

EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S. A. E. S. P.
GERENCIA

AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE PROFIERE FALLO EN SEGUNDA INSTANCIA
Artículos 171 y 178, de la Ley 734 de 2002

()

| | |
|-------------------------------|--|
| RADICADO. | 524 de 2019 |
| DISCIPLINABLE. | XXXXXXXXXX |
| IDENTIFICACIÓN. | XXXXXXXXXX |
| CARGO Y ENTIDAD. | CONDUCTOR- EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P. |
| INFORMANTE. | EDWIN FERNEY ÁLVAREZ JAIMES |
| CARGO Y ENTIDAD. | JEFE DEL ÁREA DE MANTENIMIENTO DE VEHÍCULOS, EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P. |
| FECHA DE LOS INFORMES. | 26 DE JUNIO, 3 DE SEPTIEMBRE DE 2019 Y 1 DE JUNIO DE 2020 |
| FECHA DE LOS HECHOS. | 23 Y 24 DE JUNIO, 18 Y 19 DE AGOSTO DE 2019 Y 17, 25, Y 30 DE MAYO DE 2020. |

El Gerente de Empresas Varias de Medellín S.A.E.S.P., en uso de las facultades legales conferidas conforme lo establecido en el artículo 171 de la Ley 734 de 2002, procede a proferir fallo de segunda instancia dentro del presente proceso disciplinario, de acuerdo con los siguientes:

1. ANTECEDENTES.

Agotado el respectivo trámite procesal la Coordinación de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., competente en primera instancia, mediante fallo proferido el día 12 de agosto de 2020, dentro de audiencia pública, sancionó en primera instancia al señor XXXXXXXXXXXX en su condición de servidor público con: “*Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el término de tres (03) meses, que se contará a partir de la fecha en que se haga efectiva la novedad en el área de servicios corporativos-nómina de empresas varias de Medellín S.A. E.S.P.*”, situación que fue notificada por estrados.

Así mismo, dentro de audiencia pública disciplinaria celebrada la fecha referida, momento en que se profiere sentencia del *a quo*, el disciplinado a través de la apoderada YESICA ANDREA GÓMEZ LÓPEZ procedió a interponer y sustentar el recurso de apelación contra la referida decisión.

2. CARGOS.

Mediante auto calendado el día 25 de junio de 2020 (fl. 65-73), la Coordinación de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., formuló pliego de cargos al señor XXXXXXXXXXXX en su condición de servidor público, el cual, en resumen, consiste en:

CARGO ÚNICO

En su calidad de servidor público, y desempeñando el cargo de conductor en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., el señor XXXXXXXXXXXX, presuntamente incumplió la normativa que rige su relación laboral con la Entidad, al dejar de cumplir con su jornada laboral de manera total o parcial,

sin contar para ello con la debida justificación o el debido permiso, al no presentarse a su sitio de labor los días 23 y 24 de junio, 18 y 19 de agosto de 2019 y 17, 25 y 30 de mayo de 2020.

3. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Con el fin de proferir fallo de segunda instancia, y una vez agotadas las etapas del proceso disciplinario de primera instancia, la Coordinación de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P, órgano competente para decidir según el artículo 67 y 76 de la Ley 734 de 2002, procedió a realizar análisis jurídico de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron desplegadas las conductas que dieron origen al cargo imputado al disciplinado XXXXXXXXXX.

Es por esta razón, que la segunda instancia, a lo largo de este acápite, hará un recuento sencillo, pero no por ello descuidado, de los puntos en que giró la decisión de primera instancia. Esto es, durante el desarrollo del apartado 3 de la presente providencia, el *ad quem* no realizará valoraciones de ninguna índole. Corolario de esto, lo que realiza en esta sección se trata de una descripción o exposición resumida de la sentencia de primera instancia.

3.1 ANÁLISIS JURÍDICO Y PROBATORIO EN TORNO A LOS CARGOS FORMULADOS AL DISCIPLINADO.

Con fundamento en los hechos y pruebas contenidos dentro del expediente con radicación N° 524 de 2019 del señor XXXXXXXXXX, que dio lugar al *Auto mediante el cual se ordena la apertura de una indagación preliminar* según lo dictado por el artículo 152 y ss., de la Ley 734 de 2004 (fl. 1 - 2) por parte de la Coordinación de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., este Despacho procede, en aras de describir los motivos que dieron origen a la decisión del *a quo*, a tener en cuenta los siguientes:

3.1.1 HECHOS.

Mediante los memorandos que se relacionan en el cuadro realizado por el *a quo*, y que sirven de base clara y lozana para esta instancia, se puso en conocimiento a la Coordinación de Asuntos Disciplinarios las presuntas conductas irregulares ejecutadas por el servidor XXXXXXXXXX, así:

| AÑO | MEMORANDO | FECHA DEL MEMORANDO | SUSCRITO POR | CONDUCTA INFORMADA | FECHA DE LA CONDUCTA | FOLIO |
|------|----------------|-------------------------|-----------------------------|--|---------------------------|-------|
| 2019 | 20190510001888 | 26 de junio de 2019 | EDWIN FERNEY ÁLVAREZ JAIMES | El servidor no se presentó a su sitio de labor | 23 y 24 de junio de 2019 | 3 |
| 2019 | 20190510002511 | 3 de septiembre de 2019 | EDWIN FERNEY ÁLVAREZ JAIMES | El servidor no se presentó a su sitio de labor | 18 y 19 de agosto de 2019 | 17-21 |

| | | | | | | |
|------|--------------------------|---------------------|-------------------------------|--|-----------------------------|----|
| 2020 | Comunicación electrónica | 1° de junio de 2020 | RICARDO EMILIO GONZÁLEZ LÓPEZ | El servidor no se presentó a su sitio de labor | 17, 25 y 30 de mayo de 2020 | 51 |
|------|--------------------------|---------------------|-------------------------------|--|-----------------------------|----|

Este cuadro sólo conserva aquellos cargos tenidos en cuenta para la decisión. Esto es, fueron formulados en el *Auto por medio del cual se adopta el procedimiento verbal y se cita a audiencia* (fl. 65 a 73) y que se encontraron con mérito suficiente para imputarse en el numeral segundo de la parte resolutive de la misma decisión.

3.1.2 FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA FALTA Y ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD.

a. CALIFICACIÓN DE LA FALTA.

Para calificar las faltas disciplinarias cometidas por el señor XXXXXXXXXX, la primera instancia tuvo como punto de partida la naturaleza de dichas faltas provenientes de lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, según el cual:

“Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código”.

A renglón seguido, y atendiendo a lo que indica el inciso final del artículo *ibídem*, se acudió a los criterios expuestos en el artículo 43 de la misma Ley¹ para concluir que las fallas cometidas eran de naturaleza *grave*.

b. CALIFICACIÓN DE LA MODALIDAD SUBJETIVA DE LA CULPABILIDAD.

En lo tocante al grado de culpabilidad con que se realizó la conducta, en la providencia de agosto 12 de 2020, el Despacho partió de la base que *“la culpabilidad recoge el elemento subjetivo de la responsabilidad, es decir, a la intencionalidad en la actuación del presunto autor del hecho investigado, de cara a la afectación de su deber funcional. En otras palabras, el criterio para determinar la culpabilidad radica en que el sujeto, obligado a actuar conforme a derecho, y con la plena capacidad para hacerlo, se comporta de una manera irregular.”*

Así mismo, se aludió al hecho de tener dos modalidades: dolosa o culposa. También concluyó que la comisión de la conducta bajo las modalidades dolosa o culposa es necesaria para la configuración de la responsabilidad disciplinaria según lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 en donde

¹ Estos criterios para la calificación de la falta fueron debidamente analizados en el numeral 7 del *Auto mediante el cual se profiere fallo en primera instancia*.

se prohíbe la responsabilidad objetiva del servidor; pese a que la estructuración de una excluye, por relaciones de esencia, la otra.

Para el análisis de la primera modalidad subjetiva del tipo disciplinario, señaló que el dolo se configura cuando se cumple con dos elementos necesarios: uno cognitivo y otro volitivo; este consistente en el querer y aquel en el conocer. En palabras simples y diáfanas, que es necesario de la concurrencia del conocimiento de los elementos objetivos del tipo disciplinario y de la ejecución de la conducta.

Que también en materia disciplinaria la Corte Constitucional –apoyada en la Doctrina del Derecho Disciplinario– indicó la carga en exceso que en el cumplimiento de sus deberes tiene a cargo el servidor público en tanto es este el llamado a: *“probar, de manera fehaciente, que ha sido contra su querer o ajena a su voluntad la actuación que vulnera el ordenamiento, o que su propósito fue diferente al conseguido, o que actuó suponiendo unos resultados, pero sobrevinieron unos diferentes”*².

Definidas estas dos premisas por la primera instancia, fue llevada a concluir que las conductas desplegadas por el señor XXXXXXXXXXX, consistentes en no presentarse a laborar sin contar con la debida justificación o el debido permiso los días 23 y 24 de junio, 18 y 19 de agosto de 2019, 17, 25 y 30 de mayo de 2020, el Despacho considera que su calificación es consistente con el análisis integral que se efectúa de cara a los hechos, el material probatorio allegado y la normatividad vigente rectora de la materia.

Lo que se constata en este caso al analizar el contenido tanto de la versión libre del servidor como de los descargos presentados por su defensa: como se indicó, tanto en el material aportado por el área respectiva, como en la declaración de su jefe inmediato, pudo constatar que el señor XXXXXXXXXXX no laboró durante las fechas mencionadas en el párrafo inmediatamente anterior, y que dichas ausencias obedecieron a la inobservancia del cuidado y compromiso necesario que una persona comúnmente imprime a sus actuaciones, porque, pese a haber sido notificado con anterioridad sobre las fechas en las cuales debía presentarse a cumplir con su labor, por parte de su superior, omitió el cumplimiento de dicho deber generando, entre otros, traumatismos en actividades como la revisión técnico mecánica de los automotores que debe practicarse al parque automotor con el cual la empresa presta sus servicios a la comunidad.

Aunado a esto, el hecho de que el disciplinado no probara causales eximentes de su responsabilidad, fue sencillo para el *a quo* adjudicar a título de dolo, las conductas omisivas desplegadas por el señor XXXXXXXXXXX.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Inicia la primera instancia indicando por disposición del artículo 23 de la Ley 734 de 2002 que constituye una falta disciplinaria. De donde extrajo, que lo sustancial en las faltas perpetradas por el servidor XXXXXXXXXXX, es la traducción de tales agravios en un incumplimiento de los deberes contenidos en los siguientes apartes de la Ley 734 de 2002: Artículo 34 numerales 1, 2, 11 y 17,

² Sentencia T-318A de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Para esta idea, la Corte cita: Brito Ruiz, Fernando. Régimen Disciplinario. Procedimiento ordinario, verbal, pruebas. Legis Editores S. A., Cuarta Edición, 2012.

artículo 31, numeral 1; artículos 38, 39, 67, 72 num. 5; 73 num. 5, 7 y 8; la cláusula segunda de su contrato de trabajo y, por último, el incumplimiento de las funciones relacionadas con su cargo que se especifican en el Manual de Responsabilidades, Resultados y Perfiles.

3.1.3 EL CONCEPTO DE ILICITUD SUSTANCIAL EN PRIMERA INSTANCIA.

Tuvo en cuenta el fallador de primera instancia que el derecho disciplinario, como componente del derecho sancionador estatal, comprende el conjunto de disposiciones de carácter sustancial y procesal con apoyo en las cuales el Estado asegura la obediencia, disciplina y comportamiento ético en cabeza de los servidores estatales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que para la responsabilidad disciplinaria es indispensable la configuración de la *ilicitud sustancial*; concepto que encuentra su sustento en que la infracción de normas positivas quebrante el deber funcional que a su cargo tiene el servidor, es decir, aquel rol que como servidor público le corresponde prestarle a la sociedad.

También tuvo en cuenta que, de no aparecer tal ilicitud, la configuración de la antijuridicidad de la conducta no puede verse cumplida. De modo que la antijuridicidad debe ser leído bajo el parámetro del artículo 5 de la Ley 734 de 2002 que implica que una falta es antijurídica cuando “(...) *afecte el deber funcional sin justificación alguna*”.

Asimismo, constató con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación que ha dictaminado que con el comportamiento desplegado debe generarse una lesión o una puesta en peligro del deber funcional cuestionado, para que la conducta ejecutada sea objeto de reproche disciplinario y no la mera infracción *per se*.

Con ocasión de lo anterior, sentenció la primera instancia que la falta disciplinaria supone la existencia de un deber cuya omisión, incumplimiento o exlimitación genera la respuesta sancionatoria estatal, mediada por la ilicitud sustancial y antijuridicidad de la conducta, ya que la finalidad de dicho régimen es la protección de la correcta marcha de la administración.

Así, el señor XXXXXXXXXX como servidor público incumplió los deberes y funciones inherentes a su cargo; comportamiento que tuvo repercusiones sobre la prestación eficiente y eficaz del servicio público en tanto que de las conductas realizadas por el disciplinado generan, además de dificultades en la administración del personal para tal fin, también generó retrasos en las labores de mantenimiento del parque automotor de la Entidad, para garantizar la prestación de los servicios a cargo de la Empresa, en las condiciones de seguridad y con el cumplimiento de los requisitos contenidos en la normatividad de tránsito vigente en nuestro país.

De modo que, como indicó el *a quo*, estas conductas, *prima facie*, reprochables por el derecho disciplinario afectan los principios de moralidad pública que le ordena una actuación legítima.

3.1.3.1 CRITERIOS TENIDOS EN CUENTA PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

Habiendo aclarado la calificación de las faltas, la modalidad subjetiva en que se dieron, las sanciones y los motivos que las promueven, fue necesario para el *a quo* la remisión al artículo 44 de la Ley 734 de 2002, para extraer de esta disposición las consecuencias jurídicas por esta irrigadas.

La sanción traída por la Ley 734, establece por un lado *“la suspensión del ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas”* que, a su vez, al complementarse con el numeral segundo del artículo 45 de la misma Ley, se precisa así: *“La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo”*.

Adicionalmente, el Despacho de primera instancia, se refirió al artículo 46 del CDU para establecer el margen conferido por la norma para la tasación de las sanciones a imponer, puntualizando que la suspensión *“no será inferior a un (1) mes ni superior a doce (12) meses”*.

Que, en consonancia con esto, el artículo 47 de la misma Ley dispone de una gama de criterios que, como operador disciplinario, debe valorar al momento de graduar la sanción dentro del margen referido por el artículo 46.

En una breve síntesis, se enunciarán aquellas valoraciones hechas por el *a quo*, que hayan tenido incidencia en la sentencia de primera instancia. Por ende:

- **Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga:** una vez consultado el sitio web de la Procuraduría General de la Nación, se descargó el Certificado Ordinario de Antecedentes Disciplinarios N° 146665954 de fecha 26 de junio de 2020, (folio 74), en el cual se registra sanción disciplinaria en contra de XXXXXXXXXX en contra de quien, mediante providencia de octubre 10 de 2019, con fecha de efectos jurídicos del mismo día y año, se impuso sanción disciplinaria consistente en: *“inhabilidad especial por 2 meses y suspensión del numeral 2 del artículo 44 por 2 meses”*
- **La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función:** El actuar del servidor investigado, de cara la conducta objeto de reproche disciplinario, estuvo caracterizada por haberse sustraído del cumplimiento al procedimiento consignado en el Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa, no obstante lo cual, en relación con la manera en la que desarrollaba cotidianamente su labor de conductor de uno de los vehículos de la Empresa, puede concluirse con base en diferentes piezas probatorias obrantes en el proceso, que cumplía su función con buena actitud y claridad.
- **Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero:** Durante el desarrollo del proceso no se ha atribuido responsabilidad por parte del servidor investigado a ningún tercero.
- **La confesión de la falta antes de la formulación de cargos:** el disciplinado no hizo uso de la confesión en el trámite disciplinario adelantado. Por supuesto, se debe anotar que, aunque esta disposición fija la confesión un criterio para la tasación de la sanción, no implica que constituya un instrumento de coacción del que se siga una obligación para el investigado de declarar contra sí mismo. Dicho de otro modo: la Ley simplemente fija un beneficio para la persona que decida hacerlo.
- **Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado:**

El análisis que se efectúa frente a esta circunstancia en particular, no arroja suficientes elementos para colegir que el servidor intentó resarcir el daño o compensar el perjuicio causado.

- **Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso:** Este criterio no aplica para el presente caso.
- **El grave daño social de la conducta:** La conducta objeto de reproche disciplinario tiene repercusiones sociales, por cuanto las alteraciones relacionadas con la prestación eficiente del servicio conducen a que se genere una percepción desfavorable en la comunidad en relación con las actividades propias de la empresa; esto, por cuanto al no encontrarse el servidor investigado en la capacidad de cumplir eficiente y eficazmente su servicio, genera en la comunidad una percepción negativa de la idoneidad del personal que labora para Empresas Varias de Medellín, amén del perjuicio causado a sus compañeros que debieron asumir la carga laboral asignada a aquel.
- **La afectación a derechos fundamentales:** en el presente caso, la actuación desplegada por el servidor no derivó en la afectación a derechos fundamentales.
- **El conocimiento de la ilicitud:** El servidor XXXXXXXXXX ha prestado sus servicios a Emvarias S.A. E.S.P., desde el 30 de marzo de 1992, tal y como puede apreciarse en la copia de su contrato de trabajo obrante a folio 14 del plenario. Ello implica que tiene conocimiento amplio sobre las prohibiciones, y deberes que como servidor tiene; así como los procedimientos relacionados con el conducto regular que debía seguir en el evento en que no pudiera presentarse a su sitio de trabajo, conociendo, no sólo la necesidad de solicitar un permiso para tal fin o la de presentar una justificación válida que soporte su ausencia. A su vez, no comparte este Despacho la postura esgrimida por la representante de la defensa, en el sentido de indicar que su prohijado se encontraba cobijado por una situación de inimputabilidad.
- **Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad:** el disciplinado no ostenta en la Entidad un cargo de Dirección o de tipo ejecutivo, para el momento de la comisión de la conducta investigada.

Con fundamento en tales consideraciones, la sanción a imponer al servidor XXXXXXXXXX, identificado con la cédula de ciudadanía N° XXXXXXXXXX; y quien para el momento de los hechos se desempeñaba en el cargo de Conductor, ocupando el mismo cargo para el momento de comisión de las faltas disciplinarias, será la consistente en **SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO E INHABILIDAD ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE TRES MESES (3) MESES**, QUE SE CONTARÁN A PARTIR DE LA FECHA EN QUE SE HAGA EFECTIVA LA NOVEDAD EN EL ÁREA DE SERVICIOS CORPORATIVOS-NÓMINA DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P., de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente diligencia.

4. APELACION EN SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de alzada interpuesto por la apoderada del disciplinado se concentró en la sustentación de la existencia de una causal eximente de responsabilidad en cabeza del señor XXXXXXXXXX, exactamente aquella descrita en el numeral 7 de artículo 28 del Código Disciplinario Único, situación correspondiente a la posible presencia de una situación de inimputabilidad, la cual sustentó en el hecho de que su defendido carece de conciencia respecto de su condición de alcoholismo.

5. CONSIDERACIONES.

5.1 PRELIMINARES.

5.1.1 COMPETENCIA

El artículo 77 del Código Disciplinario Único³, refiriéndose a las Oficinas de Control Interno Disciplinario, en cuanto a su función, reza: *“debe entenderse por tal, la oficina o dependencia que conforme a la ley tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria”*. Es con base en esto que el control interno de una Entidad es un derivado del principio de autotutela, según el cual es a las propias entidades a las que les corresponde velar porque sus servidores desempeñen bien sus funciones⁴. Esto halla su asidero normativo en los principios que rigen la función pública, y en especial, en el artículo 277 numeral 5 de la Carta Magna.

Justamente, esta es la tarea encomendada a la Coordinación de Asuntos Disciplinarios, creada por la Resolución 038 de 2018, de las Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. Es en esta en quien recae la competencia para decidir los procesos disciplinarios al interior de la Entidad en primera instancia, según las competencias que consagran los artículos 75 y 76 del CDU.

Arribado a tal conclusión, es necesario preguntarse cuál es el órgano competente dispuesto por la Ley o por el reglamento para resolver el recurso de alzada interpuesto ante los procesos decididos por dicha Coordinación.

Es en esta dirección que el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, en su inciso tercero, señala que *“en todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario...”* (subrayado fuera del texto).

Corolario de lo anterior, y en atención al principio subyacente a la doble instancia, el de superioridad funcional, es el Gerente General de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. – en su calidad de nominador, el encargado de decidir en sede de segunda instancia.

5.1.2 EL PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA Y SU MATERIALIZACIÓN EN EL RECURSO DE APELACIÓN.

Dentro de las garantías jurisdiccionales *relativas*⁵ que permiten hacer efectivo el principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, encontramos el principio de la

³ En adelante: CDU.

⁴ Brito Ruiz, Fernando. *Jurisprudencia disciplinaria. Estudio integrado y sistemático de los pronunciamientos de la Corte Constitucional*. En: *Lecciones de derecho disciplinario*, vol. II (2007). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

⁵ Al respecto, la Corte Constitucional (24 de abril de 2013). Sentencia C – 248 de 2013. [MP. Mauricio González Cuervo] se ha pronunciado sobre si la doble instancia hace parte de los cánones imprescindibles para entender el

doble instancia, cimentado sobre el artículo 31 de la normativa constitucional, del que más adelante se hablará.

Aquel ha sido reconocido tanto en el ámbito nacional por la Corte Constitucional, como en el plano del derecho internacional por la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 8, literal h, consagra, como garantía judicial, el “*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”⁶. Dejando en claro la pertenencia que encuentra la Convención al Bloque de Constitucionalidad *strictu sensu*.

Al respecto, se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional:

“Resulta suficientemente claro que la doble instancia puede operar como principio, garantía o derecho. No queda ninguna duda de su condición de derecho, pues, cuando el

debido proceso. A esto la Corte expuso que “*la Asamblea Nacional Constituyente, [...] la elevó a la categoría de canon constitucional, pero sin carácter absoluto*”. Es decir, a criterio del Alto Tribunal Constitucional, este no es un principio *absoluto* debido a que existe libertad legislativa –aunque siempre justificada– para determinar en cuáles procesos procede o no la segunda instancia. Lo que muestra es que su relatividad deviene de aquella posibilidad que se encuentra en la existencia de procesos en donde no opere la doble instancia, tal cual acontece en los procesos de única instancia. De forma pues que, si bien el principio del debido proceso es *absoluto* en la medida en que en todo proceso debe velarse por su estricto cumplimiento, la doble instancia sólo adquiere su carácter de necesario en aquellos procesos en que el legislador determine la procedencia, frente a un pleito concreto, de una segunda instancia. Ahora, en el caso *sub judice*, en lo disciplinario, la Corte precisa:

“En el terreno del derecho disciplinario sancionador es factible una aplicación más flexible de la doble instancia siempre y cuando no se prive al disciplinado del derecho a apelar y toda vez que se le garanticen sus derechos constitucionales fundamentales. En el campo del derecho disciplinario sancionador, sólo se admite excepcionar la aplicación de la doble instancia cuando se utiliza para el efecto un criterio objetivo y razonable que no resulte discriminatorio o arbitrario. Por lo general, únicamente cuando se trata de faltas leves para las cuales se han previsto sanciones menores y sólo con el fin de cumplir con otras metas propias de la administración de justicia como lo son el principio de economía procesal, de celeridad, de eficiencia y de efectividad. (vii) Los procesos de única instancia constituyen una excepción a la aplicación de la doble instancia, pero su existencia debe estar justificada desde el punto de vista constitucional. De otra manera, se convertiría la regla (doble instancia) en excepción (única instancia)” (subrayado fuera del texto).

⁶ Huelga aclarar ya desde este punto el *sentido* de la referencia a este tratado internacional. En este apartado preliminar se está tratando la doble instancia abstractamente considerada. Lo que significa que, aquel derecho o garantía cuya diferenciación se precisará, se refiere a todas las “jurisdicciones” a la que pueda aplicarse. Esto es, no se está analizando la doble instancia en lo disciplinario exclusivamente, aunque siendo el derecho disciplinario un caso específico o una ontología regional de un campo más omniabarcante como lo es el de Derecho Objetivo, debe aplicarse, guardando siempre las particularidades de cada *rama*, lo que de general y esencial tiene la doble instancia en todo Derecho. Ahora, en lo tocante a la Convención, como lo precisa la Corte Constitucional (18 de septiembre de 2012). Sentencia C – 718 de 2012, [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub], este artículo 8 literal h refiere:

“El derecho a impugnar la sentencia en materia penal, pero no establecen esa posibilidad en los otros campos del derecho, para los cuales exigen únicamente que la persona sea oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”. (subrayado fuera del texto).

Que, adelantándose este Despacho a una consideración que más adelante se hará, si el legislador establece la posibilidad de una segunda instancia, esta será una garantía dentro del debido proceso de ese pleito particular. Así, con esta aclaración queda fijado el margen de sentido de la norma que da origen a este pie de página.

ordenamiento jurídico le confiere a una persona la potestad o prerrogativa de hacer uso de un recurso contra una providencia judicial, ante el superior jerárquico que la profirió; este sujeto está en la posibilidad de hacer efectivo dicho poder. Tampoco puede desconocerse que la doble instancia puede salvaguardar bienes más caros al ordenamiento como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia o la credibilidad y confianza de la administración de justicia, con lo cual, se pone de manifiesto su papel de garantía”⁷ (subrayado fuera de texto).

Es bajo el lineamiento dictado por la Corte que el principio de doble instancia posee una ambivalencia, el ser principio o garantía, y el ser derecho. Desde el primer punto de vista, cumple la primera función cuando permite, en palabras de la Corte:

“Preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la ley. Con este propósito, el citado principio, se constituye en una garantía contra la arbitrariedad, y en mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública”. (Subrayado fuera del texto).

Así, queda patente el hecho que la doble instancia como principio o garantía se sitúa desde la posición de salvaguarda del ordenamiento jurídico, de la protección de su integridad y de la aplicación correcta de sus normas⁸. Y que, indirectamente, es también una protección a los derechos subjetivos que un orden jurídico concede y ampara. De manera que, si la doble instancia garantiza la integridad del ordenamiento en su aplicación, la idea de Kelsen expresa aquella correspondencia que debe guardar la sentencia entre una situación real-concreta y la norma jurídica que la regula. De forma que, si se presenta una disonancia en la aplicación por parte del juez, habrá falta de regularidad en la aplicación, en tanto que la sentencia –norma de clausura de un ordenamiento en los términos de la C – 083 de 1995– debe estar en coherencia con todas las normas superiores que ponga en consideración para la solución del caso. De ahí deviene que esta garantía permita, en sede de segunda instancia, corregir esta disonancia por parte del *ad quem* o, *contrario sensu*, permite confirmar la consonancia en el fallo de primera instancia.

Por ese motivo, como indica también el jurista vienés, las: “*garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes*”. De donde parece claro concluir que revocar en segunda instancia es declarar la disonancia hallada en la sentencia proferida por el *a quo*.

Sin embargo, desde otro punto de vista, cuando la doble instancia se erige como un derecho, lo que se indica es que se encuentra dentro del catálogo de prerrogativas con que cuenta un sujeto envuelto

⁷ Corte Constitucional (26 de junio de 2015). Sentencia T – 388 de 2015, [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

⁸ Recuérdese lo dicho por Kelsen, H. (2011) La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Volumen (15), p. 249-300.

“La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del Derecho. La regularidad no es, entonces, sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento jurídico”. (Subrayado fuera del texto).

dentro de un pleito jurídico y del cual puede hacer uso. Dicho derecho puede considerarse, *stricto sensu*, como una facultad que se traduce en la posibilidad de ejercitarlo o no.

Esta última cualidad lo diferencia de otros derechos que sin importar la voluntad del sujeto y su real querer, nunca han de ser renunciables en su posesión por ser ínsitos a la definición de persona, los cuales han sido denominados derechos fundamentales, aproximadamente, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁹ y reconocidos expresamente por la Constitución Política de 1991. En oposición a estos últimos, aquellos son derechos *facultativos* en tanto dependen de la voluntad del sujeto para hacerlos efectivo o no, vale decir, para reclamar los efectos que de este se irrigan.

Sin embargo, la doble instancia en su modalidad de derecho se soporta mutuamente con otros dos más generales, aunque, a su vez, más concretos a la hora de su ejercicio. Por un lado, se encuentra el derecho de defensa y por el otro, el derecho de impugnación¹⁰. Sin estos, podría decirse que la doble instancia sería un derecho, *prima facie*, impracticable. Es por esta razón, que esta prerrogativa (entiéndase, derecho subjetivo) concedida a las partes en un proceso solo puede ponerse en marcha a través del recurso de apelación¹¹.

Este mecanismo de defensa requiere para su procedencia de la existencia de un interés para recurrir¹². En referencia a este concepto, Devis Echandía menciona:

“En principio todas las personas que figuran en el proceso como partes tienen el derecho de recurrir contra las providencias del juez. Pero como el recurso es un medio para obtener la corrección de los errores del juez que perjudican al recurrente, de una determinada

⁹ Así lo dispone en el Preámbulo: “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre”.

¹⁰ Cfr. Couture, E. (1949) *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editores: “La segunda instancia se abre por virtud de un procedimiento de impugnación, como es el recurso de apelación. El que impugna es el apelante. Siendo el proceso civil un proceso dialéctico, su desenvolvimiento se produce sobre la base de tesis y de antítesis y lo natural en el orden dialéctico es que el que ataque hable primero dando luego ocasión al que se defiende”, p. 364.

¹¹ Esta intuición es apoyada por la Corte Constitucional (11 de febrero de 2003). Sentencia C – 095 de 2003 [M.P. Rodrigo Escobar Gil]:

“Es, entonces, indudable que en el origen de la institución de la doble instancia subyacen los derechos de impugnación y de contradicción. En efecto, la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulte forzosa la consulta”.

(Subrayado fuera del texto).

¹² Al respecto, Goldschmidt, J. *Derecho procesal civil* (1936). Barcelona: Editorial Labor S.A. p. 399: “Todo recurso supone, como fundamento jurídico, la existencia de un gravamen (perjuicio) de la parte; es decir, una diferencia injustificada, desfavorable para ella entre su pretensión y lo que le haya concedido la resolución que impugna. La parte recurrente ha de alegar el perjuicio para que el recurso sea admisible, y debe motivarlo en forma legal para que sea fundado”.

*providencia, sólo pueden recurrir quienes reciben con ella un perjuicio*¹³ (subrayado fuera del texto).

Este perjuicio se ve materializado en un fallo desfavorable¹⁴ en contraste con el *petitum* de la demanda y que se resistió en la decisión proferida en primera instancia. De esta forma el principio de doble instancia puede verse, en abstracto, como garantía; derecho está llamado a hacerse efectivo con la interposición del recurso de alzada.

Una vez que se ha interpuesto tal medio de impugnación¹⁵; la doble instancia, no solo garantiza una revisión formal, sino un análisis de fondo de la decisión proferida por el *a quo*. En esta línea, la Corte Constitucional se pronunció:

“El verdadero sentido de la doble instancia no se puede reducir a la mera existencia –desde el plano de lo formal/institucional– de una jerarquización vertical de revisión, ni a una simple gradación jerarquizada de instancias que permitan impugnar, recurrir o controvertir y, en últimas, obtener la revisión de la decisión judicial que se reputa injusta o equivocada, ni a una concepción de la doble instancia como un fin en sí mismo. No. Su verdadera razón de ser es la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad”¹⁶.
(Subrayado fuera del texto).

En síntesis, lo que garantiza que el principio de doble instancia se revele como derecho es la posibilidad de la interposición del recurso de alzada, en donde en sede superior el juez debe propender por la búsqueda, no sólo de la verdad procesal, sino de la verdad material dentro del proceso disciplinario, como lo establece el artículo 20 del CDU.

Concluyendo, con el recurso interpuesto por la apoderada, se hizo efectivo su derecho a la doble instancia como *“mecanismo instrumental de irrigación de justicia y de incremento de la probabilidad de acierto en la función estatal de dispensar justicia al dirimir los conflictos (dada por la correlación entre verdad real y decisión judicial)”*¹⁷. Es por esta razón, que el análisis en la segunda instancia –en cuanto control material– se encuentra atado a los hechos y pruebas aportados dentro del proceso.

5.1.2.1 UNA BREVE CONSIDERACION SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCESO DISCIPLINARIO.

Ya en el punto anterior se precisaron algunos aspectos importantes sobre la función del recurso de apelación dentro del principio de la doble instancia. Ahora, el legislador en materia disciplinaria

¹³ Devis Echandía, H. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos. Nociones generales. Sujetos de la relación jurídico procesal. Objeto, iniciación, desarrollo y terminación del proceso* (1997). Buenos Aires: Editorial universidad.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Al respecto, recuérdese lo dicho por Carnelutti, F. *Instituciones de derecho procesal civil* (1956). Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, p. 573: *“En cuanto al proceso, el estudio de la impugnación se ha hecho con particular cuidado en orden a las providencias del juez en el proceso de cognición y, todavía de una manera más particular, en orden a las sentencias, pero es necesario que, poco a poco, la visión se amplíe con el resultado de demostrar que la impugnación es un instituto, que se extiende a todas las especies de proceso, de cognición o de ejecución, definitivo o cautelar, contencioso o voluntario”*.

¹⁶ Corte Constitucional (26 de agosto de 1993). Sentencia C – 345 de 1993. [MP. Alejandro Martínez Caballero].

¹⁷ Corte Constitucional (24 de abril de 2013). *Óp. Cit.*

estableció en el artículo 115 del CDU la procedencia del recurso de apelación frente a varias providencias, dentro de las cuales se encuentra el fallo de primera instancia¹⁸.

De forma que, situados en sede superior, conviene indicar cuál será el margen de valoración y de decisión de la presente providencia, pues el Juez –entendido como quien cumpla funciones jurisdiccionales–, según el artículo 230 de la Carta Constitucional, se encuentra sometido en sus providencias al imperio de la Ley¹⁹. Esta disposición fue modulada por la Corte Constitucional, y confirmada en diversas sentencias, en el entendido que será *“la Constitución y la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, [a lo que] los jueces se encuentran sujetos principalmente”*²⁰.

Con esta premisa, el parágrafo del artículo 171 del CDU dispone que *“el recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”* (subrayado fuera del texto).

Lo que conduce a concluir que el operador disciplinario se encuentra circunscrito en dos sentidos. Por una parte, se encuentra sujeto a lo dicho por la Ley y la Constitución y que; por el otro, conforme con la disposición 171 más arriba citada, en sede de segunda instancia, deberá pronunciarse *sólo* sobre aquellos aspectos recurridos por la parte interesada en la sustentación del recurso de apelación. De donde se extrae que los no mencionados no podrán ser analizados en esta sede jurisdiccional, a menos que, como lo determina la norma, estos se encuentren en conexidad intrínseca, es decir, sean inescindibles al tema debatido en la apelación.

Colofón de los apartados 5.1.2 y 5.1.2.1, es que la garantía/derecho a la doble instancia junto con la construcción del recurso de alzada; en sede de apelación, se debatirá por el recurrente y evaluará por el *ad quem*, la integridad en la aplicación del ordenamiento jurídico por parte de la primera instancia, pero sólo circunscrito a lo que el impugnante estime como en disonancia acorde con lo mandado por el ordenamiento. *Contrario sensu*, de lo que no se recurrió se estima como en consonancia con el ordenamiento jurídico, y, por ende, que el impugnante lo estima como bien valorado.

5.1.3 LA SENTENCIA JUDICIAL.

¹⁸ Con lo cual se da aplicación al canon constitucional del artículo 31 de la Constitución Política, objeto de consideración de esta providencia en el acápite 5.1.2

¹⁹ La Corte Constitucional (9 de agosto de 2001) en Sentencia C – 836 de 2001, [MP. Rodrigo Escobar Gil], se ha pronunciado en cómo debe entenderse tal disposición:

“El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”.

[...]

Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho”.

²⁰ *Ibid.*

Como se dejó en claro en el apartado 5.1.2.1 de la parte considerativa de esta providencia, el recurso de apelación establece un límite sobre los puntos sobre los que ha de versar la sentencia de segunda instancia. De donde puede decirse que, recurriendo a una metáfora de orden geométrico, el recurso de apelación es aquel círculo interno ubicado al interior de uno más grande denominado sentencia de primera instancia, cuyo centro o eje común del cual parten ambos diámetros²¹ de estos círculos concéntricos será, lo que en materia procesal se conoce como, el objeto del proceso²². Así pues, el pronunciamiento del *ad quem* en materia disciplinaria según lo indicado en el artículo 171 del CDU encontrará su límite material en lo impugnado por el recurrente en el recurso de alzada.

Ahora, una vez que se profiere la sentencia de primera instancia y se interpone –según las reglas de procedimiento para cada caso– el recurso de apelación, la sentencia proferida por el *a quo* entra en un “estado de suspensión” que “dura lo que dura la segunda instancia”²³. En todo caso, una y otra instancia se encuentran “ligadas entre sí por el principio de unidad de la relación procesal”²⁴. Sin embargo, esta unidad procesal no significa, siempre y necesariamente, una consonancia entre el sentido de la primera y la segunda instancia²⁵. Esto es así debido a que la sentencia proferida por la segunda instancia puede confirmar u homologar –como lo denomina Couture– o también, revocar.

En el primer caso, “la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primera constituye, en sí misma, un acto de homologación o, como lo dice su propia denominación, de confirmación. Ella integra conjuntamente con el acto confirmado u homologado, una unidad jurídica inseparable”²⁶. Es decir, ambas sentencias encuentran identidad jurídica material en tanto que el *ad quem* declara la consonancia entre el caso fáctico concreto y la norma jurídica aplicable y, en efecto, aplicada por el *a quo*.

En el segundo caso, “no puede hablarse, entonces, de acto de confirmación, complementario del acto confirmado. Debe hablarse de acto autónomo, que produce sus efectos a pesar de su carácter

²¹ En todo caso, el diámetro del círculo que denominamos recurso de apelación nunca será mayor que aquel círculo nombrado sentencia de primera instancia. Huelga anotar que, evidentemente, cuando este Despacho se refiere a diámetro, se utiliza en sentido metafórico, y lo que se quiere indicar es el margen de decisión.

²² Según lo dispuesto por Echandía, D. Óp. Cit.: “El objeto de todo proceso judicial es la relación o los actos jurídicos o los hechos, a la cual o a los cuales debe aplicarse en el caso concreto las normas que los regulan, para decidir sobre su existencia y sus efectos jurídicos”, p. 156.

²³ Couture, E. (1949) *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editores., pág. 374.

²⁴ Al respecto de esta unidad procesal, se ha pronunciado Couture, Óp. Cit., así: “El fallo de primera instancia es solamente una parte de esa unidad. La unidad completa la constituye la yuxtaposición de la primera y de la segunda instancia. El fallo de primera instancia no tiene valor si no logra su aprobación por un tribunal. El fallo de segunda instancia no tiene significación si no tiene ante sí, como antecedente necesario, el fallo de primera instancia”, pág. 377. De donde deviene con mayor importancia, ahora sí, clara y diáfana, las precisiones preliminares realizadas sobre el principio de doble instancia y el recurso de alzada. Así pues, “sin esta sentencia de primera instancia y sin el recurso de apelación, la sentencia de segunda instancia no tendría explicación alguna”. También sea el lugar para dejar expreso, que esto que denomina Couture como unidad de la relación procesal y que se dejó en la exposición claro su sentido, nada tiene que ver en aquel presupuesto que trae el CDU en el artículo 79 como presupuesto para la acumulación de procesos y que tiene una relación directa con lo que la jurisprudencia de la Procuraduría General de la Nación ha llamado conexidad sustancial.

²⁵ Justo ese es el sentido que tiene la sentencia citada más arriba por la Corte Constitucional en lo atinente a la segunda instancia. Cfr. Corte Constitucional (26 de agosto de 1993). Sentencia C – 345 de 1993. [MP. Alejandro Martínez Caballero].

²⁶ Couture, E. Óp. Cit., pág. 377.

*revocatorio*²⁷ y esto debido a que pese a ser disonantes entre sus sentidos proyectados, aquel proferido por el *ad quem* prevalece sobre la sentencia proferida en la primera instancia por imperativo de la ley²⁸.

5.1.4 LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA.

Según la necesidad de la prueba establecida por el artículo 128 del Código Disciplinario Único: *“Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas”*. Indica esto que no puede presentarse una solución por parte del juez en un litigio si no hay prueba que medie entre el supuesto de hecho de la norma y las consecuencias que estas consagran. Pareciera pues que la aplicación de una norma –entendida esta en un sentido kelseniano– debe estar condicionada por los medios probatorios que se recurran para demostrar la hipótesis fáctica que se enmarca en el supuesto jurídico, como lo denominaba García Maynez.

También este Despacho es consciente del hecho que la transcripción del artículo 128 del CDU se hizo de forma parcial. No en vano fue elegido así, en tanto que; por un lado, el vocablo siguiente sólo se refiere a una condición de validez de la prueba, es decir a su legalidad, y por el otro, se refiere a oportunidades procesales para incorporar pruebas dentro del pleito jurídico. De ahí que lo que nos interesa es, no la calificación de legalidad de la prueba –que no por ello es menos necesaria al interior del proceso– sino la necesidad de la existencia de prueba que medie entre lo indicado en el párrafo anterior.

De manera que, siguiendo la exposición anterior, como acertadamente lo trata Bentham²⁹, *“toda prueba comprende dos hechos distintos: el uno que podemos llamar el hecho principal, el que se trata de probar que existe o que no existe, el otro el hecho probatorio, el que se emplea para probar el sí o el no del hecho principal”*. Es con esa premisa que, no es aventurado decir que una prueba, en su acepción más general, es un hecho probando otro hecho: *“en todos los casos es un medio para un fin”*³⁰.

Por esta razón, la prueba se desdobra en dos aspectos. Por un lado, encontramos una *“cuestión de hecho”* y por otra una *“cuestión de derecho”*. *“La primera consiste en asegurarse que tal hecho ha existido en tal lugar y en tal tiempo; la segunda consiste en asegurarse de que en las leyes existe una disposición de tal o cual naturaleza, aplicable a este hecho individual”*.

De cualquier forma, la cuestión de derecho es siempre una; mientras que las cuestiones de hecho pueden ser, como mínimo, dos. Aquella radica en el hecho de *“asegurarse de que en las leyes existe una disposición de tal o cual naturaleza, aplicable a este hecho individual”*, lo que se quiere indicar es que, el juez debe verificar que en el supuesto jurídico se contemple el acontecimiento que, efectivamente, tiene lugar en el mundo: sucede. Aunque este en el plano normativo se encuentre

²⁷ Couture, E. *Óp. Cit.*, pág. 378.

²⁸ Finalmente, Couture se pronuncia así sobre otra posibilidad: *“Si el ordenamiento procesal admite [...], una tercera instancia en determinadas condiciones, entonces el segundo fallo renueva el planteo del primero y queda a su vez supeditado”*. Debe dejarse en claro para evitar malentendidos de carácter procesal, que aquella expresión de tercera instancia no debe entenderse en su sentido literal, y que, por el contrario, debe ser tematizada según el ordenamiento jurídico colombiano. Este sería el caso de las sentencias de casación, del recurso extraordinario de revisión, etc., en donde, si la sentencia de segunda instancia puede ser debatido en otra sede jurisdiccional superior, la decisión proferida por este se funda en la sentencia de alzada como antecedente necesario. *Cfr.* Nota al pie 24.

²⁹ Bentham, J. (1825) *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I. París: Bossange Frères., pág. 35.

³⁰ *Óp. Cit.*

indicado como hipotético o condicionado. En palabras llanas lo que se quiere indicar en la cuestión de derecho es la verificación por el operador de una correspondencia entre lo que *efectivamente* pasó y lo que describe el supuesto jurídico. En esa medida, parece que la cuestión de derecho se refiere en todo caso al hecho que se quiere probar, que al hecho mismo de la prueba. Sin embargo, comparte este Despacho que la prueba tenga una cuestión de derecho; ya no en el sentido estricto dado por Bentham, ni tampoco que la prueba como hecho fáctico tenga relevancia jurídica, sino que, el ordenamiento jurídico concede una forma de valorar la prueba y, en otras ocasiones, una forma determinada de probar este o aquel hecho. Frente a la primera parte la Corte Constitucional ha establecido las reglas de la sana crítica³¹ como sistema de valoración como de ingente importancia en contraposición a otros sistemas de valoración de la prueba judicial; ya sea el estrecho margen que concedía el sistema de la tarifa legal en materia probatoria³², o el exabrupto del arbitrario sistema de la libre convicción en materia probatoria³³. Frente a la segunda cuestión, se encuentra en la existencia de pruebas *ad substantiam actus*. Estas, en palabras de Parra Quijano: “*Las pruebas ad solemnitatem o ad substantiam actus, además, de cumplir la finalidad que cumplen las pruebas indicadas, son requisitos de existencia y validez de determinados actos de derecho material*”³⁴ que según lo dispuesto en el Código General del Proceso, por remisión directa del CDU al CPACA y de este a aquel en el acápite de pruebas, el artículo 256 indica, sobre la prueba documental, que: “*La falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba*”. También reconoce este Despacho que esta segunda cuestión es un régimen excepcional y prevalece la disposición 131 del CDU que establece: “*La falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos*”.

La cuestión de hecho acontece de forma distinta. Si vamos a la premisa antes señalada que la prueba es un hecho probando otro hecho, vemos entonces el sustento de indicar que la cuestión de hecho se ramifica como mínimo en dos derivaciones. Por un lado, hay un hecho cuya finalidad es la demostración de un hecho aún no demostrado pero demostrable. Entonces, por necesidad, el hecho-medio y el hecho-fin deben ser ambos diferentes. En todo caso, ningún hecho se prueba por sí mismo, a menos que estemos en el régimen de la prueba *ad substantiam actus*.

En cuanto a su contenido existencial, valga decir, a su realidad objetiva, este se basta a sí mismo; sin embargo, un hecho es siempre y a su vez, un hecho para mí. Es decir, hay una intencionalidad entre el sujeto que percibe y lo que estoy percibiendo. Son dos polos de un mismo acto. Y pese a que, como acto interno, el yo percibo y ser-percibido es uno solo, es decir, se da en un solo momento; en el

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (29 de marzo de 2017) Sentencia SC-91932017. [MP. Ariel Salazar Ramírez], indica al respecto: “*Hoy en día la sana crítica constituye el parámetro de valoración racional de todas las pruebas [...] y alude a las reglas de la lógica (formal y no formal); las máximas de la experiencia; las leyes, teorías y conceptos científicos afianzados; y los procedimientos, protocolos guías y reglas admitidos por los distintos ámbitos profesionales o técnicos, a las que está sujeta la actividad probatoria de los jueces y sus respectivas conclusiones sobre los hechos que interesan al proceso*”.

³² Parra Quijano, J. *Manual de derecho probatorio*. (2007). Bogotá: Editorial ABC., p. 128. Al respecto, la Corte Constitucional, *Óp. Cit.*, ha dicho respecto este sistema que: “*El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, [...] la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él*”.

³³ Al respecto la Corte Constitucional, *Óp. Cit.*: “*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*”.

³⁴ Parra Quijano, J. *Óp. Cit.*

plano de la existencia u mero *faktum*, son escindibles: por un lado, el hecho que algo acontece y el hecho que alguien ve o constata que *eso* pasa. De manera que, sin ahondar en tales minuciosas y problemáticas reflexiones, es claro que en la cuestión de hecho hay un acontecimiento que pretende soportar y llevar al juez evidencia de la existencia de otro hecho. Hecho que se encuentra dentro del supuesto jurídico. Así, podríamos agrupar la cuestión de hecho en dos categorías. El hecho probatorio, que puede contener en sí, tantos hechos como formas de soportar se tenga y, por el hecho, el hecho jurídico a demostrar.

Tampoco se vaya a incurrir en este caso, en el equívoco de confundir la cuestión de derecho con lo que acabamos de denominar hecho jurídico a demostrar. Pues si bien se fundan en un mismo acontecer, las relaciones que en uno y otro se establecen son de distintos órdenes. Por un lado, en la cuestión de derecho la relación es, *stricto sensu*, normativo-verificativa; mientras que, en el hecho jurídico demostrable la relación se da, ahora sí, en sentido riguroso, entre hechos. En palabras simples, el hecho jurídico demostrable es una verificación de ocurrencia sobre la base de otro hecho: el hecho probatorio.

Ahora, esto tampoco quiere indicar una univocidad de la prueba. Porque de la misma forma que hay pretensiones, hay excepciones. Es decir, si hay intenciones también existen resistencias; y a su vez, tanto una como otra, susceptibles de ser demostrables.

Es por esta razón que estos tres elementos existen, como ya se ha indicado en providencias anteriores por parte de este Despacho, una profunda y estrecha relación entre los hechos, las pruebas y las normas. Por tanto, con excesiva simplicidad, una prueba siempre va a soportar un hecho consagrado en una norma; y sin la prueba no existe tampoco el derecho.

5.2. VALORACIÓN FÁCTICA Y PROBATORIA EN EL CASO *SUB EXAMINE*.

La primera parte de esta providencia (acápito 3) contiene una mera descripción de lo acontecido en sede de primera instancia, donde se esbozan de forma sucinta los puntos esenciales de las consideraciones realizadas por el Despacho con relación a los hechos acaecidos y a las pruebas aportadas para acreditar tales situaciones; en contraste con la resistencia hecha por la defensora del disciplinable como garantía a un debido proceso y al uso del derecho de defensa, actualizado en el derecho de contradicción, conviene pues a este Despacho –en sede de apelación– efectuar una *valoración íntegra* de lo expuesto por el *a quo*, según lo dictado por el artículo 141 del CDU.

Con esto en consideración, este Despacho procede a valorar y establecer las situaciones que han de poner fin al presente debate con fundamento en los artículos 128, 129, 141 y 142 del CDU.

5.2.1 DE LA INIMPUTABILIDAD COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

La Dra. Yésica Andrea Gómez López, en su calidad de apoderada del señor XXXXXXXXXX, esgrime como estandarte sobre el cual erige su estrategia defensorial, la presencia de la causal eximente de responsabilidad contenida en el numeral 7 del artículo 28 del Código Disciplinario Único, esto es el hecho de que su defendido actuó amparado en una situación de inimputabilidad ocasionada por su adicción al alcohol circunstancia esta que argumenta, cuando se le presenta, le impide asistir a trabajar, exposición que presentó tanto en el espacio destinado para rendir descargos en la audiencia pública celebrada el día 22 de julio de 2020, así como en el estadio procesal oportuno para

alegar de conclusión, lo cual acaeció el día 06 de agosto, fecha en la cual se profirió el fallo sancionatorio objeto de alzada.

Sobre esta explicación proporcionada por la representante de la defensa, mediante la cual intenta justificar el incumplimiento de su defendido a cumplir con su labor dentro del horario establecido en virtud del contrato de trabajo suscrito con la Empresa, como consecuencia de su alcoholismo, no es de recibo de este Despacho dicha postura por las razones que se exponen a continuación:

Debe partirse de la base normativa, la cual indica que la inimputabilidad es una de las causales excluyentes de responsabilidad, no sólo en el escenario disciplinario, sino también en otras áreas del derecho como el penal.

Es así como el artículo 33 de la Ley 599 de 2000, Código Penal colombiano, al cual se hace remisión con base en la aplicación de principios e integración normativa definida en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, define la inimputabilidad en los siguientes términos:

“INIMPUTABILIDAD. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiera preordenado su trastorno mental.(...)”

Sobre este tema, el cual ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, es pertinente citar algunos apartes del pronunciamiento emanado de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado N° 49047 de fecha 23 de enero de 2019, así:

“Debe precisar la Sala que un juicio de valor sobre el autor de la conducta, como el propuesto por el legislador en materia de inimputabilidad (artículo 33 del Código Penal), supone en todos los casos la demostración de la existencia de una perturbación del psiquismo coetánea a la realización de la conducta, de tal gravedad y hondura que afecte las esferas cognoscitiva, volitiva o afectiva, y que impida al sujeto motivarse de conformidad con las exigencias normativas para poder comprender la ilicitud y determinarse en consecuencia. Quiere decir lo anterior que para entender que la actuación del acusado se produjo en un estado de inimputabilidad, no es suficiente la presencia de cualquier padecimiento constitutivo de alteración emocional, sino que es necesario que se trate de un trastorno mental que le impida al sujeto³⁵ «elaborar una representación psíquica de su ilicitud o de elegir alternativas de actuación al tenor de su inteliqibilidad»³⁶

De otra parte, y en relación con las otras argumentaciones esbozadas por la defensa, consistentes en la presunta presencia de circunstancias adicionales de orden médico que afectan la conducta de su prohijado y le impiden conocer, comprender y controlar el alcance de sus actuaciones, en este

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado: SP070-2019-2019 (49047) del 23/01/19 Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

³⁶ JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS, La inimputabilidad: concepto y alcance en el Código Penal Colombiano, en: Revista Colombiana de Psiquiatría, vol. XXXIV, núm. 1, diciembre 2005, Bogotá, p. 35.

caso su omisión a cumplir con sus turnos de trabajo previamente programados, debe tenerse en cuenta que la prueba exhibida por esta representante del derecho, tendiente a confirmar su dicho sobre la aparente condición de inimputabilidad en la que se encontraba el señor XXXXXXXXXXXX no es consistente con los cuadros clínicos sobre los cuales ella apoya su postura defensorial, esto es la presencia de cuadro de trastorno bipolar y alcoholismo, situación que fue debidamente sustentada por el Coordinador de Asuntos Disciplinarios de la Empresa, en el acápite correspondiente del fallo sancionatorio proferido en contra del servidor vinculado a esta actuación.

Es así como, la decisión del a quo hace una breve pero clara exposición, sobre la falta de nexo causal entre las ausencias del señor XXXXXXXXXXXX a cumplir con su labor y las presuntas patologías padecidas y que, según dicho de la defensa, fueron la causa justa de que las mismas se hayan verificado, esto es, dejó de cumplir con su labor como consecuencia de una circunstancia de salud ajena a su voluntad, no obstante lo cual, este argumento no encuentra eco en el documento presentado para sustentar dichas afirmaciones como quiera que las anotaciones encontradas en el mismo, correspondientes a las notas de evolución clínica consignadas en el documento "*Historia Clínica de Ingreso*" obrante a folio 115 del plenario, no son consistentes ni con las afirmaciones, ni con las supuestas comorbilidades expuestas por la defensa.

Por último, pero no por esto menos importante, debe recordarse que el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 599 de 2000, indica que "*No será inimputable el agente que hubiera preordenado su trastorno mental*" lo cual indica que, para poder invocar la causal eximente de responsabilidad consagrada en el artículo 28, numeral 7 de la Ley 734 de 2002, el trastorno mental debe cumplir con el requisito sine qua non de no haber sido preordenado, esto es, en el caso sub examine, que el señor XXXXXXXXXXXX, conocedor de los efectos que el alcohol causa sobre su organismo y su comportamiento, escogió consumirlo ateniéndose a las consecuencias que sobre el cumplimiento de su labor se generaron y que fueron ampliamente decantadas y explicadas a lo largo de la actuación disciplinaria originaria del fallo recurrido.

En este orden de ideas, y con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión, no se accederá al petitum elevado por la Dra. YÉSICA ANDREA GÓMEZ LÓPEZ, y en consecuencia se confirmará en su integridad el fallo de primera instancia,

En mérito de lo expuesto, la Gerencia de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida en primera instancia en el presente proceso disciplinario, mediante decisión calendada el día 12 de agosto de 2020, por medio de la cual el Coordinador de Asuntos Disciplinarios, competente en primera instancia, resolvió sancionar disciplinariamente a XXXXXXXXXXXX, identificado con C.C. XXXXXXXXXXXX con "*SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO E INHABILIDAD ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE TRES (03) MESES, QUE SE CONTARÁ A PARTIR DE LA FECHA EN QUE SE HAGA EFECTIVA LA NOVEDAD EN EL ÁREA DE SERVICIOS CORPORATIVOS-NÓMINA DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.*", quien para la fecha de los hechos se desempeñaba en el cargo de conductor en Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente a los sujetos procesales esta decisión, haciéndole saber que contra la misma no procede recurso alguno. En caso de que no pudiere notificarse personalmente, se fijará edicto en los términos del artículo 107 del Código Único Disciplinario.

TERCERO: En firme este proveído y el acto administrativo donde se hace efectiva la sanción para la ejecución de la misma, de conformidad con lo ordenado por el numeral 3 y el párrafo del artículo 172 de la Ley 734 de 2002, por intermedio del Coordinación de Asuntos Disciplinarios remitir al GRUPO SIRI de la Procuraduría General de la Nación los formularios para el registro de la sanción disciplinaria y una vez remitidos estos, hágase la correspondiente anotación en la hoja de vida del sancionado en la forma ordenada por el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, debiendo informar el Coordinador de Asuntos Disciplinarios de EMVARIAS S.A. E.S.P. sobre el cumplimiento de la sanción impuesta y su respectiva anotación en la hoja de vida del Servidor Público.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



GUSTAVO ALEJANDRO GALLEGO HERNÁNDEZ
Gerente

Proyectó: Lina Marcela Montoya González *Lina Montoya G.*
Revisó y encontró conforme: Víctor David Torres Gil. *V. Torres Gil.*