanción, proporcionalidad, también la causal de falta disciplinaria fue indicada claramente desde el comienzo de la investigación y por la misma fue impuesta la sanción.

El acervo probatorio allegado en la investigación disciplinaria tuvo la fuerza necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al investigado lo que se ratifica con las pruebas arrimadas con ocasión de este proceso.

#### 4.1.2. Del error en el trámite procesal adoptado

Se aduce en la demanda que la ritualidad que correspondía era por procedimiento verbal, que se dio una ritualidad distinta a la prevista en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002.

En efecto del acervo probatorio allegado al proceso acreditan que previamente a la imposición de la sanción disciplinaria, la demandada adelantó una investigación disciplinaria por los lineamientos del procedimiento ordinario. Igualmente, se advierte que y así da cuenta la actuación; que inicialmente mediante auto de 27 de abril de 2009, el Procurador advirtió y anotó que: "*la conducta parece adecuarse a una de las hipótesis de falta disciplinaria prevista por el artículo 23 del CDU: (i) incumplimiento de deberes, (ii) extralimitación en el ejercicio de funciones (iii) violación de las prohibiciones. (iv) incursión en el régimen legal de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin que al parecer se encuentre amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 ibídem*" y con ese fin decretó pruebas y comisionó a la Asesora del Despacho del Procurador, adscrita a la Procuraduría para Asuntos Disciplinarios para su práctica<sup>58</sup>.

También en la providencia del 21 de febrero de 2012, anotó.

*"...no puede perderse de vista que al elevarse el pliego de cargos si bien es cierto no existía certeza sobre la ocurrencia de la entrega de dineros a ROJAS BIRRY por parte del Grupo DMG, ...tampoco obraba en el plenario ningún elemento de convicción que permitiera descartar definitivamente la posibilidad y teniendo en cuenta que no era el momento procesal oportuno para finiquitar el asunto era menester continuar con la averiguación..."*

Así es evidente, que el operador, al inicio de la investigación no contó con los elementos que le permitieran acudir al proceso verbal, y que la situación fáctica, no se adecuaba a los presupuestos exigidos en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, para seguirse por esa cuerda, como son: que la falta fuera leve o que existiera confesión del hecho, comisión en flagrancia, o ante falta gravísima, al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir el pliego de cargos.

De manera que el operador disciplinario, siguió por los lineamientos del proceso ordinario, como era lo debido, para el caso concreto.

4.2.3. Dictó fallo sin resolver la solicitud de nulidad elevada el 20 de febrero de 2012. No tuvo en cuenta los argumentos de defensa.

Revisado el expediente disciplinario, se advierte que:

Ciertamente, mediante escrito visible en el folio 2 del cuaderno principal, radicado ante la Procuraduría General de la Nación, el 20 de febrero de 2012, el señor Francisco Rojas Birry, solicitó la nulidad de todo lo actuado en el proceso disciplinario, por considerar quebrantado el artículo 29 de la Constitución Política, se presentaba causal de nulidad prevista en el artículo 143 de la Ley 734 de 2002, se “calificó la falta como gravísima enmarcándola en las previsiones contenidas en el numeral 17 del artículo 48, aspecto que de inmediato debe ser tenido en cuenta para determinar cuál es el procedimiento bajo el cual se debe adelantar la investigación...se deben adelantar las diligencias por el procedimiento verbal.”. Adicionalmente, porque consideró irregular la incorporación de los medios magnéticos CD, contentivos de las audiencias del juicio penal, en su contra.

En criterio de esta Sala, no resulta de recibo el argumento sostenido por el demandante en el cargo que se analiza; habida cuenta que el juez disciplinario en el fallo de única instancia de 21 de febrero de 2012, en acápite que denominó “VII. DE OTRAS DECISIONES”, se pronunció sobre cada uno de los argumentos que expuestos en la solicitud de nulidad del 20 de febrero del mismo año, encontrando, sin mérito la propuesta de nulidad<sup>59</sup>.

Adicionalmente, de la revisión del expediente disciplinario, se observa que el ente disciplinario durante el trámite del proceso garantizó el derecho de defensa y de contradicción en favor del disciplinado, pues obran las actas de notificación de las actuaciones disciplinarias al investigado y a su defensor, escrito contentivo de la versión libre, y de descargos, pruebas de cargos y responsabilidad y de descargos y de defensa, alegatos de conclusión y medios de defensa ejercidos ab initio por el señor Francisco Rojas Birry. Así por ejemplo mediante escrito presentado ante la Procuraduría General de la Nación, el 20 de mayo de 2009, por el defensor del señor Francisco Rojas Birry, aportó pruebas<sup>60</sup>

Por escrito el señor Francisco Rojas Birry, el 12 de agosto de 2009, rindió versión libre ante la Procuraduría General de la Nación, en donde se lee:

*“...7. DEL POSIBLE CONFLICTO DE INTERESES.*

*...de manera franca y categórica, tengo que manifestar que la transparencia e imparcialidad con que actué, al tenor de las voces del Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, al comisionar a funcionarios de la Personería de Bogotá, para que en su calidad de veedores se hicieran presentes en los operativos de la intervenida firma DMG, despejan cualquier acápite de duda que se puede presentar, ...examen riguroso de la ley, frente a la petición previa que de manera expresa elevara el señor Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá General ... y la solicitud de la misma Agente interventora, ..., entre otros, dio lugar al estudio riguroso del tema, para la legal imperturbable y tranquila decisión que se me cuestiona.*

*Hay pluralidad de actos reflejados en el mundo externo que permiten de manera perfecta a cualquier juzgador, establecer los motivos decidí comisionar al funcionarios en el acompañamiento como veedores en los operativos a la firma DMG ; para determinar si en algún momento se afectaron los citados operativos, por interés particular del suscrito, si se lesionó el principio de imparcialidad; si los funcionarios comisionados recibieron alguna instrucción en particular, diferente a la actuar conforme la ley, en cumplimiento de los principios de moralidad, eficacia, e imparcialidad, donde alejado de cualquier interés particular, obra única y exclusivamente atendiendo el interés general en cumplimiento estricto de la ley, como se puede perfectamente reconstruir, con el elocuente material probatorio que obra en el plenario.*

...

*h. no existe dentro del acompañamiento a los operativos ni una sola conducta que pudiera predicar un interés directo o indirecto que afectara la imparcialidad o transparencia en el acompañamiento que hizo la personería, como se puede acreditar con la elocuente y plural prueba testimonial, de todos los organismos que intervinieron en los operativos...*

i. Vale la pena anotar que la veeduría que hace la Personería de Bogotá, es un proceso de acompañamiento, donde se actúa como simple observador, sin que le sea permitido cosa diferente.

...como actué, alejado del más mínimo interés particular, ...

...la directiva No. 022 del 18 de noviembre de 2008, emanada del despacho del señor Procurador General de la Nación, mediante la cual se adoptaban los parámetros para el acompañamiento a las medidas de emergencia social adoptadas por el Gobierno Nacional, dirigida entre otros a los Personeros Municipales ...

...el acompañamiento de las personerías en los operativos derivados de las medidas de emergencia económica era viable y procedente.

...no haberse dispuesto de mi parte la intervención de la entidad..., habría incumplido los deberes como Personero de Bogotá...falta disciplinaria  
...<sup>61</sup>

Mediante auto de 12 de junio de 2009, y 22 de julio del mismo año, expedidos por el Procurador General de la Nación, decreta pruebas<sup>62</sup> Por escrito, el disciplinado recurrió el auto de cargos y solicita pruebas<sup>63</sup>.

Por escrito del 9 de febrero de 2010, el señor Francisco Rojas Birry, solicitó pruebas y rindió descargos ante el Procurador General de la Nación, en los siguientes términos:

“...estando plenamente probado con documentos y testimonios- que la actividad de la personería en los operativos efectuados contra DMG se originó a raíz de las peticiones elevadas por el Brigadier General ...Comandante de la Policía Metropolitana de esta ciudad; ...Agente Interventora de la firma DMG... y de la propia Procuraduría General de la Nación... No fue mutuo propio, circunstancia que evidencia la ausencia de interés particular y directo de mi parte en tales diligencias ...el concepto de la Oficina Asesora Jurídica de la Personería, tuvieron la finalidad de esclarecer si la personería podía colaborar y de qué manera...si como Ministerio Público o como veedor...concluyendo que era viable el acompañamiento como veedores, amparados en los artículos 118 de la Constitución Política y 100 del Decreto ley 1421 de 1993,...por ello se expedieron las resoluciones que permitían satisfacer los requerimientos de las autoridades antes mencionadas.

...

...los funcionarios comisionados actuaron conforme a la ley y en el despliegue de su actividad no existió parcialidad...Si los comisionados actuaron con imparcialidad, significa que no hubo direccionamiento de mi parte en obtener un favorecimiento o provecho ilícito ...

...en la toma de posesión de las compañías intervenidas relacionadas con el DMG no se encontró registro o documento a nombre de FRANCISCO ROJAS BIRRY...

...Pareciera que el interés en este asunto no fuera el de impartir justicia ...

...tal como sucedió al inicio de la investigación en donde a solicitud de parte se planteó la nulidad de la comisión conferida por su despacho, respecto de la cual usted reconoció el ejercicio desbordado ...

...la misma entereza demostrada al reconocer la extralimitación y desborde de las atribuciones a usted conferidas por el Legislador...

... (Rad 11001-03-15-000-2007-001286, noviembre 20 de 2007).

... (Rad. 050012331000200600031-01, noviembre 30 de 2006)

*...las Resoluciones expedidas en cumplimiento de un deber legal, no contenían elementos de los cuales se pudiera inferir que pretendían algún beneficio particular y directo de mi parte. Durante el operativo tampoco se vislumbró interés diferente al de proteger el interés general; las pruebas recaudadas así lo demuestran.*

...

*Entonces al no estar presente ese interés particular que diera lugar a la ocurrencia antagónica con el interés general, mal puede existir el endilgado conflicto de intereses, en el cual a la luz de la jurisprudencia deben concurrir unos elementos para su configuración, ...*

*... el actuar desplegado por el suscripto, esto es, expedir las Resoluciones Nos. 402, 404 y 406 del 21 de noviembre de 2008, no estuvo presente interés particular y privado alguno, por el contrario, fue movido única y exclusivamente por el interés público ...*

#### *Inexistencia de la ilicitud sustancial*

*... en qué medida se afectó el deber funcional y se desconocieron los principios que rigen la actuación administrativa...?*

*...la carga de la prueba le corresponde al Estado...*

*En mi caso particular, el operador disciplinario parte de la premisa no está probada como lo es "haber recibido dineros de la citada firma", premisa que no tiene concatenación lógica con la actuación de la Personería.*

...

*Así las cosas, teniendo en cuenta los argumentos planteados, así como los conceptos jurisprudenciales y doctrinales ...se evidencia que el comportamiento materia de investigación no es antijurídico disciplinariamente al no estar demostrado de manera objetiva el conflicto de intereses por la sencilla y potísima razón de la inexistencia del interés particular y privado, sumado a la ausencia de daño, lesión, perjuicio, afectación o puesta en peligro de la función pública, al expedir las resoluciones Nos 402, 404 y 406 del 21 de noviembre de 2008. Inexistencia del dolo*

*... no he recibido dineros procedentes de la mencionada firma, por tanto, no existía razón para no atender las solicitudes elevadas por el señor Comandante de la Policía Metropolitana..., sin embargo es la justicia penal a la que le corresponde demostrar si tal imputación tiene respaldo probatorio o no.*

...

*...expedí las resoluciones tantas veces mencionadas, también lo es que a través de ellas comisioné a funcionarios de la Entidad para que participaran en calidad de veedores en las diligencias adelantadas contra la firma DMG...la comisión impartida otorgaba facultades y autonomía a los delegados...no dirección a los funcionarios comisionados...*

*...no es posible efectuar la imputación subjetiva a título de DOLO cuando hay atipicidad de la conducta, toda vez que no se presentó conflicto de intereses...*

...debo resaltar que para la fecha en que expedía las Resoluciones 402... no podía predecir que en un futuro me iniciaran acción penal, donde se me imputaría el recibo de unos dineros, ...

... declararme impedido sin causal legal me hubiera traído consecuencias disciplinarias, por incumplimiento de los deberes propios del cargo...

... desconocido la doctrina y jurisprudencia sobre el tema de la ilicitud sustancial..."<sup>64</sup>

Mediante auto del 22 de abril de 2010, la Procuraduría General de la Nación, decretó la mayoría de las pruebas pedidas por el investigado en el escrito con el que recurre el auto de cargos y en el escrito de descargas.<sup>65</sup> La Providencia fue notificada personalmente al apoderado suplente del disciplinario<sup>66</sup>. El investigado alegó de conclusión e impugnó el fallo que decidió el caso<sup>67</sup>. En las providencias de 21 de febrero de 2012, y 15 de mayo del mismo año el ente disciplinario analizó cada uno de los argumentos de defensa alegados, entre estos, inexistencia de: (i) del conflicto de intereses, (ii) de ilicitud sustancial, (iii) de dolo.

Sumado a lo anterior, se observa que durante la actuación disciplinaria ante la presencia de alguna causal de nulidad procesal, en investigador no dudó en decretarla como lo puso en evidencia la providencia del 27 de abril de 2009<sup>68</sup>. En esa oportunidad, el Procurador General de la Nación, decretó la nulidad de la actuación disciplinaria IUS 73572-IUC 792-109462, desde el auto de apertura de investigación, incluyendo la providencia del 12 de mayo de 2008, asumió el conocimiento del caso y deja a salvo las pruebas legalmente producidas. Igualmente, en parte motiva el auto, adujo:

"...empero dado que respecto de los hechos materia de investigación relacionados con el presunto recibo de dineros provenientes de la hoy intervenida DMG; los hechos relacionados en los acápitulos 1 y 2 del presente proveído; la posible existencia de conflicto de intereses generada por su vínculo personal con miembros de la referida firma y su actuación como personero de Bogotá, al comisionar a servidores públicos de la entidad a su cargo, para que en calidad de veedores se hicieran presentes en los operativos contra la mencionada entidad, así como las demás conductas conexas o que resulten del recaudo probatorio, surgen dudas en cuanto a la condición de personero de Bogotá razón por la que de conformidad con lo señalado en el artículo 152 de la Ley 734 de 2002<sup>69</sup>, se advierte la procedencia de ordenar INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA en su contra, encaminada a establecer la ocurrencia de las conductas, determinar si son constitutivas de faltas disciplinarias, esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometieron, el perjuicio causado a la administración pública con la falta y la responsabilidad disciplinaria del investigado.

Para los efectos anteriores, se ordena la práctica de las siguientes pruebas:1...27..."<sup>70</sup>

Así las cosas, desde punto de vista procesal, de lo descrito y revisado minuciosamente, sin hesitación alguna se evidencia que el operador disciplinario previamente a la imposición de la sanción agotó el proceso por la cuerda procesal que correspondía a las circunstancias fácticas y garantizó el derecho de defensa y contradicción, el investigado conoció y tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, recurrir decisiones, proponer nulidades, de aportar pruebas y controvertir las recabadas en la investigación.

4.2.4. Incorporación irregular de las pruebas contenidas en los CDs,- audiencias del juicio oral en materia penal adelantado contra Rojas Birry,- que por gozar de reserva exigían trámite especial y de autorización expresa, no reúne los requisitos del artículo 135 de la Ley 734 de 2002, para tenerse como trasladada. Las pruebas recepcionadas antes del 15 de enero de 2010 fueron recaudas por funcionario incompetente.

La norma invocada como sustento del cargo, es del siguiente tenor literal

"ARTÍCULO 135. PRUEBA TRASLADADA. <Artículo modificado por el artículo 51 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país y los medios materiales de prueba, podrán trasladarse a la actuación disciplinaria mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario y serán apreciadas conforme a las reglas previstas en este código.

También podrán trasladarse los elementos materiales de prueba o evidencias físicas que la Fiscalía General de la Nación haya descubierto con la presentación del escrito de acusación en el proceso penal, aun cuando ellos no hayan sido introducidos y controvertidos en la audiencia del juicio y no tengan por consiguiente la calidad de pruebas. Estos elementos materiales de prueba o evidencias físicas deberán ser sometidos a contradicción dentro del proceso disciplinario.

Cuando la Procuraduría General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura necesiten información acerca de una investigación penal en curso o requieran trasladar a la actuación disciplinaria elementos materiales de prueba o evidencias físicas que no hayan sido descubiertos, así lo solicitarán al Fiscal General de la Nación. En cada caso, el Fiscal General evaluará la solicitud y determinará qué información o elementos materiales de prueba o evidencias físicas puede entregar, sin afectar la investigación penal ni poner en riesgo el éxito de la misma.”

Revisado el expediente disciplinario se advierte obra en medio magnético CD, la investigación penal radicada con el número 11001600010120090004, seguido contra el señor Francisco Rojas Birry, (incluye investigación preliminar, audiencias de formulación de imputación, de formulación de acusación, audiencia preparatoria, y de juicio oral)<sup>71</sup>. Los mencionados documentos fueron obtenidos e incorporados al proceso disciplinario con ocasión del auto para mejor proveer dictado por el Procurador General de la Nación el 13 de mayo de 2011<sup>72</sup>. Decisión, notificado al investigado<sup>73</sup>. Fueron allegados el 27 de enero de 2012. Mediante auto de la misma fecha, nuevamente corrió traslado común a las partes por el término de 10 días.

Ahora bien, el argumento esbozado por la parte demandante, no es recibo por las siguientes razones:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha precisado los tópicos de reserva y publicidad en los siguientes términos:

“...el constituyente consagró, en los artículos 74 y 228 de la Constitución Política, el principio de publicidad, según el cual las actuaciones de las autoridades estatales, y específicamente de la Administración de Justicia, deben ser públicas, salvo las excepciones que señale la ley. En otras palabras, por regla general, cualquier ciudadano puede acceder a la información que consta en los documentos oficiales, y solamente el Legislador puede restringir ese derecho, imponiendo sobre ellos la reserva legal. En materia de procedimiento penal, ya ha establecido esta Corporación, en la sentencia C-038/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que dicho principio no es absoluto, sino que, en cada etapa del proceso, se debe armonizar con otros principios y valores, como el de la eficacia de la justicia o el de la presunción de inocencia: “en materia penal, la imposición de una publicidad total -desde las averiguaciones previas-, podría malograr la capacidad de indagación del Estado y menoscabaría la presunción de inocencia de las personas”. En ese orden de ideas, se ha determinado que el principio de publicidad se respeta cuando se mantiene como norma general, y siempre que las excepciones, señaladas por la ley, sean razonables, proporcionales, y se ajusten a un fin constitucionalmente admisible; tanto así que, como afirmó la Corte en la sentencia C-150/93 (M.P. Fabio Morón Díaz), “la reserva de determinadas actuaciones judiciales del proceso penal, redonda en algunos casos en el cabal ejercicio de tales funciones”<sup>74</sup>

El artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, prevé como regla que: “Durante la investigación previa<sup>75</sup> las diligencias son reservadas, pero el defensor del imputado que rindió versión preliminar, tiene derecho a conocerlas y a que se le expidan copias.”<sup>76</sup>.

Así las cosas, la reserva de la actuación penal no es absoluta, sino que simplemente goza de ese privilegio, la etapa de investigación preliminar. En esas condiciones los documentos aportados en el medio magnético CD; había superado la etapa de investigación previa y de reserva, pues como se evidencia se allegó incluso la audiencia de juicio oral que es la etapa final en el proceso penal, en primera instancia.

Adicionalmente, y en gracia de discusión de admitirse la calidad de reserva de los documentos mencionados, el inciso final del artículo 135 de la Ley 734 de 2002, prevé: “Cuando la Procuraduría General de la Nación necesiten información acerca de una investigación penal en curso o requieran trasladar a la actuación disciplinaria elementos materiales de prueba o evidencias físicas que no hayan sido descubiertos, así lo solicitarán al Fiscal General de la Nación. En cada caso, el Fiscal General evaluará la solicitud y determinará qué información o elementos materiales de prueba o evidencias físicas puede entregar, sin afectar la investigación penal ni poner en riesgo el éxito de la misma.” Vale decir, que la reserva no es absoluta, como se anotó anteriormente.

Sumado a lo anterior, el oficio S7-06210 del 5 de diciembre de 2011 del Tribunal

Superior de Bogotá-Sala Penal, da cuenta que mediante providencia del 30 de septiembre de 2011, la Magistrada María Idalí Molina Guerrero, autorizó con destino a la Procuraduría General de la Nación, copia de los medios magnéticos CDs que hacen parte del proceso 11001-6000-101-2009-00004-06, seguido contra Francisco Rojas Birry, por el delito enriquecimiento ilícito. Lo que indica que las pruebas contenidas y aportadas en medio magnético fueron incorporadas a la investigación disciplinaria debidamente y no gozan de reserva.

Por otro lado, y por regla de derecho, tal como lo prevé el inciso segundo del artículo 145 de la ley 734 de 2002, la declaratoria de nulidad procesal no invalidan las pruebas allegadas y practicadas legalmente. Adicionalmente, en materia disciplinaria al tenor del inciso final del artículo 133 ibidem, el Procurador General de la Nación, puede comisionar a “cualquier funcionario” para su práctica.

Así, entonces, resultan infundados los argumentos sostenidos en la demanda para atacar las pruebas aportadas en la investigación disciplinaria.

4.2.5. La apreciación probatoria no atendió los principios de imparcialidad y de la sana crítica, no tuvo en cuenta que el disciplinado no impartió directrices a los comisionados.

Respecto de la apreciación probatorio en el proceso disciplinario, la Ley 734 de 2002, dispone:

*“ARTÍCULO 141. Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.*

*En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.”*

La Corte Suprema de Justicia, ha enseñado:

*“...al libelista le compete indicar la clase de error en la apreciación probatoria, es decir, si fue de hecho y de derecho, y el falso juicio que lo determinó, esto es, si de existencia, identidad, raciocinio, legalidad o convicción.*

*Esta clase de desacuerdo se presenta por errores de hecho o de derecho; los primeros cuando el juez ignora una prueba que obra válidamente en el proceso o supone como existente una que no ha sido incorporada (falso juicio de existencia) o cuando distorsiona o tergiversa su contenido fáctico atribuyéndole efectos que no se derivan de ella (falso juicio de identidad), y los segundos, hacen referencia a que el fallador admite y confiere valor probatorio a un medio de convicción allegado irregularmente al proceso o desconoce y niega alcance probatorio a pruebas válidas (falso juicio de legalidad), o le asignó un valor probatorio distinto al establecido por la ley o le negó el que legalmente se le ha conferido (falso juicio de convicción).*

*Igualmente, la transgresión indirecta de la ley puede ocurrir cuando en la asignación del mérito probatorio que se deriva de la prueba válidamente allegada al proceso, el juzgador haya desconocido los postulados de la sana crítica como método de apreciación probatoria (falso raciocinio), valga decir, los principios de la ciencia, la lógica, la experiencia o el sentido común.*

*Igualmente compete al actor precisar la naturaleza del error, el sentido de la violación y, luego de identificar el desacuerdo, demostrar su incidencia en la parte resolutiva del fallo acusado, en proceso de demostración completo, esto es, acreditando cómo de corregirse el yerro sobre las pruebas erradamente apreciadas y valorárselas adecuadamente junto con las restantes válidamente incorporadas al proceso, la sentencia habría sido de distinto contenido.*

Una vez cumplido con lo anterior y en el punto de la trascendencia, también le corresponde al libelista que demuestre cómo dicho error en el acto de la apreciación de las pruebas condujo a aplicar una norma extraña al debate o a excluir otra que resultaba pertinente con los hechos objeto de la controversia.”<sup>77</sup>

A su vez, la Corte Constitucional ha sido clara al advertir que las divergencias interpretativas respecto del material probatorio no constituyen fuente de violación al debido proceso. “... no es constitutiva de una vía de hecho judicial la simple divergencia en la apreciación probatoria”. “Valorar una prueba no necesariamente implica admitir su contenido. La valoración de la prueba es, precisamente, el procedimiento previo que permite establecer si el contenido de lo que se prueba puede ser admitido como elemento de convicción y sustento de la consecuencia jurídica”<sup>78</sup>.

El Consejo de Estado<sup>79</sup>, ha sido del criterio que la autoridad disciplinaria cuando realiza la valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica, en procura de establecer tanto la existencia de la falta, como la responsabilidad del implicado y su grado de culpabilidad, goza de un margen más flexible que el que le corresponde desplegar al operador judicial, para la misma tarea frente al ilícito penal y la responsabilidad de la persona imputada, bajo los parámetros de una libertad razonada, fundada en la lógica y en la experiencia, que en nada difiere de la persuasión racional, que le permita acreditar, más allá de toda duda razonable, la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado, que se traduce en el logro de la certeza exigida en el artículo 142 del C.D.U.<sup>80</sup>.

En el sub lite, una vez revisadas las actuaciones disciplinarias, se observa que el ente sancionador recibió todo un arsenal probatorio, contó con múltiples elementos de prueba, los que fueron valorados y llevaron a la certeza de la ocurrencia de la falta y la responsabilidad en cabeza del señor Francisco Rojas Birry. Entre estas, las resoluciones 402, 404, 406, y 407 del 21 de noviembre de 2008, expedidas por Rojas Birry, que en condición de personero, comisionó a unos servidores de la personería para que hicieran presencia en las diligencias de intervención a la firma D.M.G.

También, el ente disciplinario contó con las diligencias de la actuación penal, en la que resultó condenado Rojas Byrri, por el punible de enriquecimiento ilícito, hecho que sirvió como causa subyacente en el proceso disciplinario. Adicionalmente, no allegó ni al proceso disciplinario, ni en este proceso judicial escrito contentivo de manifestación de impedimento para separarse como personero, en cualquiera de sus roles, en los operativos contra DMG. Adicionalmente, la figura del conflicto de intereses, no hace salvedad, ni exime de responsabilidad por el hecho que no se “*imparta directrices a los comisionados*.”

En las condiciones descritas, no se evidencia que en la actuación disciplinaria se hubiere incurrido en vía de hecho en la apreciación probatoria, no se advierte una contradicción con los principios probatorios de la lógica, con las máximas de la experiencia o con las reglas de la apreciación razonada de la prueba y las reglas de la sana crítica. Tampoco, es evidente que el ente disciplinario hubiere sometido la actuación a prejudicialidad del proceso penal. Adicionalmente, la investigación disciplinaria observó el término a que se refiere el artículo 30 de la Ley 734 de 2002<sup>81</sup>.

En este orden de ideas, se reitera, que ésta, no es la instancia para reabrir el debate probatorio, el cual fue agotado en debida forma durante el proceso disciplinario, tampoco una tercera instancia, y no se evidencia una irregularidad sustancial que afecte el derecho al debido proceso del demandante, ni mucho menos las garantías esenciales a un juicio justo y objetivo, de observancia de los principios de la presunción de inocencia e imparcialidad que deben orientar la actuación de todo ente investigador. Adicionalmente durante la investigación disciplinaria, el aquí demandante gozó con las garantías de defensa y contradicción, sin que hubiere logrado mantener su presunción de inocencia.

### **III. DECISIÓN**

Así las cosas, por las razones esbozadas a lo largo de esta providencia, la Sala se aparta del concepto del Ministerio Público y niega las súplicas de la demanda, pues tras el análisis exhaustivo de los cargos endilgados como se plasmó en los acápite anteriores dejan sin fundamento los argumentos del demandante; habida cuenta que los actos administrativos demandados, tuvieron fundamento fáctico, normativo, probatorio y no son producto de la voluntad subjetiva o caprichosa del ente investigador, se observó el debido proceso y el derecho de defensa. En consecuencia los actos administrativos demandados se mantienen vigentes.

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

FALLA

Niéguense las súplicas de la demanda

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>1</sup> Folio 154 cuaderno 2 expediente disciplinario

<sup>2</sup> Por medio del cual se declara el Estado de Emergencia Social y expide el procedimiento de intervención administrativa, respectivamente.

<sup>3</sup> Folios 11 a 54 cuaderno 1

<sup>4</sup> Folio 138 cuaderno principal

<sup>5</sup> Folio 139 a 150 cuaderno principal

<sup>6</sup> Radicado 11001-03-25000-00012-00 M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>7</sup> Folio 161 del cuaderno 1 del expediente,

<sup>8</sup> Radicado. 3467 de 2003.M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

<sup>9</sup> ARTÍCULO 7º. Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones: ... 23. Conocer en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, el Auditor de la Contraloría General de la República, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contador General, los Generales de la República y oficiales de rango equivalente, el Personero y el Contralor de Santa Fe de Bogotá, D.C., los Directores de Departamentos Administrativos del orden nacional y del Distrito Capital, los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión y demás servidores públicos del orden nacional de igual o superior categoría, por hechos cometidos en ejercicio de sus funciones

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Radicado 111001032500020160067400 (2836-2016) C.P. César Palomino Cortés.

<sup>11</sup> por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

<sup>12</sup> Ley 3 de 1990.Artículo 1º.- El artículo 135 del Código de Régimen Municipal quedará así "En cada Municipio habrá un funcionario que tendrá el carácter de defensor del Pueblo o veedor ciudadano, agente del Ministerio Público y defensor de los derechos humanos, llamado Personero Municipal, que tendrá un suplente designado por el mismo que elija al principal.

<sup>13</sup> La referida norma no fue derogada por la Ley 136 de 1994, ni por la Ley 617 de 2000, y posteriores.

<sup>14</sup> Artículo 36. Son atribuciones del Personero, que cumplirá como defensor del pueblo o veedor ciudadano, las siguientes:

- 1a. Promover la ejecución de las leyes y disposiciones administrativas que se refieran a la organización y actividad del municipio.
- 2a. Recibir las quejas y reclamos que toda persona le haga llegar, referentes al funcionamiento de la Administración, al cumplimiento de los cometidos que le señalan las leyes y los relativos a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.
- 3a. Vigilar la conducta oficial de los empleados y trabajadores municipales y velar porque desempeñen cumplidamente sus deberes y se les exija responsabilidad por las faltas que cometan.
- 4a. Intervenir en los procesos de policía para perseguir las contravenciones, coadyuvar al mantenimiento del orden público y colaborar en la defensa de quienes carecen de recursos económicos para ello.
- 5a. Adelantar investigaciones sobre los hechos que a su juicio impliquen situaciones irregulares y formular las recomendaciones, quejas o acusaciones a que hubiere lugar.
- 6a. Demandar de las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público.
- 7a. Ejercer las demás funciones que le asignen la ley y el Concejo Municipal en desarrollo de las normas consignadas en este artículo.

El Personero no ejercerá funciones administrativas distintas de las que las normas vigentes le señalen para el manejo de sus propias oficinas y dependencias

<sup>16</sup> ARTICULO 100. VEEDOR CIUDADANO. Son atribuciones del personero como veedor ciudadano:

1. Velar por el cumplimiento de la Constitución, las leyes, los acuerdos y las sentencias judiciales.
2. Recibir quejas y reclamos sobre el funcionamiento de la administración y procurar la efectividad de los derechos e intereses de los asociados.
3. Orientar a los ciudadanos en sus relaciones con la administración, indicándoles la autoridad a la que deben dirigirse para la solución de sus problemas.
4. Velar por la efectividad del derecho de petición. Con tal fin debe instruir debidamente a quienes deseen presentar una petición; escribir las de quienes no pudieren o supieren hacerlo; y recibir y solicitar que se tramiten las peticiones y recursos de que tratan los Títulos I y II del Código Contencioso Administrativo.
5. Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que considere irregulares, a fin de que sean corregidos y sancionados.
6. Velar por la defensa de los bienes del Distrito y demandar de las autoridades competentes las medidas necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público.
7. Exigir de las autoridades distritales las medidas necesarias para impedir la propagación de epidemias y asegurar la protección de la diversidad e integridad del medio ambiente y la conservación de áreas de especial importancia ecológica.
8. Vigilar la conducta oficial de los ediles, empleados y trabajadores del Distrito, verificar que desempeñen cumplidamente sus deberes, adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones que fueren del caso todo de conformidad con las disposiciones vigentes.
9. Vigilar de oficio o a petición de parte los procesos disciplinarios que se adelanten en las entidades del Distrito, y

10. Procurar la defensa de los derechos e intereses del consumidor.

<sup>17</sup> Artículo 178.

<sup>18</sup> ARTICULO 99. AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO. Son atribuciones del personero como agente del Ministerio Público:

1. Actuar directamente o a través de delegados suyos en los procesos civiles, contenciosos, laborales, de familia, penales, agrarios, mineros y de policía y en los demás en que deba intervenir por mandato de la ley.

2. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando lo considere necesario para la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales.

3. Defender los derechos e intereses colectivos adelantando las acciones populares que para su protección se requieran, y

4. Con base en el artículo 282 de la Constitución interponer la acción de tutela y asumir la representación del defensor del pueblo cuando este último se la delegue.

Los funcionarios de la personería distrital que por delegación actúen como agentes del Ministerio Público no deberán acreditar las calidades de los magistrados, jueces y fiscales ante los cuales ejerzan las funciones delegadas. Tampoco tendrán la remuneración, derechos y prestaciones de éstos.

<sup>19</sup> Por la cual se modifica y adiciona el Título VII del Código de Régimen Municipal y se dictan otras disposiciones.

<sup>20</sup> ARTICULO 101. DEFENSOR DE LOS DERECHOS HUMANOS. Son atribuciones del personero como defensor de los derechos humanos:

1. Coordinar la defensoría pública en los términos que señale la ley.

2. Cooperar con el defensor del pueblo en la implantación de las políticas que éste fije.

3. Divulgar la Constitución y en coordinación con otras autoridades adelantar programas de educación y concientización sobre los derechos humanos y los deberes fundamentales del hombre.

4. Recibir quejas o reclamos sobre la violación de los derechos civiles y políticos y las garantías sociales.

5. Solicitar de los funcionarios de la Rama Judicial los informes que considere necesarios sobre hechos que se relacionen con la violación de los derechos humanos, y

6. Velar por el respeto de los derechos humanos de las personas recluidas en establecimientos carcelarios, psiquiátricos, hospitalarios y en ancianatos y orfelinatos

<sup>21</sup> Artículo 178 Ley 136 de 1994.

<sup>22</sup> Artículo 46 C.G.P. y artículo 303 Ley 1437 de 2011

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-292-03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

<sup>25</sup> Norma que no fue derogada ni por la Ley 136 de 1994, ni la Ley 617 de 2000.

<sup>27</sup> Regulación: Régimen//ordenación//Disposición // Conjunto de reglas vigentes aplicables. Regulador. órgano o centro encargado de regular. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Tomo V. Páginas 652 y 653.

<sup>28</sup> Gestión: Desempeño de una función o cargo //Encargo//Diligencia; trámite//intervención// Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Tomo III. Página 481.

<sup>29</sup> Control: Inspección, intervención//registro//vigilancia // Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Tomo II. Página 362.

<sup>30</sup> Aparte subrayado condicionalmente exequible. Sentencia C-029 de 28 de enero de 2009

<sup>31</sup> Guía de la Administración Pública. Conflicto de Intereses del Servidor Público <http://www.funcionpublica.gov.co/guias>

<sup>32</sup> Consejo de Estado. Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00442-01(PI) providencia de 23 de febrero de 2017.C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio (E)

<sup>33</sup> Consejo de Estado. radicación 11001-03-25-000-2005-00068-00 (IJ) C.P. César Palomino Cortés.

<sup>34</sup> Consejo de Estado. radicación 11001-03-25-000-2005-00068-00 (IJ) C.P. César Palomino Cortés.

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-948-02. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-948-02. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Negrilla fuera del texto

<sup>37</sup> Que se adecúe a una de las conductas que de conformidad con la ley, es reprochable disciplinariamente.

<sup>38</sup> «Artículo 5.- Illicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»

<sup>39</sup>«Artículo 13.- Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.»

<sup>40</sup> «Artículo 18.- Proporcionalidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.»

<sup>41</sup> Corte Constitucional Sentencia C-452 de 24 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>42</sup> Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00368-00(1381-11) providencia del 27 de octubre de 2016. M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>43</sup> Declarado exequible por la Corte Constitucional. Sentencia C-242-10

<sup>44</sup> Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370-12 de 16 de mayo de 2012, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>45</sup> Consejo de Estado. Número de referencia: 110010325000201100316 00 Número interno: 1210-11. Sentencia del 9 de agosto de 2016 M.P. William Hernández Gómez (E)

<sup>46</sup> Consejo de Estado. Número de referencia: 110010325000201100316 00 Número interno: 1210-11. Sentencia del 9 de agosto de 2016 M.P. William Hernández Gómez (E)

<sup>47</sup> Folio 2, cuaderno 2, expediente disciplinario

<sup>48</sup> Folio 225 cuaderno 2 expediente disciplinario

<sup>49</sup> folios. 915 a 955 cdno 5, 1244 cdno 6

<sup>50</sup> Cuaderno 6 del expediente disciplinario.

<sup>51</sup> Folios 110, 81 a 86, 176, 190 183, 401, 198, cdno 2, 623, 763, cdno 3, 605 cdno 4, 1176 a 1182 cdno 6

<sup>52</sup> folios. 36 a 41, 50 y 51 anexo 1, 81 a 86, 88 cdno 2,

<sup>53</sup> folios 112 cdno 1 y 1415 cdno 6...

<sup>54</sup> folios 52 a 54 anexo 1.

<sup>55</sup> folios. 193 a 195 cdno 2

<sup>56</sup> folios 1 anexo 1, fls 623 cdno 3, 624 cdno 3

<sup>57</sup> folios 33, 47 anexo 1, folio 110 cdno 2.

<sup>58</sup> Folio 225 cuaderno 2 expediente disciplinario

<sup>59</sup> Folios 1295 a 1298 cuaderno 6 expediente disciplinario.

<sup>60</sup> folio. 320 cdno 4.

<sup>61</sup> Negrilla del texto. folio. 689.

<sup>62</sup> folio. 497, 541 cdno 4.

<sup>63</sup> Folio 964 del cuaderno 5 del expediente

<sup>64</sup> folios 976 a 1021 cdno 5 del expediente

<sup>65</sup> folios 1022 a 1028

<sup>66</sup> folio. 1031 cdno 5

<sup>67</sup> folios. 1095, 1127 cdno 5, folio 1333 cdno 6 del expediente disciplinario.

<sup>68</sup> folio 225 cdno 2

<sup>69</sup> ARTÍCULO 150. PROCEDENCIA, FINES Y TRÁMITE DE LA INDAGACIÓN PRELIMINAR. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta  disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar.

<sup>70</sup> Negrilla fuera de texto.

<sup>71</sup> Folios 1138 y 1144 Cuaderno 5 y 6 expediente disciplinario.

<sup>72</sup> Cuadernos 5 y 6 expediente disciplinario

<sup>73</sup> Folio 144 cuaderno 5

<sup>74</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1711-00 MP. Carlos Gaviria Díaz

<sup>75</sup> Es la fase inicial del proceso penal, también se le conoce como fase de investigación previa o preliminar. Esta parte del proceso la desarrolla la Fiscalía y la Policía Judicial. Consiste en la obtención de pruebas y evidencias físicas que determinan la existencia de un hecho que, por sus características, se constituye en delito. En esta parte del proceso se debe también identificar a los posibles autores. Sigue la etapa investigativa e intermedia y finaliza con el juicio oral. Código de Procedimiento Penal.

<sup>76</sup> Aparte subrayado declarado exequible, por la Corte Constitucional. Sentencia C-096-03.

<sup>77</sup> Corte Suprema de Justicia. Exp. 30843 sentencia del 10 de marzo de 2009 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

<sup>78</sup> Sentencia T-233/07

<sup>79</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá, D. C., nueve (9) de julio de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00189-00(0777-12). Actor: JOSÉ LIBARDO MORENO RODRÍGUEZ. Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL. Referencia: AUTORIDADES NACIONALES.

<sup>80</sup> (...) 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.

(...)".

<sup>81</sup> ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. <Artículo modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido a los tratados internacionales que Colombia ratifique.

---

Fecha y hora de creación: 2026-02-02 03:45:18