

RECURSO APELACIÓN RAD. 2018-01670

JESUS MAURICIO CASTAÑEDA <jesusmauricioucc@hotmail.com>

Vie 8/04/2022 2:59 PM

Para: Secretaria Comision Seccional de Diciplina Judicial - Valle Del Cauca - Cali

<ssdisvalle@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: MARIA DEL CARMEN VARGAS <mariadelc1114@hotmail.com>

Cali, 08 de Abril de 2022.

Honorables Magistrados
Sala Jurisdiccional Disciplinaria
Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca
Cali Valle

Asunto: *Recurso de Apelación*
Referencia: *Fallo del 9 de Marzo de 2022*
Radicado: *76-001 -11 -02-000-2018-01670-00*
Investigada: *María del Carmen Vargas Auxiliar de Justicia "Secuestre"*

En atención al asunto de la referencia, y en mi condición de defensor de confianza de la hoy investigada señora **MARIA DEL CARMEN VARGAS** en atención a su condición de Auxiliar de Justicia como SECUESTRE, procederé a realizar los pronunciamientos facticos y jurídicos que desvirtúan lo inculcado en el fallo que dio origen a la sanción disciplinaria.

De: Secretaria Comision Seccional de Diciplina Judicial - Valle Del Cauca - Cali <ssdisvalle@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 1 de abril de 2022 3:52 p. m.

Para: MARIA DEL CARMEN VARGAS <mariadelc1114@hotmail.com>; JESUS MAURICIO CASTAÑEDA <jesusmauricioucc@hotmail.com>; Juan Alejandro Rodriguez Chaves <jrodriguez3@procuraduria.gov.co>

Asunto: OFICIO 1264 DISCIPLINARIO 2018-01670

Nota : favor no tener en cuenta correo anterior con oficio N°1206, por correccion, en vinculo enviado)

República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

Comisión Seccional de Disciplina Judicial del Valle del Cauca

Santiago de Cali, abril 1 de 2022

OFICIO No. 1264

Señora

MARIA DEL CARMEN VARGAS

Auxiliar de la Justicia - Secuestre

Investigado

Correo: mariadelc1114@hotmail.com

Cali Valle

Doctor

JESUS MAURICIO CASTAÑEDA GONZALEZ

Apoderado Contractual de la Investigada

Calle 6 Norte # 2 - 36 Oficinas 503- 504

Correo: jesusmauricioucc@hotmail.com

Cali Valle

Doctor

JUAN ALEJANDRO RODRIGUEZ CHAVEZ

Procurador 62 en lo Judicial

Correo: jrodriguez3@procuraduria.gov.co

Cali Valle

Proceso Disciplinario: No. 76-001-11-02-000-2018-01670-00

Quejoso: Jairo Montoya Cabal

Disciplinado: Sra. MARIA DEL CARMEN VARGAS

Auxiliar de la Justicia - Secuestre

En cumplimiento a lo dispuesto por el despacho del Magistrado Ponente: **Dr. LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO**, dentro del proceso disciplinario de la referencia, me permito **NOTIFICARLES** que mediante decisión aprobada en Acta No. 019 del 9 de marzo de 2022, la Sala resolvió lo siguiente:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA SEGUNDA DE DECISION DE LA H. COMISION SECCIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL DEL VALLE DEL CAUCA**, administrando justicia y por autoridad de la ley, **RESUELVE**:

"PRIMERO: ABSOLVER a la señora **MARIA DEL CARMEN VARGAS**, en su condición de **AUXILIAR DE LA JUSTICIA SECUESTRE**, de la falta descrita en el numeral 1 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, únicamente con relación a la conducta descrita en el artículo 265 del C.P. (daño en bien ajeno), por las razones expuestas en esta providencia. **SEGUNDO: SANCIONAR CON MULTA EQUIVALENTE A DOCE (12) SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES**, para la época de la comisión de la falta disciplinaria -2010- e **INHABILIDAD PARA EJERCER EMPLEO PUBLICO, FUNCION PUBLICA, PRESTAR SERVICIOS A CARGO DEL ESTADO, O CONTRATAR CON ESTE POR EL TERMINO DE UN (01) AÑO**, a la señora **MARIA DEL CARMEN VARGAS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 29.476.752 de El Cerrito, en su condición de **AUXILIAR DE LA JUSTICIA - SECUESTRE-**, al encontrarla responsable de la falta descrita en el numeral 1 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 454 del Código Penal y a su vez los art. 682 y 683 del C. P. C., falta calificada como **GRAVISIMA** a título de **DOLO**, al tenor de lo dispuesto en las normas descritas y tal y como quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: La multa aquí impuesta será pagadera en favor del Consejo Superior de la Judicatura, con cargo a la DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, cuenta No. 3-0820-000640-8, CSJ- Multas y sus rendimientos, convenio 13474 del Banco Agrario de Colombia, o a través del portal de pagos PSE, a los siguientes link de acceso: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/unidad-de-presupuesto/portal/inicio>; <https://www.ramajudicial.gov.co/web/unidad-de-presupuesto/portal/inicio/informacion-general>; <https://portal.psepagos.com.co/web/banco-agrario>. **CUARTO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación. QUINTO: Notifíquese la presente decisión a la disciplinada, su apoderado de confianza y a la señora Agente del Ministerio Público, en los términos que prevé la Ley 734 de 2002, en armonía con el Decreto 806 de 2020. SEXTO: En caso de no ser apelada, envíese al Consejo Superior de la Judicatura para que surta la consulta de que trata el artículo 208 de la Ley 734 de 2002. SEPTIMO: En firme la providencia, ordénese su archivo previa cancelación de su radicado. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. FIRMADO ELECTRONICAMENTE. Dr. LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO (Magistrado Ponente) Dr. GUSTAVO ADOLFO HERNANDEZ QUIÑONEZ (Magistrado)".****

Adjunto copia digital del expediente y de la providencia que se notifica, la cual puede ser consultada en el vínculo.

[37SentenciaDePrimeraInstancia09032022.pdf](#)

Lo anterior para lo de su conocimiento y demás fines pertinentes.

Atentamente.

GERMAIN ORDOÑEZ ORDOÑEZ

Secretario de la Comisión.

Xmg

Carrera 4° No. 12-04 Palacio Nacional Oficina 105- Teléfonos (92) 898 08 00 Ext. 8105- 8107

Santiago de Cali - Valle del Cauca - Colombia

FAVOR ENVIAR ACUSE DE RECIBIDO. ¡GRACIAS!

ATENTAMENTE,

COMISIÓN SECCIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL DEL VALLE DEL CAUCA

CARRERA 4 No. 12-04 OFICINA 105 PALACIO NACIONAL

TELÉFONOS: 8980800 ext 8105-8106-8107

CALI, VALLE

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

Cali, 08 de Abril de 2022.

Honorables Magistrados
Sala Jurisdiccional Disciplinaria
Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca
Cali Valle

Asunto: **Recurso de Apelación**
Referencia: Fallo del 9 de Marzo de 2022
Radicado: 76-001 -11 -02-000-2018-01670-00
Investigada: María del Carmen Vargas Auxiliar de Justicia
"Secuestre"

En atención al asunto de la referencia, y en mi condición de defensor de confianza de la hoy investigada señora **MARIA DEL CARMEN VARGAS** en atención a su condición de Auxiliar de Justicia como SECUESTRE, procederé a realizar los pronunciamientos facticos y jurídicos que desvirtúan lo inculcado en el fallo que dio origen a la sanción disciplinaria.

Advertido como quedo en el proveído objeto de alzada, en cuanto que se excluye de esta pesquisa la imputación respecto de la **Falta Gravísima** descrita en el *Numeral 1° del artículo 55 de la Ley 734 de 2002*, por presunta configuración del tipo penal de **Daño en bien ajeno** descrito en el artículo 265 del Código Penal

Aclarado lo anterior, y de las narrativas del despacho se desprende la permanencia de la imputación de la **Falta Gravísima** descrita en el *Numeral 1° del artículo 55 de la Ley 734 de 2002*, por presunta configuración del tipo penal de **Fraude a resolución judicial** descrito en el artículo 454 del Código Penal.

A manera de colofón la Comisión Seccional de Disciplina del valle del Cauca concluyo lo siguiente:

*"...Corolario de lo anterior, estima esta Sala de Decisión que existe certeza respecto de la responsabilidad y el compromiso disciplinario que en el caso particular le asiste a la señora MARIA DEL CARMEN VARGAS en su calidad de AUXILIAR DE LA JUSTICIA – SECUESTRE-, pues en su proceder debía, al culminar el proceso, realizar las gestiones tendientes a custodiar y tomar medidas adecuadas para la conservación y mantenimiento del bien entregado en embargo dentro del proceso ejecutivo 1999-00214 (art. 682 y 683 CPC), hasta que fuese entregado al interesado, según el caso, lo que no hizo y, por el contrario, al desatender, injustificadamente, la orden judicial que se le dispensó en el **auto del 16 de junio de 2010** (art. 454 CP), facilitó que fuesen extraviados por venta de terceras personas, desconociéndose el destino que tuvieron los dineros producto de la venta, de lo que no informó al despacho de conocimiento oportunamente, sino un año después y porque se programó la diligencia de entrega, circunstancias inexorables para que la decisión a tomar en la presente investigación sea la de imponer la correspondiente sanción disciplinaria..."*

En efecto, inicialmente es preciso señalar que cuando la censura se apoya en la violación directa de la ley sustancial, de allí se sigue que al censor le corresponde plegarse tanto a la **realidad fáctica declarada** en la sentencia, como a la **valoración probatoria** allí consignada, no obstante, no ocurrió así en el asunto de la especie, pues el operador disciplinario abiertamente critica ambos aspectos con el propósito de señalar que la conducta es típica.

Ahora, es del caso mencionar que tres son los conceptos a través de los cuales se llega a la violación directa de una norma de derecho sustantivo, cada uno de los cuales exige composiciones argumentativas claramente definidas e independientes. Así, cuando **i)** lo perseguido es **demostrar la exclusión evidente de una norma**, se impone comprobar el error acerca de su existencia, validez o falta de selección, **ii)**. Empero, si se pretende **evidenciar la aplicación indebida de una determinada disposición**, el esfuerzo ha de orientarse a constatar la defectuosa adecuación del supuesto fáctico probado respecto de la hipótesis contemplada en el precepto, **iii)**. Finalmente, si lo deseado es **poner de presente la interpretación errónea de la norma**, la tarea se debe concentrar en comprobar que a ésta se le confirió un efecto limitado o excedido distinto al que se deriva de su contenido.

Adicionalmente, es preciso mencionar que como la interpretación errónea parte de la base de que la disposición vulnerada es correctamente seleccionada, no debe confundirse con los casos donde por dársele un alcance equivocado, no es aplicada o es utilizada en forma indebida.

En efecto, es pertinente recordar que la aplicación indebida o la exclusión de una norma se pueden dar a consecuencia de su errónea interpretación.

En estos eventos, el yerro de hermenéutica conduce, a un punto de aplicación indebida, por desbordar el verdadero sentido de la disposición en tanto pone a gobernar un asunto que no contempla, como quiera que hace relación a la exclusión de su aplicación, el error en la exégesis del precepto lleva a restringir sus efectos jurídicos y por eso no se le utiliza.

En este sentido es claro para la defensa que la Sala omitió en el fallo la coherencia fáctica que le exige el principio de progresividad, ello por cuanto la hipótesis fáctica de la Sala en el *Auto de Cargo del 20 de noviembre de 2019*, anuncio unos **hechos** originados en razón al escrito de queja presentado por el señor JAIRO MONTOYA CABAL quien reprochaba la actuación de la Auxiliar de Justicia - Secuestre MARIA DEL CARMEN VARGAS¹, al no haber atendido los requerimientos de parte del Juzgado 2° Promiscuo Municipal del Cerrito Valle, respecto a la rendición de informes y entrega del vehículo automotor retenido², ordenado al interior del Proceso Ejecutivo Singular radicado N° 1999-00214 que el Banco de Bogotá adelantó contra el señor JAIRO MONTOYA CABAL Y OTROS.

¹ fl.39 C.O. Con auto de trámite de fecha 10 de julio de 2018, proferido dentro del proceso disciplinario radicado bajo el N° 2018-00678, diligencias adelantadas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca, contra el Juez Segundo Promiscuo Municipal del Cerrito Valle; donde se ordenó compulsar de copias disciplinaria contra la Auxiliar de Justicia - Secuestre MARIA DEL CARMEN VARGAS

² “...Tractor JHON DEER, TYPE 400 DRA, SERIE 257613R, de placas T213R, Chasis trasero 702-R-40470-036MR348-49R72XX, así como el rastrillo que lo acompañaba...”

Hechos que conforme a la exigencia del numeral 1° del artículo 163 de la Ley 734 de 2002, **describió** como una presunta sustracción injustificada de los deberes como secuestre dentro del proceso ejecutivo 1999 – 00214³, lo cual **determino** como: **1. haber permitido** la venta del bien inmueble que le fue asignado en su custodia, **2. No haber informado** de ello oportunamente al despacho de conocimiento. **3. Ni rendido cuentas de la Gestión**; lo que solo realizo una vez se señaló la fecha y hora para la diligencia de entrega, esto es un año después de la enajenación del vehículo automotor.

Contrario a esto, en el Fallo del 9 de marzo de 2022, la Sala advierte que el hecho analizado corresponde a la desatención, injustificada de la orden judicial que se le dispensó en el **Auto del 16 de junio de 2010**.

Así las cosas, se tiene que la Sala varia las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pues dicho presupuesto temporal del **Auto 354 del 16 de junio de 2010**, no fueron establecidos en forma taxativa en el Auto de apertura de Investigación del 18 de octubre de 2018, tal como lo exige el artículo 153 del CUD, ni en el referido pliego de cargos, teniéndose que solo hasta el Fallo la Sala pretende determinar los linderos específicos de las circunstancias fácticas, dejando de lado las disposiciones legales que para la época enmarcaban una regla de obligatorio cumplimiento como las señaladas en el artículo 337 del C.P.C, vigente para la época de los hechos, medida procedimental que para el 2014, se ubicó en el artículo 308 de la C.G.P.

Las disposiciones en cita, dejan claro que cuando el secuestre no cumpla la orden dentro del términos señalados en la providencia respectiva, se tendrá que, a partir de dicha fecha, el deber de entrega le corresponde al Juez, ultimo que deberá ordenar la diligencia de entrega según el numeral 1° y 4 del artículo 308 ibidem,

ARTÍCULO 308. ENTREGA DE BIENES. *Para la entrega de bienes se observarán las siguientes reglas:*

1. Corresponde al juez que haya conocido del proceso en primera instancia **hacer la entrega ordenada en la sentencia**, de los inmuebles y de los muebles que puedan ser habidos. *Si la diligencia de entrega se solicita dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o a la notificación del auto de obediencia al superior, el auto que disponga su realización se notificará por estado; si la solicitud se formula después de vencido dicho término, el auto que la ordene deberá notificarse por aviso.*

2. El juez identificará el bien objeto de la entrega y a las personas que lo ocupen. *Sin embargo, para efectos de la entrega de un inmueble no es indispensable recorrer ni identificar los linderos, cuando al juez o al comisionado no le quede duda acerca de que se trata del mismo bien.*

³ Demandante Banco de Bogotá demandado Jairo Montoya Cabal y María Asunción Cabal

3. Cuando la entrega verse sobre cuota en cosa singular el juez advertirá a los demás comuneros que deben entenderse con el demandante para el ejercicio de los derechos que a todos corresponda sobre el bien.

4. Cuando el bien esté secuestrado la orden de entrega se le comunicará al secuestre por el medio más expedito. Si vencido el término señalado en la providencia respectiva el secuestre no ha entregado el bien, a petición del interesado se ordenará la diligencia de entrega, en la que no se admitirá ninguna oposición y se condenará al secuestre al pago de los perjuicios que por su renuencia o demora haya sufrido la parte a quien debía hacerse la entrega y se le impondrán las sanciones previstas en el artículo 50.

El auto mediante el cual se sancione al secuestre no tendrá recurso alguno y se notificará por aviso. No obstante, dentro de los diez (10) días siguientes a dicha notificación podrá el secuestre promover incidente, alegando que su incumplimiento se debió a fuerza mayor o caso fortuito, y si lo probare se levantarán las sanciones. **Este incidente no afectará ni interferirá las demás actuaciones que se hallen en curso, o que deban iniciarse para otros fines.**

5. Lo dispuesto en este artículo es aplicable a las entidades de derecho público. (negritas fuera de texto)

Lo anterior se advierte porque el Auto 354 del 16 de junio de 2010, emanado por la Juez GLORIA INES GRISALES LEDESMA, visible a folio 36 del expediente digital, no preciso termino alguno para el acatamiento de la orden, así lo corrobora la Juez ROSA NATALIA BEJARANO ARANGO, en el numeral 2° del escrito de fecha 27 de junio de 2018, visible a folio 38 a 41, misma que advierte solo mediante oficio N°780 del 14 de septiembre de 2011, le fue comunicado por primera vez a la secuestre del Auto 354 del 16 de junio de 2010, esto es un (1) año y tres (3) meses después de la orden según numeral 3° del escrito de fecha 27 de junio de 2018, visible a folio 38 a 41,.

En este punto se tiene que para la época de los hechos en que se emitió el auto (Auto 354 del 16 de junio de 2010), objeto de reproche por la Comisión Seccional de Disciplina, esto es 16 de junio de 2010, la regla aplicable era la del parágrafo 3° del artículo 337 del Código de Procedimiento Civil, la cual prescribía lo siguiente:

ARTÍCULO 337. ENTREGA DE BIENES Y PERSONAS. Corresponde al juez que haya conocido del proceso en primera instancia **hacer la entrega ordenada en la sentencia**, de los inmuebles y de los muebles que puedan ser habidos, si la parte favorecida lo solicita dentro de los términos señalados en el artículo 335; el auto que lo ordene se notificará por estado. Si la solicitud se formula con posterioridad, el auto que señale fecha para la diligencia se notificará como lo disponen los artículos 314, 318 y 320.

PARAGRAFO 3. ENTREGA POR EL SECUESTRE. Procederá la entrega, en cualquier tiempo, cuando el bien no sea entregado por el secuestre en el término de ejecutoria del auto que levantó la medida cautelar o en el especial que se le haya señalado, de lo cual se le informará telegráficamente o por oficio a la dirección registrada en el juzgado. En este caso, se condenará al secuestre al pago de las costas de la diligencia y de los perjuicios que por su demora o por la falta de entrega haya sufrido la parte a quien debía hacerse ésta, los cuales se liquidarán como dispone el inciso cuarto del artículo 307, y se le impondrá multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales.

Este auto no tendrá recurso alguno y se notificará al secuestre como dispone los numerales 1. y 2. del artículo 320.

De lo hasta aquí afirmado se tiene plena certeza, de que el Auto 354 del 16 de junio de 2010, quedo ejecutoriado y que dentro de dicho termino jamás se le notifico a la Secuestre, lo que solo ocurrió 1 año y tres meses después, lo que de suyo precisa que en dicho periplo el deber de entrega se trasladó según la norma al Juez, y no como se quiere abrogar a la secuestre por parte del operador disciplinario.

Bajo el mismo tópico, se tiene que el termino señalado en la disposición en cita - *Parágrafo 3° del artículo 337 ibidem-*, es indeterminado para el Juez, pues destaca que "*Procederá la entrega, en cualquier tiempo, cuando el bien no sea entregado por el secuestre en el término de ejecutoria del auto que levantó la medida cautelar...*".

Así las cosas, se tiene que la orden de entrega del bien solo fue puesta en conocimiento de la secuestre mediante oficio N°780 del 14 de septiembre de 2011, esto es cuando ya le asistía el deber funcional al Juez del proceso de hacer la entrega ordenada en su propio proveído, por haber quedado este ejecutoriado como lo indica la norma irrogada. Pero en palabras del operador disciplinario y sin elementos de juicio, dicha omisión debe ser cargada a la Secuestre, lo cual desdibuja la realidad probada que cursa en favor de la investigada.

Aunado a lo anterior se tiene que el Juez del proceso emitió Auto del 13 de mayo de 2014, puesto en conocimiento de la Secuestre con oficio 2200 del 26 de mayo de 2014, orden de presentación de informe que fue reiterada mediante Auto N°481 del 8 de julio de 2014, en el cual se le otorgo un término de 5 días para rendir informe, lo cual fue cumplido a cabalidad por la secuestre el 17 de julio de 2014, circunstancias fácticas, que no precisan un fraude a las decisiones de los jueces, pues la que estimaron el cumplimiento temporal fueron acogidas, prueba de ello es que ninguno de los Jueces iniciaron los procesos sancionatorios contra la auxiliar de la justicia.

En conclusión, no se demostró la tipicidad objetiva, porque no actuó fraudulentamente, y tampoco que hubiera actuado dolosamente, la sanción, en ese sentido es, por lo tanto, inaceptable, más cuando el núcleo sustancial de la discusión gira, entonces, en torno del delito de fraude a resolución judicial (artículo 454 del Código Penal). La conducta que interesa al derecho penal es la que interfiere bienes jurídicos que corresponden a una relación social digna de protección frente a agresiones intolerables.

En este sentido, el principio de progresiva protección de bienes jurídicos sanciona, de una parte, **el incumplimiento** (Auto 354 del 16 de junio de 2010,) y el derecho penal la **desobediencia fraudulenta**. Por eso, la lesividad del injusto penal radica en la dudosa maniobra con que se desconoce la recta y eficaz impartición de justicia.

Es pertinente señalar que los Estados democráticos hacen del orden justo un valor superior. Así figura en el Preámbulo Constitucional. En ese ideario, las decisiones judiciales son el medio para realizar ese propósito. Por eso la solución a los conflictos, y la obligatoriedad de las decisiones judiciales, son elementos fundamentales de la coexistencia pacífica; de hecho, al modo de Kelsen, el derecho es un orden normativo coactivo, cualidad que se refleja en el poder vinculante de las determinaciones

judiciales. Sin la coacción, la solución jurídica de los conflictos se convierte en una simbología sin eficacia. De allí la importancia de que los ciudadanos acaten los fallos y **con mayor razón los jueces**, a quienes a su condición de ciudadanos los obliga a ser garantes de la efectividad de la justicia, aspectos que se extiende a los auxiliares de la Justicia por transferencia funcional.

Eso explica que, a los jueces, no les está dado evadir las decisiones judiciales bajo ninguna circunstancia y pretexto, ni aun aduciendo una interpretación muy particular de principios que en este caso terminan, por fuerza de una concepción inadmisibles, socavando las bases del orden justo, al cual los jueces concurren, no para desconocerlo, sino para realizarlo.

Desde luego que no se trata de una obligación moral o ética, simplemente, y por esa razón el derecho penal no sanciona la **mera desobediencia** ni el **desconocimiento al principio de autoridad**, **sino la manera fraudulenta con la cual el ciudadano**, mediante maquinaciones inaceptables, decide eludir las decisiones que no le gustan, o no acepta, o no está en su ideario acatar.

De lo anterior podríamos precisar que en los términos del artículo 454 del Código Penal, el delito de fraude a resolución judicial consiste **en sustraerse por cualquier medio al cumplimiento de una obligación impuesta en resolución judicial**. Esa descripción, ha dicho la Sala de la Corte Suprema de Justicia (SP1284-2021 Radicación # 58417 Acta 84), incorpora a la conducta **el fraude como elemento central** de la tipicidad. En ese sentido, ha señalado lo siguiente:

*“No basta para lograr la adecuación típica eludir el cumplimiento de la decisión, **es imprescindible que el sujeto activo se sustraiga a través de medios fraudulentos, porque si no hay empleo de artificios no hay fraude y la tipicidad desaparece**. Así lo viene reiterando la Sala al opinar que cuando el precepto alude a “cualquier medio” ellos deben ser engañosos, ya que si bien el supuesto de hecho no pide que la inobservancia esté acompañada de una conducta en concreto, es lo cierto que el nombre del delito demanda esa particularidad, esto es, que el incumplimiento sea fraudulento⁴, es decir, supone el empleo de medios indirectos, ardides, falacias que produzcan una apariencia engañosa, todo fraude con relevancia jurídica supone un dolo o perjuicio material o moral, o al menos la posibilidad de causarlo”.⁵*

El anterior criterio jurisprudencial prescribe que la protección progresiva de bienes jurídicos explica la diferencia de grado de las sanciones frente a la gravedad del ataque. Mientras en el tema disciplinario la falta radica en el incumplimiento, con lo cual se resguarda el respeto hacia la autoridad judicial y la eficacia de sus decisiones, la penal tiene su fuente **en el fraude, en el engaño, en el discurso ficticio** aspectos que, en este caso, no existe prueba alguna que permita señalar que la señora Secuestre hubiese pretendido aparentar causal o pretexto de incumplir Auto 354 del 16 de junio de 2010, menoscabando la eficaz y recta impartición de justicia.

⁴ SP Radicados 26972 y 26497 de 21 de marzo y 5 de diciembre de 2007.

⁵ SP del 12 de agosto de 2020, radicado 54120

1.1. Imputación jurídica.

1.1.1. **Tipicidad** –art. 4° Ley 734 de 2002-

Tal como lo precisa el artículo 196 de la Ley 734 de 2002, el despacho partió de un presunto incumplimiento del deber funcional descrito en el inciso 3° del artículo 10, los numerales 1°, 2° y 4° del artículo 682 y el artículo 683 del C.P.C., para lo cual se describieron en el auto de cargos como **Normas presuntamente violadas**, el tipo penal del artículo 454 del Código Penal, (Fraude a resolución judicial).

1.1.2. **Antijuridicidad** –art. 5° Ley 734 de 2002- (Concepto de violación)

Como es bien sabido la antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo⁶, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de cumplimiento de deber o prohibición, por ello, en materia disciplinaria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, por ello, es presupuesto de la ilicitud sustancial merecedora de reproche el que se *-afecte sustancialmente los deberes funcionales-*, en este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «**deber funcional**» se encuentra integrado por⁷:

*[...](i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo,
(ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley;
(iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones [...]*

En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 5° de la Ley 734 de 2002⁸, asimiló los conceptos de «**antijuridicidad**» con el de «**ilicitud sustancial**» luego, en consideración a ello, es claro que no puede simplemente analizarse el primer término aisladamente, sino que es menester que a este se agregue el adverbio «**sustancial**», aspecto que repercute de forma directa en el análisis que debe observarse cuando de juzgar una actuación de un servidor público y/o particular, a la luz del derecho disciplinario se trata.

De las definiciones señaladas se puede extraer que la referencia a lo sustancial en relación con la ilicitud, significa que la infracción del deber funcional debe tener cierta relevancia, importancia o

⁶ ISAZA SERRANO, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Temis, 2009, pp. 132 y ss.

⁷ C.E. Sec. Segunda, Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2011-00268-00 (0947-11), may. 12/2014. En el mismo sentido C.Const. Sents. C-712, jul. 5/2001, C-252, mar. 25/2003 y C-431, may. 6/2004.

⁸ que prevé: “...**Ilícitud sustancial**. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna...”

esencialidad frente a los *finés del Estado*, la satisfacción del *interés general* y los *principios de la función pública*. En términos generales, esto quiere decir, que la actuación u omisión del servidor público y/o particular, violatoria de sus deberes, esto es, contraria a derecho (**ilicitud**), debe desembocar en una *real y efectiva* afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público⁹ (**sustancialidad**) y en esa medida puede decirse, pese a que la ley no lo mencionó de este modo, que cuando estas dos características confluyen se está en presencia de una **«antijuridicidad sustancial»**, requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada¹⁰.

En este orden de ideas, se tiene que la concreción de la ilicitud sustancial de una conducta o de una falta se expresa con la realización de dos juicios. **uno deontológico**, referido a la constatación del cumplimiento de los deberes precisos (contenidos en reglas) que le impone el ordenamiento jurídico a un servidor público y/o particular, en razón de su cargo o funciones, y **otro axiológico**, relacionado con la verificación de la observancia de los principios de la función pública¹¹. De ahí que, cuando en un proceso disciplinario se cumplen los requisitos del artículo 162 del CUD se debe proceder a la decisión de cargos, proveído que debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 163 *ibidem*, el cual debe contener entre otros los **elementos esenciales de la imputación**, tales como, la conducta reprochada, la ilicitud sustancial y la culpabilidad, aspectos que pueden ser controvertidos por el investigado o su defensor cuando se observe carencia de alguno de estos.

En orden a lo anterior se tiene que si bien es cierto, el auto de imputación de cargos, mediante el cual la colegiatura en rostro responsabilidad disciplinaria se estructuró bajo una rotulación de once (11) ítems¹², también lo es, que este no cuenta con la valoración jurídica del *Numeral 2° del artículo 163 ibidem*, en lo que al concepto de violación respeta, y su juicio axiológico de verificación de observancia de los principios de la función pública como corresponde en los términos del artículo 209 Constitucional, carencia que hace imposible materializar la defensa en lo que a dicho concepto integral de tipicidad corresponde.

⁹ C.Const. Sent. C-948, nov. 6/2002 y C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00167-00 (0728-12), may. 12/2014.

¹⁰ Por su parte la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura señaló: [...] *En el caso de los regímenes disciplinarios, no aparece consagrado el principio de la antijuridicidad material, ya que pugna abiertamente con su naturaleza, habida consideración a que su fin no es la protección de bienes jurídicos, por lo que no importa establecer la lesión o puesta en peligro efectiva a los mismos, sino el grado de afectación de los deberes funcionales, es por eso que la Ley 734 de 2002 trae consigo el concepto de "ilicitud sustancial" para referirse a la antijuridicidad, que es de carácter sustancial y se conecta a la afectación de deberes y no de bienes jurídicos [...]*C.S. de la J., Sala Juris. Disc. Sent. 19971473-01, sep. 6/2003.

¹¹ La Corte Constitucional ha señalado que «[...] el Derecho Disciplinario se encamina al juzgamiento de servidores públicos cuando "dichos sujetos desconocen, sin justificación, dichos principios (de la función pública) y las normas que rigen las formas de su comportamiento" (C.Const. Sent. C-430, sep. 4/1997). Esto es, el Derecho Disciplinario demanda sendos juicios acumulativos: **a.** Cuando se contradicen las normas que rigen las formas del comportamiento de los servidores públicos, caso en el cual se da cuenta del juicio deontológico; y **b.** Cuando se desconocen los principios de la función pública, caso en el cual se da cuenta del juicio axiológico.

Si ello fundamenta el ilícito disciplinario, lo contrario fundamenta su exclusión [...]. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*. 2.ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 134-135.

¹² Ver Pliego de Cargos: **1. Asunto a tratar**; **2. Antecedentes facticos**; **3. Antecedentes Procesales**; **4. Pruebas**; **5. Identidad y antecedentes del disciplinado**; **6. Consideraciones de la Sala –Competencia–**; **7. Requisitos para formular pliego de cargos**; **8. Único Cargo**; **9. Descripción y determinación de la conducta – demostración objetiva de la falta**; **10. Gravedad de la Falta** y **11. De la forma de Culpabilidad**.

1.1.3. Modalidad específica de la conducta

El Auxiliar de la Justicia, por el solo hecho de serlo adquiere cierta representación frente a los demás particulares, situación que no tiene origen distinto que el propio artículo 6º de la Carta Política, en el cual se consagra la diferencia entre particulares y servidores públicos, a efectos de extender la responsabilidad de estos en idéntica forma a quienes ejerzan función pública, no solo por infringir la Constitución y la ley, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, concepto propio de la *relación especial de sujeción*, que se esgrime en el artículo 27 y 50 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que las faltas disciplinarias se realizan por **Acción, Omisión, extralimitación o abuso**, y si bien es cierto, el *Numeral 2º del artículo 163 ibidem*, precisa que el actuar del investigado se determine concretando la **modalidad específica de la conducta**, en los términos anunciados, lo cierto es que esta defensa no vislumbra la determinación anunciada en el auto de cargos.

Así las cosas, el despacho señaló la ocurrencia de tres posibles conductas a saber:

1. haber permitido la venta del bien inmueble que le fue asignado en su custodia.
2. No haber informado de ello oportunamente al despacho de conocimiento.
3. Ni rendido cuentas de la Gestión

Pero sin que, hasta este momento procesal, se vislumbre la concreción específica de las anteriores conductas, tal como lo exige el *Numeral 2º del artículo 163 ibidem*, argumentos aceptados por la Sala así:

[...] *Antes que nada, con relación a la supuesta falencia en la formulación de la decisión de cargos, por no haberse consignado el concepto de la violación (que hace referencia al verbo rector que estructuraba la conducta de su representada), aun cuando ello no se alegó como nulidad de la actuación, habrá de indicarse por esta H. Comisión Seccional de Disciplina Judicial que dicho aspecto, si bien no se desarrolló a manera de derrotero, como lo efectuó el togado en su escrito, **no es menos cierto que sí se consignó en la providencia cuestionada, explicando con suficiencia** las razones que obligaban a proseguir la causa en contra de la señora VARGAS, los elementos de juicio en que se soportaba esa decisión y el cumplimiento y verificación de los requisitos esgrimidos en el artículo 163 de la Ley 734 de 2002. [...]*

Justificaciones de la providencia que pretende trasladar a al defensa el control de legalidad de los yerros funcionales del operador judicial, cuando precisamente lo que se hizo fue advertir al operador una debilidad del pliego de cargos por la falta de adecuación que sucumbía en vaguedad e imprecisión, que dejaba de contener entre sus prescripciones los ingredientes normativos requeridos para producir la certeza de la imputación en lo relativo a la definición de la conducta, lo que se mantuvo incólume el fallo, pues el dejar de hacer o no hacer jamás se desarrolló, prueba de ello es el espectro temporal anunciado en parte superior, en tanto la Sala abroga la responsabilidad incluso desde el año 2010.

1.2. Calificación Provisional de la falta

Se tiene que la conducta reprochada como inobservancia del deber funcional fue calificada transitoriamente como **Falta Gravísima** en los términos del Numeral 1º del artículo 55 de la Ley 734

de 2002, **Tipo en blanco** que se completó con la descripción del tipo penal de **Fraude a resolución judicial** dispuestos en el artículo y 454 del Código Penal.

3.2.3. Culpabilidad –art 13 Ley 734 de 2002- (Forma de realización)

En lo que corresponde a la calificación subjetiva de la conducta, la Sala dispuso que su forma de realización fue a título de **DOLO**, precisando la corporación en primera medida que:

*“... Para el caso que nos ocupa, respecto a la conducta desplegada por la señora VARGAS se calificará a título de DOLO, por cuanto, en materia disciplinara, el dolo difiere en su estructura de lo que la dogmática penal entiende por tal, pues los elementos de la voluntad y la representación de la conducta son elementos accidentales, bastando que se acredite la existencia de la **conciencia de la ilicitud** del comportamiento y el **conocimiento del deber** funcional para que opere el agotamiento de la modalidad del comportamiento, los que se estima cumplido en el presente asunto, si se tiene en cuenta que **al momento de la posesión en el cargo, a la secuestre le fueron informados sus deberes**, los que además cuentan con consagración legal, y que el despacho de conocimiento en varias oportunidades la requirió para que procediera a la devolución del elemento embargado, pretendiendo trasladar la responsabilidad que pudiese asistirle al asumir el encargo al demandado, por haber afirmado que diariamente lo tenía a la vista, sin que tampoco se explique cabalmente porqué luego de haberse enterado de la venta del bien en custodia, no procedió a informarlo al despacho, pese a conocer que el proceso ya había terminado...”*

II. CONSIDERACIONES DE LA DEFENSA

Recabando en el acontecer fáctico, y de acuerdo a la prueba documental recaudada, el despacho determino que el actuar de la auxiliar de la justicia señora **MARIA DEL CARMEN VARGAS** en su calidad de SECUESTRE, era propio de una sustracción injustificadamente de deberes como secuestre dentro del proceso ejecutivo 1999 – 00214¹³, consistente en:

1. **haber permitido la venta** del bien inmueble que le fue asignado en su custodia,
2. **No haber informado** de ello oportunamente al despacho de conocimiento.
3. **No rendido cuentas de la Gestión**; frente a esta situación precisa la sala, “...solo se realizó una vez se señaló la fecha y hora para la diligencia de entrega, esto es un año después de la enajenación del vehículo automotor...”

De lo anterior se observa, un tríptico de conductas diferentes, a partir de las cuales el despacho disciplinario recaba la configuración de un actuar delictivo de la investigada, subsumido en el punible de **Fraude a resolución judicial** descrito en el artículo 454 del Código Penal.

En cuanto a este tipo penal se tiene como se dejó dicho en parte superior que carece de los elementos de defraudación motivo por el cual se hace dispendioso precisar que Quien comete fraude a

¹³ Demandante Banco de Bogotá demandado Jairo Montoya Cabal y María Asunción Cabal

resolución judicial busca crear un estado de imposibilidad de cumplir cualquier obligación

La determinación del tipo con rigurosidad y especificidad en el derecho administrativo sancionador (disciplinario), resulta casi que imposible, por ello recordamos hoy las palabras de Roa Salguero¹⁴ en cuanto a que **tipicidad no equivale a juicio de adecuación típica**, toda vez que aquella (*tipicidad*) corresponde a la **previa descripción** legal del comportamiento ilícito, mientras que la segunda (*Juicio de adecuación típica*), hace referencia al ejercicio que realiza la autoridad disciplinaria para **ajustar** dicho comportamiento a la descripción legal. En cuanto a la primera noción (*tipicidad*), la Corte Constitucional, indico en Sentencia **C- 404 de 2001** lo siguiente:

*“... La tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria. Esta forma de definir la tipicidad a través de normas complementarias, es un método legislativo que ha sido denominado el de las **normas en blanco**. Estas consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. Sobre los tipos en blanco, la Corte ha dicho esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente...”*

Igualmente, en Sentencia 708 de 1999, dijo que:

*“... es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de **tipos abiertos**. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor **margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos** que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario...”*

En cuanto al nominativo Juicio de adecuación típica, la Corte Constitucional en Sentencia 155 de 2002, afirmo:

*“... Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un **amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador**, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un **sistema amplio y genérico de incriminación** que ha sido denominado “numerus apertus”, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como*

¹⁴ Los Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Disciplinario. 1° La Tipicidad Disciplinaria Pag, 27, Editorial Ibañez, Julio de 2018.

sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de numerus apertus supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición...”

Aunado a lo anterior, precisas resultan las palabras de Dra. MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA, quien al referirse al juicio de tipicidad manifestó que “*prevé el ejercicio sano de adecuar una conducta a un tipo disciplinario y no buscar un tipo disciplinario a la conducta*”. Aspectos que por demás se presentan en la Investigación que ocupa la atención de esta defensa, respecto del cargo imputado.

Lo anterior se afirma, en razón a la técnica de imputación utilizada en el Auto de cargos, convalidada en el fallo dejan entrever la búsqueda de un tipo disciplinario a la conducta de la hoy investigada, y no, el ejercicio de adecuar la conducta a un tipo disciplinario; pues muy a pesar de que el tipo escogido le confería un **amplio margen de valoración y apreciación** en cabeza del operador disciplinario, en razón a su carácter abierto, esta solo se concentró, en el *mutatis mutandi* del tipo penal. Y por demás, dejando de lado los parámetros señalados por la Corte en la sentencia 155 de 2002, en los términos ilustrados en precedencia, esto se afirma porque probado esta que en el año 2010 y durante 9 meses del 2011, la disciplinada nunca fue notificado para el adelantamiento de la entrega, más cuando el despacho afirma que no se enteró que paso con la venta, afirmación realizada sin que exista prueba sumaria que indique que dicho automotor fuese vendido, pues se dijo en principio que lo habían desaparecido, hipotético que en el fallo cambio sin consideración alguna.

En orden a lo anterior, esta defensa respecto de la conducta de haber realizado fraude a resolución judicial, considera que los presupuestos facticos carecen del elemento subjetivo, por cuanto quien, desde el 16 de junio de 2010 hasta septiembre de 2011, debió hacer cumplir el fallo no era la secuestre MARIA DEL CARMEN VARGAS, aspecto que a su vez impide la adecuación del juicio de tipicidad disciplinaria.

De otro lado se tiene que el despacho realizo inspección judicial al Proceso Ejecutivo N° 1999-00214 de Banco de Bogotá en contra de JAIRO MONTOYA CABAL Y OTROS dentro del proceso disciplinario Rad. 2018-01670. (fl.46 a 47vto), el 19 de octubre de 2018, de la cual se obtuvieron documentos de prueba de los que se desprende lo siguiente:

En cuanto a los comportamientos aparentemente omisiva de no **haber informado** oportunamente la desaparición del bien al despacho de conocimiento, y **no rendir cuentas** de la gestión oportunamente, lo cual encierra una conducta de dejar de hacer, las cuales, no son propia del tipo penal de daño en bien ajeno, o fraude a resolución judicial.

De las anteriores conductas omisivas, esta defensa vislumbra prueba

1. se realizó diligencia de secuestro del 12 de agosto de 1999, donde se designó como secuestre a MARIA DEL CARMEN VARGAS, ultima que presento la respectiva Póliza **Liberty Seguros S.A.**, (fl.48 a 51),
2. y que transcurridos diez (10) años, y 15 días, se le requirió a esta “secuestre” para que rindiera cuentas comprobadas y detalladas de la administración con respecto al embargo y secuestro del mueble de propiedad del demandado, lo cual se hizo mediante **Auto de sustanciación N° 425 del 27 de agosto de 2009, proveído en el que se denegó el levantamiento de la medida, al no estar en armonía con el artículo 687 del C.P.C.** (fl.52 a 53).
3. **la secuestre** rindió cuentas el 27 de octubre de 2009, adjuntando fotografías del bien encomendado con las improntas del mismo. (fl.54), el cual fue puesto en conocimiento del demandado según **Auto N° 665 del 13 de noviembre de 2009, según folios 24 a 26 del cuaderno de medidas previas** (fl.55).
4. se observa que el señor **OSWALDO ACOSTA TENORIO**, identificado con cédula de ciudadanía N° 16.856.042, mediante **cuenta de cobro del 2 de mayo de 2003**, solicitó a la secuestre la cancelación del parqueo suma de \$1.350.000. del “...Tractor JHON DEER, TYPE 400 DRA, SERIE 257613R, de placas T213R, Chasis trasero 702-R-40470-036MR348-49R72XX, así como el rastrillo que lo acompañaba...”, **que le habían dejado en depósito en la finca VILLA ELVIRA, desde el 12 de agosto de 1999, documento que la secuestre allego al proceso el 13 de Mayo de 2003.** (fl.56 a 57).
5. Escrito de la secuestre del **17 de julio de 2014**, mediante el cual rindió cuentas acerca del tractor secuestrado, adjuntando las improntas y fotografías del mismo. (fl.58 a 60) *el cual fue puesto en conocimiento del demandado según Auto N° 522 del 17 de julio de 2014*, (fl.61),
6. El señor MONTOYA CABAL mediante escrito del **02 de mayo de 2017**, solicitó el reintegro del bien mueble de su propiedad adjuntando fotocopia del oficio dirigido a la Dra. MARTHA CECILIA DIAZ MENENDEZ apoderada con facultades de Representante Legal del Banco de Bogotá donde se decreta la terminación del proceso por pago total de la obligación, radicado en **el Juzgado el 1 de junio de 2010**. (fl.62 a 63), se le instó al señor MONTOYA CABAL, para que tomara copia del informe y contestación realizado por la secuestre con relación a la petición del 02 de mayo de 2017, según se manifestó mediante **Auto de sustanciación N° 305 del 12 de mayo de 2017**, (fl.64).
7. mediante **Auto de sustanciación N° 360 del 21 de mayo de 2018**, EL Juzgado 2° Promiscuo Municipal del Cerrito, señaló el 1 de agosto de 2018 a la 1:30 p.m., para diligencia de entrega del bien mueble denominado **TRACTOR marca JHON DEER, TYPE 404 DRA serie 257613, con placa T213R230170, chasis delantero 241XR27950R**, (fl.65 a 67)
8. La secuestre mediante escrito del 4 de julio de 2018, informo al despacho, que se trasladó con el demandado el **2 de julio de 2017**, hasta la finca donde se encobraba el bien, pero que dicho tractor no se encontraba, y que al indagar se enteró que la señora **AURA ELVIRA ACEVEDO COBO**

(Q.E.P.D) a quien se le había dejado en custodia en su finca, había vendido el bien, esto según lo dicho por vos de la señora ROSA ELVIRA PAYAN ACEVEDO hija de la antes nombrada. (fl.68).

9. Se tiene que el señor JAIRO MONTOYA CABAL, indico bajo la gravedad de juramento que “... hace más o menos un año (2 de julio de 2017), fuimos a la diligencia de entrega con la secuestre de la maquinaria (tractor, porta rastrillo y rastrillo), no se encontraba, según el señor administrador de la finca Villa Elvira me manifestó que el esposo de la señora ROSA ELVIRA, hija de la señora AURA ELVIRA ACEVEDO COBO, dueña de la finca, Villa Elvira, que el señor había vendido toda la maquinaria (tractor, porta rastrillo y rastrillo) “...” que la información que recibió de parte del administrador se le suministro en una fecha anterior a la fecha de diligencia de entrega con la secuestre y que en ese día estaba acompañado del señor Álvaro Álvarez...”, según se dejó plasmado en el **acta de diligencia de entrega del 1 de agosto de 2018 (fl.69)**

De lo anterior se colige que los deberes para el **secuestro de bienes** dispuesto en los numerales 1°, 2° y 4° del artículo 682 del Código de Procedimiento Civil, se cumplieron a cabalidad, en primer lugar la auxiliar de justicia MARIA DEL CARMEN VARGAS, concurrió a la diligencia de secuestro del 12 de agosto de 1999, como deber invocado en el numeral 1° ibidem; en segundo lugar, a esta en calidad de secuestre **le fue entregado el bien** bajo las formalidades del numeral 2° ídem; y en tercer lugar se tiene que la auxiliar de justicia hoy investigada, una vez le fue entregado el Tractor JHON DEER, TYPE 400 DRA, SERIE 257613R, de placas T213R, Chasis trasero 702-R-40470-036MR348-49R72XX, así como el rastrillo que lo acompañaba, **esta lo dejo inmediatamente depositado**, en la finca VILLA ELVIRA, desde el 12 de agosto de 1999, **lugar, que ofrecía seguridad**, como lo muestran los informes rendidos al despacho por **más de 15 años**. Prueba de ello es la cuenta de cobro *del 2 de mayo de 2003* del señor **OSWALDO ACOSTA TENORIO**, quien solicito a la secuestre la cancelación del parqueo suma de \$1.350.000; documento que la secuestre allego al proceso el 13 de mayo de 2003. (fl.56 a 57).

De otro lado se tiene que si bien es cierto, la sala predica un término mensual para la presentación de informes por parte del secuestre respecto de la custodia de bienes, aludiendo el despacho para ello al inciso 3 del artículo 10 del C.P.C., lo cierto es que, los presupuestos de dicho inciso **recaen sobre unos auxiliares de la justicia distintos al secuestre**, esto es dicho termino aplica para quienes ostenten la calidad de **depositario** o **administradores**, siempre que los bienes objeto de su función se perciban en dinero. Ya que la norma en cita reza lo siguiente:

“... ARTÍCULO 10. CUSTODIA DE BIENES Y DINEROS. Los auxiliares de la justicia **que, como depositarios, secuestres** o administradores de bienes perciban sus productos en dinero, o reciban en dinero el resultado de la enajenación de los bienes o de sus frutos, harán la consignación inmediatamente en la cuenta de depósitos judiciales a la orden del juez del conocimiento.

*En todo caso, el **depositario** o **administrador** dará al juzgado informe mensual de su gestión, sin perjuicio del deber de rendir cuentas. (negrillas fuera de texto) ...”*

De lo anterior se tiene que la función respecto de la custodia del bien entregados al secuestre, señalada en el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil, fue cumplida por la investigada cuando informo y rindió cuenta al despacho de su custodia tal como lo rezan los informes del *27 de octubre de 2009*, y **17 de julio de 2014**, adjuntando improntas y fotografías del mismo, de ahí que el deber de informar dispuesto para los secuestres, para el caso concreto, lo dispone el **numeral 8 del artículo 10 ibidem**, el cual señala que se esté a lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 682 ibidem. Mismo que la letra dice

*Artículo 10 inciso 8° “...En los lugares distintos a los mencionados en el inciso cuarto, respecto a designación de secuestres, dependientes de éstos, depósitos de bienes muebles y caución, **se aplicará** respectivamente lo dispuesto en los artículos 9, numerales 1. y 2; 682, numerales 4. y 5, y 683, inciso tercero.*

Artículo 682 “...4. Salvo lo dispuesto en los numerales siguientes y en el artículo 10, el secuestre depositará inmediatamente los vehículos, máquinas, mercancías, muebles, enseres y demás bienes en la bodega de que disponga y a falta de ésta en un almacén general de depósito u otro lugar que ofrezca plena seguridad, de lo cual **informará por escrito al juez** al día siguiente, y deberá tomar las medidas adecuadas para la conservación y mantenimiento. En cuanto a los vehículos de servicio público, se estará a lo estatuido en el numeral 2. del artículo 684.

Aunado a lo anterior se tiene que el legislador en el **inciso 5 del artículo 683 del C.P.C.**, abrogo al gobierno nacional la facultad de reglamentar las funciones del secuestre y su desempeño con el cargo, custodia, manejo y disposición de los bienes secuestrados.

A manera de colofón se tiene que, los hechos objeto de investigación no desatienden los deberes señalados en el **inciso 3 del artículo 10, ni a los numerales 1°, 2° y 4° del artículo 682**, ni a lo señalado en el artículo 682, **existiendo una equivocada subsunción del juicio de adecuación típica**, mantenida en el fallo, tanto disciplinaria como penal, lo que de suyo estructura una indebida escogencia de la falta del numeral 1 del artículo 55 del CUD, por inadecuado cierre del tipo abierto en cuando se hizo un impreciso reenvío legal respecto de fraude a resolución judicial, más cuando la prueba así lo dejaba dicho, y el quejoso mismo lo señaló.

Respecto de la responsabilidad subjetiva

Para desarrollar este problema se hará una exposición de la culpabilidad en el derecho disciplinario, a partir de los nuevos desarrollos jurisprudenciales del Consejo De Estado.¹⁵

¹⁵ Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda; consejero ponente: William Hernández Gómez; Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019); referencia: nulidad y restablecimiento del derecho; radicación: 110010325000201200490 00 (1972-2012)

De acuerdo con lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002¹⁶, la culpabilidad es un principio rector del régimen disciplinario de los servidores y particulares que ejercen funciones públicas, el cual se deriva del concepto de dignidad humana, por el que se entiende que el sujeto disciplinable pudo actuar libremente y, por ende, el Estado queda legitimado para sancionarlo¹⁷. Así, este mandato de optimización impone la necesidad de valorar el aspecto subjetivo de la conducta, para fundamentar la imposición de las sanciones previstas para cada una de las faltas tipificadas en la ley.

Además de lo precedente, la culpabilidad también es una categoría dogmática de la estructura de la responsabilidad disciplinaria¹⁸, cuyos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales han tenido como base el derecho penal y, en ese sentido, también se ha visto influenciada por las tesis de las escuelas tradicionales de la teoría del delito, que han seguido una senda evolutiva a partir de la corriente clásica, luego la neoclásica y, por último, la finalista¹⁹.

Desde la perspectiva de la **escuela clásica**, el dolo y la culpa eran simplemente las formas en las que se expresaba la culpabilidad, y correspondían únicamente al nexo psicológico entre el autor y el hecho²⁰. Luego, la doctrina **neoclásica** dio cuenta de la crisis del anterior concepto, toda vez que en muchos casos se demostró que, pese a comprobarse el nexo psicológico, podía haber diferentes grados de culpabilidad o, incluso, que esta no existiera, por cuanto al autor de la conducta no le era exigible comportarse de manera diferente²¹. De este modo, la categoría dogmática que se analiza no se agotaba en la comprobación del vínculo entre lo que se pensaba y lo que se hacía o dejaba de hacer, sino que también comprendía un aspecto normativo referido a la reprochabilidad del comportamiento. Así, el dolo y la culpa dejaron de ser entendidos como formas de la culpabilidad, y pasaron a ser elementos de esta.

Posteriormente, con las elaboraciones teóricas de la **escuela finalista**, el entendimiento del contenido de las diferentes categorías dogmáticas de la responsabilidad cambió sustancialmente, por la introducción del concepto de “...acción final...” De esta forma, bajo esa corriente, el dolo y la culpa se entendieron como modalidades de la conducta, con lo cual su análisis ya no se encontraba en sede de culpabilidad, sino que se trasladó a la tipicidad. Esta corriente tiene su expresión en el Código Penal

¹⁶ Desde ese punto de vista “...en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva...” y, por lo tanto, “...las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa...”.

¹⁷ PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. *La culpabilidad en el derecho disciplinario*. Bogotá: IEMP Ediciones, tercera impresión, 2019, p. 229.

¹⁸ «Por responsabilidad disciplinaria se entiende la reunión o la comprobación de ciertos elementos o categorías que, unidos y sistemáticamente organizados entre sí, son los que explican y fundamentan la imposición de un correctivo disciplinario». *Ibidem*, p. 29.

¹⁹ No se incluye la escuela funcionalista, o posfinalista, en la medida en que sus posturas no se han visto reflejadas en nuestra legislación, en lo relacionado con la culpabilidad. *Ibidem*, pp. 41-55.

²⁰ *Ibidem*, p. 41.

²¹ «Aquí no sobra traer a colación el tradicional y muy ilustrativo ejemplo de clase de los dos náufragos que en medio del mar pelean a muerte por una tabla para salvarse. En efecto, si uno de ellos consigue darle muerte al otro, no habrá duda de que el dato psicológico, esto es, el vínculo entre el autor y el hecho está demostrado. Existe, incluso, dolo, esto es voluntad y conocimiento, y con esto está verificada la culpabilidad psicológica. Pero, no puede haber culpabilidad normativa, pues cualquier persona en la misma situación hubiese actuado de la misma manera. Esto es, la culpabilidad debe ser entendida como reprochabilidad [...]». *ibidem*, nota en pie de página 38, p. 42.

vigente²², en el que existe el sistema de números cerrados, que implica que la mayoría de los delitos se conciben exclusivamente desde la modalidad dolosa, y excepcionalmente culposa, cuando así, expresamente, lo determine el tipo correspondiente²³.

De conformidad con lo anterior, desde la doctrina se ha dicho que en materia disciplinaria persiste la **influencia de la escuela neoclásica** de la teoría del delito en lo relacionado con la culpabilidad²⁴, postura que se comparte por el Consejo de Estado²⁵ corporación que señala que:

*“...Esto es así, porque de una interpretación sistemática de los artículos 13²⁶ y 28²⁷ del Código Disciplinario Único, puede observarse que el juicio de responsabilidad de los sujetos disciplinables a quienes se les aplica ese régimen, no se agota en la **verificación del nexó psicológico entre el autor del ilícito disciplinario** y su conducta, sino que, además, deben tenerse en cuenta otras **circunstancias, de tipo normativo**, que tienen que ver con la posibilidad de excluir el reproche disciplinario si se comprueba que al disciplinado no le era exigible comportarse de manera diferente a como lo hizo. Asimismo, en la medida en que «las faltas solo serán sancionables a título de dolo o culpa», debe suponerse que antes de constatar si hubo culpabilidad del sujeto, la tipicidad y la ilicitud sustancial del comportamiento han de estar demostradas...”*

Adicionalmente, a diferencia del derecho penal en el que rige el sistema de números cerrados (*numerus clausus*), en el derecho disciplinario se aplica el de números abiertos (*numerus apertus*), según el cual, no se especifican cuáles comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa, de modo que a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria, corresponderá una de carácter culposo, salvo que la estructura del tipo contenga expresiones sobre la realización de la conducta como **«a sabiendas»**, «de mala fe», «con la intención de», etcétera²⁸. En estos últimos

²² L. 599/2000, art. 21: «Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley».

²³ PINZÓN NAVARRETE, *op. cit.* pp. 44-45.

²⁴ Aunque existen posturas diversas como la de Gloria Edith RAMÍREZ ROJAS, Jorge Eliecer GAITÁN y Carlos Arturo GÓMEZ PAVAJEAU, que consideran que la influencia actual en el régimen disciplinario corresponde a la escuela finalista y, por lo tanto, el análisis del dolo y la culpa debe hacerse en sede de tipicidad. Sobre la postura del último autor mencionado, PINZÓN NAVARRETE señaló lo siguiente: «El profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau ha defendido la idea de que en materia disciplinaria –al igual como ocurre recientemente en el derecho penal, debido a la concepción finalista de la teoría del delito– el dolo y la culpa hacen parte de la tipicidad, aunque aclara que ello no resulta una preocupación de primer orden [...] la consecuencia más práctica y palpable de esta concepción está relacionada con el tratamiento del error como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria, lo cual representa una seria desventaja para quien resulta disciplinado» *Ibidem*, pp. 44-50.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA; CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; BOGOTÁ D.C., VEINTISÉIS (26) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019); REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO; RADICACIÓN: 110010325000201200490 00 (1972-2012)

²⁶ L. 734/2002, art. 13: «Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa».

²⁷ L. 734/2002, art. 28: «Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta: 1. Por fuerza mayor o caso fortuito. 2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado. 3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad. 5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable. 6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria. 7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes. No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento».

²⁸ C.Const. Sent. C-155, mar. 5/2002: «Teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las

casos, **la prueba del nexo psicológico** entre el autor y el hecho será necesaria para determinar si el comportamiento es típico, por lo que en la culpabilidad solo quedaría analizar la exigibilidad de otra actuación.

En resumen, de lo expuesto hasta aquí, debe decirse que la culpabilidad en el derecho disciplinario, además de **ser un principio**, también es una **categoría dogmática** de la responsabilidad. Respecto de lo último, a esta categoría la componen, por regla general, dos elementos a saber: **i)** la determinación acerca de si el sujeto actuó con dolo o con culpa (**elemento psicológico**), y **ii)** el análisis de la exigibilidad de otra conducta (**elemento normativo**). A continuación, se exponen los criterios para determinar cuándo se configuran estos componentes:

- **EL DOLO**

En la Ley 734 de 2002 no existe una definición del dolo, por lo que en aplicación de la integración normativa señalada en el artículo 21 de esa norma²⁹, el significado de ese concepto en materia disciplinaria será el que determina el artículo 22 del Código Penal, que al respecto indica que «la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal (entiéndase falta disciplinaria) y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal (falta disciplinaria) ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar».

De la anterior definición pueden extraerse dos ingredientes del dolo, **el cognitivo y el volitivo**. El primero tiene que ver con el conocimiento potencial de los hechos y de la ilicitud de la conducta, y el segundo está relacionado con la facultad del sujeto disciplinable para decidir y ordenar su propio comportamiento hacia la comisión de la falta.

Ahora bien, el **componente volitivo** del dolo requiere de un estudio especial, en la medida en que este aspecto no puede entenderse como la mala fe con la que actuó el disciplinado sino como un vínculo entre lo que este representó en su mente y lo acontecido en la realidad³⁰. Además, es necesario distinguir entre las conductas activas y **omisivas**, porque en las últimas, la demostración de

conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado "*numerus apertus*", en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de" etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición».

²⁹ L. 734/2002, art. 21: «Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario».

³⁰ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 139-165.

la intención hacia la realización del comportamiento dependerá del predominio del **elemento cognitivo**. En ese sentido, la voluntad no juega un rol esencial en su estructuración, porque la abstención de hacer lo que se debe, comportaría la configuración del dolo en su modalidad eventual³¹.

En todo caso, la demostración del dolo también dependerá de las pruebas que se practiquen en el procedimiento disciplinario. Al respecto es necesario precisar que, salvo que se presente una confesión, y que esta se encuentre corroborada con lo probado con otros medios en el trámite, resulta casi imposible que exista una prueba directa de lo que conocía el sujeto y de cuál era su voluntad, por lo tanto, su comprobación dependerá de pruebas indirectas o indiciarias. Desde la doctrina se han propuesto tres clases de indicios que indicarían la existencia de este elemento de la culpabilidad a saber: los de aptitud, los de actitud, y los de comprensión valorativa³². A continuación, se explicará cada uno de ellos³³:

Indicios de aptitud: *Tienen como propósito definir la capacidad que tenía el disciplinado para no haber cometido la falta. Así, los hechos indicadores de este indicio estarían relacionados con cuestiones relativas al cargo, su experiencia y al tiempo de servicio del servidor público, su profesión y diferentes estudios complementarios.*

Indicios de actitud: *Están referidos a la planeación y anticipación de situaciones futuras, esto es, a los actos preparatorios relativos a la comisión de la falta disciplinaria, los cuales pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores. Estos últimos referidos a maniobras para ocultar el ilícito.*

Indicios de comprensión valorativa: *Se refieren a la conciencia potencial de la ilicitud, y en ellos se debe tener en cuenta si la conducta es activa u omisiva, los reenvíos normativos de algunas faltas, la claridad en la redacción del tipo, la complejidad para comprender lo antijurídico, la jerarquía de y notoriedad de algunas normas y los indicios de ocultamiento y engaño o similares.*

- LA CULPA

En materia disciplinaria habrá responsabilidad por la comisión de una falta de esa naturaleza con culpa gravísima o grave. De acuerdo con el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, la primera forma de culpa se configurará «cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento». La segunda «cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones».

³¹ PINZÓN NAVARRETE, *op. cit.* pp. 234-235.

³² «La teoría de la prueba de la culpabilidad que de mejor forma se puede utilizar en el derecho disciplinario es la propuesta por el profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau en el campo del derecho penal, la cual se caracteriza por diferenciar tres clases de indicios: los indicios de aptitud, los indicios de actitud y los indicios de comprensión valorativa». *Ibidem*, pp. 237-238.

³³ *Ibidem*, pp. 238-239.

Ambas formas de culpa tienen como elemento común que ellas dependen de la desatención de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado. El primero se refiere **al cuidado necesario** que cualquier persona del común (que en este caso debe entenderse a partir de la condición como servidor público del disciplinado) tiene en sus actuaciones; y el segundo a la **previsibilidad** de los acontecimientos derivados de la conducta del sujeto. Los elementos diferenciadores de la culpa gravísima respecto de la grave, están relacionados con las calificaciones dadas por la ley, en el sentido de que exista ignorancia supina, desatención elemental, o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

Finalmente, se debe insistir que al igual que el dolo, la culpa también deberá ser demostrada con las pruebas practicadas en el procedimiento disciplinario, para lo cual, los indicios antes enunciados también se constituyen en una herramienta adecuada para su comprobación.

- **La exigibilidad de un comportamiento diverso**

Este elemento de la culpabilidad³⁴ corresponde a su aspecto normativo y tiene su fundamento legal en las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002. La exigibilidad de otra conducta se refiere al estudio que debe realizar la autoridad disciplinaria acerca de la posibilidad que tuvo el servidor público de adoptar un comportamiento diferente al ilícito pues, de no poderse reclamar otra actuación de su parte, dado que estuviera demostrado que su libertad estaba gravemente afectada, no sería posible reprochar válidamente su proceder.

Lo anterior se ve reflejado en los eventos en los que existen colisiones entre derechos y deberes³⁵, entre deberes funcionales y no funcionales³⁶, por insuperable coacción ajena o miedo insuperable³⁷, y otros que resulten aplicables en virtud de la analogía *in bonam partem*³⁸ o favorable para el disciplinado³⁹.

³⁴ «La exigibilidad de otra conducta es un componente básico de la culpabilidad. Si culpabilidad es obrar en contra del derecho teniendo una alternativa diferente, esto es, pudiendo y debiendo adoptar otro tipo de conducta diferente a la ilícita, para estimar cumplida la culpabilidad se requiere que e le reproche al sujeto por ser exigible otro comportamiento. La inexigibilidad es la contracara del fenómeno, toda vez que la libertad, por encontrarse gravemente afectada, hace inexigible otra conducta». GÓMEZ PAVAJEAU. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Sexta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 685.

³⁵ L. 734/2002, art. 28, num. 4: «Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:[...]»

4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad».

³⁶ «Un buen ejemplo de colisión de este tipo de deberes se presenta cuando el servidor público deja de cancelar las cuotas de su deuda hipotecaria por cancelar la cuota alimenticia de sus hijos menores de edad. O cuando deja de asistir a la oficina por cuanto su hijo menor enfermo requiere de su atención directa». GÓMEZ PAVAJEAU. *op. cit.*, p. 689.

³⁷ L. 734/2002, art. 28, num. 5: «Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:[...]»

5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable».

³⁸ «La admisión de la analogía *in bonam partem* en derecho penal [...], aplicable al derecho disciplinario por virtud del principio de integración [...] pone de presente que las causales que eximen de responsabilidad no constituyen un catálogo cerrado de eximentes». GÓMEZ PAVAJEAU. *op. cit.*, p. 691.

³⁹ L.599/2000, art. 6: «Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. **La analogía sólo se aplicará en materias permisivas**». (Negrita fuera de texto).

Caso concreto

En lo que corresponde a la calificación subjetiva de la conducta, la Sala dispuso que su forma de realización fue a título de **DOLO**, precisando la corporación disciplinaria en primera medida que:

*“...Para el caso que nos ocupa, respecto a la conducta desplegada por la señora VARGAS se calificará a título de DOLO, por cuanto, en materia disciplinaria, el dolo difiere en su estructura de lo que la dogmática penal entiende por tal, pues los elementos de la **voluntad** y la representación de la conducta son elementos accidentales, bastando que se acredite la **existencia de la conciencia** de la **ilicitud** del comportamiento y el **conocimiento** del deber funcional para que opere el agotamiento de la modalidad del comportamiento, **los que se estima cumplido en el presente asunto**, si se tiene en cuenta que al momento de la posesión en el cargo, a la secuestre le fueron informados sus deberes, los que además cuentan con consagración legal, y que el despacho de conocimiento en varias oportunidades la requirió para que procediera a la devolución del elemento embargado, pretendiendo trasladar la responsabilidad que pudiese asistirle al asumir el encargo al demandado, por haber afirmado que diariamente lo tenía a la vista, **sin que tampoco se explique cabalmente porqué luego de haberse enterado de la venta del bien en custodia, no procedió a informarlo al despacho, pese a conocer que el proceso ya había terminado...**”*

El despacho disciplinario procedió a una deducción sin más consideraciones que las advertidas, para **inferir la conciencia de la ilicitud**, por lo tanto, su comprobación dependería de pruebas indirectas o indiciarias entre estos últimos, los de aptitud, los de actitud, y los de comprensión valorativa, ausentes en la motivación del pliego de cargos y la sentencia; más cuando no puede abrogarse del actuar de la disciplinado una conducta subjetiva intencional y caprichosa defraudadora, por el mero hecho de haberse demorado en la entrega, y si bien es claro por tanto que el quejoso tenía una expectativa razonable en lo que estaba pidiendo y era entendible que se sintiera defraudado con la demora. Empero, que así sea, tal situación no implica por sí misma que el secuestre que no obró en consecuencia, haya incurrido en fraude a resolución judicial por las presuntas omisiones, y mucho menos que actuara con dolo en sus menesteres, como lo señala la Sala.

SOLICITO

Sin más elucubraciones que las plasmadas, solicito se absuelva la auxiliar de la justicia señora **MARIA DEL CARMEN VARGAS** en su calidad de SECUESTRE.

PROPOSICIÓN DE NULIDAD COMO GARANTIA CONVENCIONAL EN VIRTUD DEL PRINCIPIO PROPERSONE

Ante su digno despacho esta defensa por considerar que están dados los facticos jurídicos-procesales, que avizoran transgresiones eminentes e insubsanables de las garantías Convencionales, Constitucionales y Legales, entre ellas las del debido proceso, las garantías judiciales y la vulneración

de los principios probatorios, a pesar de la preexistencia del juicio disciplinario de relevancia Constitucional.

Sustento normativo

El artículo 143 de la ley 734 de 2002, consagra las causales de nulidad, dentro de las cuales destaca:

1. La **falta de competencia** del funcionario para proferir el fallo.
2. La violación del derecho de defensa del investigado.
3. La **existencia de irregularidades sustanciales** que afecten el debido proceso.

PARÁGRAFO. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.

De acuerdo a lo consagrado en el párrafo de la anterior disposición, se deben tener en cuenta los principios que rigen la nulidad en la ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal, último que a su vez consagra en el artículo 310 ibidem, los principios orientadores de la nulidad, así como su convalidación en el siguiente orden:

ARTICULO 310. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA DECLARATORIA DE LAS NULIDADES Y SU CONVALIDACION.

1. No se declarará la invalidez de un acto cuando **cumpla la finalidad para la cual estaba destinado**, siempre que no se **virole el derecho a la defensa**.
2. Quien alegue la nulidad debe **demostrar** que la irregularidad sustancial afecta **garantías de los sujetos procesales**, o desconoce las **bases fundamentales de la instrucción** y el **JUZGAMIENTO**.
3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, **salvo que se trate de la falta de defensa técnica**.
4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, **siempre que se observen las garantías constitucionales**.
5. Sólo puede decretarse cuando **no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial**.

Cuando la resolución de acusación se funde en la prueba necesaria exigida como requisito sustancial para su proferimiento, no habrá lugar a declaratoria de nulidad si la prueba que no se practicó y se califica como fundamental puede ser recaudada **en la etapa del juicio**; en cambio procederá cuando aquella prueba fuese **imprescindible para el ejercicio del derecho**

de defensa o cuando se impartió confirmación a las resoluciones que negaban su práctica, a pesar de su evidente procedencia.

No podrá decretarse ninguna nulidad por causal distinta a las señaladas en este capítulo.

De lo anterior debemos manifestar que el principio de “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, referente a no juzgar sino conforme a leyes preexistentes, como efectividad de las situaciones jurídicas consolidadas, lo que en contexto de la causal 1° y 2° del artículo 143 de la ley 734 de 2002, que consagra “**La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo**” (...) “**...La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso...**”, y por virtud de integración normativa –*artículo 21 ibidem*- permite la observancia de principios como el consagrados en los numerales 2° y 3° del artículo 310 de la Ley 600 de 2000; siendo el primero de estos numerales el que establece, quien alega la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial **afecta** garantías de los sujetos procesales, o **desconoce** las **bases fundamentales de la instrucción** y el juzgamiento.

En cuanto a la primera de estas “**afectación sustancial**” se ubican las de orden Constitucional como el debido proceso señalado en el artículo 29 C.N., y otros de orden Legal consagrado en el artículo 20 y 129 de la ley 734 de 2002, y en lo que corresponde al segundo factor “**desconocimiento sustancial**” el mismo deviene del campo concreto de los términos procesales esto es el acatamiento de su solemnidad, para la conservación de las garantías superiores, el señalamiento de etapas claras y precisas dentro de las cuales se desarrollen los procesos. Este cometido a los ojos de la doctrina constitucional, es requisito mínimo para una adecuada administración de justicia -arts. 228 y 229 C.P.- y elemento necesario para preservar la seguridad jurídica de los asociados; ya que:

*“...El proceso es una institución de satisfacción de pretensiones esencialmente dinámica; en tal virtud, el proceso se proyecta y desenvuelve en el tiempo, a través de la sucesión de una serie de actos o de etapas dirigidas a una **finalidad**, cual es la **constatación de una situación jurídica en un caso concreto mediante una sentencia**. El proceso se encuentra regido, entre otros, por los principios de celeridad y eficacia los cuales buscan que los trámites procesales se desarrollen con sujeción a los precisos términos señalados en la ley procesal y que el proceso concluya dentro del menor término posible y logre su finalidad, a través del pronunciamiento de la correspondiente sentencia...”⁴⁰(**Subraya y cursiva fuera de texto**)*

De lo anterior, es preciso anotar que en el proceso objeto de investigación por parte del despacho de instancia tienen **formulación de cargos** de fecha 20 de noviembre de 2019 y **Fallo** de fecha 9 de marzo de 2022, último **notificado el 1 de abril de 2022**, suscrito bajo la Ponencia del Magistrado **LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO** el cual fue aprobado en Sala, conformada con el Magistrado **GUSTAVO ADOLFO HERNÁNDEZ QUIÑONEZ**.

⁴⁰ (Sentencia C-416 de 1994)

En este punto se tiene que se promulgó la Ley 1952, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario (CGD), se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario, estatuto que fue modificado por la Ley 2094 de junio 29 de 2021 y, a su vez, corregido por el del Decreto 1656 de 6 de diciembre de 2021.

En el artículo 265 de la nueva codificación, modificado por el artículo 71 de la Ley 2094 de 2021, se estableció que las disposiciones previstas en el Código General Disciplinario, que no fueron objeto de reforma en la citada ley, entrarían a regir nueve (9) meses después de su promulgación, esto es, el 29 de marzo de 2022.

Acerca del régimen de transición, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 263 del CDG, a la entrada en vigencia del nuevo estatuto, los procesos en los cuales se haya surtido la notificación del pliego de cargos o instalado la audiencia del proceso verbal, continuaran su trámite bajo la cuerda del procedimiento de la Ley 734 de 2002, esto es, bajo el sistema procesal escritural o verbal, según el caso.

No obstante, en el artículo 12 del Libro I Parte General Título I, relativo a los *principios y normas rectoras de la ley disciplinaria*, se establece que **en el proceso disciplinario debe garantizarse que el funcionario instructor NO SEA EL MISMO QUE ADELANTE EL JUZGAMIENTO**; dicha regencia superior consagra prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Sentencia C-1287/01

Es decir, que los principios expresan normas jurídicas para el presente y constituyen el inicio del nuevo orden, son pauta de interpretación ineludible y están dotados de toda fuerza normativa, pues según lo entiende la Corte, un principio jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

De ello se sigue, necesariamente, que la lectura del artículo 12 del Código General Disciplinario está mediada por los principios y normas rectoras de la ley disciplinaria, tales como, la garantía de que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento y, en particular, que no sea el mismo que emita la sentencia. Sin dejar de lado que lo señalado, en el párrafo 2 del artículo 239 del CGD, en el cual se define el *alcance de la jurisdicción disciplinaria*, que dispone que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial podrán dividirse internamente en salas o subsalas, para poder dar cumplimiento a las garantías que se implementan en esta ley. No obstante, en este mismo dispositivo, de manera categórica y contundente, el legislador dispuso que, **en todo caso, el funcionario que investiga debe ser diferente al que juzga**.

Del anterior t3pico deductivo, se tiene que no ofrece duda alguna que, en virtud de lo previsto en r3gimen de transici3n del C3digo Disciplinario 3nico al C3digo General Disciplinario, los procesos que se encuentren en etapa de juzgamiento (*pliego de cargos notificado o instalado la audiencia del proceso verbal*) continuar3n bajo las reglas de procedimiento establecidas en la Ley 734 de 2002. Igualmente, el nuevo c3digo general disciplinario establece como garant3a fundamental, esto es, como principio y norma rectora de la ley disciplinaria, la separaci3n de las funciones de instrucci3n y juzgamiento.

La pregunta es, si la garant3a de la separaci3n de la funci3n de instrucci3n y juzgamiento es aplicable a los procesos disciplinarios que continuar3n bajo las reglas procesales establecidas en la Ley 734 de 2002, a pesar de no hallarse contenida en este instrumento jur3dico procesal, sino en el nuevo C3digo General Disciplinario.

El anterior cuestionamiento ya fue resuelto por la **Comisi3n Seccional de Disciplina Judicial de Bogot3, en auto del 30 de Marzo de 2022, dispuesto al interior del Radicaci3n No. 110011102000 201900535 00**. Colegiatura Homologa de la Seccional Valle del Cauca, que, para responder a la pregunta, dijo en primer lugar, que ninguna de las garant3as esenciales del debido proceso est3 comprometida por el hecho de continuarse el tr3mite procesal bajo la Ley 734 de 2002, en particular, las relativas al derecho a la jurisdicci3n, el juez natural, el derecho de defensa, el derecho al juicio p3blico y la independencia del poder judicial. En segundo lugar advierte que “*garant3a de la imparcialidad del juez disciplinario*, si puede verse comprometida, al observarse que el *magistrado ponente*, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *es la autoridad que emiti3 el pliego de cargos*, conduce el juicio y luego *decide sobre la procedencia de la acusaci3n disciplinaria...*” garant3as convencionales que sustenta a partir del fallo del organismo judicial internacional -Numeral 124 de la sentencia del caso Petro vs. Colombia⁴¹:

De esta manera, se alza como una realidad incuestionable, que en los procesos que a 29 de marzo de 2022 se hallen en fase de juzgamiento, contin3an bajo los c3nones procesales consagrados en la derogada Ley 734 de 2002, pero al mismo tiempo, es un hecho incontrovertible, que el magistrado que tuvo a su cargo la instrucci3n de la causa (etapas de indagaci3n-investigaci3n), es el mismo que realiz3 la formulaci3n de los cargos disciplinarios y, adem3s, intervendr3 en el proferimiento de la

⁴¹ 124. El Tribunal ha se3alado que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garant3a fundamental del debido proceso que permite que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, as3 como a los ciudadanos en una sociedad democr3tica¹⁶⁶. Esto implica que se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su funci3n como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio¹⁶⁷ y se aproxime a los hechos de la causa careciendo de todo prejuicio y ofreciendo garant3as suficientes de indole objetiva¹⁶⁸ que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad¹⁶⁹. As3, la imparcialidad del tribunal comporta que sus integrantes no tengan un inter3s directo, posici3n predefinida ni preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia¹⁷⁰, sino que act3en 3nica y exclusivamente conforme a -y movidos por- el derecho¹⁷¹.⁴¹

sentencia.

Entonces, la solución al problema jurídico planteado, viene dada por la aplicación del mecanismo del control de convencionalidad, sobre el cual ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“...107. En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención¹⁴⁵, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados.

Los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana^{42...}”

No se trata entonces de un mecanismo sometido a la discrecionalidad del funcionario judicial, sino de un deber funcional particular y concreto, entendido este, en que todas las autoridades, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

Es decir, que la continuidad de la aplicación del régimen procesal contenido en la Ley 734 de 2002, no solo está subordinada a los principios y normas rectoras definidas en el Código General Disciplinario, sino que, además, en virtud del control de convencionalidad, también se encuentra ligada a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, a las garantías judiciales cifradas en el artículo 8.1 y a la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos, órgano que de acuerdo a lo establecido la convención y lo aprobado mediante Resolución N° 448 de la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴³

Si las decisiones judiciales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes y, además, constituyen un criterio ineludible para la interpretación de las garantías fundamentales del debido proceso, como la definida en el artículo 12 de la Ley 1952 de 2019, relativa

⁴² https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf

⁴³ <https://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>

a la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento, esta se hace extensiva a los procesos que continuarán bajo los lineamientos del Código Disciplinario Único, en tanto, se trata de la hermenéutica que resulta más favorable, garantista, constitucional y convencional.

En consecuencia, es necesario que la interpretación y aplicación de las facultades disciplinarias se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención.

De recordarse que el artículo 8 de la Ley 734 de 2002, que quien intervenga en la actuación disciplinaria deberá ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y, más adelante, en el artículo 14, se contempla que en materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

No sobra, por último, traer a colación el Acuerdo PCSJA22-11941 de 28 de marzo de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, por medio del cual se crean unos distritos judiciales transitorios, se garantiza la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento en las comisiones seccionales de disciplina judicial en el territorio nacional y se dictan otras disposiciones.

Acorde a la norma reguladora, que recoge los mandatos del nuevo Código General Disciplinario, en los procesos disciplinarios en los que se haya alcanzado la etapa de juzgamiento, incluso un fallo con validez y existencia pero que carece de efectos por no haber sido notificación en tiempo, lo que para hacer efectivas las garantías judiciales del disciplinable, si bien se continuarían bajo la órbita de la Ley 734 de 2002, se debió someter el proceso a reparto para cambio de ponente y de Sala, disposición que se justifica a la luz de las normas constitucionales y **convencionales**, como de los precedentes jurisprudenciales de los cuales se ha dado cuenta lo largo de esta providencia.

SOLICITUD

Se decrete la nulidad de lo actuado y en su defecto, se remita a secretaria general de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial del valle del cauca, a fin de que se someta a reparto, para que se configure la garantía dispuesta en el principio rector del debido proceso sustancial dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1952 de 2021, bajo máxima del principio de igualdad del artículo 13 Constitución, como supra garantías convencionales en los términos sustentados en este libelo.

En tanto se pretermitió hacer la notificación desde el 3 y hasta el 28 de marzo, lo que de suyo precisa que el acto jurídico notificado ya debía acogerse bajo el ropaje del principio rector anunciado por haber nacido a la vida jurídica cuando estaba en vigencia la garantía.

De usted,

JESUS MAURICIO CASTAÑEDA GONZÁLEZ

C.C. 6446353 de San Pedro Valle

T.P. 198.053 CSJ

Dirección: Calle 6 Norte N° 2 – 36 Oficina 503-504 Ed. Campanario Cali Valle.