



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No. 055

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	88-001-23-33-000-2020-00071-00
Demandante	Diego Livingston Pomare y Sharina Livingston P.
Demandado	Procuraduría General de la Nación
Magistrado Ponente	Noemí Carreño Corpus

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a dictar sentencia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el señor Diego Livingston Pomare y Sharina Livingston P. en contra de la Procuraduría General de la Nación.

II. ANTECEDENTES

- DEMANDA

El señor Diego Livingston Pomare, mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el objeto que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

- PRETENSIONES

“1.- Se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los fallos disciplinarios de fechas septiembre 4 de 2018 y septiembre 12 de 2019 proferidos dentro del proceso disciplinario IUS 2016-166691 en contra del señor Diego Alvarado Livingston Pomare por la Procuraduría Regional de San Andrés y la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, respectivamente.

En virtud de esta declaración, ordénese a la Procuraduría General de la Nación eliminar del Sistema de Registro de Sanciones y causas de Inhabilidad- SIRI la anotación por la sanción impuesta.

2.- Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a título de restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes que se detallaran en el acápite correspondiente de esta demanda.

Así mismo, por la cifra que resultare probada en autos por el lucro cesante, presente y futuro, que deberá ser liquidada en los términos previstos por la ley y la Jurisprudencia. Se tendrán en cuenta los intereses legales y de mora y la correspondiente indexación desde la fecha en que se produjo el daño hasta cuando el pago se haga efectivo.

3.- La condena respectiva, ordenará a la Procuraduría General de la Nación a pagar los intereses moratorios en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

4.- El valor de las condenas aquí señaladas, se indexen tomando como base el Índice de Precios al Consumidor de acuerdo con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

5.- La sentencia de mérito favorable a las pretensiones de esta demanda, se le dé cumplimiento en los términos del Art. 192 de la Ley 1437 de 2011.

6.- Que se condene en costas en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.”

- HECHOS

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. El señor Diego Alvarado Livingston Pomare tiene 63 años, una hija llamada Sharina Yulieth Livingsgton Pérez de 22 años de edad, quien no ha culminado sus estudios universitarios siendo dependiente económicamente de él.
2. Manifiesta que ha laborado como funcionario de la Registraduría Nacional por el transcurso de doce años.
3. Señala que mediante memorando DDSAI-315 de fecha abril 28 de 2016, el doctor Gustavo Antonio Hernández Pomares, Delegado Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil en San Andrés le puso en conocimiento presuntas irregularidades por parte de la señora Roquelina Bryan Eden, funcionaria de la Registraduría Especial San Andrés.

4. Afirma que las presuntas irregularidades tenían que ver con la omisión de tramitar una comisión enviada desde la Delegación de Nariño para la notificación de un fallo disciplinario de segunda instancia en contra del servidor Dagoberto Whitaker Henry. Con el memorando se aportaron pruebas que daban cuenta que desde el 25 de febrero de 2016 la comisión había sido recibida por la funcionaria antes señalada, sin embargo, la comisión no fue tramitada y tampoco fue registrada en el libro de correspondencia, todo lo anterior, con la aparente finalidad de beneficiar al servidor cobijado con el fallo disciplinario.
5. Con fundamento en los hechos informados (noticia disciplinaria), procedió a expedir auto de abril 28 de 2016, por medio del cual se ordenó apertura de investigación disciplinaria y suspensión provisional por 3 meses en contra de la funcionaria Roquelina Bryan Eden.
6. El 2 de mayo de 2016, Diego Livingston advirtió estar incurso en la causal de impedimento o recusación que prevé el numeral 8 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002, por lo que mediante oficio No. 262/56-001/REGISAI de la misma fecha informó a los delegados departamentales de esta situación y remitió el expediente disciplinario número No. 56-001-001-2016, separándose de su conocimiento.
7. Mediante providencia de mayo 5 de 2016, los delegados departamentales al resolver grado de consulta decidieron confirmar en todas sus partes el auto que decretó la suspensión provisional de la disciplinada Roquelina Bryan Eden.
8. Por medio de auto de mayo 6 de 2016, los delegados departamentales resolvieron aceptar el impedimento planteado por el Dr. Livingston.
9. La decisión de suspensión provisional en contra de la funcionaria Roquelina Bryan Eden, fue ejecutada mediante Resolución No. 021 de 12 de mayo de 2016, firmada por el Dr. Carlos Adolfo Roca Roa, Delegado Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil de San Andrés isla.
10. La señora Roquelina Bryan Eden, el 25 de mayo de 2016, presentó queja ante la Procuraduría Regional de San Andrés en contra del señor Diego

Livingston por presunta falta consistente en violación del régimen de impedimentos y recusaciones.

11. En atención de lo anterior, la Procuraduría Regional de San Andrés inició proceso disciplinario identificado con el radicado IUS 2016-166691. Una vez surtidas todas las etapas procesales, el 27 de septiembre de 2018 profirió fallo sancionatorio en contra del señor Livingston, consistente en suspensión del cargo por dos (2) meses. El ente disciplinario lo encontró responsable por no haberse declarado impedido de manera oportuna. Esta decisión fue notificada en estrados.
12. El fallo sancionatorio fue apelado, el 12 de septiembre de 2019, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa resolvió confirmar en todas sus partes la decisión manteniendo la sanción disciplinaria en contra del señor Diego Livingston. Esta decisión fue notificada por edicto desfijado el 31 de octubre de 2019.
13. El 06 de noviembre de 2019, instauró acción de tutela en contra de la Procuraduría General de la Nación y Registraduría Nacional del Estado Civil pidiendo como medida provisional la suspensión de los efectos jurídicos de los actos administrativos cuestionados-; esta medida fue concedida a través de auto de fecha 4 de diciembre de 2019 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
14. Mediante fallo de fecha diciembre 18 de 2019, el juez de tutela decidió no amparar los derechos fundamentales del convocante aduciendo que el mecanismo de tutela no era procedente ya que existe un mecanismo idóneo para reclamar los derechos conculcados como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La decisión fue impugnada y confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior del Distrito judicial de San Andrés.

- NORMAS VIOLADAS

La parte actora manifiesta que con la expedición del acto administrativo acusado se infringieron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Constitución Política: artículos 2 y 90.

Ley 734 de 2002: artículos 6, 85 y 142

Ley 1437 de 2011: artículos 137 y 138

- CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante manifiesta que las autoridades en nuestro país tienen como misión fundamental proteger a las personas en su vida, así como velar por la garantía y protección de los demás derechos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. Contrario a este principio general, afirma que la Procuraduría General de la Nación causó un perjuicio injustificado al demandante al proferir en su contra decisión disciplinaria sancionatoria de suspensión del cargo de Registrador Especial de San Andrés por el término de dos (2) meses. Considera que los actos administrativos a través de los cuales se materializó la decisión se encuentran viciados de nulidad por infringir las normas en que debieron fundarse, por haberse expedido en violación al debido proceso e incurrir en falsa motivación.

Expone los siguientes cargos que fundamentan la pretensión de nulidad:

1. Falsa motivación jurídica por indebida aplicación del tipo disciplinario

Manifiesta que la sanción disciplinaria impuesta, se fundamenta en un presunto incumplimiento de deberes funcionales a cargo del sancionado por no haberse declarado impedido teniendo la obligación de hacerlo; empero, afirma que un simple cotejo entre el cargo formulado y el deber funcional que se imputa como inobservado revela una injustificada amplificación del tipo por parte del operador disciplinario.

Señala que mientras el legislador dispuso que el impedimento debe declararse de manera inmediata una vez este se “advierta”, la Procuraduría en el cargo introdujo el elemento “oportunamente”, concepto jurídico indeterminado que como se dijo, permitió la ampliación del tipo disciplinario en detrimento del debido proceso y del principio de legalidad, ambos, principios rectores del derecho disciplinario.

Indica que esta irregularidad fue utilizada por la Procuraduría como un comodín para endilgar responsabilidad disciplinaria, incluso, pasando por alto que en el expediente se encuentra probado que el señor Livingston Pomare en fecha 2 de mayo de 2016, se declaró impedido para seguir conociendo del proceso disciplinario

iniciado en contra de la funcionaria Roquelina Bryan Eden.

2. Falsa motivación por deficiencia probatoria

Expone que el artículo 141 de la Ley 734 de 2002 consagra que en toda decisión motivada deberá exponerse de manera razonada el mérito o valor de las pruebas que sustentan la decisión. Afirma que si bien, en los actos demandados el operador incluyó el análisis del material probatorio, este fue defectuoso, no ajustado a derecho, pues se limitó a ocuparse del aspecto objetivo de la falta, es decir, en la motivación de las decisiones cuestionadas, solo aparece referencia probatoria que respalda la verificación de la causal de impedimento regulada en el numeral 8 del artículo 84 *ibídem*. Precisa que dicha situación, no es el centro del debate jurídico, además que fue aceptada por el señor Livingston el 2 de mayo de 2016 y comunicada a sus superiores, tal y como se lo exigía su deber funcional.

Advierte que lo realmente trascendental era determinar en qué momento el investigado advirtió la existencia de la causal de impedimento, hecho respecto del cual la Procuraduría guardó completo silencio. En ningún aparte de los fallos disciplinarios se hace referencia a los medios probatorios que respalden este punto. La tesis planteada en la providencia de septiembre 27 de 2018 sobre la configuración inmediata de la falta disciplinaria con la expedición del auto de apertura de investigación y suspensión provisional de abril 28 adolece de sustento probatoria, tanto así que el operador se vio en la necesidad de acudir a la aplicación de la lógica como criterio de interpretación.

3. Falta de motivación (los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad)

Manifiesta que el ente de control disciplinario afirmó en los actos demandados que la conducta desplegada por el señor Diego Livingston Pomare afectó de manera sustancial los principios de imparcialidad, juez natural y moralidad administrativa. Bajo esa premisa se declaró probado el elemento de ilicitud sustancial, el cual no se limita a la mera inobservancia de los deberes funcionales, sino que se concreta cuando el incumplimiento del deber implica la afectación sustancial de los principios que rigen la función pública, es decir, una falta solo puede ser sancionada desde la perspectiva disciplinaria en la medida en que con ella se afecte el cumplimiento de

los cometidos estatales por omisión de los deberes funcionales asignados a los servidores públicos.

Señala que la premisa fáctica que sirvió de base para concretar la ilicitud sustancial, como elemento estructural del tipo disciplinario deviene en falsa. El material probatorio allegado al expediente demuestra que el señor Livingston al expedir el auto de suspensión provisional de abril 28 de 2016 no quebrantó el principio de imparcialidad. En el curso del proceso disciplinario nunca logró demostrarse desde el punto de vista probatorio la verificación de la ilicitud sustancial, todas las consideraciones o argumentos expuestos por la Procuraduría afirma son meras opiniones de índole personal.

4. Violación normativa al declarar responsabilidad objetiva

Explica que las decisiones contenidas en los actos demandados denotan un alto grado de arbitrariedad por parte del ente de control, quien dio por ciertas circunstancias de tiempo, modo y lugar que no están sustentadas en pruebas. Las razones de hecho y de derecho invocadas por la Procuraduría se caracterizan por la ausencia de un análisis desde el elemento subjetivo contenido en el artículo 85 de la Ley 734 de 2002, no obstante, advierte que no se encuentra el análisis que desde la esfera interna del disciplinado debió hacerse a fin de determinar su culpabilidad.

Aduce que la sanción emitida por la Procuraduría es el resultado de la aplicación de una responsabilidad objetiva, ya que el ente de control disciplinario solo se limitó a probar la existencia de la causal de impedimento prevista en el numeral 8, artículo 84 de la Ley 734 de 2002 y no obstante, acepta que su representando efectivamente se declaró impedido para seguir conociendo de la actuación disciplinaria, esto solo se tuvo en cuenta para disminuir el grado de culpabilidad, siendo lo procedente desde el punto de vista legal absolverlo de los cargos que le fueron formulados por atipicidad de la conducta.

Insiste que, la Procuraduría adoptó un criterio ciego que implicó la instrumentalización del disciplinado para el cumplimiento del deber por el deber mismo, así de manera sesgada exigió que la declaratoria de impedimento debió hacerse en el mismo instante en que el hoy demandante recibió el informe por parte de la Delegatura Departamental y no cuando advirtiera la ocurrencia de la causal,

como efectivamente lo hizo, pasando así por alto que el encartado cumplió a cabalidad su deber funcional que no era otro al de declararse impedido una vez advirtiera la presencia de la causal de impedimento.

- CONTESTACIÓN

La entidad demandada dentro de la oportunidad legal dio contestación a la demanda en los siguientes términos:

Frente a los hechos 1 y 2 de la demanda, manifiesta no constarles, sobre los hechos 3 y 4 señala que se remite a los acontecimientos fácticos y jurídicos del proceso disciplinario y lo establecido en los actos acusados; el hecho 5 afirma ser cierto; sobre los hechos 6, 7 y 8, se remite a lo contenido en las decisiones y, finalmente, manifiesta que respecto de los hechos 9, 10, 11, 12 y 13 son parcialmente ciertos en lo que tiene que ver con la interposición de la queja, el trámite disciplinario, la expedición de los fallos disciplinarios y la resolución al fallo de tutela interpuesto por el actor.

En cuanto a las pretensiones planteadas en la demanda, manifiesta oponerse a todas y cada una de ellas, por cuanto - afirma - será demostrado en el proceso que la actuación de la Procuraduría General de la Nación estuvo ajustada al ordenamiento jurídico.

Como argumentos previos de defensa advierte que, teniendo en cuenta que las diferencias interpretativas entre lo expuesto en la decisión disciplinaria y la interpretación que adopte el juez contencioso disciplinario frente a los mismos asuntos, no constituyen por sí mismas razones para invalidar la decisión administrativa sancionatoria; que se centran en demostrar que la actuación desplegada en sede disciplinaria se llevó con sujeción a las normas aplicables para el caso sub lite y atendiendo el debido proceso y el derecho a la defensa, sin que las decisiones cuestionadas puedan enmarcarse dentro de una decisión infundada y basada en interpretaciones normativas y probatorias irracionales, que en últimas es lo que reprocha la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Señala que en el proceso disciplinario en el que resultó sancionado el actor se respetaron las garantías fundamentales al debido proceso y defensa, en tanto: i) el

trámite administrativo se adelantó de cara a lo dispuesto en la Ley 734 de 2002; ii) se le permitió al disciplinado ejercer sus derechos de contradicción formulando versión libre, descargos, alegando de conclusión, apelando el fallo de primera instancia, es decir, permitiendo su participación activa ante el operador disciplinario; iii) se efectuó una adecuada individualización de la conducta objeto de reproche; y, iv) la sanción impuesta al actor atendió a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Precisado lo anterior, se pronunció respecto de los cargos expuestos en la demanda.

Sobre la falsa motivación:

El apoderado de la parte actora ataca la valoración probatoria realizada por los operadores disciplinarios, toda vez que, en su criterio estos no demostraban la comisión de la conducta disciplinaria del señor Livingston, ni determinaron el momento en el cual el accionante conoció que se encontraba incurso en causal de impedimento. Frente a dicho cargo explica lo siguiente:

Frente la atipicidad de la conducta.

Manifiesta que se debe tener en cuenta el pliego de cargo imputado al actor y sobre el cual se estructuró y se sancionó al sujeto activo, para determinar si la conducta endilgada encajaba típicamente en una falta disciplinaria consagrada en la Ley 734 de 2002 o si como lo aduce la parte actora la conducta es atípica por cuanto esta no es una falta disciplinaria.

Indica que según lo establecido en el artículo 48 numeral 46 del Código Único Disciplinario, es falta gravísima, no declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo. Dicha obligación se encuentra descrita en el artículo 84 numeral 8° ibídem que al tenor expone que es causal de impedimento estar o haber estado vinculado en una investigación disciplinaria en la que se hubiera proferido queja instaurada por cualquiera de los sujetos procesales.

Señala que la conducta imputada al actor fue no haberse declarado impedido oportunamente cuando tenía la obligación de hacerlo, habida cuenta que en ejercicio de su empleo, el 28 de abril de 2016, profirió auto de apertura de

investigación y suspensión provisional a la señora Bryan Eden, aun cuando dicho sujeto procesal fue quejosa dentro del expediente No. D-2016-99-700852, en la cual se le formularon cargos por la Procuraduría Regional de San Andrés, proceso en el cual fue sancionado en segunda instancia por no haber tramitado una queja de acoso laboral.

De esa forma, aduce se encuentra probado que no declararse impedido oportunamente cuando se encuentra configurada una causal de impedimento, por haber estado vinculado el actor en un proceso disciplinario en el cual se profirió pliego de cargos y se le sancionó disciplinariamente en virtud de la queja interpuesta por la señora Bryan Edén en su contra, y contrario a ello proferir decisiones disciplinarias importantes como la apertura de investigación y suspensión provisional en el cargo a dicha señora, en apenas unas horas, se estructura típicamente la conducta como una falta disciplinaria, estando por tanto probada la tipicidad de la misma.

De la supuesta no advertencia de la causal de impedimento por el actor antes de la expedición del auto de apertura de investigación y de suspensión provisional por no haber tenido aproximación a la Ley 734 de 2002.

Manifiesta que la parte actora refiere que apenas advirtió la causal de impedimento se apartó del caso y que no lo realizó antes de la expedición del auto de apertura de investigación y de suspensión provisional, por cuanto no conocía la Ley 734 de 2002. Recuerda el contenido del fallo de segunda instancia, el cual señala que el operador disciplinario al momento de resolver el argumento del actor reiterado en este asunto, lo efectuó en cuatro (4) puntos centrales que explica:

:

- a) No es cierto que el accionante no tenía dentro de sus funciones adelantar actuaciones disciplinarias y por ello no tenía conocimiento de la Ley 734 de 2002, lo anterior toda vez que, según el artículo 76 de esa disposición, en los lugares en los cuales no existe oficina de control interno, el superior jerárquico del disciplinado debe adelantar el procedimiento disciplinario, según las propias reglas del CDU. Por ello, al estructurarse los supuestos de la norma, en el caso del actor era claro que conforme a las condiciones, naturaleza y jerarquía del cargo como registrador que ocupaba, eran de sus funciones el adelantamiento de un proceso disciplinario en contra de sus subalternos. En razón de lo anterior, debió conocer y en efecto demostró que conocía las

disposiciones de la anotada ley cuando en tiempo récord profirió auto de apertura de investigación disciplinaria y suspensión disciplinaria.

- b) El accionante demostró con eficacia que conocía a plenitud las normas propias disciplinarias toda vez que, de forma concomitante al conocimiento de la queja disciplinaria, profirió el auto de apertura de investigación disciplinaria (art.152 de la Ley 734 de 2002) y suspensión provisional (art.157 ibidem) además de notificarlas a la implicada. Con ese actuar sin lugar a dudas, se da cuenta que conocía todo el procedimiento disciplinario. De no ser así, pudo haber expedido otras actuaciones, por ejemplo, en vez de un auto de apertura de investigación disciplinaria, pudo expedir un auto de indagación preliminar, la procedencia de uno u otro deviene de un análisis de las normas y acontecimientos expuestos en la queja y de la Ley 734 de 2002, hecho que en efecto, sólo es posible conocer esas diferencias y tomar la decisión de expedir uno u otro alguien que conoce ese ordenamiento jurídico y aún más cuando decide adoptar una medida cautelar como es la suspensión provisional, medida que es excepcionalísima y que para su decreto y práctica exige un riguroso análisis jurídico del operador disciplinario. Para ello basta tener en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C- 086 de 2019, en la que declaró exequible esa medida cautelar y señaló todos los requisitos y parámetros que deben cumplirse con rigor y análisis profundo para poder decretar esa suspensión.
- c) Si no fuera suficiente, los 2 anteriores puntos, es claro que el accionante conocía para la época de los hechos el proceso disciplinario que cursaba en su contra donde fungía como quejosa la señora Bryan desde el mismo momento de la citación que se le efectuó, casi un año antes en que decidiera proferir el auto de apertura y la suspensión provisional, con lo cual es diáfano que al conocer ese proceso disciplinario, participar en el, y los conocimientos del mismo ya demostrados, sabía que se encontraba incurso en la causal de impedimento, hecho que llevó, incluso a concluir a la delegada que la conducta se cometió con dolo, sin embargo, dado a la variación en la modalidad de la culpabilidad efectuada por el a quo y por no vulnerar el principio de *reformatio in pejus*, se confirmó la sanción impuesta en primera instancia.

d) Finalmente, y no menos importante, el accionante ostenta el título de abogado, con puesto jerárquico importante dentro de la Registraduría con lo cual no es admisible el argumento de que no conocía la Ley 734 de 2002 y la causal de impedimento, para ello basta citar lo expuesto en el Código Civil en cuanto que *“la ignorancia de la Ley no sirve de excusa”*.

De la valoración probatoria de los operadores disciplinarios – sana crítica.

Respecto a los argumentos expuestos por el actor sobre la valoración probatoria realizada y las pruebas decretadas, recuerda que la valoración de la prueba no está delimitada o tasada por una tarifa legal, sino que por el contrario está configurada para la administración de justicia dentro de un sistema racional donde es el Juez y/o el operador disciplinario, quien da valor a las pruebas según las máximas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Así las cosas, sostiene que la valoración hecha por los operadores disciplinarios de la Procuraduría no fue de ninguna manera caprichosa o arbitraria, pues tal como se puede observar en el contenido de los fallos siempre se acataron los cánones básicos de la lógica, la experiencia y la ciencia dentro de un criterio de libre convicción. Así mismo, afirma se atendió a los principios contemplados por la Corte Constitucional, pues el proceso y las decisiones cumplieron con los criterios objetivos, racionales, serios y responsables en cuanto a la valoración probatoria.

De esa manera, argumenta que del análisis de los operadores disciplinarios, apoyado en el acervo probatorio, se probó que el accionante estuvo vinculado en proceso disciplinario anterior en el cual se había proferido pliego de cargos en su contra con ocasión de una queja interpuesta por la señora Roquelina Bryan por lo cual, se encontraba impedido para conocer proceso disciplinario en contra de esa servidora, y por tanto no debió de forma concomitante al conocer la queja disciplinaria, en pocas horas, proferir auto de apertura de investigación disciplinaria y suspensión disciplinaria. Además, expone según la jurisprudencia del Consejo de Estado: *“la carga de la prueba de la autoridad disciplinaria es demostrar objetivamente que el implicado violó la ley, no que la conozca”*. De esa forma, no le correspondía a los operadores disciplinarios demostrar que el actor conocía la ley disciplinaria y cuando se dio cuenta que estaba inmerso en causal de impedimento, como erradamente lo argumenta el actor en el cargo bajo estudio, ya que según lo expuesto, le correspondía verificar si el actor violó la ley incurriendo en falta

disciplinaria, lo cual afirma, está demostrado con suficiencia y sin lugar a dudas ya que él no se declaró oportunamente impedido cuando estaba en la obligación de realizarlo.

Falta de motivación (los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad) y violación normativa al declarar responsabilidad objetiva.

Indica que la parte actora refiere que no se encuentra configurada la ilicitud sustancial, por cuanto no se afectó sustancialmente los principios de imparcialidad, transparencia y juez natural, con la expedición del auto de apertura de investigación y de suspensión provisional, toda vez que este último fue confirmado por el superior, con lo cual se acredita la legalidad de la misma; *“cosa distinta es que la decisión de suspensión provisional hubiese sido revocada, demostrándose ahí si el desconocimiento de los principios de imparcialidad y transparencia con que deben adoptarse las decisiones administrativas” (Sic)*. Por lo anterior refiere que la simple infracción de un deber no es suficiente para imputar una sanción disciplinaria, tal como sucedió, en su criterio en el asunto ya que no se afectó ningún principio dado a que el auto de suspensión no fue revocado.

Con respecto al anterior argumento, manifiesta que sí se demostró la ilicitud sustancial de la conducta del actor, así (i) de manera formal al no declararse impedido oportunamente cuando se encontraba en la obligación de hacerlo por cuanto había sido vinculado en un proceso disciplinario en el cual la quejosa era la señora Roquelina Bryan; no obstante, procedió a expedir auto de apertura de investigación disciplinaria y suspensión provisional según los términos del artículo 48 numeral 46 y 84 de la Ley 734 de 2002. (ii) De forma sustancial, cuando se indicó que con ese actuar afectó sustancialmente el principio de legalidad, de imparcialidad y en general con los de la función administrativa ya que procedió tajante y arbitrariamente a desconocer el querer del legislador de que el servidor incurso en impedimento con el fin de otorgar transparencia a la actuación se aparte del mismo de forma inmediata.

En cuanto a que no se configura esa ilicitud sustancial, dado que el auto de suspensión provisional no fue revocado, señaló el apoderado de la entidad demandada que, como se indicó por el Consejo de Estado, *“no es la ocurrencia del daño lo que determina la responsabilidad, sino la sustancialidad del deber. Por*

tanto, basta con que el incumplimiento del deber afecte sustancialmente la función pública, el interés general, o los fines del estado, para que se produzca la falta.”, de esa forma asevera que resulta irrelevante para el derecho disciplinario, o en el caso sub judice, que el auto de suspensión provisional haya sido o no revocado, esto es el resultado de la actuación, ya que lo que interesa es que el accionante incumplió con su deber de declararse impedido y que con ello expidió decisiones, afectando con ello el principio de imparcialidad, transparencia y juez natural que deben regir en todas las actuaciones administrativas incluidas las disciplinarias, comprobándose con todo ello que afectó sustancialmente los principios de la función pública.

No obstante, señala que, en gracia de discusión, si se quisiera seguir la línea del actor, esto es que si se hubiera revocado el auto de suspensión sí existía la ilicitud sustancial, lo cierto es que esa medida cautelar fue dejada sin efectos por el Tribunal Administrativo de San Andrés en sede de tutela.

La carga de la prueba

Explica que tanto el Honorable Consejo de Estado, como los diferentes Tribunales que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, han venido sosteniendo de manera reiterada y desde tiempos remotos, que es el demandante quien tiene la carga de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos que son materia de impugnación. Dicho en otras palabras, señala en casos como el aquí planteado, se aplica el aforismo latino **“onus probando incumbe actori”**, teniendo en cuenta en toda su extensión lo establecido en el Código General del Proceso conforme al cual *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Reitera que la carga de la prueba les corresponde a los demandantes tanto en lo concerniente a la pretendida nulidad de los actos administrativos citados en las peticiones, como en lo que atañe a los perjuicios reclamados. Ello aunado el hecho que los actores reclaman unos supuestos perjuicios inmateriales, no obstante, no aportan prueba siquiera sumaria que acredite la configuración de estos, requisitos que son fundamentales para su reconocimiento según la jurisprudencia pacífica de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por las razones anteriores, solicita desestimar las súplicas de la demanda y en consecuencia denegar en su totalidad las pretensiones invocadas, por cuanto, afirma, los demandantes de ningún modo cumplieron con la carga de desvirtuar la presunción de legalidad que acompaña los actos administrativos demandados y que la Procuraduría General de la Nación actuó con absoluto apego a la Constitución, la ley y el reglamento.

Finalmente, propone la excepción innominada o genérica, solicitando declarar la existencia de toda excepción cuyos supuestos de hecho resulten acreditados en el proceso.

- ACTUACIÓN PROCESAL

La presente demanda fue recibida ante la Oficina de Coordinación Judicial el día catorce (14) de julio de 2020¹ y admitida por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante providencia No. 090 del 21 de agosto de 2020², ordenando su trámite oral y por audiencias.

La entidad demandada dio contestación a la demanda dentro del término legal³.

El día tres (3) de marzo de 2021⁴, fue celebrada audiencia inicial, saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, medidas cautelares y decreto de pruebas. De igual manera, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión; las partes presentaron sus alegatos dentro de la oportunidad legal, no obstante la representante de la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión que correspondía a otro proceso.⁵

El Ministerio Público guardó silencio dentro de la instancia procesal.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

¹ Fl. 03 cdno. digital.

² Fl. 08 cdno. digital.

³ Fl. 10 cdno. digital.

⁴ Fl. 26 cdno. digital.

⁵ Fls. 23-24 cdno. digital.

La parte demandante presentó dentro de la oportunidad procesal escrito de alegatos en los siguientes términos:

Sostiene que los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por desconocer las normas en que debieron fundarse, además incurren en falsa motivación y desconocen del principio de congruencia aplicable a las actuaciones disciplinarias. Afirma que dichas irregularidades además de constituir una afrenta al ordenamiento jurídico causaron un daño injustificado a los demandantes por cuanto el señor Livingston Pomare debió soportar la imposición de una condena disciplinaria a pesar de que su conducta funcional siempre estuvo ajustada a derecho.

Afirma que en el expediente no existe prueba que respalde la asignación de responsabilidad disciplinaria y en cambio, si se advierte el abuso y extralimitación del operador disciplinario al fundamentar la decisión sancionatoria en criterios y conceptos personales, a todas luces caprichosos que en nada comulgan con los principios rectores de la actuación disciplinaria como expresión del poder sancionatorio del Estado.

Sostiene que todas estas falencias no solo se encuadran en las causales de nulidad mencionadas, si no que configuran un abuso en el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Con todo, la única vía para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico es decretar la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenar la reparación de los perjuicios irrogados a los actores.

Manifiesta que las irregularidades planteadas también se erigen en violatorias del debido proceso, teniendo en cuenta que se profirió sanción disciplinaria por una conducta que en estricto derecho no se encuadra en ninguno de los tipos disciplinarios descritos en la ley como falta disciplinaria. En otras palabras, la conducta del señor Livignston resulta atípica por no encuadrarse en ninguno de los tipos disciplinarios fijados por el legislador como falta disciplinaria. Así mismo, afirma, está demostrada la ausencia de ilicitud sustancial y la ausencia de culpabilidad.

Señala que también se demostró la falsa motivación de los actos acusados por deficiencia probatoria y por falsedad en los hechos que les sirvieron de base. Afirma

que se dejó ver a lo largo del proceso, un simple examen de los fallos de primera y segunda instancia muestra como de manera inexplicable a su representado se le sancionó a pesar de que demostró haber cumplido su deber funcional, evidenciándose así la aplicación de una responsabilidad de tipo objetiva proscrita en la ley.

Se plantea varios interrogantes: ¿con el comportamiento del señor Diego Livinsgton, de qué manera se afectó, entorpeció o distorsionó la función pública y los principios que la rigen?; ¿acaso la confirmación de la decisión de suspensión provisional por el superior jerárquico no es una prueba fehaciente de la legalidad de esta?

Responde a sus interrogantes señalando que, con la actuación desplegada por el demandante principal no se afectaron los principios que rigen la función administrativa, es decir, no existió ilicitud; cosa distinta es que la decisión de suspensión provisional hubiese sido revocada, demostrándose ahí si el desconocimiento de los principios de imparcialidad y transparencia con que deben adoptarse las decisiones administrativas, y que son precisamente los valores que protegen las causales de recusación e impedimento; principios que, reitera, no se vieron afectados y en este orden, no existieron razones jurídicas válidas para proferir sanción disciplinaria.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio dentro de la oportunidad procesal.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho planteada por el señor Diego Livingston Pomare y Sharina Livingston P. contra la Procuraduría General de la Nación.

COMPETENCIA, CADUCIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN.

En lo que atañe a los presupuestos procesales de competencia, caducidad y procedibilidad de la acción, estos fueron resueltos en la audiencia inicial llevada a cabo el día tres (3) de marzo de 2021.

PROBLEMA JURÍDICO

En esta oportunidad le corresponde a la Sala determinar si los actos acusados que fueron proferidos por la Procuraduría Regional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante los cuales se sancionó disciplinariamente al señor Diego Livingston Pomare por no haberse declarado impedido dentro de un proceso disciplinario adelantado en contra de una de sus subalternas; son nulos por infracción de las normas en que debía fundarse, falsa motivación y por los demás cargos formulados por la parte demandante.

Actos administrativos demandados, proferidos dentro del proceso disciplinario IUS 2016-166691

- Fallo disciplinario de primera instancia de fecha 04 de septiembre de 2018
- Fallo disciplinario de segunda instancia de fecha 12 de septiembre de 2019

Para resolver el problema jurídico planteado y para mejor entendimiento, la Sala abordará los siguientes temas: (i) generalidades del proceso disciplinario, (ii) Control judicial de los actos administrativos que imponen sanción disciplinaria, (iii) de los impedimentos y (iv) caso concreto.

- TESIS

La Sala considera que la actuación efectuada por la Procuraduría General de la Nación da cuenta de la responsabilidad disciplinaria endilgada al señor Diego Alvarado Livingston Pomare, plasmada en los actos administrativos demandados, lo cuales fueron proferidos conforme a derecho, no habiendo sido desvirtuada la presunción de legalidad.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Generalidades del proceso disciplinario

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

El ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, por tanto, se orienta a asegurar la apropiada gestión de la Administración Pública para que ésta pueda materializar los fines estatales para cuya consecución fue creada. De allí que la ley disciplinaria, según ha explicado la Corte Constitucional, tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.⁶

Respecto del objeto del derecho disciplinario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado: *"derecho disciplinario pretende garantizar "la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo"; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional."*⁷

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

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-948-02. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-948-02. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna (ilicitud sustancial).

Principio de ilicitud sustancial

En todo caso, para que se imponga una sanción disciplinaria, se requiere que esté demostrada la tipicidad⁸, la antijuridicidad⁹ y la culpabilidad¹⁰ del sujeto en la comisión de la falta y la imposición de la sanción debe atender el principio de proporcionalidad¹¹.

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

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

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

“...La ilicitud sustancial como condición constitucional de las faltas disciplinarias.

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

...

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

... Como se observa, el concepto de ilicitud sustancial de la falta disciplinaria concuerda con el criterio de afectación del deber funcional, antes explicado. Esto quiere decir que, desde la perspectiva constitucional, solamente podrán ser clasificadas como faltas disciplinarias aquellas conductas u omisiones que interfieran en el adecuado ejercicio

⁸ Que se adecúe a una de las conductas que, de conformidad con la ley, es reprochable disciplinariamente.

⁹ «Artículo 5.- Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»

¹⁰ «Artículo 13.- Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.»

¹¹ «Artículo 18.- Proporcionalidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.»

de la función asignada por el ordenamiento jurídico al servidor público respectivo. En términos de la sentencia en comento y a partir de la reiteración de decisiones sobre el mismo tópico “[I]as conductas que pertenecen al ámbito del derecho disciplinario, en general, son aquellas que comportan quebrantamiento del deber funcional por parte del servidor público. En cuanto al contenido del deber funcional, la jurisprudencia [13] ha señalado que se encuentra integrado por (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones. El incumplimiento al deber funcional, es lo que configura la ilicitud sustancial que circunscribe la libertad configurativa del legislador, al momento de definir las faltas disciplinarias.”

...

...Este concepto opera no solo como una limitación constitucional del derecho disciplinario, sino también como una exigencia prevista por el legislador como presupuesto para la justificación de la falta disciplinaria. En ese sentido, lo que se exige es que la conducta de la cual se predique ese juicio de desvalor deba estar necesariamente vinculada con la afectación del deber funcional. Así, en caso que esa relación no se acredite, se estará ante un exceso en el ejercicio del poder disciplinario y, por la misma razón, ante la inconstitucionalidad de la norma legal correspondiente, al mostrarse contraria con el principio de proporcionalidad aplicable a las diferentes manifestaciones del ius puniendi del Estado.”¹²

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

“La ilicitud sustancial consiste precisamente en la afectación de los deberes funcionales sin ninguna justificación. En consecuencia, dado que debe ser entendida como la capacidad de afectación de la función pública, para determinar si se estructuró la falta desde el punto de vista de la ilicitud sustancial, deben analizarse dos componentes dentro de los deberes funcionales del servidor público, esto es, el conjunto de derechos, deberes y prohibiciones y, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses...”¹³

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

Debido proceso y procedimiento disciplinario

El procedimiento disciplinario es un conjunto de actividades procesales dirigidas a investigar y/o a sancionar las conductas de los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, tipificadas como falta disciplinaria y, que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones,

¹² Corte Constitucional Sentencia C-452 de 24 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹³ Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00368-00(1381-11) providencia del 27 de octubre de 2016. M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

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

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

Control judicial de los actos administrativos que imponen sanción disciplinaria

El Consejo de Estado sobre el tema ha considerado que el juez contencioso administrativo debe ejercer control integral de los actos administrativos de carácter disciplinario, de conformidad con el ordenamiento constitucional y legal. En sentencia de unificación de 9 de agosto de 2016¹⁴ al respecto señaló:

«[...] 1) La **competencia** del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La **presunción de legalidad** del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un **procedimiento disciplinario extensamente** regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la **valoración probatoria** hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de agosto de 2016, radicado 1220-2011, demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz, demandada: Nación, Procuraduría General de la Nación.

irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino **también garante de los derechos**. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]»

Bajo tal entendimiento, en criterio de la Sala ese juicio integral supone, en cuanto a las causales de nulidad, que el juez, en virtud de la primacía del derecho sustancial, puede y debe examinar causales conexas con derechos fundamentales a fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

Respecto a la valoración de las probanzas recaudadas en el disciplinario, el aludido juicio integral lo habilita para estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria, porque solo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado.

Con relación a los principios rectores de la ley disciplinaria, el juez está facultado para examinar el estricto cumplimiento de todos y cada y uno de ellos dentro la actuación sancionatoria¹⁵.

Acerca del principio de proporcionalidad, de que trata el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, referido a que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y a la graduación prevista en la ley, cuando el juicio de proporcionalidad de la sanción sea parte de la decisión judicial, el juez puede, según el inciso 3 del artículo 187 del CPACA¹⁶, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas¹⁷.

¹⁵ La Ley 734 de 2002 en los artículos 4 a 21 contempla los principios de legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, presunción de inocencia, celeridad, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, función de la sanción disciplinaria, derecho a la defensa, proporcionalidad, motivación, interpretación de la ley disciplinaria, aplicación de principios e integración normativa con los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia.

¹⁶ Artículo 187 inciso 3 del CPACA. «Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas».

¹⁷ La sentencia de unificación al respecto determina que «El juez de lo contencioso administrativo está facultado para realizar un “control positivo”, capaz de sustituir la decisión adoptada por la administración, lo que permite hablar de “[...] un principio de proporcionalidad sancionador, propio y autónomo de esta esfera tan relevante del Derecho administrativo, con una jurisprudencia abundante y enjundiosa, pero de exclusiva aplicación en dicho ámbito.[...]”, lo cual permite afirmar que “[...] el Derecho Administrativo Sancionador ofrece en este punto mayores garantías al inculpado que el Derecho Penal [...]»». Ahora bien, cuando el particular

En cuanto a la ilicitud sustancial, el juez está autorizado para realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la misma, al punto que, si el asunto lo exige, puede valorar los argumentos que sustenten la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado. La ilicitud sustancial tiene un aspecto positivo –afectación sustancial del deber formal- y uno negativo –causal de justificación-¹⁸.

Los impedimentos y recusaciones constituyen herramientas procedimentales para hacer efectiva la garantía de imparcialidad¹⁹

La Corte Constitucional realiza un análisis sobre los impedimentos y las recusaciones en sentencia C-532-15, la cual es pertinente traer a colación, con el propósito de entender el sentido de dichas herramientas. Sobre el tema señaló:

“(…)

8. Los impedimentos y las recusaciones son instituciones de naturaleza procedimental, concebidas con el propósito de asegurar principios sustantivos de cara al recto cumplimiento de la función pública (art. 209 CP). Con ellas se pretende garantizar condiciones de imparcialidad y transparencia de quien tiene a su cargo el trámite y decisión de un asunto (art. 29 CP), bajo la convicción de que solo de esta forma puede hacerse realidad el postulado de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 13 CP).

Ambas figuras “están previstas de antiguo en todos los ordenamientos y jurisdicciones”²⁰, aunque con distintos alcances y particularidades”²¹. Como es sabido, el impedimento tiene lugar cuando la autoridad, ex officio, abandona la dirección de un proceso, mientras que la recusación se presenta a instancia de alguno de los sujetos procesales, precisamente ante la negativa del funcionario para sustraerse del conocimiento de un caso²².

(…)

demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo hace en defensa de sus intereses y no de la ley. En consecuencia, el juez debe atender la realidad detrás del juicio disciplinario administrativo puesto que “[...] si la esfera subjetiva se torna en centro de gravedad, el interés del particular adquiere un protagonismo que la ley no ha querido obviar, elevando al grado de pretensión, junto con la anulatória, a la solicitud de restablecimiento de la situación jurídica individual [...]”».

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 13 de febrero de 2020. Rad. Núm.: 85001-23-33-000-2015-00129-01 (1718-2017).

¹⁹ En este tema se sigue de cerca la sentencia SU-712 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. S.V. Luis Ernesto Vargas Silva; S.V. María Victoria Calle Correa, y A.V. Alberto Rojas Ríos), a través de la cual se resolvió, entre otros, el siguiente problema jurídico: “¿La Viceprocuraduría General de la Nación está facultada para tramitar y decidir las recusaciones contra el jefe del Ministerio Público formuladas en el curso de un proceso disciplinario, cuando este no acepta las razones invocadas por quien propone el incidente?”.

²⁰ Sobre los orígenes de las causales de impedimento y recusación, la Corte Suprema de Justicia ha precisado “que se hallan reglamentadas desde el derecho romano, en donde hubo una época de tanta amplitud que podía obtenerse el apartamiento del magistrado aún sin expresar la causa que moviera al recusador. En el derecho español (Fuero Juzgo, Fuero Real y Las Partidas) se encuentra también esta institución creada y desarrollada en amplios términos. No hay duda, pues, de que el derecho colombiano tiene en esta materia las más hondas raíces y los más dilatados antecedentes” (cita original). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del doce (12) de noviembre de mil novecientos treinta y cinco (1935), MP Miguel Moreno Jaramillo, Gaceta Judicial Tomo XLIII, página 376.

²¹ Ver auto 069 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis. S.V. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández y S.V. Jaime Araujo Rentería).

²² Ver la sentencia C-365 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Algunos instrumentos de derecho internacional incorporados al ordenamiento interno reconocen la imparcialidad como un componente del debido proceso, que por expreso mandato constitucional comprende las actuaciones judiciales y administrativas (art. 29 CP). Es así como el artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,…”²³. De igual forma, el artículo 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “[t]oda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley,…”²⁴.

En su jurisprudencia la Corte Constitucional ya ha tenido oportunidad de referirse a la importancia de los impedimentos y las recusaciones como instrumentos para revestir de imparcialidad la administración de justicia, cuyas consideraciones son plenamente aplicables a la función administrativa y, en concreto, al ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado²⁵.

Así, en la sentencia C-019 de 1996²⁶, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra algunos artículos del Código de Procedimiento Civil referentes a los impedimentos y las recusaciones, sostuvo que “[l]as normas que consagran las causales de impedimento y recusación, se han dictado, precisamente, **para garantizar la imparcialidad del juez**. El que existan las causales, fijadas por la ley y no por el capricho de las partes, garantiza, dentro de lo posible, la imparcialidad del juez y su independencia de toda presión, es decir, que sólo esté sometido al imperio de la ley” (negritas fuera de texto).

En la sentencia C-037 de 1996²⁷, al revisar la constitucionalidad del proyecto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, destacó la relación que subyace entre los postulados de transparencia e imparcialidad con el derecho a la igualdad. Al respecto, sostuvo:

“Como es sabido, el propósito fundamental de la función judicial dentro de un Estado de derecho, es el de impartir justicia [...]. Para ello, **la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces**.

“[...]”

“Por su parte, la imparcialidad se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los

²³ Mediante la Ley 16 de 1972 el Estado colombiano aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

²⁴ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia el veintinueve (29) de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), previa aprobación por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968, y entró en vigor el veintitrés (23) de marzo de mil novecientos setenta y seis (1976).

²⁵ Ver las sentencias C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.P.V. José Gregorio Hernández Galindo y Vladimiro Naranjo Mesa; S.V. José Gregorio Hernández Galindo; S.P.V. Alejandro Martínez Caballero; A.V. Eduardo Cifuentes Muños, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa, y A.V. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa), C-573 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-365 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y C-1076 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), y autos 069 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis. S.V. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández y S.V. Jaime Araujo Rentería), 078 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández. S.V. Eduardo Montealegre Lynett) y 188A de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), entre muchas otras decisiones.

²⁶ M.P. Jorge Arango Mejía. Unánime.

²⁷ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa (S.P.V. José Gregorio Hernández Galindo y Vladimiro Naranjo Mesa; S.V. José Gregorio Hernández Galindo; S.P.V. Alejandro Martínez Caballero; A.V. Eduardo Cifuentes Muños, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa, y A.V. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa).

encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial. El logro de estos cometidos requiere que tanto los jueces como los demás profesionales del derecho se comprometan en los ideales y el valor de la justicia, para lo cual no basta el simple conocimiento de la ley y del procedimiento, sino que **es indispensable el demostrar en todas las actuaciones judiciales los valores de la rectitud, la honestidad y la moralidad**" (negrillas fuera de texto).

En la sentencia C-573 de 1998²⁸, al pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 101 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente²⁹, la Corte insistió en la necesidad de asegurar la transparencia e imparcialidad a través de figuras procesales como la recusación y el impedimento. Dijo entonces:

"El propósito de las instituciones procesales de impedimentos y recusaciones consiste en asegurar la imparcialidad del juez, quien debe marginarse del proceso del cual viene conociendo cuando se configura, en su caso específico, alguna de las causas taxativamente señaladas en la ley. **Esa imparcialidad se asegura cuando se deja en cabeza de funcionarios distintos –el que siga en turno al que se declara impedido o es recusado, o el del lugar más cercano, según la circunstancia (art. 105 Código de Procedimiento Penal), o los otros miembros de la sala o corporación en el caso de jueces colegiados– la definición acerca de si deben prosperar el impedimento invocado por el juez o la recusación presentada contra él...**" (negrillas fuera de texto)³⁰.

En la sentencia C-365 de 2000³¹, al examinar dos de las causales de recusación previstas en el Código de Procedimiento Civil, la Corte estableció la conexidad de la figura con el derecho al debido proceso:

"Estas instituciones, de naturaleza eminentemente procedimental, encuentran también fundamento constitucional en el derecho al debido proceso, ya que aquel trámite judicial, adelantando por un juez subjetivamente incompetente, no puede entenderse desarrollado bajo el amparo de la presunción de imparcialidad a la cual se llega, sólo en cuanto sea posible garantizar que el funcionario judicial procede y juzga con absoluta rectitud; esto es, apartado de designios anticipados o prevenciones que, al margen del análisis estrictamente probatorio y legal, puedan favorecer o perjudicar a una de las partes" (negrillas fuera de texto).

Similares consideraciones fueron expuestas en el auto 188A de 2005³², al decidir una recusación presentada contra dos magistrados en el marco de un proceso de constitucionalidad:

"4.- Dentro de los principios fundamentales que rigen los procedimientos judiciales se encuentra el principio de imparcialidad del juez. [...] || [...] que es presupuesto de la función [judicial]. Por esto, se establece la posibilidad de que se controvierta la imparcialidad del juez, mediante los impedimentos y

²⁸ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁹ Decreto Ley 2700 de 1991. "Artículo 110.- Improcedencia del impedimento y de la recusación. No están impedidos, ni son recusables los funcionarios judiciales a quienes corresponda decidir el incidente. No habrá lugar a recusación cuando el motivo del impedimento surja del cambio de defensor de uno de los sujetos procesales, a menos que la formule la parte contraria o el Ministerio Público". La sentencia C-573 de 1998 resolvió declarar "EXEQUIBLE el artículo 110 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), excepto las expresiones "...están impedidos, ni...", que se declaran INEXEQUIBLES".

³⁰ Concluyó: "No estima la Corte que tal disposición –se repite que en lo relativo a recusaciones contra quien debe desatar la controversia que dé lugar al incidente– vulnere el derecho a la igualdad entre las partes, por cuanto el incidente de recusación no dirime un conflicto entre ellas sino que resuelve acerca de la situación del juez dentro del proceso, justamente para garantizar su imparcialidad. No hay, por tanto, hipótesis susceptibles de comparación que permitan suponer que se discrimina o prefiere a alguna de las partes".

³¹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³² M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

las recusaciones, procurando que su función se ejerza adecuadamente.

Esto es, se contempla la posibilidad jurídica de solicitar el apartamiento de un determinado juez en un determinado caso, si se dan ciertas circunstancias³³ (negritas fuera de texto).

Las anteriores consideraciones son plenamente aplicables en materia disciplinaria, donde *“para garantizar la imparcialidad de quien ejerce la potestad disciplinaria, el ordenamiento jurídico ha previsto las causales de impedimento y recusación”*³⁴.

La figura de los impedimentos y las recusaciones está desarrollada en el Libro IV. Procedimiento disciplinario, Título III, artículos 84 al 88, de la Ley 734 de 2002, *“por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*. El artículo 84, establece las causales de impedimento y recusación. El artículo 85, regula el trámite que debe ser seguido por el servidor público en quien concurra cualquiera de las causales señaladas para que se declare inmediatamente impedido, lo que tiene lugar a través de un escrito en el que exprese las razones, señale la causal y si fuere posible aporte las pruebas pertinentes. El artículo 86, consagra el derecho que tiene cualquiera de los sujetos procesales para recusar al servidor público que conozca de la actuación disciplinaria, con base en las causales fijadas en el artículo 84, por medio de un escrito de recusación acompañado de la prueba en que se funde. El artículo 87, desarrolla el procedimiento en caso de impedimento o de recusación. Y el artículo 88, fija la competencia en el Viceprocurador General de la Nación cuando es aceptada la causal de impedimento declarada por el Procurador o la recusación contra él formulada.

Dada la importancia del artículo 87 del Código Disciplinario Único (en adelante CDU) en la tarea de interpretar sistemáticamente el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, que modifica el artículo 180 de la Ley 734 de 2002, se transcribe a continuación la disposición normativa:

“En caso de impedimento el servidor público enviará, inmediatamente, la actuación disciplinaria al superior, quien decidirá de plano dentro de los tres días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quien corresponde el conocimiento de las diligencias.

“Cuando se trate de recusación, el servidor público manifestará si acepta o no la causal, dentro de los dos días siguientes a la fecha de su formulación, vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

“La actuación disciplinaria se suspenderá desde que se manifieste el impedimento o se presente la recusación y hasta cuando se decida”.

(...)”

Hechos jurídicamente relevantes

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, constata la Sala los siguientes hechos:

³³ En esa ocasión la Corporación declaró no fundada la recusación presentada contra dos de sus magistrados para decidir una demanda contra la Ley 916 de 2004 *“por la cual se establece el Reglamento Nacional Taurino”*, a quienes los ciudadanos recusantes habían calificado de *“acérrimos seguidores de las corridas de toros”*.

³⁴ Ver la sentencia C-1061 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En esa oportunidad, en el marco de una demanda presentada contra el numeral 32 del artículo 34 y el párrafo 3° del artículo 76 de la Ley 734 de 2002, *“por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*, la Corte estudió si resultaba contrario al derecho al debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución, establecer que en ciertos casos el poder disciplinario se ejerza por el superior inmediato del investigado, debido a la falta de imparcialidad del superior y la violación del principio del juez natural, entre otras consideraciones. Finalmente, resolvió declarar exequibles por los cargos estudiados en la providencia, las disposiciones normativas acusadas.

1. A través de Memorando DDSAI-315 de fecha 28 de abril de 2016, el doctor Gustavo Antonio Hernández Pomares, en calidad de Delegado Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en San Andrés, puso en conocimiento del Registrador Especial de San Andrés isla, doctor Diego Livingston Pomare, una situación ocurrida en su despacho sobre la correspondencia proveniente de la Registraduría del Estado Civil Delegada del Departamento de Nariño – Control Interno Disciplinario- que contenía despacho comisorio para efectos de notificar un fallo disciplinario.³⁵

Señaló que dicha correspondencia fue recibida por la señora Roquelina Bryan Eden, funcionaria de la Registraduría Especial del Estado Civil de San Andrés, isla, el día 25 de febrero de 2016, según comprobante de entrega de la empresa de correo Tomas Express. No obstante, no se encontraba registrada en el libro radicador de correspondencia de entrada y salida la mencionada comisión. En razón de lo anterior, el delegado departamental solicitó al doctor Diego Livingston investigar y tomar las acciones disciplinarias correspondientes por ser el jefe inmediato de la señora Roquelina Bryan.³⁶

2. El 28 de abril de 2016 con fundamento en el anterior memorando, el doctor Diego Livingston Pomare, en calidad de Registrador Especial del Estado Civil de San Andrés islas, ordenó la apertura de investigación disciplinaria expediente No. 056-001-00--2016 y suspensión provisional por tres (3) meses en contra de la señora Roquelina Bryan Eden en su condición de Auxiliar Administrativo Grado 5120-04 de la Registraduría Especial del Estado Civil de San Andrés, providencia y Santa Catalina.³⁷
3. El 29 de abril de 2016, Diego Livingston suscribió oficio citatorio, mediante el cual le informa a la señora Roquelina Bryan Eden que tenía un término de ocho (8) días para notificarse personalmente del auto de apertura de investigación disciplinaria. Notificación que se efectuó el día 02 de mayo de 2016.³⁸
4. Mediante Oficio No. 255/56 -001 REGISAI de fecha 02 de mayo de 2016, Diego Livingston Pomare, informó a los Delegados del Registrador Nacional

³⁵ Fls. 508-512 Antecedentes administrativos.

³⁶ Antecedentes administrativos

³⁷ Fls. 173- 185 Antecedentes administrativos.

³⁸ Fls. 197 Antecedentes administrativos.

del Estado Civil de San Andrés islas, la apertura de investigación disciplinaria contra Roquelina Bryan Eden, en su condición de Auxiliar Administrativa de la Registraduría Especial del Estado Civil de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.³⁹

5. Mediante Oficio No. 2562/56 -001 REGESAI de fecha 02 de mayo de 2016, Diego Livingston Pomare, informó a los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, su condición de investigado en el proceso disciplinario radicado bajo el No. IUS-2014-237272 adelantado ante la Procuraduría Regional de San Andrés, mediante la cual se había formulado pliego de cargos, cuya denunciante fue la señora Roquelina Bryan Eden, encontrándose incurso en la causal No. 8 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002.⁴⁰
6. El día 02 de mayo de 2016, la señora Roquelina Bryan Eden, formuló queja disciplinaria contra el señor Diego Livingston ante la Procuraduría Regional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por presuntas irregularidades en el trámite del proceso disciplinario adelantado en su contra.⁴¹
7. Mediante providencia de 05 de mayo de 2016, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado civil, profirieron auto que resolvió consulta respecto de la decisión de suspensión provisional de tres (3) meses contra de la señora Roquelina Bryan Eden, mediante la cual confirman la decisión consultada.⁴²
8. Por auto del 05 de mayo de 2016, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil resolvieron solicitud de impedimento invocado por Diego Livingston Pomare, aceptándolo, por lo que lo separaron del proceso y en consecuencia, designaron registrador ad-hoc, para continuar con el trámite.⁴³

En las consideraciones del mencionado auto se señala:

“Por tener conocimiento este Despacho que existe un proceso disciplinario en el cual fue sancionado el señor Registrador Especial de San Andrés, doctor Diego Livingston Pomare, por la Procuraduría Regional de San Andrés y que se encuentra en apelación, por queja presentada por la señora Roquelina Bryan Eden y teniendo en cuenta la causal invocada por el investigador de primera instancia, doctor Diego Livingston Pomare, decide aceptar el impedimento solicitado (...).”

³⁹ Fl. 209 – 211 Antecedentes administrativos.

⁴⁰ Antecedentes administrativos.

⁴¹ Antecedentes administrativos.

⁴² 215-221 Antecedentes Administrativos.

⁴³ 225-227 Antecedentes Administrativos.

9. En mayo de 2016, la señora Roquelina Bryan Eden, interpuso acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil⁴⁴, dado que en su criterio el acto mediante el cual ordenó la suspensión del cargo de auxiliar administrativo proferido por el doctor Diego Livingston Pomare, vulneraban sus derechos fundamentales. El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en sentencia de fecha 23 de mayo de 2016, tuteló el derecho fundamental al debido proceso invocado por la accionante, por cuanto consideró que el acto administrativo mediante el cual la suspendieron del cargo que desempeñaba, fue proferido sin competencia.⁴⁵
10. El 27 de julio de 2016, la Procuraduría Regional de San Andrés, inició indagación preliminar contra el doctor Diego Livingston Pomare, en su condición de Registrador Especial del Estado Civil de San Andrés, islas, por la denuncia instaurada por la señora Roquelina Bryan Eden.⁴⁶
11. Mediante auto de fecha 18 de octubre de 2017, la Procuradora Regional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, ordenó llevar por la cuerda del procedimiento verbal el asunto y cita a audiencia pública. Se elevó pliego de cargos en contra del demandante al considerar que pudo haber transgredido el numeral 46 del artículo 48 y numeral 8 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002.⁴⁷
12. Después de surtidas todas las etapas procesales, dentro del proceso verbal el 27 de septiembre de 2018, la Procuraduría Regional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina profirió fallo de primera instancia, sancionando disciplinariamente al doctor Diego Livingston Pomare, en su calidad de Registrador Especial del Estado Civil de San Andrés islas, por no haberse declarado oportunamente impedido para ejercer acción disciplinaria.⁴⁸ El apoderado del sancionado interpuso recurso de apelación, el cual, le fue concedido.⁴⁹
13. El 12 de septiembre de 2019, la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, en fallo de segunda instancia confirmó la decisión proferida por la Procuraduría Regional de San Andrés, consistente en suspensión del cargo por el término de dos (2) meses.⁵⁰ La providencia fue notificada personalmente y cumplida por parte del Delegado Departamental

⁴⁴ 291-295 Antecedentes Administrativos.

⁴⁵ 566-592 Antecedentes administrativos.

⁴⁶ Antecedentes Administrativos.

⁴⁷ Fls 558 Antecedentes administrativos.

⁴⁸ Fls. 938-972 Antecedentes administrativos.

⁴⁹ Fls. 974-976 Antecedentes administrativos.

⁵⁰ Fls. 1024-1036 Antecedentes administrativos.

del Registrador Nacional del Estado Civil, mediante Resolución No. 124 de diciembre de 2019.⁵¹

- CASO CONCRETO

En el sub lite, el señor Diego Livingston Pomare solicita la nulidad de los actos administrativos por los cuales fue sancionado con suspensión del cargo por el término de dos (2) meses, al haber incurrido en falta grave consagrada en el numeral 8 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002, dado que en su criterio se le vulneró el debido proceso por haberse expedido: (i) falsamente los actos, por cuanto se amplificó de manera indebida el tipo disciplinario aplicado, (ii) hubo deficiencia probatoria, (iii) con falta motivación, pues los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad y (iv) por violación de la normatividad al declarar responsabilidad objetiva.

A continuación, procede la Sala a analizar los cargos expuestos por el demandante, con el fin de establecer si los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad.

(i) De la falsa motivación jurídica por indebida ampliación del tipo disciplinario

Alega el demandante que una adecuada aplicación de las normas que rigen la actuación disciplinaria y la correcta valoración probatoria por parte del operador debió confluir en la atipicidad de la conducta ejercida por el señor Livingston Pomare, si se tiene en cuenta que en ella no se subsumen los presupuestos normativos del tipo disciplinario que sustenta la sanción impuesta.

En ese orden de ideas, en el expediente se encuentra probado que al señor Diego Livingston Pomare se le formuló un único cargo dentro del proceso disciplinario, así:⁵²

“Usted, doctor DIEGO ALVARADO LIVINGSTON POMARE, estuvo vinculado legalmente a la investigación disciplinaria del radicado número IUS 2014-237272 IUC D-2016-99-700852 que adelantó la Procuraduría Regional de San Andrés islas, donde le formularon pliego de cargos en auto de citación a audiencia del

⁵¹ Fls. 1804-1809 Antecedentes administrativos.

⁵² Fallo disciplinario de primera instancia. Antecedentes administrativos.

31 de julio de 2015, con fundamento en la queja instaurada el 09 de julio de 2014 por Roquelina Bryan Eden. Sin embargo, conociendo su situación jurídico disciplinaria, probablemente incurre en falta disciplinaria por no declararse impedido oportunamente cuando tenía la obligación de hacerlo, habida cuenta que como Registrador Especial del Estado Civil de San Andrés, islas, el 28 de abril de 2016, profiere auto de apertura de investigación y suspensión provisional contra la quejosa Bryan Eden, auxiliar administrativo de la Registraduría Especial del Estado Civil de San Andrés, en el expediente radicado bajo el número 056-001-001-2016.”

En el pliego de cargos, así como en los fallos disciplinario de primera y segunda instancia, se determinó que la conducta objeto de reproche al disciplinado encuadraba en las siguientes disposiciones disciplinarias:

Artículo 84 numeral 8, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 46 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, siendo calificada la conducta como falta gravísima.

“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

46. No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.

(...)

ARTÍCULO 84. CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Son causales de impedimento y recusación, para los servidores públicos que ejerzan la acción disciplinaria, las siguientes:

(...)

8. Estar o haber estado vinculado legalmente a una investigación penal o disciplinaria en la que se le hubiere proferido resolución de acusación o formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por cualquiera de los sujetos procesales.”

De acuerdo con las normas transcritas se tiene que, el estar vinculado legalmente en una investigación disciplinaria en la que se hubiere formulado cargos por queja instaurada por cualquiera de los sujetos procesales, es una causal de impedimento, así como, el no declararse impedido oportunamente cuando exista la obligación de hacerlo, resulta ser una falta gravísima. Lo anterior, permite concluir que, la conducta desplegada por el actor sí se encuentra debidamente tipificada.

Sobre la tipicidad de una conducta dentro del proceso disciplinario, el Consejo de Estado ha manifestado:⁵³

“(...) la Sala indica que, el régimen disciplinario está orientado, entre otros principios, con el de legalidad y tipicidad. El de legalidad, según el artículo 29 de la Carta Política, exige que la conducta reprochable, así como las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben estar expresa y claramente definidos en el Código Disciplinario Único, por lo que es imposible adelantar un proceso disciplinario que no tenga definidos previamente estos aspectos en la ley.

El principio de tipicidad, el cual hace parte igualmente de la garantía del debido proceso, lo ha definido la Corte Constitucional, como *"la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras"*⁵⁴; de esta forma el sujeto procesal tiene la certeza sobre la disposición que le indican como transgredida por las actuaciones endilgadas, para ejercer el derecho a la defensa y contradicción, las cuales (las conductas y las normas) deben ser congruentes tanto en el pliego de cargos como en los fallos de primera y segunda instancia.

Así entonces, el ejercicio del principio de tipicidad conlleva la aplicación de aquellas disposiciones que contienen deberes, funciones, obligaciones o prohibiciones para los diferentes servidores públicos; en otras palabras, la autoridad disciplinaria al realizar la subsunción típica de la conducta endilgada al investigado debe en algunas oportunidades hacer una interpretación sistemática remitiéndose a otras preceptivas donde se encuentre regulada en concreto las funciones o deberes del implicado, esta característica del derecho disciplinario, se origina en la naturaleza de las normas, pues éstas suelen ser autónomas y de completitud.”

En ese orden de ideas, la Sala considera que la Procuraduría General de la Nación al formular el único cargo endilgado al actor en calidad de Registrador Especial del Estado Civil de San Andrés, islas, realizó una interpretación sistemática -integral- enmarcando el comportamiento desplegado en la falta gravísima descrita en el numeral 46 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, el cual encuadra sin realizar ningún esfuerzo de interpretación en el numeral 8 del artículo 84 de la misma ley.

Ahora bien, frente a la manifestación del actor sobre la amplificación injustificada del tipo por parte del operador disciplinario, por cuanto afirma que el legislador dispuso que el impedimento debe declararse de manera inmediata una vez este se “advierta” y la Procuraduría, introdujo en el cargo “oportunamente”, concepto jurídico indeterminado que amplía el tipo disciplinario en detrimento del debido proceso y el principio de legalidad, no es de recibo para esta Corporación, pues, el

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección “B”. Radicado No. 88001-23-33-000-2014-00027-01. Radicado Interno: 2250-2015. M. P. Cesar Palomino Cortes.

⁵⁴ Sentencia C-030 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

artículo 85 de la Ley 734 de 2002, trata del tiempo o momento en el que se debe manifestar el impedimento y no de la conducta en sí misma.

“ARTÍCULO 85. DECLARACIÓN DE IMPEDIMENTO. El servidor público en quien concurra cualquiera de las anteriores causales debe declararse inmediatamente impedido, una vez la advierta, mediante escrito en el que exprese las razones, señale la causal y si fuere posible aporte las pruebas pertinentes.”

Es del caso precisar que, el numeral 46 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no contradice al artículo 85 de la misma ley, pues, el momento en que se advierta la causal de impedimento, no puede entenderse como que no estuviera tipificada la falta y tampoco que esta pueda advertirse de manera oportuna, dado que el sentido de la norma es la diligencia del servidor en poner en conocimiento de manera inmediata una vez se encuentre en la situación de impedimento, circunstancia que no ocurrió en el sub lite.

Así las cosas, no comparte la Sala lo señalado por el demandante, cuando argumenta que la conducta desplegada no se encuadra en ninguno de los tipos disciplinarios descritos en la ley como falta disciplinaria, siendo atípica su conducta, dado que como se observa claramente, el encontrase vinculado disciplinariamente por queja instaurada por la señora Roquelina Bryan Eden en su contra, se entendía sin mayor esfuerzo que existía un impedimento para continuar conociendo de un tema que tuviera que ver con la misma persona. Ello resulta tan claro que una vez manifestó su impedimento con el fin de apartarse del proceso, este le fue aceptado por sus superiores funcionales. No obstante, lo efectuó posteriormente a los actos por él proferidos, generando como consecuencia una vulneración al debido proceso de la quejosa como quedó evidenciado en sentencia de tutela.⁵⁵

Así las cosas, la conducta endilgada al demandante sí se encuentra tipificada explícitamente en la norma, en razón de lo cual, no es de recibo que se hable de una amplificación del tipo disciplinario, por cuanto el cargo endilgado, encuadra sin mayores interpretaciones en la ley. En tal sentido el cargo invocado no está llamado a prosperar.

(ii) De la falsa motivación por deficiencia probatoria

⁵⁵ Acción de tutela presentada por la señora Roquelina Bryan Eden contra la Registraduría Nacional del Estado Civil. Sentencia del 23 de mayo de 2016.

El demandante manifiesta que, si bien en los actos demandados el operador incluyó el análisis del material probatorio, este fue defectuoso, no ajustado a derecho, pues se limitó a ocuparse del aspecto objetivo de la falta, es decir, en la motivación de las decisiones cuestionadas, afirma que solo aparece referencia probatoria que respalda la verificación de la causal de impedimento regulada en el numeral 8 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002.

Alega que lo trascendental era determinar en qué momento el investigado advirtió la existencia de la causal de impedimento, hecho respecto del cual afirma la Procuraduría guardó silencio. Señala que en ningún aparte de los fallos disciplinarios se hace referencia a los medios probatorios que respalden dicho punto. Afirma que la tesis planteada en la providencia de septiembre 27 de 2018 sobre la configuración inmediata de la falta disciplinaria con la expedición del auto de apertura de investigación y suspensión provisional de abril 28, adolece de orfandad probatoria, tanto así que el operador se vio en la necesidad de acudir a la aplicación de la lógica como criterio de interpretación.

Respecto del análisis probatorio dentro del proceso disciplinario, el Consejo de Estado ha efectuado los siguientes pronunciamientos:⁵⁶

El régimen probatorio que regula los procesos disciplinarios que se adelantan contra los servidores públicos es el fijado en el título VI de la Ley 734 de 2002. Precisamente el artículo 128 de esta disposición consagra la necesidad que toda decisión interlocutoria y de carácter disciplinario se fundamente en pruebas legalmente producidas y aportadas por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa. La norma es clara en determinar que la carga de la prueba en estos procesos le corresponde al Estado.

Así mismo, es deber de la autoridad disciplinaria encontrar la verdad real de lo sucedido, para lo cual es su obligación efectuar una valoración ponderada y razonada de las pruebas recaudadas durante el trámite administrativo. El artículo 129 de la Ley 734 de 2002 fija esta postura en los siguientes términos:

« [...] Artículo 129. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio [...]» (Resaltado de la Subsección).

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A-Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00277-01(1498-15).

La norma desarrolla el principio de investigación integral, según el cual, la indagación que se efectúe dentro del proceso disciplinario, no solo debe apuntar a probar la falta del servidor público, sino además, a encontrar las pruebas que desvirtúen o eximan de responsabilidad al mismo. Lo anterior en todo caso, no exige a la parte investigada de presentar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer en su favor⁵⁷.

En cuanto a la apreciación del material probatorio, la Ley 734 de 2002 en el artículo 141 señaló también, que esta debe hacerse según las reglas de la sana crítica⁵⁸, de manera conjunta y con explicación en la respectiva decisión del mérito de las pruebas en que esta se fundamenta. Sobre el particular la Subsección A advirtió⁵⁹:

« [...] No puede perderse de vista que en los procesos disciplinarios, como lo ha precisado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el operador disciplinario cuenta con una potestad de valoración probatoria más amplia que la del mismo operador judicial penal⁶⁰, que le autoriza para determinar, en ejercicio de una discrecionalidad razonada, **cuándo obran en un determinado proceso pruebas suficientes para moldear la convicción respecto de la ocurrencia o no de los hechos, los que, a su vez, le conducen a la certidumbre de la comisión de la falta y de la responsabilidad del investigado**. Así se colige del texto mismo de las disposiciones sobre el recaudo y valoración de pruebas consagradas en la Ley 734 de 2002, tales como el artículo 128, 129, 141 y 142, entre otros [...]» (Subraya fuera de texto).

Finalmente, el artículo 142 *ibidem*, indica, de manera precisa que «[...] No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado [...]». De esta manera, la autoridad disciplinaria en el momento de emitir la decisión condenatoria, debe tener la convicción y la certeza probatoria de que efectivamente el servidor público incurrió en la falta que se le imputa. La existencia de dudas al respecto, implica necesariamente que estas se resuelvan en favor del investigado, en aplicación del principio *in dubio pro disciplinado*, toda vez que no logró desvirtuarse

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá D.C. 15 de mayo de 2013. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00571-00(2196-11). Actor: Jorge Eduardo Serna Sánchez. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

58. En sentencia del 8 de abril de 1999, expediente 15258, magistrado ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, el Consejo de Estado sostuvo que la valoración probatoria corresponde a las operaciones mentales que hace el juzgador al momento de tomar la decisión para conocer el mérito y la convicción de determinada prueba. Por su parte la sana crítica, es la comprobación hecha por el operador jurídico que de acuerdo con la ciencia, la experiencia y la costumbre sugieren un grado determinado de certeza de lo indicado por la prueba.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C, 13 de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación: 11001-03-25-000-2011-00207-00(0722-11). Actor: Plinio Mauricio Rueda Guerrero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

⁶⁰ Al respecto en sentencia T-161 de 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo ha precisado la Corte: « [...] En cuanto a la autoridad pública encargada de adelantar el proceso penal es evidente que se trata de funcionarios investidos de poder jurisdiccional cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada, mientras, por regla general, el proceso disciplinario está a cargo de autoridades administrativas cuyas decisiones pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa; además, en materia de tipicidad la descripción de la conducta señalada en la legislación penal no atiende a los mismos parámetros de aquella descrita por la legislación disciplinaria, pues en ésta última el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación, por cuanto se trata de proteger un bien jurídico que, como la buena marcha, la buena imagen y el prestigio de la administración pública, permite al “juez disciplinario” apreciar una conducta y valorar las pruebas con criterio jurídico distinto al empleado por el funcionario judicial, teniendo en cuenta, además, que en el proceso disciplinario se interpreta y aplica una norma administrativa de carácter ético [...]».

su presunción de inocencia.

Al respecto la Subsección B de esta corporación indicó⁶¹:

« [...] Ahora bien, la garantía de la presunción de inocencia aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y, por consiguiente, también en materia disciplinaria, en la medida en que se encuentra consagrada en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política y reiterada por el artículo 9º de la Ley 734 de 2002, que establece: *“Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla”*.

De esta forma, como lo ha establecido la Corte Constitucional⁶², quien adelante la actuación disciplinaria **deberá conforme a las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona, está establecida como disciplinable; se encuentra efectivamente probada; y, que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos, la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional** (sic)⁶³ [...]» (Resaltado fuera del texto original).

Ahora, con respecto a la motivación de las providencias debemos precisar que se trata de un deber que tienen todas las autoridades de expresar las razones que conducen a la toma de una determinada decisión o a la expedición de un acto, en efecto, la motivación de las decisiones judiciales y administrativas se proyecta como una manifestación y garantía del derecho fundamental al debido proceso que prevé el artículo 29 constitucional.

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. Siendo el proceso disciplinario un trámite de naturaleza administrativa, es claro que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas. Sobre el particular, el doctor Carlos Mario Isaza Serrano ha dicho:

« [...] El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con la observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos del Código Disciplinario y de la ley que establezca la estructura y organización del ministerio público [...]»

El artículo 19 de la Ley 734 de 2002, consagró el deber de motivar al decir «toda decisión de fondo deberá motivarse», por su parte el Código Contencioso Administrativo⁶⁴ no lo estipuló expresamente pero sí trajo la consecuencia de su incumplimiento en su artículo 84, al disponer que la nulidad de los actos administrativos procede, entre otros casos, cuando han sido expedidos con falsa motivación, lo que puede suceder en uno de dos eventos. Cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración fueron hechos que no se

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C. 9 de julio 2015. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00189-00(0777-12). Actor: José Libardo Moreno Rodríguez. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional.

⁶² Corte Constitucional, sentencia T-969 de 2009.

⁶³ La ortografía y gramática corresponden al texto original.

⁶⁴ Se deben observar las normas contenidas en el CCA teniendo en cuenta que la actuación disciplinaria se inició en vigencia de la referida codificación.

encontraban debidamente acreditados o cuando, por el contrario, habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración, aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.”

En ese orden de ideas, la Sala procede a estudiar si en efecto se configuró la falsa motivación, revisando las pruebas que fueron tenidas en cuenta por el ente sancionador en los fallos de primera instancia de fecha 27 de septiembre de 2018 y segunda del 12 de septiembre de 2019, por los cuales fue sancionado el señor Diego Alvarado Livingston Pomare.

Las pruebas que sirvieron de fundamento a las decisiones fueron principalmente las siguientes:

“

1. Expediente contentivo de la acción de tutela adelantada ante el Tribunal Administrativo de San Andrés, instaurada por la señora Roquelina Bryan Eden en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil – Registraduría de San Andrés, en el cual obra sentencia de fecha 23 de mayo de 2016, donde se tuteló derecho fundamental al debido proceso de la accionante y en consecuencia, se ordenó dejar sin efectos el auto de fecha 28 de abril de 2016, proferido dentro del proceso disciplinario No. 056-001-001-2016 y reintegra a la actora a su cargo.
2. Expediente radicado No. 56-001-2016, adelantado por el señor Diego Alvarado Livingston Pomare, Registrador Especial de San Andrés islas, en contra de la señora Roquelina Bryan Eden, en el que se encuentra memorando DDSAI-315 del 28 de abril de 2016, mediante el cual el delegado departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil pone en conocimiento al registrador especial el incumplimiento de una comisión y ordena adelantar trámite disciplinario contra Roquelina Bryan Eden.
3. Con fundamento en el informe oficial del 28 de abril de 2016, el señor Diego Livingston Pomare, en condición de Registrador Especial de San Andrés islas, ordenó la apertura de investigación disciplinaria y suspensión provisional por el término de tres (3) meses contra Roquelina Bryan Eden.
4. El 29 de abril de 2016, Diego Livingston suscribe oficio citatorio número 252/56001 otorgándole un término de ocho (8) días a Roquelina Bryan para notificarle personalmente la investigación disciplinaria en su contra.
5. El 02 de mayo de 2016, Roquelina Bryan se notificó del auto.
6. Mediante oficio número 255/56-001 REGISAI, el 02 de mayo de 2016, el doctor Diego Livingston informa a los Delegados del Registrador Nacional de San Andrés islas, la apertura de investigación disciplinaria contra Roquelina Bryan Eden en su condición de Auxiliar administrativa.
7. Mediante auto No. 263/56001/REGISAI del 2 de mayo de 2016, el doctor Diego Livingston, informó a los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, su condición de investigado en el proceso disciplinario bajo radicado IUS 2014-237272 que se adelantaba ante la Procuraduría Regional de San Andrés, en el cual se formuló pliego de cargos, siendo denunciante, la señora Roquelina Bryan Eden, hecho que actualiza la causal de impedimento o recusación que prevé el numeral 8 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002.
(...)
8. Expediente radicado No. 2014-237272, adelantado por la Procuraduría Regional de San Andrés en contra del señor Diego Alvarado Livingston Pomare, del cual se consideran relevantes los siguientes documentos:

- Oficio 1133 de 14 de julio de 2017, suscrito por Juan Carlos Ripoll Padilla, en calidad de Auxiliar Administrativo adscrito a la Procuraduría Regional de

San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante el cual complementa la respuesta dada en oficio 1750 de 22 de noviembre de 2016, informando que la señora Roquelina Bryan Eden, presentó queja contra el señor Diego Livingston Pomare, bajo el radicado No. IUS 2014-237272, la cual culminó con fallo sancionatorio de segunda instancia.

(...)

9. Providencia del 18 de julio de 2014, mediante la cual se resuelve iniciar indagación preliminar en los términos del artículo 150 del Código Disciplinario Único contra Diego Livingston Pomare, en condición de Registrador Especial del Estado Civil de San Andrés islas, por queja instaurada por la señora Roquelina Bryan Eden, formulada el 09 de julio de 2014, en la cual daba cuenta que el citado funcionario no dio trámite a su queja por acoso laboral, instaurada contra la doctora Zoila María, en calidad de Delegada del Registrador Nacional del Estado Civil.
10. Auto de fecha 31 de julio de 2015, que ordenó adelantar y tramitar la investigación disciplinaria seguida contra el doctor Diego Livingston. (...)
11. Versión libre rendida por el señor Diego Alvarado Livingston, en el que manifestó:

“Laboro hace mas de 10 años y soy muy responsable, cumplo con mis deberes y cumplo con las exigencias constitucionales que juré realizar al momento de tomar posesión del cargo en materia de registro civil, identificación y electoral, tengo amplio conocimiento y cumplo con mis deberes funcionales. En materia disciplinaria fue el primer proceso que la delegación me envió en 10 años para investigar por un hecho grave, era la pérdida de un expediente enviado desde la delegación de Nariño para notificar al señor Dagoberto Henry Whitaker y no conozco a fondo el derecho disciplinario porque como abogado uno siempre se cuida de evitar conductas que en si mismo constituyen plena prueba, no obré con interés, ni fue mi propósito, ni intención adelantar una actuación de manera dolosa intencional y con conocimiento de una prohibición legal para ello, porque uno sabe que al hacerlo se actualizan consecuencias previstas en la ley.

(...) el 28 de abril de 2016, abrí investigación disciplinaria y proferí auto de suspensión provisional en contra de la auxiliar administrativo de la Registraduría, pero yo no tenía conocimiento de la causal de impedimento prevista en la norma haber sido sujeto procesal en actuación disciplinaria en la cual la quejosa era la misma auxilia. Una vez iniciada la investigación disciplinaria que inicié con base en la queja y solicitud de los Delegados Departamentales y estudiando el Código Único Disciplinario con el propósito de adquirir más conocimiento a efecto de que la actuación surtiera sus efectos dentro del marco de la justicia administrativa, la responsabilidad de mis actos, la transparencia y otros factores que daría como resultado, el resultado esperado por mi entidad, encontré en el artículo 84 numeral 8 que estaba incurso en una causal de impedimento y al percatarme de la actuación y la existencia de ese precepto, inmediatamente lo puse en conocimiento de los señores delegados (...)”

12. Declaración juramentada rendida por el señor Gustavo Hernández Pomare, Delegado del Registrador Nacional en San Andrés, islas.
13. Declaración juramentada rendida por el señor Carlos Adolfo Roca Roa, Delegado del Registrador Nacional en San Andrés, islas.”

Observa la Sala que las pruebas descritas precedentemente, permitieron revelar a la entidad sancionadora que el investigado omitió declararse impedido de manera oportuna, argumento que es compartido en esta instancia, pues, dentro del expediente se pudo constatar que el 09 de julio de 2014, la señora Roquelina Bryan Eden formuló queja disciplinaria contra el doctor Diego Livingston Pomare ante la Procuraduría Regional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por cuanto,

no dio trámite a queja formulada por acoso laboral contra la delegada departamental del Registrador Nacional del Estado Civil. En el mencionado proceso disciplinario en el que se surtieron las siguientes etapas:

- El 18 de julio de 2014, se ordenó indagación preliminar⁶⁵
- El 28 de julio de 2017, rindió versión libre.⁶⁶
- El 31 de julio de 2015, se ordenó adelantar y tramitar la investigación disciplinaria.⁶⁷
- 16 de diciembre de 2015 y 20 de enero de 2016, se surtieron audiencias.⁶⁸
- El 29 de abril de 2016, fue sancionado disciplinariamente con amonestación escrita en fallo de primera instancia.
- El 03 de mayo de 2016, en audiencia se apeló la decisión proferida por la Procuradora Regional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en la que sancionó disciplinariamente al señor Diego Livingston Pomare.
- El 19 de diciembre de 2016, se confirma la decisión de primera instancia.⁶⁹

Evidenciadas las anteriores actuaciones, se entiende sin realizar mayor esfuerzo que el señor Diego Livingston Pomare tenía conocimiento del trámite surtido hasta el fallo de primera instancia, los cuales se dieron entre el año 2015 y 2016 -29 de abril- lo que indica que lo tenía presente porque eran actuaciones recientes, además de ello, tampoco era ajeno a lo que concierne un proceso disciplinario, por cuanto él se encontraba inmerso dentro de uno como sujeto pasivo del que resultó sancionado.

De otra parte, se constata que el demandante tenía conocimiento de las normas aplicables al proceso disciplinario que aperturó contra la señora Roquelina Bryan, toda vez que, en el acto señaló que el parágrafo del artículo 2º de la Resolución No. 1950 de 2002 le otorgaba la competencia para llevar a cabo el citado procedimiento. La norma señala lo siguiente:

“Artículo 2º. Competencia en las delegaciones departamentales. Los delegados departamentales asignarán las funciones a un profesional universitario, con título de abogado, la competencia para conocer y fallar la primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios de cada una de esas circunscripciones Electorales y en los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, la segunda instancia de los procesos disciplinarios mencionados.

Parágrafo. En las delegaciones departamentales, donde no exista un profesional universitario, con título de abogado, será el superior inmediato del investigado, el competente para conocer y fallar la primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios de cada una de esas circunscripciones electorales y los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil serán los encargados de conocer la segunda instancia de los procesos disciplinarios en comento.”

⁶⁵ Fls. 421-425 Antecedentes administrativos

⁶⁶ Fls. 427-438 Antecedentes administrativos.

⁶⁷ Antecedente administrativo.

⁶⁸ Fls. 448-462 Antecedentes administrativos.

⁶⁹ Fls. 606-622 Antecedentes administrativos.

En ese orden de ideas, el proceso disciplinario efectuado en su contra no era un hecho aislado que él no pudiera tener presente, para vislumbrar que no podía adelantar trámite alguno hasta tanto no estuviera seguro de presentarse un eventual impedimento, dado que, si sabía que era competente para surtir un trámite disciplinario, difícil resulta creer que no supiera o mínimamente sospechara que se pudiera encontrar en un eventual impedimento.

Adicionalmente, es pertinente tener en cuenta que de acuerdo con lo mencionado en la queja presentada por la señora Roquelina Bryan el 02 de mayo de 2016, ella se encontraba de vacaciones y fue en el momento de reintegro que se notificó de la decisión del señor Livingston Pomare, por lo que, infiere la Sala que este sí tuvo la oportunidad de estudiar muy bien el tema, para verificar si se encontraba ante un eventual impedimento antes de haber proferido las decisiones por las que fue sancionado. Es así que, se encuentran suficientes pruebas que demuestran que el impedimento se debió advertir de manera oportuna, es decir, antes de haber proferido los actos que ordenaron la apertura del proceso disciplinario y suspensión del cargo.

Así las cosas, los argumentos del demandante alegando la falsa motivación por insuficiencia probatoria, muestran la inconformidad de la valoración de la prueba, mas que de la existencia de la misma, pues, como ya se advirtió, en el proceso disciplinario se acreditó que el señor Diego Livingston Pomare, si bien se declaró impedido, lo efectuó de manera tardía, con lo cual incurrió en el desconocimiento de los deberes contenidos en los numerales 1 y 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002.⁷⁰

⁷⁰ “**ARTÍCULO 34. DEBERES.** Son deberes de todo servidor público:

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

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

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

En virtud de lo anterior, la Sala concluye que la Procuraduría General de la Nación no incurrió en falsa motivación por deficiencia probatoria, por cuanto la decisión sancionatoria adoptada contaba con las razones esenciales por las que fue proferida, las cuales se sustentan en las pruebas que tuvo en consideración la entidad, sin que pueda establecerse la existencia de algún otro medio de prueba que hubiere pasado inadvertido y conforme al cual la determinación adoptada debiera quedar sin soporte o, por lo menos, el demandante no lo acredita. En razón de lo cual, quedan incólumes hasta el momento las decisiones proferidas por entidad demandada.

(iii) De la falsa de motivación (los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad) y violación normativa al declarar responsabilidad objetiva

Manifiesta que el ente de control disciplinario afirmó en los actos demandados que la conducta desplegada por el señor Diego Livingston Pomare afectó de manera sustancial los principios de imparcialidad, juez natural y moralidad administrativa. Bajo esta premisa se declaró probado el elemento de ilicitud sustancial, el cual no se limita a la mera inobservancia de los deberes funcionales, sino que se concreta cuando el incumplimiento del deber implica la afectación sustancial de los principios que rigen la función pública, es decir, una falta solo puede ser sancionada desde la perspectiva disciplinaria en la medida en que con ella se afecte el cumplimiento de los cometidos estatales por omisión de los deberes funcionales asignados a los servidores públicos.

Refiere la parte actora que no se encuentra configurada la ilicitud sustancial, por cuanto no se afectó sustancialmente los principios de imparcialidad, transparencia y juez natural, con la expedición del auto de apertura de investigación y de suspensión provisional, toda vez que este último fue confirmado por el superior, con lo cual se acredita la legalidad de la misma. Por lo anterior, afirma que la simple infracción de un deber no es suficiente para imputar una sanción disciplinaria, tal como sucedió, en su criterio, en el asunto sub judice ya que no se afectó ningún principio dado que el auto de suspensión de Roquelina Bryan no fue revocado.

Respecto a la ilicitud sustancial, la misma se encuentra regulada en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, que dispone que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la norma citada en la sentencia C-948 de 2002, referente al concepto de deber funcional, mencionó que:

“El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines”.

Conforme a lo anterior, la Sala encuentra que la autoridad disciplinaria se pronunció en las decisiones de primera y segunda instancia sobre la ilicitud sustancial, la cual define el legislador en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, que se atente contra el deber funcional, esto es, que transgreda el buen funcionamiento del Estado y por ende sus fines, lo que efectivamente sucedió en el caso de estudiado, al no declararse impedido de manera oportuna, afectando así los principios de transparencia e imparcialidad.

La Ley 734 de 2002- Código Disciplinario Único- dispone:

“La Función Pública y la falta disciplinaria

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

Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00071-00
Demandante: Diego Livingston Pomare y Otra
Demandado: Procuraduría General de la Nación
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

...

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

Así entonces, el actor con su conducta desconoció estas disposiciones normativas de la ley disciplinaria cuando en la calidad de Registrador Especial del Estado Civil de San Andrés, islas, se declaró impedido luego de haber proferido actos que ordenaban la apertura de una investigación disciplinaria y la suspensión del cargo a una de sus subalternas luego de que aquella hubiera formulado queja disciplinaria en su contra, asunto que concluyó con la imposición de una sanción.

En tal sentido, se advierte que sí se configuró una afectación a su deber de imparcialidad y transparencia, ya que con la conducta desplegada incurrió en la falta disciplinaria, dado que, si bien el impedimento que aunque tardíamente presentado, fue aceptado por sus superiores para evitar precisamente que se encontraran sesgadas sus decisiones, no obstante ya había decretado la suspensión provisional del cargo en cumplimiento de su deber funcional como Registrador Especial del Estado Civil de San Andrés, isla, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso de la señora Roquelina Bryan Eden, pues, el acto fue expedido sin tener la competencia para ello -incumpliendo un deber funcional-, situación que se acredita mediante sentencia de tutela proferida por esta Corporación el 23 de mayo de 2016 en el que señaló:⁷¹

“En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que el Registrador Especial de San Andrés, islas, decretó una medida cautelar de suspensión provisional, sin tener competencia para ello y sin haber iniciado la correspondiente investigación disciplinaria, además de que la consulta se surtió sin el lleno de los requisitos legales, debe concluirse que la misma es violatoria del derecho fundamental del debido proceso de la accionante, toda vez que, la decisión que se analiza no consulta las garantías que se requieren para su procedencia, con base en lo cual, el Tribunal tutelaré el derecho fundamental al debido proceso de la señora ROQUELINA BRYAN EDEN, y en consecuencia, dejará sin efectos el acto administrativo de suspensión provisional analizado (...).”

⁷¹ Sentencia de tutela. Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Expediente Radicado No. 88-001-23-33-000-2016-00035-00. Accionante: Roquelina Bryan Eden. Accionado: Registraduría Nacional del Estado Civil - Registraduría Especial de San Andrés, islas.

SIGCMA

De otra parte, respecto de la afirmación *“cosa distinta es que la decisión de suspensión provisional hubiese sido revocada, demostrándose ahí si el desconocimiento de los principios de imparcialidad y transparencia con que deben adoptarse las decisiones administrativas”* (Sic), resulta importante precisar que son situaciones distintas, por cuanto, una cosa es la decisión y otra, quien profirió la decisión, en este caso se reprocha la actuación de quien tomó la decisión, por encontrarse impedido para hacerlo – Diego Livingston Pomare en calidad de superior funcional de la señora Roquelina Bryan- siendo así irrelevante que la medida decretada fuera confirmada o no.

En este orden, los argumentos expuestos por el demandante tampoco están llamados a prosperar puesto que, se demostró la ilicitud sustancial de la conducta del actor, sin que esta se entienda como una responsabilidad objetiva. Así las cosas, considera la Sala que no se incurrió en ilegalidad alguna, toda vez que, se evidencia que el operador disciplinario previamente a la imposición de la sanción agotó el proceso por la cuerda procesal que correspondía a las circunstancias fácticas y garantizó el derecho de defensa y contradicción, el investigado conoció y tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, recurrir decisiones, proponer nulidades, de aportar pruebas y controvertir las recabadas en la investigación.

En virtud de todo lo expuesto, concluye esta Corporación que el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, en razón de lo cual resulta imperioso negar las súplicas de la demanda.

- CONDENA EN COSTAS

Sin condena en costas.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00071-00
Demandante: Diego Livingston Pomare y Otra
Demandado: Procuraduría General de la Nación
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

JESÚS G. GUERRERO GONZÁLEZ

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-23-33-000-2020-00071-00)

Código: FCA-SAI-05

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

Firmado Por:

Noemi Carreño Corpus

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Expediente:88-001-23-33-000-2020-00071-00
Demandante: Diego Livingston Pomare y Otra
Demandado: Procuraduría General de la Nación
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

SIGCMA

Contencioso 003 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres

Jose Maria Mow Herrera

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 002 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3d2af9608087a75f3966c59acac57ff0f6a31df95c32a6496b6c5d40a29614f4**

Documento generado en 05/08/2021 02:00:09 PM