



Sentencia 03801 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 14 de junio de 2018

Rad. No.: 250002342000201403801-01 (3954-2016)

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Demandante: NESTOR YAKSON DUARTE UBAQUE.

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - ESCUELA TECNOLÓGICA INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL.

Trámite: APELACIÓN SENTENCIA - LEY 1437 DE 2011.

Asunto: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA FALLOS DISCIPLINARIOS QUE SANCIONARON A UN DOCENTE DE LA ESCUELA TECNOLÓGICA INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL, CON SUSPENSIÓN E INHABILIDAD ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE OCHO (8) MESES.

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

FALLO SEGUNDA INSTANCIA.

El proceso de la referencia viene con informe de la Secretaría de 28 de abril de 2017¹, y cumplido el trámite previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Nestor Yakson Duarte Ubaque -en calidad de demandante- contra la sentencia de 11 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "C", que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento

del derecho contra la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y sus fundamentos³.

Por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011⁴, el señor Nestor Yakson Duarte Ubaque solicitó la nulidad de los fallos disciplinarios de 16 de agosto de 2013⁵ y 7 de enero de 2014⁶ proferidos por el Director de Bachillerato de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central y el Rector de la misma institución, respectivamente, a través de los cuales fue sancionado con ocho (8) de suspensión del cargo de docente e inhabilidad especial por el mismo término.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó al Ministerio de Hacienda y al Ministerio de Educación por intermedio de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central a: i) levantar los registros de la sanción, corregir y actualizar toda la información que se haya inscrito en las bases de datos del Instituto Técnico Central y demás entes de control del Estado, ii) reintegrarlo al cargo que venía ocupando al momento de concretarse la sanción de suspensión, iii) pagar e indexar los sueldos, emolumentos y prestaciones sociales dejados de percibir⁷, así como iv) pagar por concepto de indemnización compensatoria 50 SMLV por perjuicio material⁸ y la misma suma por perjuicio moral⁹.

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

Afirmó el apoderado del demandante que contra el señor Nestor Yakson Duarte Ubaque mientras se desempeñaba como docente de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central, fue presentado un informe del 19 de junio de 2012 por parte de las señoritas Yenny García B. y York Mary Álvarez Jiménez -en calidad de sicólogas de la institución¹⁰- en donde dan a conocer los hechos declarados por la estudiante María Lorena Robayo E. relacionados con un supuesto abuso e irrespeto.

Indicó que el Director de Bachillerato de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central mediante fallo de primera instancia¹¹ de 16 de agosto de 2013 sancionó al demandante con suspensión del cargo de docente e inhabilidad especial por el término de doce (12) meses, al encontrarlo responsable de haber cometido a título de dolo, la falta grave consignada en el numeral 6º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002¹².

Manifestó que, mediante escrito de 26 de agosto de 2013¹³ presentó recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia, el cual fue resuelto por el Rector de la misma entidad en fallo de segunda instancia de 7 de enero de 2014¹⁴ modificando la sanción a suspensión del cargo e inhabilidad especial por el término de ocho (8) meses, decisión que fue notificada el 15 de enero de 2014¹⁵.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante citó como vulneradas las siguientes disposiciones:

- Los artículos 2, 6, 13, 21, 25, 53, 218, 220 de la Constitución Política.

- El artículo 33 de la Ley 734 de 2002¹⁶.

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

I. Vulneración del debido proceso en la apertura del trámite administrativo disciplinario.

Indicó que se dio inicio a la investigación disciplinaria sin dar apertura a la indagación preliminar, simplemente basándose en el informe presentado por las psicólogas¹⁷ de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central, a pesar de éstas solo eran testigos de "oídas", por tal motivo no podía ser individualizado y mucho menos iniciarse un proceso disciplinario en su contra.

Señaló que la práctica de las diligencias de declaración rendidas por los alumnos de la institución ahora demandada, no le fueron notificadas y por ende se le vulneró el derecho de defensa y contradicción.

Afirmó que la entidad disciplinaria no cuenta con una oficina de control disciplinario interno, con reglamentos y funcionarios disciplinariamente competentes.

Sostuvo que la sanción que le fue impuesta no fue debidamente ejecutada, toda vez que la entidad disciplinaria solo profirió los actos de sanción, pero no el de ejecución.

II. Indebida valoración de la prueba.

Manifestó que el cargo endilgado a título de dolo por la autoridad sancionatoria, no fue jurídicamente soportado con pruebas que acreditaran su responsabilidad, al encontrarse basado en una queja y declaraciones presentadas por personas que no presenciaron los hechos, las cuales no arrojan certeza sobre la existencia de la falta disciplinaria.

Señaló que la autoridad sancionatoria no ordenó la práctica de una prueba sicológica a la menor quejosa, a efectos de determinar el estado mental de aquella y la veracidad de las acusaciones.

III. Vulneración de la garantía de defensa técnica.

Señaló que se le vulneró su derecho a la defensa por cuanto en el proceso disciplinario no le fue asignado un abogado de confianza o de oficio.

1.3 Contestación de la demanda.

Las partes demandadas contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones del libelo, con los siguientes argumentos:

-
1.3.1. Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central¹⁸.

La Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central mediante apoderado contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, con los siguientes argumentos:

El apoderado en relación con el cargo de vulneración del debido proceso, precisó que no se dio apertura a la indagación preliminar al existir certeza sobre la procedencia de la investigación disciplinaria, así como por el hecho de que el presunto autor de la falta se encontraba plenamente individualizado, tal como se evidencia en el auto del 19 de junio de 2012, el cual fue notificado personalmente al demandante el 21 de junio de 2012.

No se pronunció en relación con el cargo de vulneración de los derechos de defensa y contradicción, en cuanto a la falta de notificación de la fecha en la cual se recepcionarían las declaraciones de los estudiantes que obraron como testigos, ni en relación con el cargo referido a no haberse proferido acto de ejecución de la sanción.

Manifestó, en cuanto al cargo relacionado con la carencia de oficina de control interno disciplinario de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central, que en todas las diligencias del proceso disciplinario participó la autoridad competente, es decir el coordinador académico del Instituto de Bachillerato Técnico “Richard Acosta Rodríguez”, y en consecuencia no existió vulneración a derecho alguno.

Señaló el apoderado de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central, en cuanto al cargo de indebida valoración probatoria, que no es necesario tener certeza sobre la ocurrencia de los hechos para iniciar una investigación disciplinaria, sino que simplemente basta con que se presente la noticia disciplinaria para que el funcionario competente inicie la actuación procesal.

Indicó que para la configuración de la falta disciplinaria imputada al ahora demandante (Ley 734 de 2002, artículo 34 numeral 6), no es necesario que existieran abusos a la intimidad de la menor sino simplemente tratos irrespetuosos o indecorosos, y que no era necesaria realizar la práctica de una prueba pericial, para establecer la credibilidad del dicho de la menor denunciante, ya que existen otros medios probatorios que pueden llevar al convencimiento de los hechos ocurridos.

En relación con el cargo de vulneración de la garantía de defensa técnica, advirtió que es facultativo del investigado solicitar un defensor de oficio o contratar un defensor de confianza y además que el proceso contencioso administrativo no es la instancia para acusar la falta de defensa técnica ocurrida en el proceso disciplinario.

1.3.2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁹.

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de la demanda esgrimiendo los siguientes argumentos:

Señaló que es ajeno a cualquier relación jurídica con el demandante, por ende no puede ser sujeto del presente medio de control, teniendo en cuenta que no fue la entidad que sancionó disciplinariamente al docente y como consecuencia no puede ser designado para asumir pagos tales como las condenas que fueran impuestas.

1.4 La sentencia apelada²⁰.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “C”, mediante sentencia del 11 de marzo de 2016 negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Expresó que a través del informe de 19 de junio de 2012 presentado por las psicólogas de la institución educativa en contra del disciplinado, se evidenció que el señor Nestor Yakson Duarte presuntamente había incurrido en conductas sancionables contra una menor de edad encontrándose individualizado, en tal medida la autoridad sancionadora estaba plenamente facultada para abrir investigación disciplinaria, sin necesidad de dar apertura a indagación preliminar.

Señaló que los testimonios rendidos en el proceso disciplinario, por los alumnos de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central fueron recepcionados de conformidad con la ley y en atención a la solicitud del sancionado expresada en su versión libre.

Precisó que si bien es cierto los testimonios recibidos a las psicólogas son de oídas, se puede observar que: i) se limitan únicamente a verificar

los hechos señalados por la menor que presentó la queja, y, ii) las declarantes son personas maduras, profesionales, las cuales no tienen la intención de actuar de manera subjetiva en favor o en contra del investigado.

Indicó que la falta de asistencia por parte de un abogado no constituye una causal de nulidad, salvo que el demandante haya solicitado la designación de un defensor de oficio, que a analizar el proceso no existe declaración alguna que permita inferir que el sancionado haya solicitado la presencia de un defensor de oficio ni allegó uno de confianza, en tal medida puede considerarse que optó por ejercer a título personal su defensa dentro del proceso disciplinario.

No se pronunció, sobre los cargos referidos a la falta de oficina de control disciplinario en la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central, sobre la falta de acto de ejecución de la sanción, ni en relación con la falta de dictamen sicológico a la menor que presentó la queja disciplinaria.

1.5 El recurso de apelación²¹.

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de del 11 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "C", con los siguientes argumentos:

Señaló que el *A Quo* erró al dar credibilidad solamente a la entidad demandada en cuanto a la legalidad de los actos acusados, debido a que solo efectuó una revisión formal de éstos y no entró a revisar de fondo las situaciones jurídicas que se presentaron en el proceso disciplinario, no obstante haberle dado a conocer las irregularidades con las cuales se llevó a cabo la investigación disciplinaria y que afectaron claramente su derecho de defensa y el debido proceso.

Indicó que el *A quo* pasó por alto que la autoridad disciplinaria no demostró la configuración de la conducta dolosa que le fue endilgada, por cuanto ésta no puede basarse en la queja y en los únicos testimonios recepcionados que corresponden a declarantes que no presenciaron de manera directa la comisión de los hechos, sino que tienen calidad de testigos de oídas los cuales probatoriamente requieren un riguroso análisis y valoración crítica, con el fin de determinar la responsabilidad o no del investigado.

Planteó que el Tribunal de primera instancia, no tuvo en cuenta que le fue vulnerada la presunción de inocencia así como el principio del *indubio pro disciplinario* por cuanto no se logró probar su actuar en contra de la menor y según lo indicó la jurisprudencia en cualquier etapa del proceso en que exista duda razonable sobre la responsabilidad disciplinaria del sujeto investigado, deberá resolverse en su favor ordenándose el archivo correspondiente, situación que en el caso analizado no ocurrió.

Mencionó que el *A quo* no advirtió que en la instancia disciplinaria se incurrió en falsa motivación al proferir autos con los cuales se aplicó una sanción construida con irregularidades procesal y sustanciales que vulneraron todos sus derechos y garantías al debido proceso y a la defensa, pues el material probatorio sustento de la sanción se conformó con testimonios de oídas y la queja presentada por las profesionales adscritas a la institución educativa.

1.6 Alegatos de segunda instancia.

1.6.1. Parte demandada - Ministerio de Hacienda y Crédito Público-.

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público²², mediante escrito de 22 de febrero de 2017 presentó alegatos de segunda instancia en los cuales sostuvo que, no es viable exigirle a la entidad que representa ejecutar funciones que se encuentran fuera de su competencia, al no haber proferido ninguno de los fallos disciplinarios ni tener injerencia en la situación jurídica del sancionado, así como por haberse configurado la "falta de legitimación en la causa por pasiva", razón por la cual se solicitó la desvinculación del proceso.

1.6.2. Parte demandada -Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central-.

El apoderado de Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central²³, mediante escrito de 3 de marzo de 2017 presentó alegatos en segunda instancia en los cuales reiteró los argumentos de la apelación.

1.6.3. Parte demandante²⁴.

Presentó los mismos argumentos señalados en el escrito de apelación.

1.7 Concepto del Ministerio Público²⁵.

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado mediante concepto del 17 de marzo de 2017 solicitó revocar el fallo recurrido, con base en los siguientes argumentos:

Respecto de la falta de indagación preliminar, planteó que ésta etapa procesal no es obligatoria cuando se posee evidencia que permita la identificación e individualización del servidor público que presuntamente incurrió en irregularidades, de modo tal que la entidad se encuentra facultada para ordenar directamente la apertura de la investigación disciplinaria tal como lo establece el artículo 152 del Código Disciplinario Único²⁶.

Con relación a la ausencia de notificación del auto de apertura de la investigación disciplinaria, indicó que de acuerdo con el material probatorio allegado por el demandante se observó que la entidad educativa demandada expidió el auto de 19 de junio de 2012, el cual fue notificado el 21 de junio del mismo año, motivo por el cual no es cierto que se haya omitido el requisito de poner en conocimiento dicho acto al investigado, ahora demandante.

En cuanto a que la entidad sancionadora no contaba con Oficina de Control Interno Disciplinario para llevar a cabo los procesos disciplinarios, planteó que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 30 de 1992²⁷, la institución demandada al ser un establecimiento de educación superior, del orden nacional, con personería jurídica y adscrita al Ministerio de Educación Nacional, goza de independencia y autonomía administrativa, por ende es evidente que tanto el coordinador académico y el rector por ser los superiores jerárquicos en línea vertical respecto del docente, eran las autoridades competentes para adelantar el procedimiento correctivo.

Señaló que en el presente caso y teniendo en cuenta que el demandante fue sancionado por una conducta que al parecer se desplegó en contra de una menor de edad, el testimonio de ésta debió practicarse en presencia de un experto en psicología y entrevista forense (Leyes 1652 de 2013 y 1098 de 2006), por ende al no cumplir con tales requisitos la prueba testimonial de la menor, no ofrece la suficiente credibilidad, más aún cuando los informes suscritos por las psicólogas que también constituyeron pruebas de cargo, solo se limitaron a transcribir lo relatado por la referida menor.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico.

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

a. ¿Si, el Tribunal Administrativo de primera instancia inobservó que en el proceso disciplinario, al actor se le vulneró el debido proceso por

haber dado inicio a la investigación disciplinaria sin dar apertura a la indagación preliminar?

b. ¿Si, la autoridad administrativa incurrió en falsa motivación por indebida valoración de las pruebas, y falta de certeza sobre la existencia de la falta disciplinaria, así como de la responsabilidad del investigado?

I. RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.

Para resolver el primer problema jurídico planteado, es necesario establecer:

1) el marco jurídico relacionado con el derecho al debido proceso, dentro del contexto de la iniciación de la acción disciplinaria y la regulación de la figura de testigos de oídas en nuestro ordenamiento, para luego analizar, 2) el asunto en concreto.

1. Marco jurídico del debido proceso dentro del contexto de la iniciación de la acción disciplinaria y la situación que se presenta respecto de los testigos de oídas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 6º de la Ley 734 de 2002 - *en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política* -, el cual involucra todos los aspectos sustanciales y procesales de la actuación disciplinaria, y señala el derecho al debido proceso así:

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

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

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

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

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

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

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

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁸ ha señalado que:

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

Lo expuesto anteriormente son los requisitos necesarios que debe cumplir la autoridad sancionatoria a la hora de emitir una fallo disciplinario, con el fin de evitar una vulneración al debido proceso, dentro de los cuales registra la posibilidad de que el disciplinado pueda controvertir mediante recursos y actuaciones todas las decisiones que se presenten a lo largo del proceso.

La Ley 734 de 2002, en su título IX reguló lo concerniente al procedimiento ordinario para adelantar las investigaciones disciplinarias originadas en faltas graves y/o gravísimas así como los procedimientos que se deben realizar, los cuales están consagrada en los artículos 150 ss., los cuales señalan:

"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 caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. (...)"

Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y *podrá oír en exposición libre al disciplinado* que considere necesario para determinar la individualización o identificación de los intervenientes en los hechos investigados. Texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-036 de 2003](#); Texto en cursiva declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-1076 de 2002](#).

La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos. (...)"

"Artículo 152. Procedencia de la investigación disciplinaria. Cuando, con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, el funcionario iniciará la investigación disciplinaria".

"Artículo 153. Finalidades de la decisión sobre investigación disciplinaria. La investigación disciplinaria tiene por objeto verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la responsabilidad disciplinaria del investigado".

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia mediante Sentencia C-036 del 2003²⁹ la cual ha señalado que:

"(...) 5.3 El Ministerio Público considera que no hay tal violación, pues, recuerda que la etapa de indagación preliminar no es obligatoria ni imprescindible, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional. Al comparar los fines de cada etapa, se observa que responden a necesidades procesales específicas. Además, si hay un autor conocido y la certeza sobre la comisión de una falta disciplinaria, lo que procede es abrir la

investigación disciplinaria y no esperar a agotar la etapa de indagación preliminar.

5.4 De acuerdo con lo anterior, La Corte considera que en efecto, como lo recuerda el Ministerio Público, la etapa de indagación preliminar no es obligatoria ni imprescindible. La Corte ha señalado que : “La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.” (Sentencia C-430 de 1997). En las sentencias C-728 de 2000 y C-175 de 2001, se reiteró este concepto de la eventualidad.

No se trata de un requisito de procedibilidad, en el sentido de que sólo habrá investigación disciplinaria si ha habido previamente indagación preliminar”.

De lo anterior, se desprende claramente que la indagación preliminar es previa a la etapa de investigación, la cual se presenta únicamente cuando no existen claros y suficientes elementos de juicio, que permitan la iniciación de la investigación disciplinaria, la cual se reitera que tiene por objeto: i) verificar la ocurrencia de la conducta, ii) determinar si es constitutiva de falta disciplinaria y, iii) esclarecer los motivos determinantes y las circunstancias en que se cometió el respectivo perjuicio.

Por otra parte, y con respecto a los mal llamados testigos de “óidas” la jurisprudencia³⁰ ha establecido que es un testimonio indirecto de un acontecimiento que se quiere probar, pero que muchas veces es insuficiente para convencer al juzgador.

Así mismo, el Consejo de Estado³¹ se ha pronunciado respecto de éste tema de la siguiente manera:

“(...) En cuanto los análisis que acerca del testimonio de óidas y de su eficacia probatoria ha realizado la doctrina, es posible destacar la posición asumida por importantes autores nacionales como los profesores Devís Echandía (...) y Parra Quijano³², quienes, en buena medida y siguiendo las orientaciones de la jurisprudencia, coinciden en admitir la validez y la credibilidad que transmiten los testimonios de óidas, no sin efectuar las prevenciones obvias y naturales que exige la valoración rigurosa de esta clase particular de pruebas.

Siendo así las cosas, la Sala estima propicia la ocasión para precisar -en línea con la postura jurisprudencial que se mantuvo en los ya referidos fallos que expidió en los años de 2001³³, 2003³⁴ y 2004³⁵, así como en la dirección que refleja la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-, que el testimonio de óidas constituye un medio de prueba cuya valoración no puede desecharse o desestimarse, sin más, por el sólo hecho de que la versión que rinda el declarante haya llegado a su conocimiento por la transmisión que de la misma le hubiere realizado otra persona y no por la percepción

directa de los hechos respectivos.

Ahora bien, como ocurre con cualquier otro medio de prueba admitido por la ley, la valoración del testimonio de óidas deberá realizarla el juez de manera conjunta con los demás elementos probatorios que hubieren sido oportuna y regularmente acopiados en el proceso, con el agregado de que en estos casos debe tenerse especial cuidado para efectos de someter la versión del declarante a un tamiz particularmente riguroso con el fin de evitar que los hechos a los cuales se les otorgue credibilidad resulten finalmente distorsionados por el proceso de comunicación a que se encuentra sometida una declaración de tal naturaleza, puesto que es evidente que el relato de los hechos que realizará el testigo de óidas no dirá relación con aquellos que él hubiere percibido de manera directa sino que se referirá a hechos respecto de los cuales tuvo conocimiento de manera indirecta, por la referencia o transmisión que sobre los mismos le hubiere efectuado otra persona.

Precisamente para evitar que los hechos lleguen alterados al conocimiento del juez, como resultado de la transmisión que ha de ocurrir acerca de la versión de su acaecimiento cuando el conocimiento sobre los mismos se obtiene a través de testimonios indirectos o de referencia, el juzgador ha de ser particularmente cuidadoso en verificar, entre otros aspectos de importancia, i).- las calidades y condiciones del testigo de óidas; ii).- las circunstancias en las cuales el propio testigo de óidas hubiere tenido conocimiento, indirecto o por referencia, de los hechos a los cuales se refiere su versión; iii).- la identificación plena y precisa de la(s) persona(s) que, en calidad de fuente, hubiere(n) transmitido al testigo de óidas la ocurrencia de los hechos sobre los cuales versa su declaración, para evitar así que un verdadero testimonio pueda confundirse con

un rumor, en cuanto proviniere de fuentes anónimas o indeterminadas; iv).- la determinación acerca de la clase de testimonio de oídas de que se trata, puesto que estará llamado a brindar mayor confiabilidad el testimonio de oídas de primer grado que aquel que corresponda al grado sucesivo por ser el resultado de haber escuchado a otro relatar unos hechos de los cuales dicho tercero tuvo conocimiento por el relato que, a su turno, recibió de otra persona y así sucesivamente.

En ese sentido resultará particularmente importante que el juez relacione y, si fuere posible, coteje la declaración del testigo de oídas con el resto del conjunto probatorio para efectos de verificar la coincidencia y la consistencia de tal declaración con los aspectos fácticos que reflejen o evidencien los demás medios de prueba legalmente recaudados. (...)".

En este orden de ideas, la Sala observa que el testimonio de oídas constituye un medio de prueba cuya valoración no puede desestimarse, por el sólo hecho de que la versión que rinda el declarante haya llegado por el relato de otra persona más no por haber presenciado los hechos, además que deberá ser valorada por el juez correspondiente de manera conjunta con los demás elementos probatorios que se hayan aportado de manera oportuna al proceso.

2. Análisis del cargo en concreto.

Para determinar si le asiste razón o no al accionante en cuanto al cargo de apelación bajo análisis, la Sala procederá a revisar el material probatorio que reposa en el plenario respecto a la vulneración al debido proceso teniendo en cuenta: 1) la presunta ausencia de auto de apertura de la investigación disciplinaria y su respectiva notificación, 2) el procedimiento que se dio en la apertura del proceso sancionatorio, y 3) lo pertinente a los testigos de oídas, así:

a) En cuanto a que no se profirió auto de apertura de la investigación disciplinaria y que en consecuencia éste no se notificó, se observa que contrario a lo mencionado por el demandante, en el expediente es claro que mediante providencia de 19 de junio de 2012³⁶ el Coordinador Académico de la institución educativa demandada abrió investigación disciplinaria en contra del señor Nestor Yakson Duarte Ubaque, en el cual además de la práctica de diversas pruebas tales como: i) requerir a la Oficina de Talento Humano copia del acto de vinculación del docente así como un certificado de los salarios devengados durante el año 2012 y copia de la evaluación de desempeño durante los últimos cinco (5) años, ii) la incorporación de los correspondientes antecedentes disciplinarios, iii) escuchar en declaración a la menor presuntamente violentada, *-quien debía asistir acompañada de un representante legal o de un pariente mayor de edad y de una profesional de la psicología-*, se le puso de presente los derechos del investigado y se ordenó la notificación a éste. La mencionada providencia expresamente señaló:

"Bogotá D.C, diecinueve (19) de junio de dos mil doce (2012).

Para los fines pertinentes en el artículo 153 de la Ley 734 de 2002 y con fundamento en el escrito signado por las Psicólogas de Bienestar Estudiantil, YENNY GARCÍA B. y YORK MARY ALVAREZ JIMENEZ, se ABRE INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA contra los docentes NESTOR YAKSON DUARTE UBAQUE y ALONSO EGEA SERRANO.

Se dispone la práctica de las siguientes pruebas:

1º. Alléguese copia del acto de vinculación de los docentes NESTOR YAKSON DUARTE UBAQUE y ALONSO EGEA SERRANO; certificado del salario devengado durante el año 2012 y copia de la evaluación de desempeño durante los últimos cinco (5) años para lo cual se hará el respectivo requerimiento a la Oficina de Talento Humano.

2º. Incorpórese a la investigación, los antecedentes disciplinarios de los docentes NESTOR YAKSON DUARTE UBAQUE y ALONSO EGEA SERRANO. Ofíciense a la Procuraduría General de la Nación.

3º. Escúchese en declaración a la menor MARIA LORENA ROBAYO ESTEPA. Se fija la hora de las 11.00 a.m. del viernes veintidós (22) de junio de

2012. Se debe advertir que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 266 de Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), los menores deberán estar asistidos "... por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia". Del mismo modo, deberá estar acompañada de un profesional de la Psicología (sic), como lo ordena el numeral 12 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, que para el caso se designa a la Psicóloga RUTH CAMARGO.

4°. Escúchese en declaración a los progenitores de la menor MARÍA LORENA ROBAYO ESTAPA, HENRY RAUL ROBAYO y ROSALBA ESTEPA. Se señala la hora de las 9.30 y 10.30 respectivamente, del viernes veintidós (22) de junio de 2012.

5°. Escúchese en declaración a las Psicólogas YENNY GARCIA B. y YORK MARY ALVAREZ JIMENEZ. Se señala la hora de las 9.30 y 10.30 respectivamente, del lunes veinticinco (25) de junio de 2012.

6° De esta determinación, hágasele saber a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación.

Para garantizar los derechos de contradicción, defensa y debido proceso, notifíquesele esta decisión a los docentes NESTOR YAKSON DUARTE UBAQUE y ALONSO EGEA SERRANO haciéndoseles saber los derecho que les asiste y que se encuentras relacionado en el artículo 92 d la Ley 734 de 2002, como el de designar defensor de confianza. Infórmesele que la confesión antes de la formulación de cargos, es un criterio para ser tenido en cuenta a favor del disciplinado en caso de dictarse sentencia sancionatoria, de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 47 ídem.

De no ser posible la notificación personal, procédase por edicto en la forma prevista en el artículo 107 de la Ley 734 de 2002, contra esta decisión no procede recurso alguno. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE".

También obra a folio 4 y 6 del cuaderno principal 1° constancia de la notificación del mencionado auto de apertura de la investigación y entrega de la copia del mismo al disciplinado, con firma y cédula de ciudadanía del investigado, de fecha 21 de junio de 2012 a la 1:00 p.m., por ende no puede éste ahora manifestar que tal providencia no existió y menos que no le fue notificada.

b) Ahora bien, en cuanto a la no apertura de la indagación preliminar, obra a folio 5 del cuaderno principal 1° informe sobre el "Caso presunto comportamiento abusivo en menor de edad" expedido por las psicólogas de Bienestar Estudiantil de la institución educativa demandada ante el Coordinador Académico de la misma institución en el cual señalan:

"Con base en la orientación del trabajador social José Raúl Torres de la Comisaría de familia, Localidad Mártires, a la que corresponde nuestra Institución Educativa, estamos remitiendo caso de "presunto comportamiento abusivo en menor de edad".

El día en curso a las 10:20 de la mañana la estudiante en referencia del grado 8^a asistió a la psicología y comentó:

"Quiero informar que en el Instituto Técnico Central hay dos profesores que se han sobrepasado conmigo, el primer profesor es Egea, que gracias a una nota que tenía que recuperar, el 29 de marzo me hizo hacer flexiones, me miró por debajo de la camisa, luego me pidió que me enderezara y me dijo; con todo respeto, la voy hacer enderezar, me tocó la espalda, pero luego se sobre pasó y me tocó los senos hasta las piernas, en ese momento yo salí corriendo y llorando, le conté a mis amigos pero no le dije a mis padres.

El segundo profesor es Néstor Jackson duarte que el día miércoles 13 de junio en clase de religión y al sentir que me miraba tanto me le acerqué y le comenté que me disgustaba que me mirara tanto, él me preguntó por qué? Y yo le conté lo sucedido con el profesor Egea.

El día de hoy (15 de junio) el profesor Néstor Jackson me confesó que yo le gustaba y que voluntariamente me miraba por debajo de la jardinería, y se sobre pasaba mirándome, también me dijo que él corría el riesgo de ir a la cárcel o salir del trabajo, pero que asumía la responsabilidad, yo

le dije que no me iba a quedar callada, por eso he venido a contarles esto..." (Subrayado fuera de texto).

c) Por otra parte respecto al procedimiento que se llevó a cabo con la apertura al proceso disciplinario, se tienen las siguientes pruebas:

- El día 19 de junio de 2012, las psicólogas Yenny García B. y York Mary Álvarez Jiménez adscritas al instituto educativo demandado, presentaron un informe al Coordinador Académico del establecimiento, en el cual pusieron de presente que:

"El día en curso a las 10:20 de la mañana la estudiante en referencia del grado

8A asistió a psicología y comentó:

"Quiero informar que en el Instituto Técnico Central hay dos profesores que se han sobrepasado conmigo, el primer profesor es Egea (...) en ese momento yo salí corriendo llorando, le conté a mis amigos pero no le dije nada a mis padres".

"El segundo profesor es Néstor Jackson Duarte que el día miércoles 13 de junio de clase de religión y al sentir que me miraba tanto me le acerqué y le comenté que me disgustaba que me mirara tanto, él me preguntó por qué? y yo le conté lo sucedido con Egea".

"El día de hoy (15 de junio) el profesor Néstor Duarte me confesó que yo le gustaba y que voluntariamente me miraba por debajo de la jardinería, y se sobrepasaba mirándome, también me dijo que él corría el riesgo de ir a la cárcel o salir del trabajo, pero que asumía la responsabilidad, yo le dije que no me iba a quedar callada, por eso he venido a contarles esto...".

"Debo decir que el profesor Jackson me pedía disculpas a medida que me decía lo que me dijo".

- Mediante Oficio 001503 del 10 de julio de 2012 el Coordinador Académico del Instituto Técnico Central dio aviso de apertura de investigación disciplinaria a la Procuraduría General de la Nación de la siguiente forma³⁷:

"Conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 155 de la Ley 734 de 2002 y para los efectos allí consagrados sobre el potencial ejercicio del poder disciplinario preferente por parte de la Procuraduría General de la Nación, me permito informarle que el Instituto Técnico Central, a través del suscrito, en condición de Coordinador Académico, mediante decisión del 19 de junio de 2012, abrió investigación disciplinaria en contra de los docentes NESTOR JACKSON UBAQUE y ALONSO EGEA SERRANO, titulares de la C. de C. No. 79.654.189 y 13.877.942, respectivamente, por presuntos actos que atentan contra la moral en los que se vio comprometida como víctima una menor de edad, del curso 8º de este Establecimiento Educativo.

Como hasta la fecha el Instituto Técnico Central, no ha implementado la Oficina de Control Interno Disciplinario, la actuación disciplinaria contra los docentes en mención, se está realizando conforme con la potestad prevista en el párrafo 3º del artículo 76 de la Ley 734 de 2002 (...)".

Revisados los presupuestos procesales del proceso disciplinario, se tiene que éste tuvo como base para su iniciación el informe anteriormente referenciado presentado por las profesionales de la psicología, en el cual le manifestaron al Coordinador Académico de la institución educativa, los hechos descritos por la menor, respecto de la conducta realizada por el docente. En ese documento se detalla de manera precisa la persona que presuntamente incurrió en la comisión de conductas sancionables, esto es, el señor Néstor Yakson Duarte, ahora demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior es claro que el demandante se encontraba plenamente individualizado como autor de un comportamiento reprochable contra una menor, por ende basándose en lo señalado en el artículo 150 y 152 de la Ley 734 de 2002, la entidad sancionatoria tenía plena facultad de iniciar la investigación disciplinaria, obviando la etapa de la indagación preliminar.

d) Por otra parte, en relación con el argumento del demandante, según el cual, las diligencias de declaración rendidas por diferentes alumnos de la institución demandada no se llevaron a cabo con las formalidades propias establecidas por la ley, por cuanto no se le notificaron al demandante con el fin de poder ejercer sus derechos de defensa y contradicción, encuentra la Sala que esto no es acertado, pues en el plenario obran a folios 56 y 63 del cuaderno principal 1º las constancias de notificación personal, donde se le comunica el día y hora para materializar éstas.

Por lo anteriormente señalado, la Sala considera que los argumentos bajo análisis relacionados con el primer cargo de apelación no están llamados a prosperar.

II. RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA VALORACIÓN PROBATORIA.

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

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

La determinación de los elementos de la responsabilidad disciplinaria tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en cada caso concreto debe surgir de las pruebas que obren en el expediente disciplinario, lo cual, como lo ha señalado la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado³⁸ hace parte del control integral del acto administrativo disciplinario que debe realizar el juez contencioso administrativo y para ello como lo ha indicado esta Subsección³⁹ en oportunidad anterior, debe revisar que se hayan observado las reglas sustanciales del régimen probatorio disciplinario, que a continuación se precisan.

El artículo 6⁴⁰ de la Ley 734 de 2002 –en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política- consagra el derecho al debido proceso, el cual involucra todos los aspectos sustanciales y procesales de la actuación disciplinaria, así:

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

De conformidad con la jurisprudencia de esta Subsección⁴¹, el respeto a las reglas sustanciales disciplinarias en materia probatoria –con las cuales en el caso concreto se determina si la conducta es típica, antijurídica y culpable-, implica el cumplimiento de tres (3) requisitos fundamentales, en estricto orden: 1) los elementos probatorios permitidos, 2) el régimen de análisis y 3) los niveles de certeza establecidos por el legislador, para acreditar los factores que constituyen la responsabilidad.

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

Artículo 130. Medios de Prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

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

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

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

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

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴² el sistema de la sana crítica o persuasión racional -a diferencia de otros sistemas de valoración probatoria-⁴³, obliga al juzgador a establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

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

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

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

“Artículo 9. Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.”.

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

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

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

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

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

2. Análisis del cargo en concreto.

El demandante como segundo cargo señaló que los fallos sancionatorios partieron de una indebida valoración del acervo probatorio por lo que la falta disciplinaria que le fue endilgada no fue soportada jurídicamente, con pruebas que acreditaran la responsabilidad sino que por el contrario sólo se tuvo en cuenta las declaraciones rendidas por personas que no presenciaron los hechos sino que obraron como testigos de "oídas".

Para efectos de resolver el anterior cuestionamiento la Sala debe analizar las pruebas que obran en el expediente.

En el curso de la investigación disciplinaria se celebraron las diligencias de declaración solicitadas por el demandante y aquellas ordenadas de oficio por el establecimiento educativo las cuales son:

1. VERSIÓN LIBRE RENDIDA POR EL SEÑOR NESTOR YAKSON DUARTE UBAQUE EL 28 DE JUNIO DE 2012⁴⁴.

"El miércoles 13 de Junio en clase de religión, estuve recogiendo los cuadernos de estudiantes que después de extender los plazos asignados para entregar las actividades de las dos asignaturas y que en las clases anteriores no los hubieran presentado o que luego de haber sido valorados tuvieran notas de bajo desempeño y que les di la oportunidad de completar, realizar o actualizar sus cuadernos, luego de iniciar la clase y haber preguntado si estaban los cuadernos listos ante la respuesta de algunos estudiantes de la clase que no era así, comencé por revisar algunos que tenía en el escritorio, habiendo transcurrido algo más de la mitad de la hora de clase, habiendo revisado casi la totalidad de los cuadernos que tenía en el escritorio, comencé a llamar a quienes aún no había entregado, solicitándoles hacerlo, puesto que eso facilitaba tener las notas para todos y todas.

La niña MARIA LORENA ROBAYO, que tras haber presentado incompletas las actividades en clases anteriores y teniendo la oportunidad de completar y recuperar las notas obtenidas hasta el momento no me había presentado, la llamé al escritorio para que hiciera la entrega, le pregunté si el trabajo estaba listo, me respondió que no, entonces la interrogué preguntándole que qué le pasaba, si las semanas siguientes a las semana lasallista, el 23 y 25 de mayo respectivamente, estuve asesorando el trabajo y les di todas las clases, 12 horas aproximadamente para realizar las actividades solicitadas en las dos asignaturas, les ayude a conseguir los materiales, les preste los míos para las fotocopias, les permití trabajar en grupos, le acordé que el 90% de las actividades estaban informados desde el primer día de clase del bimestre y de los exigentes criterios de calificación, que cada clase antes de comenzar el trabajo y luego de hacer oración, se los recordaba; le pregunte también que cual era el problema, que si con el colegio, la clase, la casa, las asignaturas, puesto que he encontrado casos de estudiantes que se declaran escépticos o no creyentes y manifiestan con actitudes similares, de desinterés y poco o ningún trabajo y a través de cuestionarlas, llegar a acuerdos de actitud y trabajo, mejoran su desempeño: o que si el problema era con alguien de la institución, profesores o conmigo, puesto que, le recordé que noto displicencia con el trabajo de las asignaturas.

Me respondió que sí, que era que había tenido un problema con un profesor, le dije que si me quería contar y que si yo podía le indicaba que hacer, me dijo que si María Lorena Robayo y Alejandra Moreno junto con otras niñas del curso han estado compartiendo conmigo un problema personal que tienen con otras niñas del curso han estado compartiendo conmigo un problema personal que tienen con otra niña del curso, con Sunniva Giraldo, por la pérdida de cosas, presumen que ella de manera indelicada las está tomando, a esta situación se llegó por voluntad propia de las niñas, se acercaron en una de las clases que y que si les podía ayudar con algo, les dije pues cuéntenme y miramos como proceder ante la situación, les pedí que observaran muy bien la conducta y que si con otras personas se había presentado situaciones similares y que se remitieran con el director del curso y con la psicóloga para saber que ocurría y que si ella necesitaba ayuda eran las personas más indicadas para hacerlo, o con el coordinador, dijeron que si pero que con el coordinador no, que mejor hablaban con la profesora Aura Miryam, coordinadora de las niñas me pareció oportuna y así quedó el asunto; en otros momentos se acercaron a contarme otras situaciones de la compañera, les dije entonces que continuar hablando con la profesora o con las otras instancias).

Me dijeron que un profesor la había tocado, le dije que como así, que qué quería decir eso, que si había sido abusivo con ella, me dijeron que sí, le dije, a quien le has contado de esta situación, me dijeron que todo el curso sabe, mis amigos, le dije que si alguien más, que si los papás, o la psicóloga o un adulto que le pudiera ayudar, comenté que una situación así puede ser delicada y que es mejor aclararla de una vez, le pregunté que si ella quería yo podía hablar con la psicóloga, que he trabajado más con Yenny, que si quería yo le contaba a ella y le hacía una cita, para aclarar bien el hecho, me dijeron que si y me contó, que no me daba nombres del profesor, yo estuve de acuerdo, le dije que a mí no me correspondería hacer ningún proceso con mis compañeros y que por eso era mejor que lo hablara con la psicóloga que ella sabría qué hacer, me dijeron que un profesor en un momento que tenía que ir a presentar una evaluación, nos ubicó en un salón y que un momento que estaba sola le metió las manos dentro de la sudadera y la tocó, en ese momento llegaron unos compañeros el profesor se asustó y se disgustó los gritó los sacó y volvió a cerrar la puerta, le pregunté que si lo volvió a intentar y me dijeron que no, le pregunté que si había sido excesivo, me dijeron no, no alcanzó por lo que los compañeros que me estaban esperando entraron y que es que ella ya estaba incomoda y nerviosa, porque el año pasado los compañeros le habían dicho que en una clase otro profesor los ponía en evaluaciones y la miraba y se masturbaba en el escritorio, no me dijeron ni el nombre ni la asignatura.

Ya terminándose la clase, le dije que lo más pronto posible hablaba con la psicóloga Yenny para que ella también hablara con la doctora. Ese mismo día ubique a la psicóloga y le conté lo que la niña me había dicho, que el jueves yo la buscaba, a la doctora, para remitirle el caso y que ella indagara y acompañara, el jueves 14, no pude asistir por una cita médica urgente de mi esposa, sin embargo hacia medio día me comunique por celular con la doctora Yenny para saber si podía hablar con la niña, me dijeron que no, porque ella, la niña, estaba muy ocupada entregando trabajo y cerrando notas, que si al caso a la salida o el viernes.

El viernes 15 de junio, hable con la doctora Yenny me dijeron que en el transcurso de la mañana hablaba con ella, le dije que si al caso se la enviaba en mi clase que es a las 11:00 a.m. me informo que no que ya hablaban con ella.

Estando en clase recibiendo cuadernos pendientes de entregar y habiendo pasado más o menos el cincuenta por ciento de la clase la volví a llamar al escritorio para que me entregara, porque, aunque había solicitado en público y para todos los pendientes ella no había entregado, se acercó y me entregó una carpeta, le pregunté que si estaba listo el trabajo y me dijeron que sí, le pregunté que qué había pasado con la psicóloga y me dijeron que ya habían hablado... se acercaron otras niñas, Laura Manuela Hernández y Alice Sofía Fernández, (solicitó escuchar la versión de estas dos niñas respecto de mi versión) le pregunté a María Lorena, delante de ellas, que si ellas sabían de la situación, me dijeron que sí, María Lorena se va para el puesto y yo les pregunté a las niñas que opinaban de la situación del profesor con María Lorena, Alice Sofía dice que si es importante que hablen y que se aclaren, Laura Manuela dice que no está de acuerdo con la situación como se está dando, puesto que ella estuvo presentando la misma evaluación y en el mismo lugar, sin notar ningún comportamiento inadecuado por parte del profesor, y salió antes que María Lorena, y que cuando salió María Lorena, comentó que le molestó que el profesor la cogió de la cintura para acomodarla, luego a otros compañeros les contó que además de cogerla de la cintura le pasó la mano por el estómago y que cada vez ha contado algo diferente y más grave, que a ella le parece que el profesor, Egea, (es aquí donde me entero quien es el profesor), no le hizo nada tan grave, que inclusive a los muchachos los acomodan para que hagan un ejercicio cuando no pueden.

Ellas se sientan y yo llamo al escritorio a Alejandra Moreno, (solicito que sea escuchada su versión con respecto a mi versión) le pregunté que qué está pasando con educación física, que si realmente el profesor Egea es así tan exagerado en el trato con las niñas, me dijeron que no es que las toque sino que aprovecha para poner ejercicios de manera que les pueda mirar las partes íntimas, le pregunté que como cuales ejercicios, ella me dice que las abdominales, que ella han investigado y se pueden hacer totalmente acostadas y que él se las hace hacer con las piernas levantadas, le dijeron que si a todos los estudiantes, me dijeron que sí, le dijeron que si las mira de manera descarada, me dijeron que no, pero que se dan cuenta que de cuando en cuando les mira diciendo que verifica que el ejercicio está bien, pero que les incomoda por que la pantaloneta se abre, le dijeron que si usan con el uniforme el short o pantaloneta debajo de la pantaloneta o de la jardinería, me dijeron que no, le dijeron que si ya lo habían notado, una precaución para evitar esas incomodidades es usar ese complemento, le comenté que propósito del tema, había olvidado comentar con ellas y con Lorena que alguna vez estando en las explicaciones que hago en clase y que estoy de pie y me muevo por todo el tablero y casi por toda la mitad de cerca al tablero de todo el salón, que alguna vez, reitero, en una de esas clases note que María Lorena, estaba mal sentada y que no tenía pantaloneta o short y que para mí también había sido incomodo, continué en la clase y al momento se corrigió la situación, quería hacer la observación con respecto al uso adecuado del uniforme pero se terminó la clase asigne la actividades y pasó así, que me parecía que era importante tener eso en cuenta para que ellas evitaran esas situaciones y prevenir que otras personas las incomodaran o les faltaran el respeto, que si por favor ella, Alejandra hablaba con ella, porque creía que había sido una distracción y nada que tuviera que ver conmigo, ella me dice que de pronto lo hizo para llamar la atención de un compañero, le dijeron peor aún, si una niña para llamar la atención de un niño hace eso, él se va acercar a ella por eso solamente, y se puede prestar para conflictos irrespetos y problema, que si por favor ella le decía ya que son tan amigas, me dijeron no, profesor, mejor dígale usted, bueno llámala por favor.

La saludé, le indiqué que habían varias cosas a las que quería hacer referencia, especialmente con respecto a la situación que la incomodara,

(que hasta el momento no me habían expresado incomodidad por nada conmigo o en mi clase).

Le comenté que hay que tener mucho cuidado con situaciones o actitudes que pudiendo ser previstas, previenen que otros voluntaria o involuntariamente nos puedan hacer sentir agredidos o irrespetados o agredidas e irrespetadas, como es el caso en especial de ella y de las compañeras, especialmente porque están en desarrollo y en formación, por ejemplo el uso adecuado del uniforme, que implica el uso de elementos que previenen por comodidad faltas de respeto, por ejemplo el uso de short con la pantaloneta o con la jardinera o con el uso de esas medias largas, me dijo profe, pero y las uso, le dije que le iba a comentar lo que hable con Alejandra, le pregunte tú has notado que te miro? Si, como a los demás del curso, porque yo estoy mirando a todo el mundo y me doy cuenta de casi todo lo que está pasando en clase, cierto? Sí, pero has notado que a todos y a todas los y las miro a los ojos? Me dijo, si, y que piensas, te molesta o incomoda? Me respondió que sí, le pregunté que por qué? Me dijo que solo no le gustaba. Te ruego me disculpes, no es con el fin de molestar a nadie, pero te has dado cuenta que estoy pendiente de todo lo que ocurre en la clase; sin embargo alguna vez creo que no han sido más y ya no recuerdo cuando fue, noté que estabas mal sentada y que no usabas short con la jardinera, y fue estando en explicación de un tema, que estoy de pie y moviéndome por todo el curso y dando la palabra a los que participan y fue solo un momento, te aclaro, no es que yo me haya estado agachando o torciendo para mirarte, estaba de pie y moviéndome por el curso y quiero recomendarte, con todo el respeto que te mereces y para que evites situaciones en las cuales puedas sentirte irrespetada o vulnerada en tu dignidad y en tu imagen, yo supongo que fue en alguna distracción, y no es nada ni conmigo ni con un compañero, supongo que no es así, puesto que podría generar situaciones incomodas para ti, que estés atento a tu postura en el puesto y el uso adecuado del uniforme con los elementos exigidos y los recomendados en especial para ustedes las niñas, que previenen estas incomodidades; al igual estas situaciones son muy delicadas complementando con lo que me comentas del profesor Egea, porque ya sé quién es y qué clase, puesto que Laura Manuela y Alejandra la nombraron.

Estas situaciones que alguien intente tocarte o ponerte en situaciones físicas incomodas, que inclusive pueden ser sin necesidad de tocarte, solo con decirte cosas, debes estar alerta y no guardarte nada, por ejemplo algo que te digan independientemente de quien sea, le recordé que terminando una clase felicité a Alejandra Moreno porque a un compañero que la incomodó le pegó una cachetada y le comenté delante de algunas niñas y algunas niños que bien, que así se van educando los hombres, le dije que si tu permites que un compañero te falte al respeto estarás haciendo de él un guache con las mujeres si no se lo permites, lo orientas lo educas y haces un caballero, y eso es algo que sólo ustedes las mujeres, que están cerca de los compañeros pueden lograr; o si ora persona independientemente del grado de educación, cargo, poder o cultura hace o dice algo irrespetuoso contigo, por ejemplo, si yo te dijera, que no es, pero por ejemplo si yo te dijera ME GUSTAS, (discúlpame por decirte esto) esa sola situación, sin medir nada más o acoso o intentos de nada o tocarte, ya es razón suficiente para denunciar y para que a quien lo hiciera, si fuera yo, me costaría el trabajo, incluso la cárcel, por la protección que hay ahora de la ley a los niños y niñas y a las mujeres en general por tantas cosas que han sucedido, pero no es el caso mío contigo, no, ni más faltaba, estoy casado, tengo mi esposa y así estoy bien no necesito nada más y sabes que está en un Proceso de salud bien delicado (le recordé que el viernes 8 de junio estuve en la clase como hasta las 11:30 a.m. porque a la 1:00 p.m. ese día le hacían una cirugía de tumor de hipofisis). Eso era todo, María Lorena, por favor pilas con esas situaciones, te ruego me disculpes por conversar estas cosas contigo, pero es mi responsabilidad orientar con respecto a estas situaciones para que te formes una personalidad más madura, habla con la psicóloga y espero que soluciones toda esta situación.

Terminó la clase, pregunté que si alguien faltaba por entregar, les aclaré que como hasta ahora estaban entregando cuadernos, no estaban las definitivas, que esperaba que todo estuviera bien y completo y lograran para evitar dificultades, salí con las manos llenas de cuadernos para la sala de profesores.

Recuerdo que al finalizar el primer bimestre se presentó una situación también muy incómoda con María Lorena, durante el bimestre hubo varias revisiones del cuaderno, estando siempre incompleto y teniendo notas muy bajas, dándole, como a todos los que estaban en esta situación la oportunidad de completar las actividades para recuperar notas, se hizo una segunda entrega y continuaban algunos incompletos en algunos compañeros y también en los cuadernos de María Lorena, se les dio la oportunidad para presentar después, tanto así que llegó la semana de entregar definitivas y aún faltaban algunos por entregar, entre otros María Lorena; les di la oportunidad los pendientes otro día en el cual no teníamos clase y había pasado gran parte de la mañana, pasé por el salón, estaba en clase de matemáticas o emprendimiento, no recuerdo bien, al ver que estaban sacando definitivas, que algunos estaban en el escritorio con el profesor y otros en la puerta, les pedí el favor a la niña Sunniva Giraldo y a otro compañero creo Daniel Morales, que recogieran los cuadernos pendientes y me los llevaran a la sala de profesores, que solo les recibía a ellos para evitar desorden en la sala y en la entrega.

Al calificar no encontré los cuadernos de María Lorena ni de otro compañero, mientras al iniciar el bimestre la semana siguiente aclaraban la situación, conversé con ellos del por qué no me habían presentado cuadernos ellos afirmaron que si lo habían enviado, hablé de esa situación en público, porque no era posible que se me hubieran perdido, o que se perdieran sin revisar, les presenté como los registro, como los ordeno, en qué lugares busqué, como pedía ayuda en la búsqueda de otros profesores y no aparecían, que como no habían entregado perdían, porque les faltaban notas, en ese momento dialogué con cada uno y con María Lorena, se puso a llorar bastante congestionada, diciéndome que los papás

le pegaban y que la iban a castigar muy duro porque además de no aprobar la materia se le habían perdido los cuadernos y que eran muy costosos, entonces, mientras seguía buscando los cuadernos y por evitarle problemas asumí con todos los que habían perdido los cuadernos, porque como había visto que iban mejorando en las diferentes entregas, les coloqué aprobado el bimestre con tres (3).

Con el tiempo y por testimonio de profesores de séptimo y de algunos compañeros del curso me enteré que a ellas, María Lorena Robayo, le había ocurrido una situación de pérdida de cuadernos al momento de las definitivas y con una resolución parecida, no recuerdo en que asignatura o si en varias, les pregunté a las compañeras que si era posible que por no asumir las malas notas no fuese cierta la pérdida y me dijeron que si era posible, al presentarse en el segundo bimestre el problema de pérdida de cosas con la niña Sunniva Giraldo, María Lorena me comentó que era posible que ella, Sunniva, fuera la responsable de la pérdida de sus cuadernos. Los otros cuadernos en el transcurso del bimestre aparecieron, los dueños no supieron cómo se traspapelaron con los de la profesora de sociales, pero los cuadernos, los de María Lorena no han aparecido.

Aclaro que me he tomado la libertad de hacer estos comentarios de carácter formativo y orientador en lo relacionado con la educación de la sexualidad puesto que corresponde con temas de la asignatura de ética, valores y derechos humanos, pero que por variaciones en la programación en éste bimestre al ampliar la cátedra de Lasallismo no se realizaron, pero al presentarse la situación con María Lorena y con las otras niñas le comenté de manera particular la importancia de exigir la restitución de su dignidad y el derecho que tienen de aclarar y que se corrijan las situaciones o actitudes que de una u otra forma pueden lesionar su imagen o su autoestima o su dignidad; es necesario aclarar que eran las últimas horas para finalizar el bimestre y salir a vacaciones, calificando actividades, no era posible trabajar de manera general con todo el grupo. (...).

De la versión libre del sancionado se observa que éste por lo menos en dos ocasiones tuvo con la menor conversaciones sobre temas de contenido sexual, incluso mencionándole haberla visto por debajo de la falda y la posibilidad de sentirse atraído por ella.

2. DECLARACIÓN RENDIDA POR LA SEÑORA YORK MARY ÁLVAREZ JIMÉNEZ -EN SU CALIDAD DE PSICÓLOGA- EL 12 DE JULIO DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA - INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁴⁵.

"(...) PREGUNTADA: Manifieste si una de las firmas que aparecen en el escrito del folio 1⁴⁶, es de su puño y (sic) letra y en caso afirmativo háganos un relato de cuanto sepa en relación con los hechos que relato (sic) la menor MARÍA LORENA ROBAYO ESTEPA. CONTESTÓ: La firma que aparece en el documento no es la mía pero si realizamos el texto YENNY y yo, siguiendo el debido proceso que se debe llevar en estos casos. Mi firma no está ahí en el documento porque debía presentar evaluación de un curso de natación que realicé y tuve que irme a las 2.30 de la tarde, del 15 de junio de 2011 y YENNY quedó terminando todo este proceso porque fue muy engoroso. Por eso no está mi firma ahí. YENNY me dijo el martes, me tocó firmar por Ud., porque había que enviar ese documento, no recuerdo si eso fue lo que me dijo textualmente pero eso fue lo que me quiso decir y yo le dije a bueno. El 15 de junio yo llegué al Colegio a las 6.30 de la mañana, estaba trabajando más o menos hacia las 10 pasadas, YENNY entró a mi oficina y me dijo YORK MARY ven que quiero que escuches algo. Me llevó a su oficina. Allí estaba LORENA un poco consternada y YENNY la invitó a que me contara a mí lo que le había dicho a ella. Entonces la niña me empezó a contar que pues ella estaba ahí porque sentía que había dos maestros que se habían sobrepasado con ella. Que antes de salir de salir de vacaciones de semana santa, a ella le había tocado recuperar educación física. Que el profesor EGEA le había hecho la recuperación, me parece que dijo, en el gimnasio, que no había permitido pasar a otros estudiantes a donde le iba a hacer la recuperación a ella. Que le había pedido que se enderezara y que él le había pasado la mano por la espalda y luego por delante, que le había tocado los senos y le había pasado la mano hasta la rodilla. Que ella había salido llorando y le había contado a los compañeros pero que no le había contado a los papás. Que el miércoles 13 de junio de este año, en clase con NÉSTOR YAKSON había venido notando que el la miraba mucho, por debajo de la jardinera, decía la niña y que ella se había acercado a él y le había dicho profesor porque me mira tanto. Que NÉSTOR YAKSON le había dicho que porque le preguntaba eso y que ella le había contado lo que le había acontecido con el profesor EGEA. Qué ese viernes quince estaban en clase con NÉSTOR YAKSON que el profesor estaba hablando con una compañera de ella y que con esa niña la había mandado llamar a ella. Qué le había empezado a decir algo como así, que a él le gustaba ella, que él no le interesaba arriesgar o exponerse a las consecuencias de lo que eso implicaba y pues por eso era que se había puesto así de mal, que por eso estaba llorando y por eso le había comentado a la amiga, no recuerdo el nombre de la amiga y que además ella le había dicho al profesor que no se iba a quedar callada. Eso fue lo que me dijo, entonces pues nosotras con YENNY la hicimos salir de la oficina y pues dialogamos con relación a qué deberíamos hacer. Entonces fue cuando empezamos a llamar a la Comisaría para recibir información de lo que debíamos hacer, por ser algo delicado. Dijimos averigüemos que se debe hacer. Mientras estábamos dialogando con YENNY de lo que debíamos hacer, cuando yo salí a atender a la niña, la niña estaba en la oficina de AURA MYRIAM NIÑO, la Coordinadora de las niñas. Luego yo volví y hable con LORENA. Trabajé algunos aspectos relacionados con el manejo de este tipo de situaciones. Trate de tranquilizarla, de hecho desde que yo tuve contacto con LORENA ya estaba tranquila. Es más sentí que es una niña tímida, que le cuesta trabajo comunicarse. Trabajé con ella un ratico. Le solicite los teléfonos de la familia, pues hay que informar a los padres de que la niña está un poco consternada, aunque tranquila, estaba triste. (...)".

De la anterior declaración -rendida por la psicóloga YORK MARY ÁLVAREZ JIMÉNEZ- claramente se desprende que de acuerdo con lo ocurrido en la oficina de ésta profesional, la menor en cuestión le narró las situaciones con el profesor Nestor Yakson Duarte Ubaque, a saber: i) que éste la miraba por debajo de la falda y, ii) éste mismo docente la hizo llamar para hablar a solas sobre tal situación e incluso le insinuó la atracción que podía sentir por ella.

Además de ésta declaración se puede destacar que la profesional - psicóloga- expresamente indica que el relato que le hizo la menor fue inmediatamente posterior a la última de las situaciones sostenidas con el referido profesor así como su estado de consternación por ese hecho, lo cual es indicativo de veracidad, más aún cuando no obra en el expediente prueba que permita inferir motivo alguno de la profesional de la institución educativa ni de la menor para falsear los hechos y querer perjudicar al ahora demandante.

3. DECLARACIÓN RENDIDA POR LA SEÑORA YENNY GARCÍA BONILLA - EN SU CALIDAD DE PSICÓLOGA- EL 12 DE JULIO DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA - INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁴⁷.

"PREGUNTADA: Sírvase referir en forma detallada lo sucedido con la niña MARIA LORENA ROBAYO ESTEPA. CONTESTÓ: El día miércoles 13 de junio de este año, en horas de la tarde, me encontré con el profesor acá presente, DUARTE, quien me manifestó estar preocupado por una situación que le informó una niña de grado octavo, a lo que respondí que yo no era la psicóloga encargada de los estudiantes de ese nivel, que debía remitir el caso a la Psicóloga YORK MARY ÁLVAREZ. (...). El día viernes a la hora del descanso llegaron dos niñas a mi oficina, una de ellas estaba llorando y me dijeron que querían hablar con la Psicóloga. Les pregunte de qué curso eran. Me respondieron que de grado octavo y yo les dije que debían hablar con la Psicóloga YORK MARY. Sin embargo, ellas insistieron en que querían hablar conmigo. Lee pregunté el nombre a la niña que estaba llorando y al darme cuenta que era la misma niña de la que me había hablado el profesor YAKSON por esa razón la hice pasar para hablar con ella. Ella me dijo que había dos maestros de la Institución que habían intentado sobrepasarse con ella. Le pregunté qué quiénes eran. Ella respondió el profesor YAKSON DUARTE y el profesor EGEA. Le pregunté qué había sucedido con el profesor YAKSON y ella me dijo que él le había dicho que ella le gustaba y aunque era consciente de que eso le podía traer problemas, él corría los riesgos. (...) Luego procedí a llamar a YORK MARY, a la otra Psicóloga para que ella escuchara lo que la niña me había contado para proceder frente al caso. (...). Le solicite a LORENA que le contara a YORK MARY lo que ella me había dicho. LORENA relató los hechos, luego le pedimos que saliera de la oficina y nos esperara un momento (...). PREGUNTADA: Como profesional de la Psicología que percepción tuvo Ud., de la parte emocional de la menor. Cómo la notó. CONTESTÓ: Parto del hecho que yo a la niña LORENA no la conocía. Cuando ella llegó a mi oficina estaba llorando y estaba temblando. Estaba asustada. Por eso lo primero que hice que ir se puede hacerla sentar y tranquilizarla para que me pudiera contar lo que había sucedido y durante todo el tiempo que estuvo hablando conmigo se mostró ansiosa, que traducido en términos de su comportamiento, todo el tiempo movía las manos, las apretaba, movía las piernas constantemente. Este es un comportamiento que se puede dar cuando la persona se enfrenta a una situación nueva que puede ser negativa y ante la cual no sabe qué hacer".

La anterior declaración rendida por otra de las profesionales de la psicología de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central, que recibió la denuncia de la menor, además de ser coherente en cuanto a la *conversación del docente Nestor Yakson con la menor de fecha 15 de junio de 2012, sobre temas de contenido íntimo*, es clara en exponer el estado emocional en el cual aquella se encontraba, lo que concuerda con la inmediatez del hecho perturbador narrado por la menor.

4. DECLARACIÓN RENDIDA POR EL SEÑOR HENRY RAÚL ROBAYO -EN SU CALIDAD DE PADRE DE LA MENOR COMPROMETIDA- EL 16 DE AGOSTO DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA - INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁴⁸.

"(...) luego en junio, no recuerdo cuándo fue, que me llamo la Psicóloga del colegio, y nos comentó que la niña se había acercado al consultorio de ella, llorando para acusar al profesor de Religión de qué le había hablado en términos morbosos. Según ella él le comentó que la miraba por debajo de la falda o que se la imaginaba por debajo de la falda, una cosa así. Ud., sabe que una niña de esa edad con un comentario de esos, de todas maneras le afecta, siendo un profesor mayor de edad y con la experiencia él tiene pues la niña es muy religiosa y le afectó mucho lo que él le dijo. (...). PREGUNTADO: Cuándo le hizo el comentario de que el docente de Religión le hablaba en términos morbosos y qué actitud asumió la niña en ese momento. CONTESTÓ: Ella nos cuenta y llora. Eso nos lo contó cuando la Psicóloga llamó, no recuerdo la fecha, pero fue el día que la Psicóloga llamó. Hasta ahí es que yo sé, yo no le he querido pregunta (sic) nada, para no atormentarla. (...)"

La declaración del padre de la menor es concordante con las pruebas anteriores, en cuanto a la personalidad de la quejosa, lo narrado por ella ante su familia -en relación con las conversaciones sostenidas con el profesor Nestor Yakson- y la afectación emocional que ésta pudo haber

padecido.

5. DECLARACIÓN RENDIDA POR LA NIÑA MARÍA LORENA ROBAYO ESTEPA EL 16 DE AGOSTO DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA - INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁴⁹.

"En efecto se le dio a conocer el contenido del artículo 442 del Código Penal y el 33 de la constitución política. La menor MARÍA LORENA ROBAYO ESTEPA prometió decir la verdad en la presente diligencia. Sobre sus condiciones civiles generales y de ley respondió. Me llamo como quedó anotado, nací el 17 de Mayo de 1999, en Bogotá, curso 8 A en ésta institución, soy hija de HENRY RAUL ROBAYO y ROSALBA ESTEPA (constancia). En éste momento, el coordinador académico profesor RICHARD ACOSTA RODRIGUEZ manifiesta que para efectos de que la niña MARÍA LORENA esté tranquila y con más libertad de declarar, se retira del recinto pero que deja en poder de la Psicóloga un cuestionario de las preguntas que se le debe hacer a la menor para que si lo considera prudente reformule o las readecúe, atendiendo el hecho de tratarse de una menor de edad. Procede el profesor RICHARD ACOSTA a retirarse. PREGUNTADA POR LA PSICOLOGA: Niña, MARÍA LORENA sabe el motivo por el cual se le cito a ésta declaración y en caso cierto, háganos un relato claro y detallado de lo que voluntariamente quiera manifestar. CONTESTO: Si Señora, sí sé. Eso fue un jueves, faltaban como siete minutos para terminar la hora, el profesor EGEA estaba haciendo una evaluación y a cada estudiante nos llevaba a parte donde se guardaban los balones. Los estudiantes estaban solos en ese cuarto y a cada estudiante no mandaba a hacer flexiones. Yo en ese momento tenía los botones de la camisa sin apuntar y empecé a hacer las flexiones y noté que el profesor EGEA me miraba por debajo de la camisa. Luego al terminar de hacer las flexiones el profesor dijo que estaba un poco torcida. En ese momento me tocó desde las costillas hasta las piernas, diciendo que era para enderezarme pero yo no lo sentí así. Yo en ese momento fui llorando hasta el salón, relatándoles a mis amigos lo que me había pasado y yo puse todo el día estuve mal. Y bueno ahí terminó el día. El otro caso fue un día antes de salir de vacaciones a mitad de año. El profesor NESTOR YAKSON esperó a que todos los estudiantes se fueran para llamarle a hablar con él en su escritorio. Él me dijo que yo le gustaba y que cuando me sentaba él me miraba por debajo de la jardinera por su propia cuenta y que me miraba más de lo debido y se disculpaba cada vez que me decía algo. Él me dijo que él estaba en riesgo de perder el trabajo y de incluso ir a la cárcel. Él me dijo que si podíamos hablar en otro momento y yo le respondí que no. En ese momento salí al patio llorando y después de que se acabó el descanso fui a sicología a relatar lo sucedido con el profesor JAKSON y el profesor EGEA. (...) PREGUNTADA POR LA PSICOLOGA: Niña LORENA tú le dijiste al profesor JAKSON lo que había pasado con el profesor EGEA. CONTESTO: Si Señor yo (...) la siguiente parte no registra en la declaración dada por la menor...) porqué el profesor JAKSON me producía confianza y pues le comenté lo sucedido. Él me dijo que iba a hablar con la psicóloga para arreglar ese problema. PREGUNTADA POR LA PSICOLOGA: Los demás compañeros de su curso se enteraron de lo sucedido con los profesores EGEA y JAKSON. CONTESTO: Si se enteraron pero no sé por qué medio. (...) PREGUNTADA POR LA PSICOLOGA: Dígale si por parte del profesor YAKSON ha recibido algún tipo de consejo o guía y en qué consistió. CONTESTO: El profesor YAKSON me dijo que hablar con la Psicóloga. No más. PREGUNTADA POR LA PSICOLOGA: Se te han extraviado cuadernos o algún elemento de su propiedad y en caso cierto si ha sospechado de alguien y con qué fundamento sospecha de ese alguien. CONTESTO: Se me perdió el carnet de servicios y el primer semestre le presenté los cuadernos al profesor YAKSON de ética y religión y esta es la hora que no los ha encontrado. Las tres clases después de que se perdieron los cuadernos hablé con el profesor YAKSON y pues me dio como una solución que hiciera los talleres en carpeta y yo utilicé carpetas para reemplazar los cuadernos mientras estos se encontraban y como los cuadernos no se encontraron seguí haciéndolo en carpetas. (...)".

Todas las declaraciones previamente referidas, son uniformes en cuanto permiten observar que el sancionado: 1) era el profesor de religión, ética y valores, 2) tuvo conversaciones inapropiadas e incluso de contenido sexual con una estudiante menor de 14 años, por cuanto le manifestó que ella le gustaba y que cuando se sentaba, él la miraba por debajo de la jardinera, 3) reconoce que hizo comentarios a la menor en privado, aislada de los demás compañeros, relacionados con una ocasión en la que la notó mal sentada y sin un short bajo su falda, y 4) no negó los hechos relatados por la menor sino que los ubicó en un contexto diferente, por lo cual se evidencia que las situaciones narradas por la estudiante en su denuncia, si ocurrieron, aun cuando el demandante sancionado discuta el alcance de las mismas.

Ahora bien, dado que el demandado fue sancionado con suspensión de 8 meses e inhabilidad especial por haber incurrido en la falta grave consagrada en el artículo 34 numeral 6º de la Ley 734 de 2002, al haber incumplido el deber de tratar con respeto y rectitud a una menor, que por demás era su alumna, y no por actos, abusos sexuales -físicos o verbales-, es claro con las pruebas que obran en el expediente que, tal situación de trato irrespetuoso o falta de rectitud si tuvo lugar, pues en el contexto en el que ocurrieron los hechos es obvio que el señor docente no debía siquiera tener conversaciones directas o disimuladas, sobre las prendas íntimas de la menor ni sobre la posible atracción que por ésta sentía.

Para la Sala ese tipo de situaciones son absolutamente intolerables, menos aún en el ámbito de una institución educativa en la cual los docentes por su posición de autoridad y de garantes, son los llamados a proteger el desarrollo académico y emocional de los alumnos.

En ese orden de ideas es claro que el demandante no tenía ninguna autorización -pues ni siquiera era el profesor de la materia de educación sexual- para tener el tipo de conversaciones que sostuvo con la menor en cuestión, las cuales, por su contenido implícito y explícito constituyen la falta disciplinaria que le fue imputada.

Debe señalarse además que, la conducta desplegada por el demandante en este caso -sostener con la menor en cuestión las conversaciones que se le reprochan- no correspondió al conducto regular o protocolo a seguir, dado que si estaba detectando alguna falta en el uso del uniforme, debía haberlo informado a las directivas del plantel educativo y no propiciar con la menor conversaciones de contenido sexual, porque eso no le estaba permitido.

Menciona el demandante que los fallos sancionatorios partieron de una indebida valoración probatoria por cuanto se basaron en pruebas testimoniales de personas que jamás tuvieron conocimiento directo de los hechos, por lo que no se cumple el requisito esencial señalado en el artículo 142 de la Ley 734 de 2002⁵⁰, es decir, que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y por ende la responsabilidad del investigado.

Retomando lo señalado en acápitos anteriores de esta providencia, en el expediente reposan las declaraciones rendidas por los menores estudiantes compañeros de clase de la quejosa dentro del proceso disciplinario adelantado contra el señor Néstor Yakson Duarte Ubaque, en las cuales se lee lo siguiente:

6. DECLARACIÓN RENDIDA POR EL MENOR NICOLÁS BERNAL CORREA EL 29 DE AGOSTO DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA – INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁵¹.

“(...) Yo los conozco NESTOR YAKSON es mi profesor de religión y pues ALONSO es mi profesor de educación física, y con él no tenemos mucho contacto, y con el profesor NESTOR si tenemos más comunicación, él es más sociable y amigable, nos ayuda más y nos acompaña en el desarrollo (...) Sí, si la conozco porque es de mi curso y es una de mis mejores amigas (...) PREGUNTADO: Con respecto al profesor NESTOR YAKSON DUARTE ha acaecido o se ha presentado alguna situación irregular; en caso cierto, qué. CONTESTÓ: Que alguien me haya contado no, pues él es un buen profesor, nos explica, nos ayuda, es estricto pero a la vez es amigable (...)”

7. DECLARACIÓN RENDIDA POR EL MENOR OSCAR JULIÁN LONDOÑO FAJARDO EL 29 DE AGOSTO DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA – INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁵².

“(...) PREGUNTADO: Con respecto al profesor NESTOR YAKSON DUARTE ha acaecido o se ha presentado alguna situación irregular; en caso cierto, qué. CONTESTÓ: Pues con el profesor me la llevó bien porque el profesor es divertido pero cuando se molesta por algo se pone bravo y nos regaña. La única situación que sí se presentó fue con LORENA. Estábamos en clase, él nos pone a hacer trabajos, la unidades, en el periodo nos pone a hacer unidades en clase, cuando él no dicta la clase nos pone a hacer unidades y cuando trae un tema nos explica en las dos horas, cuando estábamos haciendo las unidades él llama a LORENA y se ponen a hablar en el escritorio, así fue en varias clases, mientras él clasificaba cuadernos él se ponía a hablar con LORENA. Un día, no recuerdo el día, fue en el segundo periodo a mitad o a finales del segundo periodo, ella se fue llorando al puesto y nos dijo que le había contado lo que le había pasado con el profesor EGEA y pues según ella, el profesor YAKSON le dijo que también hubiera hecho lo mismo que EGEA, según ella nos contó y ella se fue a hablar con AURA MYRIAM (...)” (Subrayado fuera de texto).

8. DECLARACIÓN RENDIDA POR LA MENOR LAURA MANUELA HERNÁNDEZ GARAVITO EL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA – INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁵³.

“(...) el miércoles de la siguiente semana LORENA se puso a llorar porque había recordado el tema, el profesor YAKSON siempre se ha preocupado por nosotros y en el momento en que vio a LORENA triste le preguntó que por qué y ella le contó todo y el profesor YAKSON se quedó preocupado y el viernes de esa misma semana YAKSON empezó a preguntarnos a las niñas, a cada una de las versiones porque él nos dijo que no podía acusar al profesor EGEA sin tener todas las versiones de todos los que estaban. No tengo muy claro porque yo me alejé del tema pero creo que el miércoles de la siguiente semana volvió a tocar YAKSON el tema y le dijó un comentario inadecuado a LORENA no tengo bien claro el comentario pues como ya lo he dicho yo ya me había alejado del tema, pero me enteré por otras bocas que YAKSON le había dicho

"que casi todos los profesores eran así y que con el cuerpo que tenía LORENA ella se tenía que cuidar más, comentario que LORENA tomo como inadecuado. (...). PREGUNTADA: Qué sabe Ud., sobre un episodio sucedido en el salón de clase entre MARIA LORENA y el profesor YAKSON? CONTESTÓ: Pues la verdad veníamos LORENA yo y otras tres niñas pero la verdad no me acuerdo bien y pues llegamos las cinco a decirle al profesor YAKSON del por qué habíamos llegado tarde, porque ese día llegamos tarde pues explicamos que estábamos donde la psicóloga, entonces él le empezó a decir a LORENA algo sobre un cuaderno que se había perdido y después creo que tocaron el tema acerca de la situación con el profesor EGEA y pues él en ese momento nos dijo a mí y a mis compañeras que nos podíamos sentar, que lo dejáramos a LORENA y a él solos y pues la verdad en ese momento no sé qué pasó, ni que le dijo pero después de esa conversación LORENA salió llorando y del resto si no sé nada qué pasó (...)".(Subrayado fuera de texto)

9. DECLARACIÓN RENDIDA POR LA MENOR ALEJANDRA MORENO PATARROYO EL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA - INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁵⁴.

"(...) Si, es mi mejor amiga y es mi compañerita desde sexto grado (...). PREGUNTADA: Que nos puede referir sobre la actitud de los profesores YAKSON y EJEA, en el desarrollo de sus clases. CONTESTO: Bueno YAKSON siempre es muy amable con nosotros, nada en especial la verdad, normal (...). PREGUNTADA: Qué sabe Ud., sobre un episodio presentado en el salón de clases entre el profesor YAKSON y la niña MARIA LORENA? CONTESTO: Nosotras casi siempre hablábamos con el profesor como con un amigo, le teníamos mucha confianza, yo todavía le tengo mucha confianza, entonces un día el profesor me comentó unas cosas, no sé qué estábamos hablando antes de comenzar el tema y él me dijo algunas cosas sobre las niñas y especialmente me hizo unas preguntas, si nos molestaba que él nos mirara, nos hablará o ese tipo de cosas y pues yo le dije que no y él me dijo que le parecía que a LORENA o a mí nos estaba molestando eso y recordé que LORENA me había comentado que se sentía un poco incómoda porque supongo que de pronto le tenía desconfianza después de todo, entonces mientras hablaba con el profesor le dije pues "yo creo que a LORENA si le molesta y debería hablar al respecto con ella". (...) Recuerdo que en esa conversación a manera de consejo me dijo que "cuidáramos nuestras posturas", es que no sé cómo describirlo, me dijo que "cualquier persona mayor, profesor podía curiosear" (...) al final me dijo que debía comentarle alguna de esas cosas a LORENA, entonces yo le dije que si ese era el caso que mejor que le dijera porque de pronto a mí me malinterpreta y mandé a LORENA a hablar con el profesor, pero nada personal tampoco. (...) Entonces el profesor empezó a hablarle y yo me fui esperando que ella terminara su charla porque suelo pasármela con ella. Tiempo después de ese mismo día, sonó el timbre para ir a descanso y unos cuantos minutos o poco tiempo ella concluyó la conversación pero estaba llorando, entonces en vez de preguntarle primero a ella, fui a donde el profesor Jackson y le pregunté que qué le había dicho y él me dijo que exactamente lo que él me había dicho (...)".(Subrayado fuera de texto)

10. DECLARACIÓN RENDIDA POR LA MENOR SUNNIVA GIRALDO CORTÉS EL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA - INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁵⁵.

"(...) Si, si los conozco, son mis profesores que me dictan clase de religión, ética y al profesor YAKSON lo conozco desde este año porque me dicta la materia de religión y ética. PREGUNTADO: Conoce a la niña MARIA LORENA ROBAYO ESTEPA?. CONTESTO: Sí, si la conozco desde el año 2008, ella es mi compañera y mi amiga (...) PREGUNTADA: Los profesores al profesor YAKSON lo conozco desde este año porque me dicta la materia de religión y ética. PREGUNTADO: y EGEA te han referido algo o han tratado con Ud., el tema relacionado con esta investigación; te han dicho algo? CONTESTO: No, no han tratado nada de este tema conmigo. PREGUNTADA: Dígale a esta audiencia si como alumna de estos profesores en mención ha notado algún comportamiento inadecuado con alguna de sus compañeras o con usted? CONTESTO: No, no he notado ningún comportamiento raro o fuera de lo común de mis compañeras, excepto de lo de mi compañera LORENA. (...)"(Subrayado fuera de texto)

11. DECLARACIÓN RENDIDA POR LA MENOR JESSICA SALDAÑA PEÑA EL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA - INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁵⁶.

"(...) al profesor YAKSON lo conozco desde este año porque me dicta la materia de religión y ética. PREGUNTADO: Conoce a la niña MARIA LORENA ROBAYO ESTEPA? CONTESTO: Si, yo la conozco desde el año pasado en la clase de modalidad de taller y este año porque nos dejaron en el mismo curso, yo me la pasó con ella porque la he tomado como una amiga. (...) PREGUNTADA: Qué sabe Ud., sobre un episodio presentado en el salón de clases entre el profesor YAKSON y la niña MARIA LORENA? CONTESTO: Ese día estábamos hablando con el profesor YAKSON, ALEJANDRA y yo acerca del problema que se presentó con el profesor EGEA y entonces fue ahí cuando nos dijo que llamáramos a LORENA, y pensamos que era mejor que los dejáramos solos porque ella estaba muy decaída y triste. Cuando ella terminó de hablar con el profesor YAKSON otra vez salió llorando y habló con ALICE para que la acompañara a coordinación donde estaba AURA MIRIAM y ahí no supe más de ello (...)".

12. DECLARACIÓN RENDIDA POR EL MENOR SEBASTIÁN CAMILO LEIVA ESGUERRA EL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA - INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁵⁷.

"(...) YAKSON es mi profesor de Ética y Religión (...) La verdad el profesor YAKSON es muy chévere con todos, no coge preferencias con nadie (...) Ya a finales del segundo periodo a LORENA se le había perdido el cuaderno de Religión y el profesor YAKSON después le acepto la carpeta donde había presentado los trabajos y supe que ella le comentó lo de EGEA, se lo comentó al profesor YAKSON y que supuestamente el profesor YAKSON había dicho que "le hubiera gustado estar ahí", pero a mí me parece que el profesor YAKSON no hubiera dicho eso, porque él no es así, él es un profesor chévere, buena gente, es un profesor en el que sí se puede confiar (...)"(Subrayado fuera de texto)

13. DECLARACIÓN RENDIDA POR EL MENOR ALICE SOFÍA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ EL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2012 ANTE LA ESCUELA TECNOLÓGICA - INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL⁵⁸.

"PREGUNTADO: Niña ALICE SOFÍA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ conoce Ud., a los profesores ALONSO EGEA SERRANO y NÉSTOR YAKSON DUARTE. CONTESTÓ: (...) y a Néstor Yakson desde este año no creo que sea capaz de hacer esas cosas, es una persona muy culta, confiable y respetuosa y ellos son mis profesores de religión y educación física. PREGUNTADO: Conoce a la niña MARÍ LORENA ROBAYO ESTEPA? CONTESTÓ: Sí, porque ella es de mi salón y somos amigas. (...) PREGUNTADA: los profesores YAKSON y EGEA te han referido a algo o han tratado con Ud., esta investigación? CONTESTO: Pues el profesor YAKSON me ha preguntado mi opinión acerca de él; eso me lo preguntó cómo hace dos semanas después de lo que pasó y yo le dije que a mí no me parecía que él hubiera hecho eso, que de pronto ella o sea LORENA había interpretado mal las cosas (...)"

De los anteriores testimonios, se evidencia que: 1) el docente tuvo una plática con varias estudiantes a quienes les indicó que debían cuidar sus posturas y protegerse de cualquier persona mayor aunque fuera un docente de dicha institución, 2) para el día de los hechos, la menor en cuestión mantuvo una conversación en privado con el sancionado que posteriormente salió llorando del salón de clases y que al abordárla les comentó que el docente se había insinuado con ella, 3) la menor se dirigió a la Oficina de Psicología y bienestar educativo de la institución, con el fin de comentarle a las psicólogas lo que había sucedido en clase de religión, 4) los testimonios otorgados por los menores son de testigos de oídas de primer grado, por cuanto si bien no escucharon la conversación entre la víctima y el docente, si dan fe que vieron sumamente afectada a la menor a tal punto de empezar a llorar.

Adicionalmente debe señalarse que las referidas declaraciones - *declaraciones 6 a 13-*, en especial las rendidas por los alumnos Oscar Julián Londoño, Laura Manuela Hernández y Alejandra Moreno, concuerdan con las declaraciones analizadas en acápitres anteriores de ésta providencia en cuanto a que el sancionado propiciaba múltiples conversaciones a solas con la menor en cuestión, que hacían referencia al cuerpo de ésta y la forma como él la miraba, las cuales -en el contexto de una institución educativa- además de ser inadecuadas constituyen tratos irrespetuosos o faltas a la rectitud, no solo porque están dirigidas hacia menores de edad, sino también porque se trata de niñas en formación a quienes comentarios e insinuaciones directas o indirectas de tipo calificativo y de contenido erótico, contribuyen a la cosificación del género femenino y al mantenimiento de estereotipos de discriminación que de ninguna manera pueden ser permitidos y que deben ser sancionados con severidad.

Es claro entonces, que si bien el demandante advierte que se tuvo en cuenta los testimonios otorgados por los menores de edad que fueron testigos de oídas, también lo es que dichas declaraciones no son las únicas pruebas que existen en el plenario, puesto que también registran la de la menor implicada, la versión libre del mismo sancionado, la del papá de la menor y de las psicólogas, las cuales como se indicó previamente, no tienen tacha alguna, ni se observa intención de actuar de manera parcializada contra el docente sancionado, por lo cual no existen elementos jurídicos que permitan restar credibilidad a lo narrado por éstas.

No hay duda que los testimonios recaudados a lo largo del proceso disciplinario administrativo provienen de personas que no presenciaron el contenido de las conversaciones del disciplinado con la menor en cuestión, dado que los relatos y el informe de las psicólogas, por referencia, sindicaron al demandante de haber cometido la conducta imputada, es decir, que se trata de los denominados testigos de "oídas". No obstante, la Sala estima que en el proceso todos los testigos, sin excepción alguna, atribuyeron el hecho infractor al docente porque: a) vieron cuando éste llamó a su escritorio a la quejosa, hablaron y de inmediato ésta salió del salón llorando y b) hacen alusión a episodios previos, en los cuales aquél indagaba por la incomodidad de varias menores, en razón de la forma como las miraba.

Así mismo, la Sala considera que las declaraciones recaudadas en el proceso, tienen eficacia probatoria, toda vez que además de ser

coherentes, coincidentes y precisas, identifican la fuente directa de donde provienen sus relatos y, en tal sentido, permiten determinar que en este caso la conducta reprochada fue cometida por el señor Néstor Yakson Duarte Ubaque. En conclusión, se reúnen todos los requisitos previstos en la jurisprudencia anteriormente señalada para otorgarle mérito probatorio a los testimonios de "oídas" respecto de los declarantes.

Finalmente, la Sala debe referirse a los argumentos presentados por el Ministerio Público referidos a revocar la decisión del 11 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", en atención a que, en la recepción de la declaración de la menor quejosa no se tuvo en cuenta los parámetros de la Ley 1652 de 2013⁵⁹, en cuanto a los protocolos para entrevistas forenses a niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos relacionados con violencia sexual y el artículo 150 del Código de la Infancia y Adolescencia.

La Sala no puede acoger los argumentos antes mencionados en atención a que en el presente caso el contexto en el cual ocurrieron los hechos objeto de investigación disciplinaria, exige la interpretación las normas legales aplicables desde la perspectiva constitucional y convencional de género y de protección de los menores de edad involucrados. En ese orden de ideas debe señalarse que, las normas referidas por el ministerio público en las cuales se describen protocolos para la recepción de entrevistas de menores víctimas de delitos sexuales, no pueden constituir un obstáculo para dar credibilidad a la queja de la menor en el caso de autos, cuando por demás en el expediente obran otras pruebas que analizadas en conjunto permiten concluir la veracidad de lo por ella narrado.

En ese orden de ideas, el artículo 44 constitucional contiene la obligación del Estado de proteger a los niños contra todo tipo de "violencia moral", siendo este a la vez un derecho del cual son titulares los menores de edad que debe prevalecer "sobre los derechos de los demás", el cual ha de ser interpretado atendiendo a los postulados del Bloque de constitucionalidad -artículo 93 de la Constitución Política- que remite a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"⁶⁰, al Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁶¹; a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará"⁶²; a la Convención sobre los Derechos del Niño⁶³, y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁶⁴.

De acuerdo con los mencionados instrumentos internacionales, en el presente caso, sin menoscabar las garantías procesales del investigado, no se puede colegir que la desatención parcial de un protocolo de recepción de declaraciones -Ley 1652 de 2013-, concebido por el legislador para la protección de los menores, pueda permitir el detrimento de los derechos de éstos y en especial a la disminución de la protección que el Estado debe brindarles a través de la sanción de conductas que atenten contra su normal desarrollo emocional.

Adicionalmente debe también señalarse que, la norma comentada por el Ministerio público -Ley 1652 de 2013- hace alusión a situaciones de delitos relacionados con violencia sexual, el cual no es exactamente el presente caso y además no sería aplicable a este litigio porque aquella fue expedida luego de ocurridos los hechos objeto de reproche disciplinario y de recepcionados los testimonios de la menor en cuestión.

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

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

III. FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 11 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Nestor Yakson Duarte Ubaque contra la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Folio 733 del cuaderno principal 1°.

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

³ Folios 360 al 383 del cuaderno principal 1°.

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

⁵ Folios 221 al 259 del cuaderno principal 1°.

⁶ Folios 322 al 349 del cuaderno principal 1°.

⁷ Desde el momento en que fue suspendido del ejercicio del cargo.

⁸ De acuerdo con el salario mensual devengado por el disciplinado al momento de la comisión de la falta en el año 2013.

⁹ Debiendo ser indexada desde el año en que se causó la indemnización hasta la ejecutoria del fallo disciplinario.

¹⁰ Y quienes para la ocurrencia de los hechos fungían como integrantes del Bienestar Estudiantil de la institución educativa.

¹¹ Folios 221 al 259 del cuaderno principal 1°.

¹² “Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público: 6. Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio”.

¹³ Folios 273 al 280 del cuaderno principal 1°.

¹⁴ Folios 322 al 349 del cuaderno principal 1°.

¹⁵ Folio 351 del cuaderno principal 1°.

¹⁶ “Artículo 33. Derechos. Además de los contemplados en la Constitución, la ley y los reglamentos, son derechos de todo servidor público: (...”).

¹⁷ Yenny García y York Mary Álvarez Jiménez.

¹⁸ Folios 411 al 418 del cuaderno principal 1°.

¹⁹ Folios 468 al 472 del cuaderno principal 1°.

²⁰ Folio 531 al 592 del cuaderno principal 1°.

²¹ Folios 603 al 641 del cuaderno principal 1°.

²² Folios 666 al 668 del cuaderno principal 1°.

²³ Folios 708 al 714 del cuaderno principal 1°.

²⁴ Folios 669 al 707 del cuaderno principal 1°.

²⁵ Folios 715 al 732 del expediente.

²⁶ “Artículo 152. Procedencia de la investigación disciplinaria. Cuando, con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, el funcionario iniciará la investigación disciplinaria”.

²⁷ “Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior. ARTÍCULO 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”

²⁸ Sentencia C-013/01. Corte Constitucional. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez. Fecha: 17 de enero de 2001. Ref: Expediente D-3132.

²⁹ Corte Constitucional. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Fecha 28 de enero de 2003. Ref. Expediente D-4076.

³⁰ Corte Constitucional. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Fecha: 20 de octubre de 2005. Ref. Exp. T-1152288

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Fecha: 7º de octubre de 2009. Radicado: 20001-23-31-000-1998-04127-01 (17629)

³² PARRA QUIJANO, Jairo. "Manual de Derecho Probatorio". Décima Primera Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2000. A páginas 272 a 274 precisa: "Mediante el testigo de oídas, el juez no logra la representación de los hechos valiéndose directamente del testigo que los presenció, sino de otros que oyeron a aquél referirlos. Si nos valemos de un símil para significar la representación que se logra de los hechos a través del testimonio, podríamos decir que el juez los conoce mirándose en una especie de espejo (testimonio), pero si no se trata del testigo presencial, el juez va a verlos a través de un espejo que refleja a otro, el que si contiene representados los acontecimientos. De tal manera que en esta modalidad de declaración, por ser una prueba de otra, aparecen dos posibilidades de error; el (posible) de la primera percepción, y el (posible) de quien está oyendo lo que otro percibió, lo que hace patente el principio que dice que la prueba cuanto más se aleja de su fuente original, más disminuye su fuerza y eficacia.

1. GRADOS DEL TESTIGO DE OÍDAS

a. De primer grado: Es el caso de aquella persona que al relatar unos hechos sostiene que los oyó narrar a otra (numeral 3º del artículo 228 del C. de P.C.): "... Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez le ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance". Ejemplo: el testigo afirma haber oído, a Juan, decir: "vi a Pedro hoy, a las diez de la mañana, en la Plaza de Bolívar, lucía un vestido rojo con vivos azules" (art. 294 del C. de P.P. y 531 ordinal 2º del C. de J.P.M.).

b. De grado sucesivo: Se trata de aquella persona que dice haber oído a otra relatar unos hechos que ésta, a su vez, los había oído a otra y así sucesivamente. Ejemplo: el deponente afirma haber oído decir a Juan: "Jorge comentó que vio ayer a Pedro, a las diez de la mañana, en la Plaza de Bolívar, que lucía un vestido rojo con vivos azules".

2. EFICACIA PROBATORIA

La pregunta que debe formularse es: ¿el testimonio de oídas puede llegar a ser un medio de persuasión atendible?

La respuesta a este interrogante es positiva. Pero la afirmación está condicionada a los siguientes presupuestos:

1.- No es para reemplazar al testigo presencial de los hechos. Si éste existe y puede ser citado hay que hacerlo. Pues como se dice, quizá con un poco de exageración, pero con algún sentido: "En la generalidad de los casos la prueba de referencia, es poco recomendable, pues supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a dichos de personas que no han comparecido en el proceso...".

2.- Cuando los testigos son todos de oídas, que afirman haber oído decir, o que les dijeron, sin ningún apoyo en otra prueba, sin nada serio que justifique frente a ellos el relato, no se les puede dar credibilidad. Cosa distinta es por ejemplo que una persona moribunda cuente frente a una o varias personas quién la hirió. Entendidas esas circunstancias y la pequeña historia del asunto, es posible darles credibilidad. Pero cuando sin ninguna razón, por ejemplo: en una calle una persona se encuentra causalmente con otra y empieza a contarle unos hechos. El que recibió el relato a su vez le cuenta a otro lo que el anterior le dijo, esto son testimonios sin valor probatorio. Este sería un caso de prueba no recomendable y entre los muchos motivos para no creerle está la circunstancia en que se afirma fue hecho el relato.

3.- A los testigos de oídas o de referencia se les da valor o no como testigos. Pero hay que repudiar la tendencia de darle valor de indicio, cuando no son muy creíbles, como si las pruebas "degeneradas", "no pruebas", puedan generar indicios. Se ha dicho: "En el sentido de su valor probatorio es muy reducido" y en ningún caso pueden constituir la única prueba, actuando más bien como indicios corroborantes junto a otro tipo de pruebas de carácter directo o indicario. Criterio éste que no compartimos de ninguna manera porque si los testimonios de oídas aparecen apuntalados con otras pruebas atendibles y dentro del universo de un caso determinado, se les puede dar valor. Tampoco se pueden tener como indicios o no atendibles por lo dicho.

4.- En nuestro criterio, dictar una medida de aseguramiento, una resolución de acusación o una sentencia, con base en testimonios de referencia, viola en forma franca el derecho de contradicción y el debido proceso, salvo que exista apuntalamiento de lo vertido por los testigos de oídas por otros medios probatorios. O que las circunstancias en que se dice ocurrió el relato sean lo suficientemente atendibles, según el buen juicio del ser humano".

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 2001. Expediente No. 12.703. M. Ponente. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de septiembre 4 de 2003. Expediente No. 11.615 (R-5880). Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 11 de 2004. Expediente No. 14.135 (R-9259). Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁶ Folios 3 y 4 del cuaderno principal 1º.

³⁷ Folio 25 del cuaderno principal 1º.

³⁸ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez (E); Sentencia de 9 de agosto de 2016, Radicado 2011-00316-00, Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 6 de octubre de 2016, Radicación 2012-00681-00, Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz. En esta sentencia la Subsección analizó el debido proceso desde las reglas del régimen probatorio disciplinario para establecer que este en su aspecto sustancial comprende tres componentes a saber 1) los elementos probatorios permitidos, 2) el régimen de análisis y 3) los niveles de certeza establecidos por el legislador, los cuales deben ser respetados por la autoridad disciplinaria al momento de realizar el análisis de la prueba, so pena de incurrir en indebida valoración probatoria.

⁴⁰ Ley 734 de 2002. Artículo 6º. Devido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 6 de octubre de 2016, Radicación 2012-00681-00, Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

⁴² Corte constitucional, sentencia C-202 de 2005.

⁴³ El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución

de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos o el sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquél casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

⁴⁴ Folios 15 al 21 del cuaderno principal 1°.

⁴⁵ Folios 27 al 30 del cuaderno principal 1°.

⁴⁶ Se refiere al informe de 19 de junio de 2012 que originó la apertura de la investigación disciplinaria.

⁴⁷ Folios 31 al 34 del cuaderno principal 1°.

⁴⁸ Folios 38 y 39 del cuaderno principal 1°.

⁴⁹ Folios 40 al 42 del cuaderno principal 1°.

⁵⁰ "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".

⁵¹ Folios 44 y 45 del cuaderno principal 1°.

⁵² Folios 46 y 47 del cuaderno principal 1°.

⁵³ Folios 57 al 59 del cuaderno principal 1°.

⁵⁴ Folios 60 al 62 del cuaderno principal 1°.

⁵⁵ Folios 64 y 65 del cuaderno principal 1°.

⁵⁶ Folios 66 y 67 del cuaderno principal 1°.

⁵⁷ Folios 68 y 69 del cuaderno principal 1°.

⁵⁸ Folio 70 del cuaderno principal 1°.

⁵⁹ "Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales".

⁶⁰ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor: 18 de julio de 1978. Ley 16 de 1972.

⁶¹ Adoptado por la Asamblea General en su Resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999. Entró en vigor: 22 de diciembre de 2000. Ley 984 de 2005.

⁶² Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. Vigor: 5 de marzo de 1995. Ley 248 de 1995.

⁶³ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor: 2 de septiembre de 1990. Ley 12 de 1991.

⁶⁴ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de dic. De 1979. Entró en vigor: 3 de sept. De 1981. Ley 51 de 1981.

Fecha y hora de creación: 2026-02-09 06:54:03