

CONTROL JUDICIAL INTEGRAL / DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS / CAUSALES DE NULIDAD / VALORACIÓN PROBATORIA / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD / ILICITUD SUSTANCIAL

[E]l control que debe ejercer el juez administrativo sobre los actos de la administración que sean de carácter disciplinario, debe ser un control integral; en la medida en que la actividad de este juez «supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales» 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 optimizar 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 uno de ellos dentro la actuación sancionatoria. 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 lo ordenan el artículo 170 del CCA y el inciso 3 del artículo 187 del CPACA estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas. En cuanto a la ilicitud sustancial, el juez está autorizado para realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de esta, 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. [...]

DEBIDO PROCESO / PROCESO DISCIPLINARIO / TIPICIDAD DISCIPLINARIA

[S]on 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 idem*, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la *reformatio in pejus*» [...] En relación con la tipicidad es pertinente señalar (...) que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así las cosas, el que adelanta la investigación disciplinaria dispone de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para

legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas. [...]

FUNCIÓN SOCIAL DE LA EDUCACIÓN / EJERCICIO DE LA DOCENCIA / DEBERES DEL DOCENTE OFICIAL / DEBER DE CUIDADO / TRATO RESPETUOSO ENTRE DOCENTE Y ALUMNO / LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES TIENEN DERECHO A SER PROTEGIDOS CONTRA TODAS LAS ACCIONES O CONDUCTAS QUE CAUSEN MUERTE, DAÑO O SUFRIMIENTO FÍSICO, SEXUAL O PSICOLÓGICO

[A]creditada como está la relación sentimental entre el docente y la estudiante, se debe tener en cuenta que la educación en términos del artículo 67 de la Constitución Política es un derecho fundamental y un servicio público que tiene una función social cuyo objetivo es «el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura». [...] Acorde con tal posición, el artículo 104 de la Ley 115 de 1994, determina que «el educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad.» [...] En armonía con estas normas, no se puede perder de vista que tratándose de menores de edad, con la Convención de los Derechos del Niño ratificada mediante la Ley 12 de 1991, Colombia aceptó como menor de edad todo ser humano menor de 18 años (art. 1) y se comprometió asegurar a las menores de edad «la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley», en consonancia con el interés superior del menor. Bajo la premisa citada, esta Corporación ha mantenido que entre el profesor y el estudiante menor de edad surge un deber de cuidado producto de la posición dominante que ostenta debido a su autoridad lo cual implica un mayor compromiso y responsabilidad en el proceso educativo. En ese contexto, el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 (...) contempla que es deber del servidor público, en este caso, del docente «tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio» y el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, por el que fue complementado en las decisiones acusadas, dispone que «los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.» [...] [L]a Sala concluye que en el *sub examine* la conducta del docente (...) respecto a la estudiante (...) se adecuó al tipo disciplinario contenido en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, puesto que según la naturaleza y características propias de su cargo como educador, el mantenimiento de relaciones sentimentales y sexuales con quien tuvo relación por razón de su servicio –su alumna- se aleja del marco del respeto y rectitud propio de quien asume el rol constitucional de «acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura», más aun cuando se refiere a un sujeto en condición de vulnerabilidad e indefensión que requiere de especial atención por parte de la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.[...]

PROCESO DISCIPLINARIO / TIPO EN BLANCO / TIPO ABIERTO / DEBERES Y PROHIBICIONES / RELACIONES ENTRE DOCENTE Y ALUMNO

En este punto es relevante destacar que el apelante alegó que no existe en el

ordenamiento jurídico alguna norma que proscriba las relaciones entre profesores y estudiantes a la manera de tipo en blanco, sin embargo, la Sala debe precisar que el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 no tiene la condición de prohibición, sino de deber, y este, más que un tipo en blanco, responde a un tipo abierto, el cual se caracteriza por estar construido en un concepto jurídicamente indeterminado. Particularmente, el irrespeto y la rectitud no están definidas en una disposición normativa en particular, pero sí pueden explicarse a través de un raciocinio que implique una mínima carga de argumentación para afirmar qué conductas pueden ser consideradas como tales. En el presente caso, respeto y rectitud le faltaron al docente cuando rebasó el límite de lo permitido, al no entender la elemental diferencia entre una relación profesor – alumna a aquella que se basa en las relaciones personales y afectivas con un menor de edad, quien desde el plano de lo académico era precisamente un sujeto de especial atención, orientación y protección, en consecuencia, este cargo de apelación no está llamado a prosperar.

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 67 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 18 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 34 NUMERAL 6 / CPACA - ARTÍCULO 187 / LEY 115 DE 1994 - ARTICULO 104 / LEY 12 DE 1991 - ARTÍCULO 1 / LEY 1098 DE 2006 - ARTÍCULO 18

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., dos (2) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número:25000-23-42-000-2016-05578-01(1547-18)

Actor: FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO

Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

Referencia: RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. DOCENTE DE INSTITUCIÓN EDUCATIVA OFICIAL. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA/LEY 1437 DE 2011

Conoce la Sala de Subsección del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 10 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹.

El señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.Pretensiones²

(i). La nulidad de la **Resolución No. 0278 del 8 de mayo de 2012** por medio de la cual la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación Distrital decidió en primera instancia el proceso disciplinario verbal No. 287/10³, y la **Resolución No. 1701 del 17 de julio de 2012** por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el servidor público FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO contra ese acto administrativo.

(ii). A título de restablecimiento del derecho solicitó las siguientes condenas:

- Declarar que está exonerado o libre de responsabilidad disciplinaria por los hechos que fueron objeto de investigación en el proceso disciplinario No. 287/10;
- Declarar que no hay solución de continuidad.
- Ordenar a la entidad demandada el reconocimiento y pago de los salarios, primas, reajuste, emolumentos, aportes a seguridad social y en general, de todas las prestaciones de ley le corresponden desde la fecha de su desvinculación y hasta el día que se produzca el reintegro a sus labores.
- Comunicar a la Procuraduría General de la Nación – División de Registro y Control Personería Distrital o las dependencias a que hubiere lugar para que se elimine el registro de la sanción o el antecedente disciplinario.

¹ Folio 277 del expediente.

² Folio 278 del expediente.

³ Ídem.

(iii). Condenar en costas a la parte demandada y ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo.

1.2. Fundamentos fácticos⁴

Como sustento de las pretensiones, se exponen los siguientes fundamentos fácticos:

- (i) El señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO fue vinculado en periodo de prueba al Colegio Distrital Nueva Zelanda IED jornada tarde, sede A, mediante la Resolución No. 5466 del 1 de diciembre de 2006, y posteriormente fue nombrado en propiedad en la planta de personal docente de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá a través de Resolución No. 3569 del 12 de septiembre de 2008 para prestar sus servicios como educador en el área de Educación Física y luego en el área de ética y valores en el grado 10° con el fin de completar su asignación académica de 22 horas semanales según el Decreto 1850 de 2002.
- (ii) A finales del año 2008 y principios de 2009, el docente FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO sostuvo una relación sentimental con una estudiante del Colegio Distrital Nueva Zelanda, la joven “MARIA ÁNGELICA”⁵, quien para la fecha contaba con diecisiete años de edad y se encontraba en 10° de esa Institución Educativa. Producto de esa relación nació el menor “ANDRÉS”.
- (iii) La relación sentimental entre MARÍA ÁNGELICA y el profesor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO fue voluntaria y consentida, libre de toda fuerza, coacción y cualquier forma de violencia como fue declarado y reconocido bajo por la joven.
- (iv) Mediante oficio No. PC-2009-402 del 28 de julio

⁴ Folio 278 a 281 del expediente.

⁵ La Sala de Decisión suprimirá de la providencia los nombres verdaderos de los menores de edad involucrados en este proceso, como medida para proteger su intimidad. Por lo anterior, los menores cuya identidad se protege serán llamados MARÍA ÁNGELICA y ANDRÉS.

de 2009, la rectora de la Institución Educativa comunicó a la oficina de control disciplinario que fue informada sobre la relación sentimental entre el docente y la estudiante.

(v) El 27 de mayo de 2010, la oficina de control disciplinario interno de la Secretaría de Educación profirió auto a través del cual ordenó iniciar indagación preliminar contra el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO. Este auto fue notificado al demandante el 15 de junio de 2010.

(vi) A través de auto de auto No. 043 del 26 de agosto de 2011, se le endilgó al docente el cargo único de «no haber tratado con respeto y rectitud a la alumna a su cargo» contenido en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002.

(vii) Por Resolución No. 0278 del 8 de mayo de 2012, la oficina de control disciplinario de la Secretaría Distrital profirió decisión disciplinaria de primera instancia en el sentido de sancionar al señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO por el término de nueve meses de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el mismo término.

(viii) El señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO presentó recurso de apelación contra la decisión anterior el cual se desató a través de la Resolución No. 1701 del 17 de julio de 2012 que resolvió revocar la decisión recurrida y en su lugar sancionarlo con 7 meses de suspensión en el cargo e inhabilidad especial por el mismo término.

1.3. Normas violadas y concepto de violación⁶.

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: los artículos 15, 21, 29, 122, 123, 209 de la Constitución Política, 4, 23, 34, 35 de la Ley 734 de 2002 y 4, 39, 40 del Decreto 2170 de 2002.

Como concepto de violación, la parte demandante, en síntesis, planteó los siguientes cargos en contra de los actos administrativos demandados:

⁶ Folios 280 a 300 del expediente.

a) Violación directa de la ley sustancial por inaplicación de las normas.

Indicó que los actos administrativos demandados vulneraron la intimidad personal, familiar el buen nombre y la honra consagrados en los artículos 15 y 21 de la Constitución Política puesto que hubo una injerencia indebida e innecesaria a la luz del artículo 40 del Decreto 1278 de 2002, en su vida privada, íntima, personal y familiar al llevar indiscriminadamente un asunto de carácter familiar y privado a la esfera disciplinaria en la que existen causales objetivas y específicas para juzgar su comportamiento.

Adicionalmente manifestó que se vulneró el principio de legalidad dispuesto en el artículo 4 de la Ley 734 de 2002 toda vez que se desconoció que la relación amorosa con la estudiante MARÍA ÁNGELICA, según su testimonio, fue voluntaria, libre y sin coacción alguna, igualmente porque no existía para el momento de los hechos, ninguna norma que prohibiera entablar relaciones sentimentales entre docente y alumna y tampoco está probado que esa restricción le fuera puesta en conocimiento.

En ese sentido, afirmó que en el manual de convivencia de la Institución Educativa no se encuentran prohibidas las relaciones afectivas entre profesores y alumnos como se desprende de los testimonios del docente GABRIEL EDUARDO RAMÍREZ y la coordinadora del Colegio Nueva Zelandia en los que expresan que dicho documento no se refiere al asunto, en consecuencia, también se vulneró el artículo 124 de la Constitución puesto que le asignó una obligación diferente a la consagrada en la ley.

b) Violación directa de la ley sustancial por aplicación errónea de las normas.

Sostuvo que hubo una interpretación errónea de las normas contenidas en el código disciplinario único, específicamente los artículos 34 y 35 de los deberes y prohibiciones, toda vez que en ninguna parte proscribía que los docentes puedan crear lazos fuertes con quienes se involucran por razón del servicio de modo que la decisión sancionatoria se fundamentó en arbitrios ilegales, más aun cuando está demostrado que cumplió las labores que le fueron encomendadas y que su conducta en el cargo estuvo acorde con los deberes y funciones que le asistían en consonancia con los artículos 4 y 39 del Decreto 1278 de 2002 y como consta en el testimonio rendido por la directora de la Institución Educativa, ALBA SALAZAR RAMÍREZ.

c) Desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. Afirmó que se configuró la causal de nulidad de desviación de poder en tanto quedó demostrado que la intención del operador disciplinario que expidió los actos demandados se apartó de la finalidad de la norma pues obvió que no incurrió en una conducta prohibida legalmente y que la estudiante MARÍA ANGÉLICA tenía plena capacidad de autodeterminación de tal manera que la relación fue de muto acuerdo.

Asimismo, señaló que quedó acreditado que la intención del funcionario que expidió el acto administrativo atacado fue previa a la toma de la decisión porque desde el inicio del proceso tomó una posición parcializada fundamentada en prejuicios y en consideraciones morales y subjetivas como la de proteger a una joven madre.

d) Falsa motivación. Alegó que los actos sancionatorios incurrieron en una falsa motivación por cuanto desde la apreciación probatoria hasta los argumentos expuestos manifiestan una valoración errada de los hechos llevada por juicios morales y tradicionalistas sesgados por una posición paternalista.

En ese orden de ideas, dijo que no se tuvieron en cuenta las verdaderas circunstancias del caso motivo por el cual se profirieron dos resoluciones abiertamente contradictorias a los hechos a la finalidad del derecho y la sanción disciplinaria.

Así las cosas, precisó que si bien tuvo una relación afectiva y sentimental con la estudiante MARÍA ANGÉLICA lo cierto es que fue en periodo de vacancia académica lo que no afectó su desempeño intachable como educador mucho menos su relación con la comunidad estudiantil y las directivas en tanto toda vez que siempre trató con respeto, decoro e imparcialidad.

Por otra parte, resaltó que el hecho investigado fue no tratar con “respeto y rectitud” a la persona con quien tuviera una relación en razón de su cargo, en particular con la estudiante MARÍA ANGÉLICA junto a la cual procreó un hijo ANDRÉS, sin embargo, este no se configuró porque nunca irrespetó ni se parcializó en su relación dado que fue consentida como se confirmó en la declaración juramentada rendida por la implicada quien expresó que esta fue voluntaria.

2.1. DISTRITO DE BOGOTÁ D.C. La oficina asesora jurídica de la **Secretaría de Educación de Bogotá**⁷ a través de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda pues afirmó que la entidad ajustó sus actuaciones a la Ley porque existió plena certeza de la responsabilidad disciplinaria del señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO, esto es, que la conducta que desplegó fue típica, antijurídica y culpable.

En ese sentido, aseguró que en el ordenamiento jurídico colombiano no está permitido que los docentes frecuenten o establezcan relaciones sentimentales con sus estudiantes pues dicha conducta constituye una falta de respeto, imparcialidad y rectitud hacia las personas con quienes tiene relación por razones del servicio.

Según lo anterior, afirmó que en el presente caso quedó probado que el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO se aprovechó de la inmadurez psicológica y emocional de la estudiante menor de edad -17 años- para establecer una relación sentimental con ella, circunstancia que configuró la tipicidad de la conducta atribuida.

Al respecto, advirtió que la falta disciplinaria cometida por el demandante tiene una trascendencia social en tanto la comunidad les deposita a los docentes la confianza en la formación y cuidado de los menores y adolescentes.

También sostuvo que se probó en el proceso disciplinario la culpabilidad del investigado quien, a pesar de conocer las consecuencias de su actuación, continuó ejecutándola.

Formuló las excepciones de (i) legalidad de los actos administrativos demandados referida a que las resoluciones sancionatorias fueron expedidas en el marco de las leyes aplicables y (ii) ausencia de la violación del debido proceso disciplinario toda vez que se respetaron las ritualidades del debido proceso.

3. AUDIENCIA INICIAL.

El 7 de marzo de 2017, la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal

⁷ Folios 330 a 336 del expediente.

Administrativo de Cundinamarca celebró audiencia inicial⁸ en la que resolvió (i) decidir las excepciones formuladas al momento de proferir una decisión de fondo (ii) declarar fallida la conciliación (iii) fijar el litigio en los siguientes términos: «determinar si el acto administrativo complejo, compuesto por los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia proferidos por la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación y la Secretaría de Educación de Bogotá, respectivamente, se encuentran incursos en alguna de las causales previstas en la ley que conlleven a su declaratoria de nulidad, y en consecuencia establecer, si procede o no, el restablecimiento del derecho pretendido y la reparación del daño moral y material solicitado»⁹ (iv) incorporar y dar valor probatorio a los documentos allegados al expediente y (v) correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El 10 de noviembre de 2017, la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁰ profirió sentencia de primera instancia mediante la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda y abstenerse de condenar en costas.

A propósito, refirió que la Corte Constitucional realizó un estudio de constitucionalidad de los numerales 2 y 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y concluyó que no admiten una valoración subjetiva del operador disciplinario, sino que las expresiones que contienen cuentan con una clara precisión conceptual relacionada directamente con la naturaleza, finalidades y características propias de la función administrativa a cargo del Estado de modo que existe pleno sustento constitucional para el mandato según el cual los funcionarios públicos deben actuar a partir de máximas y exigencias de respeto y rectitud de las personas con quienes tienen un trato personal en razón de su cargo.

En ese orden de ideas, afirmó que la conducta del demandante se tipificó en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 quien fue encontrado responsable disciplinariamente por desconocer el deber de tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a una de sus alumnas, conducta que se apartó de los fines del Estado y de la prestación del servicio educativo.

⁸ Folios 373 a 374 del expediente

⁹ Folio 373 del expediente.

¹⁰ Folios 392 a 402 del expediente.

En concordancia con lo expuesto, resaltó que el actuar del disciplinado incurrió en una afectación del deber funcional porque infringió y afectó su obligación como docente quien tiene a cargo la prestación de un servicio público esencial que es la educación cuyo objetivo es la formación moral, intelectual y física de los educandos el cual resultó vulnerado por la conducta que desplegó.

En consideración a lo anterior, sostuvo que los actos administrativos demandados tuvieron un fundamento fáctico, normativo, probatorio y no fueron producto de la voluntad subjetiva o caprichosa del ente investigador, en consecuencia, desestimó las suplicas de la demanda.

5. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte demandante**¹¹ presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos:

(i). Adujo que la conducta que realizó es atípica porque la falta disciplinaria que se le atribuyó contemplada en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 es un tipo en blanco que debió ser complementado con otra norma que contemplara de forma específica y precisa la conducta prohibida, sin embargo, no existe en el ordenamiento jurídico ninguna regla que prohíba entablar relaciones sentimentales consensuadas entre docente y estudiante y tampoco se le puso en conocimiento dicha restricción, lo cual lleva a concluir que existió una violación directa de la ley sustancial por inaplicación de las normas.

(ii). De acuerdo con lo anterior, reiteró que el testimonio rendido por el docente GABRIEL EDUARDO RAMÍREZ y la coordinadora del Colegio para la época, LIGIA GILMA RIVERA, dan cuenta que en el manual de convivencia no estaba contemplada esa prohibición, esto es, no se respetó el principio de legalidad de modo que la sanción no tuvo otro fundamento que juicios y reglas morales y subjetivas.

(iii). Reiteró que los actos administrativos reprochados incurrieron en una desviación de poder, por cuanto la intención del operador disciplinario se alejó de la finalidad del buen servicio y se profirió con un objeto distinto al determinado en

¹¹ Folios 409 a 419 del expediente.

la norma porque tomó una decisión parcializada.

(iv). De igual forma, advirtió que las resoluciones sancionatorias fueron falsamente motivadas toda vez que se desconoció la autonomía de la estudiante MARÍA ANGÉLICA quien tomó la decisión voluntaria de entablar una relación con él, esto es, se obviaron las pruebas que daban cuenta de una relación consensuada y de la excelente labor que desempeñó en el ejercicio docente.

(v). Finalmente, alegó que el «respeto» y «rectitud», son conceptos jurídicos indeterminados que deben tener un desarrollo legal y reglamentarios para poder ser aplicados y que en su caso no ocurrió, de modo que las decisiones sancionatorias se sostuvieron solo en el análisis subjetivo y arbitrario del operador disciplinario carente de cualquier referente legal razón por la cual son ilegales.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

6.1. La **parte demandante**¹² presentó escrito de alegatos en el que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, referidos a la nulidad de los actos administrativos demandados por la configuración de las causales de violación de la ley, desviación de poder y falsa motivación

6.2. La **parte demandada**¹³, ratificó en su totalidad lo manifestado en la contestación de la demanda, esto es, que los actos administrativos atacados son legales porque se probó la comisión de la falta disciplinaria dispuesta en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹⁴.

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación solicitó confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

A propósito, explicó que la conducta era típica, antijurídica y culpable porque es evidente que (i) el demandante no actuó con respeto y rectitud respecto de la menor en tanto desplegó un comportamiento contrario a los presupuestos mínimos

¹² Folios 437 a 446 del expediente.

¹³ Folios 448 a 453 del expediente.

¹⁴ Folios 457 a 463 del expediente.

de la conducta de un servidor público y en específico de las tareas que le correspondían como docente las cuales están restringidas a la educación, (ii) aunque la relación fuera consentida, lo cierto es que se trataba de una menor de edad, y él, en su condición de educador no podía involucrarse sentimental y sexualmente con ella por su condición sino que debía sujetarse al ámbito académico, máxime cuando su cargo era precisamente de enseñar a los menores bajo su autoridad académica, no establecer lazos afectivos y sexuales, lo cual interrumpió abruptamente la formación escolar de la estudiante producto de su embarazo, quien no se encontraba preparada psicológicamente para enfrentar esa situación dada su inmadurez cronológica y, (iii) el demandante sabía de su proceder irregular y su actuación fue reprochable, tanto es así que le pidió a la alumna ocultar la relación y el embarazo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto y según lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

Por tanto, como quiera que en el presente asunto apeló solo una de las partes, la Sala de Subsección podrá conocer únicamente lo referente a los motivos que sustentaron la alzada presentada por el demandante.

2. Problemas jurídicos.

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación por el demandante, le corresponde a la Sala de Subsección resolver los siguientes interrogantes:

- (i) ¿Los actos demandados vulneraron el principio de legalidad de la actuación disciplinaria porque la conducta por la cual fue declarado responsable disciplinariamente el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO es atípica y no estaba contemplada en el manual de convivencia escolar?
- (ii) ¿Los actos administrativos demandados incurrieron en una desviación de poder por desatender la finalidad del servicio?
- (iii) ¿Las decisiones disciplinarias demandadas están falsamente motivadas porque no es cierto que el actor faltó el respeto a la menor MARÍA ANGÉLICA?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) el control integral del juez respecto de los actos administrativos disciplinarios; (ii) de los elementos del debido proceso en materia disciplinaria, y (iii) análisis sustancial del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

3.1. El juez contencioso administrativo y los actos administrativos de carácter sancionatorio disciplinario.

Inicialmente, con el fin de decidir esta controversia, es pertinente hacer alusión al alcance del juicio de legalidad que el juez administrativo debe adelantar respecto de los actos administrativos de carácter disciplinario.

Al respecto, destaca la Sala que de conformidad con la sentencia de unificación de 9 de agosto de 2016¹⁵ proferida por la Sala Plena de esta corporación, el control que debe ejercer el juez administrativo sobre los actos de la administración que sean de carácter disciplinario, debe ser un control integral; en la medida en que la actividad de este juez «supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se

¹⁵ 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.

realiza la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales»¹⁶.

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 optimizar 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 uno de ellos dentro la actuación sancionatoria¹⁷.

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 lo ordenan el artículo 170 del CCA¹⁸ y el inciso 3 del artículo 187 del

¹⁶ Lo anterior supone tal como se considera en esta decisión, que «1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva».

¹⁷ 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.

¹⁸ Artículo 170 del cca modificado por el artículo 38 del Decreto 2304 de 1989. «Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de los Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar estas».

CPACA¹⁹, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas²⁰.

En cuanto a la ilicitud sustancial, el juez está autorizado para realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de esta, 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.

3.2. De los elementos del debido proceso en materia disciplinaria.

De manera reiterada, ha señalado esta Corporación²¹ que 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 idem*, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la *reformatio in pejus*»²².

Así mismo, y por tratarse de aspectos importantes para igual propósito, la Sala ilustra de manera sucinta lo concerniente a la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en materia disciplinaria, en los siguientes términos:

En lo que se refiere a tipicidad, es pertinente señalar, como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, que el régimen disciplinario se

¹⁹ 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».

²⁰ 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 inculpaado que el Derecho Penal [...]”». Ahora bien, cuando el particular 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 anulatoria, a la solicitud de restablecimiento de la situación jurídica individual [...]”».

²¹ Al efecto, se reiteran y reproducen las consideraciones expuestas en las sentencias de 23 de septiembre de 2015 de la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación, radicado 11001-03-25-000-2010-00162-00(1200-10), actor: Ángel Yesid Rivera García, demandada: la Nación-Procuraduría General de la Nación y de 21 de junio de 2018, radicado: 25000 23 42 000 2013 06306 01 (4870-2015), accionante: Nancy Stella Marulanda Rodríguez, demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

²² Sentencia T-1034 de 2006, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto). En igual sentido se puede consultar sentencia C-310 de 1997, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz.

caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos.

Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos²³.

Así las cosas, el que adelanta la investigación disciplinaria dispone de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas.

Respecto a la antijuridicidad, que tiene que ver con el ilícito disciplinario, la Sala acoge la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de que, en el derecho disciplinario, la antijuridicidad no se basa en el daño a un bien jurídico tutelado y/o protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público²⁴. Por esto ha explicado que la valoración de la «lesividad» de las conductas que se han consagrado como faltas disciplinarias frente al servicio público es una tarea que compete al legislador, quien ha de realizar tal apreciación al momento de establecer los tipos disciplinarios en la ley; en tal medida, no compete a la autoridad disciplinaria que aplica la ley efectuar un juicio genérico de lesividad de las conductas reprochadas -lo que ya ha realizado el Legislador-sino efectuar un juicio de antijuridicidad basado en la infracción del deber funcional, la cual -se presume- genera de por sí un desmedro, legislativamente apreciado, sobre la función pública encomendada al servidor público disciplinado²⁵.

²³ Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario ver -entre otras- las sentencias C-181/02, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis

²⁴ Se puede consultar la sentencia C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²⁵ Al respecto se puede estudiar la sentencia C-393-2006, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

La relación de sujeción de los destinatarios de la acción disciplinaria con el Estado requiere la existencia de controles que operan a manera de reglas, cuya infracción, sin justificación alguna, consolida la antijuridicidad de la conducta; sin que la ilicitud sustancial comprenda el resultado material, pues la ausencia de este no impide la estructuración de la falta disciplinaria.

En cuanto a los grados de culpabilidad (dolo o culpa), la jurisprudencia constitucional ha precisado que el legislador adoptó, dentro de su facultad de configuración en materia disciplinaria el sistema de *numerus apertus*, porque contrario a lo que sucede en materia penal, no se señalan específicamente qué comportamientos exigen para su adecuación típica ser cometidos con culpa, de suerte que, por regla general, a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, lo que apareja que sea el juzgador disciplinario el que debe establecer cuáles tipos admiten la modalidad culposa, partiendo de su estructura, del bien tutelado o del significado de la prohibición²⁶.

Así, en la sentencia T-561 de 2005²⁷, se indicó que «el juez disciplinario debe contar, al nivel de la definición normativa de la falla disciplinaria, con un margen de apreciación más amplio que el del juez penal, que le permita valorar el nivel de cumplimiento, diligencia, cuidado y prudencia con el cual cada funcionario público ha dado cumplimiento a los deberes, prohibiciones y demás mandatos funcionales que le son aplicables; ello en la medida en que ‘es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento’²⁸».

4. Análisis del caso concreto.

Como **motivo de censura** la parte demandante argumentó que las decisiones disciplinarias de primera y de segunda instancia deben ser declaradas nulas porque la conducta por la que fue sancionado es atípica, incurrieron en una falsa motivación y en desviación de poder.

²⁶ Sentencia C-155 de 2002, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁷ MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

²⁸ Sentencia T-1093 de 2004, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda al considerar que las decisiones disciplinarias son legales puesto que la conducta del demandante sí es constitutiva de falta disciplinaria en tanto desconoció el deber de tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a una de sus alumnas, actuación que se apartó de los fines del Estado y de la prestación del servicio educativo.

A continuación, con el propósito de resolver los cuestionamientos formulados, la Sala tendrá en cuenta las pruebas aportadas cuya presunción de autenticidad no fue impugnada por las partes y permiten tener como acreditados los siguientes supuestos fácticos relevantes:

4.1. Hechos probados.

a). Calidad docente del demandante.

De acuerdo con las declaraciones rendidas en el proceso disciplinario por la rectora ALBA SALAZAR RAMÍREZ y la coordinadora del Colegio Nueva Zelandia GILMA RIVERA MARTÍNEZ (fols. 69 a 75), la declaración de la menor MARÍA ANGÉLICA (fol. 76 a 80), la versión libre del investigado (fols. 98 a 99) y el certificado expedido el 13 de agosto de 2010 por la Secretaría de Educación de Bogotá, está probado que el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO es licenciado en educación física y era docente de educación física y de ética del Colegio Nueva Zelandia para los años 2007-2008, momento en que ocurrieron los hechos objeto de la sanción (fol. 104).

b). Calidad de estudiante de la menor “MARÍA ANGÉLICA”.

En relación con MARÍA ANGÉLICA, está acreditado que era estudiante del Colegio Nueva Zelandia para los años 2007-2008 cuando ocurrieron los hechos constitutivos de falta disciplinaria mientras era alumna del señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO como consta en las declaraciones rendidas en el proceso disciplinario por la rectora ALBA SALAZAR RAMÍREZ y la coordinadora del Colegio Nueva Zelandia GILMA RIVERA MARTÍNEZ (fols. 69 a 75).

c). Actuaciones del proceso administrativo disciplinario.

(i) Visita de la Dirección de Inclusión e Integración de Poblaciones de la Secretaría de Educación de Bogotá al Colegio Nueva Zelandia. El 9 de abril de 2010, la Dirección de Inclusión e Integración de Poblaciones de la Secretaría de Educación de Bogotá, realizó visita al Colegio Nueva Zelandia con el propósito de indagar sobre la presunta comisión de un abuso sexual por parte de un profesor a una estudiante de esa Institución. Durante la diligencia, la directora del Centro Educativo confirmó que existió una relación sentimental entre el profesor de educación física y ética, FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO y la estudiante MARÍA ANGÉLICA, cuando ella era menor de edad, que el docente la maltrataba y que inicialmente no quiso reconocer al menor nacido de la relación pero que después lo hizo, también comunicó que puso el caso en conocimiento del Centro de Administración Educativa Local - CADEL y Control Interno pero no prosperó (fol. 55).

(ii) Comunicación de la Directora de Integración de Poblaciones al Secretario de Educación. El 13 de abril de 2010, la Directora de Inclusión e Integración de Poblaciones informó al Secretario de Educación de Bogotá: «la situación reportada por la rectora del colegio Nueva Zelandia, Alba Salazar, relacionada con el profesor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO, quien al parecer tuvo un hijo con una de sus estudiantes MARÍA ANGÉLICA, cuando la joven contaba con dieciséis años de edad.

Según la rectora, no se había hecho el reporte de los hechos porque la joven había ocultado quien era el padre de su hijo, por lo que el profesor continúa en el colegio. Según la rectora, este hecho ha afectado la convivencia y el buen ambiente escolar» (fol. 56).

(iii) Inicio de indagación preliminar queja 287/10. En razón a lo anterior, el 27 de mayo de 2010, el jefe de la Oficina de Control Disciplinario, producto de la queja número 287/10, profirió auto de inicio de indagación preliminar contra el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO y decretó unas pruebas, entre ellas escuchar a la rectora, la coordinadora y la estudiante del Colegio Nueva Zelandia (fols. 58 a 60).

- (iv) **Inicio indagación preliminar queja 300/10.** Con sustento en una nueva queja identificada con el número 300/10 presentada por los padres de familia del Colegio Nueva Zelandia (fol. 88), el 1 de julio de 2010, el jefe de la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación de Bogotá inició indagación preliminar contra el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO (fols. 89 a 91).
- (v) **Incorporación de la queja 300/10 a la queja 287/10.** El 23 de julio de 2010, el jefe de la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación de Bogotá resolvió incorporar la queja 300/10 a la 287/10 por tratarse de investigaciones que se fundamentan en los mismos hechos (fols. 96 a 97).
- (vi) **Citación a audiencia del proceso verbal.** El 25 de agosto de 2011, el jefe de la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación de Bogotá, dispuso que la actuación disciplinaria continuara bajo los lineamientos del procedimiento especial señalado en el artículo 57 de la Ley 1474 de 2011 que modificó el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 y citó a audiencia al señor FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ VALERO (fols. 106 a 117).
- (vii) **Decreto de pruebas.** El 18 de enero de 2012, el jefe de la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación de Bogotá decidió una solicitud de nulidad presentada por la apoderada del investigado y se decretaron pruebas dentro del proceso verbal (fols. 135 a 138).
- (viii) **Alegatos de conclusión.** El 17 de febrero de 2012, rindieron testimonio en el proceso GABRIEL EDUARDO RAMÍREZ RUIZ y LIGIA GILMA RIVERA MARTÍNEZ y se dio traslado para alegar de conclusión (fols. 145 a 149) de modo que el 1 de marzo de 2012, el investigado los presentó (fols. 150 a 162).
- (ix) **Decisión disciplinaria de primera instancia.** El 8 de mayo de 2012, el jefe de la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación de Bogotá profirió la Resolución No. 0278 a través de la cual resolvió sancionar disciplinariamente al señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO por el término de 9 meses de suspensión en el ejercicio del cargo

e inhabilidad especial por el mismo término al encontrarlo responsable por la comisión de la falta disciplinaria contemplada en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 (fs. 166 a 191).

(x) Recurso de apelación y decisión disciplinaria de segunda instancia.

Contra la decisión anterior, el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO interpuso recurso de apelación (fols. 132 a 203) que fue conocido por el Secretario de Educación de Bogotá quien resolvió, mediante Resolución No. 1701 del 17 de julio 2012, revocar parcialmente el acto administrativo apelado en el sentido de reducir la sanción impuesta a 7 meses de suspensión e inhabilidad especial por el mismo término (fols. 208 a 216) la cual fue ejecutada mediante Resolución No. 2313 del 24 de septiembre de 2012 (fols. 51 a 52).

d). Síntesis de la actuación disciplinaria: el cargo y la sanción impuesta.

La Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación de Bogotá, formuló un cargo contra el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO por el cual fue finalmente sancionado. A continuación, se sintetiza la congruencia entre el auto que citó a audiencia del proceso verbal y los actos administrativos sancionatorios demandados.

Auto que citó a audiencia del proceso verbal²⁹	Decisión disciplinaria de primera instancia proferida el 8 de mayo de 2012³⁰	Decisión disciplinaria de segunda instancia proferida el 17 de julio de 2012³¹
Cargo único: « Se endilga al señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO, identificado con la cédula de ciudadanía [...] en su condición de docente del Colegio Nueva Zelândia, el cargo de no haber tratado con respeto y rectitud a la alumna bajo su cargo, MARÍA ANGÉLICA, quien contaba para esa época con 17 años de edad, por cuanto a partir del mes de	Cargo único: el mismo que se formuló en el pliego de cargos.	Primer cargo: el mismo que se formuló en el pliego de cargos.

²⁹ Folios 106 a 117 del expediente disciplinario.

³⁰ Folios 166 a 191 del expediente disciplinario.

³¹ Folios 208 a 2016 del expediente disciplinario.

septiembre de 2007 y hasta enero de 2008, presuntamente, desbordó la relación docente-estudiante, pasando a sostener con aquella una relación afectiva, sentimental y sexual y como consecuencia de ello fue procreado el menor ANDRÉS» ³²		
Normas violadas con la conducta: numeral 6 del artículo 34 ³³ de la Ley 734 de 2002.	Normas violadas con la conducta: numeral 6 del artículo 34 ³⁴ de la Ley 734 de 2002.	Normas violadas con la conducta: numeral 6 del artículo 34 ³⁵ de la Ley 734 de 2002.
Calificación de la falta y forma de culpabilidad: la falta fue calificada como grave a título de dolo.	Calificación de la falta y forma de culpabilidad: la falta fue calificada como grave a título de dolo.	Calificación de la falta y forma de culpabilidad: la falta fue calificada como grave a título de dolo.
<u>Decisiones sancionatorias</u>	Nueve (9) meses de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por el mismo término	Siete (7) meses de suspensión e inhabilidad especial por el mismo término teniendo en cuenta los criterios atenuantes de la sanción probados en el proceso a favor del disciplinado.

4.2. Análisis sustancial.

Primer problema jurídico.

¿Los actos demandados vulneraron el principio de legalidad de la actuación disciplinaria porque la conducta por la cual fue declarado responsable

³² Folio 108 del expediente.
³³ «Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio»
³⁴ «Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio»
³⁵ «Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio»

disciplinariamente el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO es atípica y no estaba contemplada en el manual de convivencia escolar?

En el recurso de apelación presentado por el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO aseguró que su conducta fue atípica toda vez que la falta disciplinaria endilgada -dispuesta en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002- es un tipo en blanco que debió ser complementado con otra norma, no obstante, en el ordenamiento jurídico no existe regla alguna que prohíba que él como docente sostuviera una relación sentimental consensuada con su estudiante, tanto es así que ni en el manual de convivencia está proscrita dicha situación como consta en los testimonios del docente GABRIEL EDUARDO RAMÍREZ y la coordinadora del Colegio para la época, LIGIA GILMA RIVERA. En consecuencia, sostuvo que las decisiones disciplinarias demandadas vulneraron el principio de legalidad de la actuación disciplinaria.

En relación con la tipicidad es pertinente señalar, como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos.

Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos³⁶.

Así las cosas, el que adelanta la investigación disciplinaria dispone de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas.

³⁶ Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario ver -entre otras- las sentencias C-181/02, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Al respecto, en el *sub judice*, se observa que, en la decisión disciplinaria de primera instancia, la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación de Bogotá, se pronunció sobre este aspecto, así:

«TIPICIDAD DE LA CONDUCTA

Alega la defensa que se está ante una conducta atípica, en tanto considera que el actuar de su defendido no encuadra dentro de los tipos fijados en la ley disciplinaria.

Para el Despacho, este argumento carece de todo soporte conceptual y normativo, pues no debe olvidarse que la tipicidad en materia disciplinaria es diferente a la que informa otras disciplinas, como el derecho penal, estando establecido que el tipo en materia disciplinaria responde a formas que pasan por normas de reenvío y en blanco, las que deben ser complementadas con otras disposiciones, con las funciones propias del cargo y con los manuales de funciones y de procedimientos.

[...]

Para el caso que nos ocupa, la falta imputada al investigado Francisco Javier Rodríguez Valero fue la prevista en el numeral 6° del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que establece como deber de los servidores públicos “Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio”, norma que debe verse en concordancia con el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.

Bajo ese entendido, no puede admitirse que se esté ante una conducta que no está tipificada, porque lo que se puede afirmar sin duda alguna es, por el contrario, que está claramente fijada la conducta que se cataloga como falta; la cual consiste en el incumplimiento de un deber. Así las cosas, debe tenerse en cuenta el artículo 50 de la Ley Disciplinaria, que dispone que constituye falta, incumplir los deberes o desatender las prohibiciones o incompatibilidades.

Así las cosas, el señor Francisco Javier Rodríguez Valero, al haber sostenido una relación afectiva y sentimental, llegando incluso a sostener relaciones sexuales con la entonces estudiante MARÍA ANGÉLICA, incurrió en una falta disciplinaria, al desconocer el deber que le asistía de tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tiene relación por razón del servicio.

En este caso, el investigado al superar el umbral de la relación docente-estudiante, tal como se indicó en el auto de cargos, incurrió en la falta disciplinaria, siendo aún más reprochable cuando se está ante situaciones

que comprometen la integridad personal de una adolescente, la cual goza de especial protección constitucional y legal.

Bajo esos supuestos no pueden prosperarlos argumentos expuesto por el investigado y por su defensa técnica, sobre la atipicidad de la conducta.»³⁷

Por su parte en la decisión disciplinaria de segunda instancia, el Secretario de Educación dijo:

«el Código Único Disciplinario establece el deber para todos los servidores públicos del Estado de actuar con respeto y rectitud cuando se tenga relación con las personas por razón del servicio, Lo cual tiene aplicación en la relación docente-alumna pues el primero debe actuar éticamente, dado que la SED depositó su confianza en la formación de niños y adolescente.

Por ello a los docentes les está prohibido mantener relaciones sentimentales y mucho menos sexuales con sus alumnos, especialmente cuando se trata de menores de edad (18 años), pues dada la condición de maestro permite que éste se aproveche de la inmadurez psicológica y emocional del estudiante.

Es que no puede olvidarse que la ciudadanía bogotana deposita su confianza en los docentes de la SED para la formación académica de sus hijos y el incumplimiento en dichos fines genera un repudio social en la imagen de los educadores y por ende de la entidad pública distrital, pues como bien lo señala la rectora del IED Colegio Nueva Zelandia, este hecho afecta la convivencia y el buen ambiente escolar.

Por tanto, para este despacho existe plena certeza sobre la responsabilidad disciplinaria del implicado, pues la conducta desplegada por éste se encuentra dentro de la legalidad, ilicitud sustancial y culpabilidad de conformidad con lo señalado en el artículo 34, numeral 6 de la Ley 734 de 2002»³⁸

En relación con lo transcrito, la Sala de Decisión advierte que está probado en el expediente disciplinario que el docente FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO sostuvo una relación sentimental y sexual con la estudiante MARÍA ANGÉLICA producto de la cual nació un hijo, el menor ANDRÉS, desbordando la relación docente-alumna, pues era su profesor de ética y valores en el Colegio Nueva Zelandia y cuando ella contaba con 17 años de edad.

³⁷ Folios 178 a 180 del expediente.

³⁸ Folios 213 a 214 del expediente.

Lo anterior teniendo en cuenta que la veracidad de la actuación (i) no fue controvertida por el disciplinado, como se observa en el hecho segundo de la demanda donde expresamente lo reconoció (fol. 278 a 279), (ii) consta en la declaración de la alumna rendida el 22 de julio de 2010 ante la Oficina de Control Disciplinario (fol. 76 a 80), y (iii) en la versión libre del señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO (fol. 98 a 99).

En ese sentido, nótese que, en la declaración de MARÍA ANGÉLICA, sostuvo:

«PREGUNTADO: MARÍA ANGÉLICA informe a la oficina en qué momento y qué tipo de relación existió o existe entre usted y el profesor FRANCISCO RODRÍGUEZ. CONTESTO. - El primer tipo de relación fue de profe a alumna en el año 2007, él era mi profesor de Ética y Valores. Debido a eso como que uno tiene una relación algo cercana con los profesores de esta área, porque en estas clases se tratan como las cosas de la vida y se habla mucho de la realidad. De pronto me acerque mucho a él, **comenzamos una relación afectiva a finales del año 2007. Pues de esa relación yo quedé embarazada de él y actualmente tenemos un hijo, relación actual no tenemos y a veces nos comunicamos para lo relacionado con el niño.** PREGUNTADO: Informe a la Oficina cuantos años tenía usted cuando se involucró afectivamente con el docente FRANCISCO. CONTESTO. - 17 años.»³⁹ **Destacado fuera del texto.**

Manifestación que concuerda con lo dicho en la versión libre por el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO, así: «Efectivamente a finales del año 2007 mantuve una relación con MARÍA ANGÉLICA de la cual nació ANDRÉS»⁴⁰

Ahora bien, acreditada como está la relación sentimental entre el docente y la estudiante, se debe tener en cuenta que la educación en términos del artículo 67 de la Constitución Política es un derecho fundamental y un servicio público que tiene una función social cuyo objetivo es «el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura».

Congruente con este objetivo de la educación, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el papel del docente «se entiende como el de un guía ilustrado y respetuoso que abre a sus alumnos las fuentes de información relevantes, para

³⁹ Folio 76 a 77 del expediente.

⁴⁰ Folio 98 del expediente.

que realicen las actividades didácticas diseñadas por él, propicia la aprehensión y procesamiento de datos y conceptos en procura de los objetivos académicos establecidos en el plan de estudios, y les acompaña en la búsqueda y apropiación de ese conocimiento, para orientar la labor de aprendizaje de cada uno de sus alumnos de acuerdo con sus aptitudes y capacidades»⁴¹

Además ha resaltado el rol del profesor «en el proceso educativo integral de los estudiantes es trascendental, debido a que (i) es un guía que imparte conocimientos sobre diversas disciplinas, (ii) utiliza herramientas didácticas y pedagógicas para impartir el conocimiento y las habilidades a los estudiantes acorde a sus capacidades y aptitudes, (iii) basa su método pedagógico en la observancia de valores y principios, con el fin de formar personas útiles para la sociedad.»⁴²

Acorde con tal posición, el artículo 104 de la Ley 115 de 1994⁴³, determina que «el educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad.»

De la misma manera, el Decreto 1278 de 2002⁴⁴ prescribe que «El ejercicio de la docencia tiene como fundamento la comprensión de la educación como bien público, como actividad centrada en los estudiantes y al servicio de la Nación y de la sociedad. La profesión docente implica una práctica que requiere idoneidad académica y moral, posibilita el desarrollo y crecimiento personal y social del educador y del educando y requiere compromiso con los diversos contextos socioculturales en los cuales se realiza.»

En armonía con estas normas, no se puede perder de vista que tratándose de menores de edad, con la Convención de los Derechos del Niño ratificada mediante la Ley 12 de 1991, Colombia aceptó como menor de edad todo ser humano menor de 18 años (art. 1) y se comprometió asegurar a las menores de edad «la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley», en consonancia con el interés superior del menor.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-642 de 2001. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-625/13. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴³ «Por la cual se expide la ley general de educación»

⁴⁴ «Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente»

Bajo la premisa citada, esta Corporación⁴⁵ ha mantenido que entre el profesor y el estudiante menor de edad surge un **deber de cuidado** producto de la posición dominante que ostenta debido a su autoridad lo cual implica un mayor compromiso y responsabilidad en el proceso educativo.

En ese contexto, el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 por el cual fue disciplinado el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO contempla que es deber del servidor público, en este caso, del docente «tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio» y el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, por el que fue complementado en las decisiones acusadas, dispone que «los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.»

A propósito, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de las expresiones contenidas en el numeral precitado indicó en sentencia C- 030 de 2012 que «el deber de tratar con “*respeto, imparcialidad y rectitud*” a las personas en el ejercicio de su cargo o función; son deberes y obligaciones generales y básicos que están consagrados en la Carta Política –artículos 6, 122, 123 y 209 C.P.- o constituyen un desarrollo de los postulados superiores que son fundamento de la administración pública y de la responsabilidad disciplinaria –arts. 1º, 2º, 6º, 122, 123, 124, 125, 150-2 y 209 de la Carta Política.-, y que son obligaciones que de suyo pertenecen a la naturaleza propia de la administración pública y del buen desarrollo del servicio público. Lo anterior, en cuanto las funciones públicas deben ser desarrolladas por el servidor público de conformidad con la Constitución, la ley y el reglamento, y, por tanto, de manera idónea, correcta, eficiente, eficaz, diligente e imparcial, cumplimiento que deberá valorarse y determinarse en cada caso de conformidad con la naturaleza y características propias del cargo o función pública encomendada.»

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Radicación número: 52001-23-31-000-1997-09055-01(17533).

Entonces, con fundamento en las normas y los argumentos precedentes, la Sala concluye que en el *sub examine* la conducta del docente FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ VALERO respecto a la estudiante, menor de edad, MARÍA ANGÉLICA, quien para la época de los hechos contaba con 17 años de edad, se adecuó al tipo disciplinario contenido en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, puesto que según la naturaleza y características propias de su cargo como educador, el mantenimiento de relaciones sentimentales y sexuales con quien tuvo relación por razón de su servicio –su alumna- se aleja del marco del respeto y rectitud propio de quien asume el rol constitucional de «acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura», más aun cuando se refiere a un sujeto en condición de vulnerabilidad e indefensión que requiere de especial atención por parte de la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad⁴⁶.

En otros términos, la conducta cometida por el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO se apartó de las funciones propias del servicio docente la cual conlleva tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a sus estudiantes, de tal manera que, aunque no exista constancia que en el manual de convivencia estuviere consagrada la conducta, lo cierto es que sí es típica frente al ordenamiento jurídico superior como quedó explicado en párrafos anteriores.

En este punto es relevante destacar que el apelante alegó que no existe en el ordenamiento jurídico alguna norma que proscriba las relaciones entre profesores y estudiantes a la manera de tipo en blanco, sin embargo, la Sala debe precisar que el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 no tiene la condición de prohibición, sino de deber, y este, más que un tipo en blanco, responde a un tipo abierto, el cual se caracteriza por estar construido en un concepto jurídicamente indeterminado.

Particularmente, el irrespeto y la rectitud no están definidas en una disposición normativa en particular, pero sí pueden explicarse a través de un raciocinio que implique una mínima carga de argumentación para afirmar qué conductas pueden ser consideradas como tales. En el presente caso, respeto y rectitud le faltaron al docente cuando rebasó el límite de lo permitido, al no entender la elemental diferencia entre una relación profesor – alumna a aquella que se basa en las

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-468/18. M.P: Diana Fajardo Rivera

relaciones personales y afectivas con un menor de edad, quien desde el plano de lo académico era precisamente un sujeto de especial atención, orientación y protección, en consecuencia, este cargo de apelación no está llamado a prosperar.

Segundo problema jurídico.

¿Los actos administrativos demandados, incurrieron en una desviación de poder por desatender la finalidad del servicio?

Sobre esta causal de nulidad, el demandante manifestó que los actos administrativos reprochados incurrieron en una desviación de poder por cuanto la intención del operador disciplinario se alejó de la finalidad del buen servicio y se profirió con un objeto distinto al determinado en la norma porque tomó una decisión parcializada que se apartó de la ley y la Constitución.

Explicó que lo anterior por cuanto el operador disciplinario alegó el incumplimiento de unos deberes en razones personales, éticas y morales subjetivas, y no en un fundamento legal, puesto que no existe norma que pueda sustentar la falta disciplinaria que se le atribuyó.

Para ilustrar lo dicho, hizo referencia a un aparte de la decisión de segunda instancia en el que la Secretaría de Educación expresó:

«No debe olvidarse que para los alumnos el docente es la autoridad que refleja el conocimiento y en algunos casos es visto como guía y parámetro a seguir. Comportamientos contrarios a esos intereses conducen **a alterar el normal desarrollo de los niños y adolescentes, que son el futuro de la sociedad.**

A los docentes le está prohibido mantener relaciones sentimentales y mucho menos sexuales con sus alumnos [...] pues dada la condición de maestro permite que éste **se aproveche de la inmadurez psicológica y emocional del estudiante.**

Es que no puede olvidarse que la ciudadanía bogotana deposita su confianza en los docentes de la SED para la formación académica de sus hijos y el incumplimiento en dichos fines genera un **repudio social** en la imagen de los educadores» **Destacado del apelante.**

Pues bien, sobre el asunto se tiene que la desviación de poder se presenta cuando la autoridad que emite un acto administrativo persigue un fin diferente al previsto por el legislador en el caso en concreto, obedeciendo a un fin arbitrario o ilegal.

En otros términos, tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto.

Al respecto, en primer lugar, se puede advertir que el texto transcrito por el apelante no contiene todos los argumentos que fundamentaron la sanción, de modo que se descontextualiza jurídicamente los apartes que resaltó.

Sobre el particular, observa la Sala que los argumentos de primera instancia corresponden a los siguientes:

«[...]En el ordenamiento jurídico Colombiano no está permitido que los docentes frecuenten sentimentalmente a sus alumnos o alumnas y menos tratándose de una menor de edad. Por el contrario, es reprochable que se presten este tipo de conductas, más aun cuando se trata de un grupo especialmente vulnerable como lo es el de la infancia y adolescencia, que por lo mismo goza de especial protección.

Es así como el Constituyente de 1991 otorgó a la educación una doble connotación jurídica, en reconocimiento expreso a su importancia como herramienta en la promoción individual del ser humano y el desarrollo colectivo de la sociedad, responsabilidades que constituyen fines esenciales del Estado Social de Derecho.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho énfasis en el amplio consenso adquirido entre las legislaciones nacionales e internacionales con el fin de «rodear a los niños de una serie de garantías y beneficios que los protejan en el proceso de formación y desarrollo de la infancia hacia la adultez» (Corte Sentencia T-900-06. M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Consenso que ha dado lugar al principio del interés superior del menor como criterio orientador para la resolución de los conflictos que involucren y que exige que en la aplicación de sus derechos a los casos concretos, se cuente con una perspectiva real y relacional en la que se consulte tanto la realidad en la cual se encuentra inserto el menor, sus particularidades y la composición de su familia, así como los aspectos emotivos, culturales y sociales que la determinan (Concepto No. 4359 del 27 de agosto de 2007,

proferido por el Procurador General de la Nación, ante la Corte Constitucional en relación con el tema del interés superior del niño)

Para los alumnos el docente es la autoridad que refleja el conocimiento y en algunos casos es visto como guía y parámetro a seguir. El docente goza de mando y jerarquía frente a sus educandos, y ello se refleja más en el grupo académico infantil, aspectos estos que pueden influir de forma satisfactoria si los medios y enseñanzas son adecuados. Comportamientos contrarios a estos intereses y propósitos conducen a alterar el normal desarrollo de los niños y adolescentes que son el futuro de la sociedad y la base del Estado Social de Derecho.

Por lo anterior, debe prestarse especial atención al comportamiento de los docentes, quienes tienen un nivel de responsabilidad mayor como servidores públicos, dada la influencia positiva o negativa que su actuar puede tener sobre menores de edad y adolescentes, debiendo tomarse en cuenta su jerarquía, y la preeminencia que tienen sobre sus alumnos.

Para el Despacho es claro que el investigado incurrió en la falta disciplinaria atribuida, pues desconoció el deber de tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a una de sus alumnas, conducta que se aparta de los fines del Estado y de la prestación del servicio público educativo, el que debe estar encaminado a la búsqueda del interés general y no de la satisfacción de los deseos personales de quienes tienen a cargo la función educativa.

El dar un análisis diferente a esta situación llevaría a propiciar y a permitir atentados contra los intereses superiores de los niños y adolescentes y contribuiría en abierto desconocimiento de mandatos constitucionales.»⁴⁷

Coherente con ello, se recuerdan los argumentos de segunda instancia relacionados en la resolución del problema jurídico precedente:

«Sobre el argumento defensivo consistente en que no existe la falta disciplinaria del docente investigado porque hubo consentimiento en la relación sentimental y sexual por parte de la menor alumna de 17 años, esta instancia recuerda que el Código Único Disciplinario establece el deber para todos los servidores públicos del Estado de actuar con respeto y rectitud cuando se tenga relación con las personas por razón del servicio. Lo cual tiene aplicación en la relación docente – alumna, pues el primero debe actuar éticamente, dado que SED depositó su confianza en la formación de niños y adolescentes.

Por ello a los docentes les está prohibido mantener relaciones sentimentales y mucho menos sexuales con sus alumnos, especialmente cuando se trata de menores de edad (18 años), pues dada la condición de maestro permite

⁴⁷ Folios 182 a 183 del expediente.

que éste se aproveche de la inmadurez psicológica y emocional del estudiante.

Es que no puede olvidarse que la ciudadanía bogotana deposita su confianza en los docentes de la SED para la formación académica de sus hijos y el incumplimiento en dichos fines genera un repudio social en la imagen de los educadores y por ende de la entidad pública distrital, pues como bien lo señala la rectora del IED Colegio Nueva Zelandia, este hecho afecta la convivencia y el buen ambiente escolar.

Por tanto, para este despacho existe plena certeza sobre la responsabilidad disciplinaria del implicado, pues la conducta desplegada por éste se encuentra dentro de la legalidad, ilicitud sustancial y culpabilidad de conformidad con lo señalado en el artículo 34, numeral 6 de la Ley 734 de 2002»⁴⁸

Estos argumentos por sí solos denotan que la intención del operador disciplinario dista de consideraciones de tipo subjetivo como lo afirmó el apelante, sin embargo, a continuación, la Sala procede a analizar las pruebas que los sustentan, con el propósito de llegar a una conclusión sobre la respuesta al cuestionamiento que se formuló.

A folios 69 a 72 obra la declaración rendida por la rectora del Colegio Nueva Zelandia para la época de los hechos, en la que afirmó que como consecuencia de la relación sentimental de la menor MARÍA ANGÉLICA con el docente FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO se **afectó la prestación del servicio social de la alumna y su concurrencia a las clases** porque el hijo producto de la relación estaba hospitalizado.

Igualmente, aseveró que MARÍA ANGÉLICA «**no quería ni siquiera presentarse en la ceremonia de grado** porque se sentía muy mal y no quería ver el desplante del profesor RODRÍGUEZ, incluso cuando el niño lo fue a bautizar la coordinadora y yo intervinimos al profesor RODRIGUEZ, para que la acompañara en esta ceremonia, esto quiere decir que he sido testigo de la falta de atención del profesor RODRÍGUEZ hacia la estudiante, y de esto sí puedo dar fe en el colegio, la parte ya íntima no la conozco, es más cuando llegó el oficio de citación hace como un mes de control disciplinario, yo le pedía la secretaria que se comunicara con MARÍA ANGÉLICA a su casa y quedo de ir al colegio, llegó él se anunció, pero no llegó a mi oficina. Después me la encontré por el sector y me dijo que ella

⁴⁸ Folios 213 a 214 del expediente.

estaba muy preocupada que porque si al profesor RODRÍGUEZ le hacían algo el niño se quedaba desprotegido, eso es lo que a mí me preocupa, **cual es el manejo que le está dando a este tema, me preocupa el nivel de protección o desprotección en la que ella este**, aun ahora ex alumna, y también me preocupa el bienestar de todos los estudiantes por lo que este hecho puede significar.»

La coordinadora del Colegio Nueva Zelandia, por su parte, aseguró en la declaración que rindió en folios 73 a 75 del expediente, que la menor MARÍA ANGÉLICA, en virtud de la relación con el docente, «la niña lloraba mucho parece que ella se enamoró del profesor y no aceptaba que él no estuviera pendiente de su hijo o que no viviera con ella, desconozco si el profesor le prometió que iban a vivir juntos o que él se fuera a separar de su esposa». Asimismo, manifestó que el trato entre el docente y la alumna fue en general amable «pero que en algunos momentos distante y creo que eso era lo que le producía a MARÍA ANGÉLICA su alteración para llevarla al llanto»

De relevancia resulta la declaración de MARÍA ANGÉLICA quien manifestó que la relación se dio con ocasión de la prestación del servicio docente del disciplinado, así lo dijo:

«El primer tipo de relación fue de profe a alumna en el año 2007, él era mi profesor de Ética y Valores. Debido a eso como que uno tiene una relación algo cercana con los profesores de esta área, porque en estas clases se tratan como las cosas de la vida y se habla mucho de la realidad. De pronto me acerqué mucho a él, comenzamos una relación afectiva a finales del año 2007. Pues de esa relación yo quedé embarazada de él y actualmente tenemos un hijo, relación actual no tenemos y a veces nos comunicamos para lo relacionado con el niño» y ante la pregunta si había sufrido algún tipo de maltrato por parte del profesor expresó que «un poco de maltrato emocional porque hubo una que fue que el paso con una profesora no sé si era si se estaban burlando de mí o qué y pasaron los dos burlándose de mí, yo lo vi así. Como haber ocultado que él tenía otra hija. Lo de la profesora Sandra fue en el colegio el día de la despedida que no estaba dando el colegio en el grado once»

De acuerdo con esas declaraciones, está comprobado que la relación sentimental y sexual entre FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO y MARÍA ANGÉLICA se dio con ocasión del ejercicio de las funciones del docente, quien era el profesor

de ética y valores de la menor, circunstancia que propició el acercamiento. Además, se demostró que afectó la normalidad del proceso educativo de la menor por la inasistencia a clases circunstancia que confirma que la conducta investigada debió ser sancionada en tanto es una consecuencia del incumplimiento del deber que le asistía al profesor de tratar con respeto y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio.

En síntesis, de conformidad con lo expuesto y congruente con lo resuelto en el problema jurídico anterior la Sala de Decisión no advierte las pruebas que demuestren que las intenciones del operador disciplinario fueron diferentes a las fijadas en la ley.

Dicho de otra forma, las meras y simples afirmaciones del recurrente acerca de la subjetividad de la entidad demandada no constituyen un elemento probatorio, ni menos aún llevan al juzgador a la persuasión en el grado de certeza acerca de que, efectivamente, los actos censurados están afectados por el vicio de desviación de poder cuando se acreditó que, en efecto, el señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO, incurrió en la falta disciplinaria por la cual fue censurado.

Tercer problema jurídico.

¿Las decisiones disciplinarias demandadas están falsamente motivadas porque no es cierto que el actor faltó el respeto a la menor MARÍA ANGÉLICA?

El señor FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ VALERO, aseguró que las decisiones disciplinarias incurrieron en una falsa motivación porque el operador disciplinario desconoció la autonomía de la estudiante MARÍA ANGÉLICA quien tomó la decisión voluntaria de entablar una relación con él, es decir, desconoció las pruebas que daban cuenta de una relación consensuada y de la excelente labor que desempeñó en el ejercicio docente.

Asimismo, alegó que el «respeto» y «rectitud», son conceptos jurídicos indeterminados que deben tener un desarrollo legal y reglamentarios para poder ser aplicados y que en su caso no ocurrió, de modo que las decisiones sancionatorias se sostuvieron solo en el análisis subjetivo y arbitrario del operador

disciplinario carente de cualquier referente legal razón por la cual son ilegales.

Sobre el asunto, desde hace varios años esta Corporación ha manifestado que para que haya lugar a la declaración de falsa motivación «es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la decisión tomada»⁴⁹, en consecuencia, la falsa motivación se estructura alrededor de la evidente divergencia que existe entre la realidad fáctica y jurídica que inspira la creación del acto y la motivación en que la administración sustenta el mismo.

Con respecto a la revisión judicial de la falsa motivación de un acto administrativo, la jurisprudencia ha señalado que quien aduce que se ha presentado dicha causal «tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos»⁵⁰.

Señala la citada sentencia que quien alega la falsa motivación debe demostrar las razones específicas por la cuales el acto administrativo encaja en dicha causal. Si bien la regla de la carga de la prueba se aplica con mayor importancia en la falsa motivación, de lo que realmente se trata es de proteger la presunción de legalidad que reviste todo acto administrativo una vez está en firme. Por lo tanto, la carga de quien demanda es mayor al exponer bien sean las razones de hecho o las de derecho que justifican la indebida motivación del acto administrativo.

Así pues, no se trata únicamente de exponer las normas puntuales por las cuales se encuentra la violación, sino una explicación sucinta de aquella que se advierte y que, en últimas, daría lugar a acabar con la presunción *iuris tantum* de legalidad de los actos administrativos.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 21 de junio de 1989, expediente 848, magistrado ponente: Álvaro Lecompte Luna.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de octubre de 1999, expediente: 3.443, magistrado ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 2 de febrero de 1996, expediente: 3.361, magistrado ponente: Manuel Urueta Ayola.

De acuerdo con lo anterior, se concluye lo siguiente: (i) la falsa motivación puede estructurarse cuando en las consideraciones de hecho o de derecho que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, y (ii) quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (*onus probandi*) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos⁵¹.

Así las cosas, los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.

Bajo el anterior entendimiento y de cara a las pruebas y los argumentos expuestos, referentes a los fundamentos jurídicos de las decisiones disciplinarias, la Sala de Subsección evidencia que en el *sub examine* no se configuró la falsa motivación alegada por la parte demandante.

Específicamente sobre los motivos que sustentaron en este punto el recurso de alzada, considera la Sala que si la relación sentimental y sexual del docente con la estudiante fue consensuada o no, dicha demostración no es relevante en la configuración de la falta que se le atribuyó en la medida que se demostró que se encontraba configurada por cuanto las funciones constitucionales y legales del docente están supeditadas es al acceso de sus alumnos al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura y no al mantenimiento no al despliegue de conductas como la sancionada sobre todo tratándose de una menor que por esa condición es un sujeto de especial protección del Estado dado el carácter de vulnerabilidad e indefensión que le atañe.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de octubre de 2003, expediente 16.718, magistrado ponente Germán Rodríguez Villamizar.

Se descarta también que el operador disciplinario estuviera imposibilitado para imponerle la falta disciplinaria porque en su contenido estuvieran las expresiones de respeto y rectitud por cuanto; al respecto, se reitera que la Corte Constitucional en sentencia C-030 de 2012 analizó la constitucionalidad de estas expresiones y determinó que no son inexecutable puesto que constituyen un desarrollo de normas superiores «y que son obligaciones que de suyo pertenecen a la naturaleza propia de la administración pública y del buen desarrollo del servicio público en cuanto las funciones públicas deben ser desarrolladas por el servidor público de conformidad con la Constitución, la ley y el reglamento, y por tanto, de manera idónea, correcta, eficiente, eficaz, diligente e imparcial, cumplimiento que deberá valorarse y determinarse en cada caso de conformidad con la naturaleza y características propias del cargo o función pública encomendada.»

De acuerdo con lo expuesto, dentro del proceso se encuentra acreditada la comisión de la falta disciplinaria endilgada al demandante de tal manera que los actos administrativos acusados no incurrieron en falsa motivación, toda vez que los motivos alegados correspondieron a la realidad, existieron y tienen el carácter jurídico que les dio el operador disciplinario, para el asunto, la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación de Bogotá.

En conclusión, la Sala de Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda

5. Condena en costas.

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación

ya lo ha analizado con detenimiento.

Atendiendo esa orientación y de conformidad con el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso se condenará a la parte demandante en costas de segunda instancia teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia será confirmada en su totalidad y la demandada participó en esta instancia procesal.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 10 de noviembre de 2017 por la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho presentadas por el señor FRANCISCO JOSÉ RDRÍGUEZ VALERO contra el Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, según las consideraciones expresadas en este fallo.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el dos (2) de abril de dos mil veinte (2020).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

ME/MARG