

BUENA CONDUCTA DOCENTE – Definición

La buena conducta docente se predica del comportamiento ejemplar que debe exteriorizar a lo largo de su ejercicio profesional, en tal medida que se haga merecedor de la pensión gracia, prestación que ha sido creada exclusivamente para los educadores que cumplan ciertos requisitos, entre esos, el que se analiza en esta ocasión; y por otro lado, la mala conducta puede configurarse desde dos puntos de vista: bien sea a través de conductas negativas repetitivas en el tiempo, o alguna aislada considerada grave, que puede significar una mala conducta que impida el reconocimiento pensional.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA / VIGENCIA DE LAS CAUSALES DE MALA CONDUCTA DEL ESTATUTO NACIONAL DOCENTE – Especialidad / CAUSALES DE MALA CONDUCTA DEL CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO - Generalidad

Confrontando los artículos 224 de la Ley 734 de 2002 y 177 de la Ley 200 de 1995 con el artículo 46 del Estatuto Nacional Docente, que dispone las causales de mala conducta del personal docente, se observa que éstas no fueron reproducidas ni tipificadas como tal en el Código Disciplinario Único, generando de esta forma un vacío legal que debe suplirse con el Estatuto. En tal sentido, y atendiendo que el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, regula un asunto especial, y que el Código Disciplinario Único reglamenta los aspectos disciplinarios de los servidores públicos de forma general sin tener en cuenta la especificidad de las situaciones que se regulan en el Estatuto Nacional Docente, se debe concluir, que aunque puedan codificar temas relacionados, aquella mantiene su vigencia al no existir contraposición entre ellas.

FUENTE FORMAL: DECRETO 100 DE 1980 / DECRETO 2737 DE 1983 / LEY 599 DE 2000 / LEY 1181 DE 2007 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 224 / LEY 200 DE 1995

INASISTENCIA ALIMENTARIA / MALA CONDUCTA / PÉRDIDA DE LA PENSIÓN GRACIA DEL MAESTRO

Se evidencia que el accionante al haber sido sancionado por el delito de inasistencia alimentaria, tipo penal que sólo amerita la modalidad de la conducta de manera dolosa, se concluye que para efectos de la pensión gracia, que éste hecho encuadra dentro de la causal establecida en el literal g) *“El ser condenado por delito o delitos dolosos”*, del artículo 46 del Decreto 2277 de 1989 - Estatuto Nacional Docente, lo cual clarifica que el demandante ha incumplido uno de los requisitos para hacerse merecedor del mencionado beneficio prestacional, como lo es, el contemplado en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913 *“Que observe buena conducta”*.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2277 DE 1984 – ARTICULO 46 / LEY 114 DE 1913 – ARTICULO 4 NUMERAL 4

BUENA CONDUCTA DOCENTE - Alcance

El artículo 4º de la Ley 114 de 1913, contempla una serie de requisitos adicionales que deberán cumplir los docentes que habiendo cumplido 20 años de servicio al magisterio en colegios oficiales de primaria y/o secundaria de carácter territorial o nacionalizado, entre los cuales, se encuentra el consagrado en su numeral 4º el: *“Que observe buena conducta”*, sobre el cual se ha centrado el cargo apelado. Encuentra la Sala de acuerdo a lo esbozado a lo largo de esta providencia, que a pesar de que el delito por el cual fue sancionado penalmente el docente, no se cometió en razón de sus funciones, si afectó de forma negativa la prestación del servicio educativo y su entorno, directa e indirectamente, por las razones que se exponen a continuación: 1) El conocimiento por parte del estudiantado de la noticia criminal que involucraba al docente de la institución educativa al cual pertenecían. 2) El tipo penal por el cual fue sancionado el demandante - inasistencia alimentaria, está directamente relacionado con los derechos de la niñez, en este caso el

de sus hijos, como son los de proveerlos de alimentos, vivienda, recreación y vestido; situación que deja un mensaje no ejemplarizante en la institución educativa, ni para sus colegas ni al personal directivo, ni para los estudiantes que comúnmente tienen a sus profesores como un modelo y ejemplo a seguir. 3) La institución educativa evidentemente tuvo que tomar medidas para suplir la necesidad ocasionada con la suspensión del cargo del docente impuesta la Alcaldía Municipal de Buriticá, que la dejó desprovista de dicho profesional para atender la demanda escolar, quebrantando de esta manera el principio de planeación de la entidad. En éste orden de ideas, y entendiendo la función social y simbólica que tiene la norma para la sociedad Colombiana, considera ésta Sala, que no necesariamente como lo dijo el *a quo*, el debate se centre en el tipo doloso penal, ya que para ésta Corporación en su análisis, existe un hondo debate sobre el rol y las labores del maestro en la vida de los menores, y su relevancia pública.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00261-01(2946-15)

Actor: JAVIER IGNACIO GRACIANO AREIZA

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

Trámite: Ley 1437 de 2011

Asunto: Incidencia de la mala conducta como presupuesto para negar el reconocimiento y pago de la pensión gracia.

La Sala procede a resolver¹ el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 25 de marzo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Segunda de Oralidad, por medio de la cual se negó el derecho a la pensión gracia.

ANTECEDENTES

Pretensiones

¹ Con el informe Secretarial de 19 de febrero de 2016 a folio 208.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Javier Ignacio Graciano Areiza, solicitó declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones: N° UGM 046049 de 14 de mayo de 2011², mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión gracia por no cumplir el requisito de la buena conducta establecido en el artículo 4° de la Ley 114 de 1913³, dado que el certificado de historia laboral registra una sanción de suspensión⁴ del ejercicio de sus funciones por 8 meses y 3 días, sin que se especifique el motivo de la misma; la N° UGM 049674 de 14 de junio de 2012⁵, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición contra el anterior acto administrativo que la confirmó en todas sus partes, ambas expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN⁶; y la N° RDP 018389 de 6 de diciembre de 2012⁷, expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social⁸ - UGPP, por medio de la cual se negó la nueva petición de reconocimiento de la prestación mencionada, con base en los mismos argumentos expuestos en los anteriores actos administrativos, pero ésta si establece que la negación del derecho obedeció a la mala conducta del docente, tipificada en el literal g) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979⁹, puesto que fue sancionado por el delito doloso de inasistencia alimentaria.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la UGPP, a reconocer y pagar la pensión gracia de manera retroactiva, a partir del día en que adquirió el status, es decir, desde el 25 de enero de 2010, hasta la fecha en que se declare el derecho; mesada que deberá ser ajustada conforme al índice de Precios al Consumidor¹⁰ o al por mayor, según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y sin aplicar la prescripción trienal, por cuanto ésta fue interrumpida con la reclamación administrativa.

Hechos en los que fundó sus pretensiones

El accionante demandó la nulidad de los actos administrativos mencionados, al considerar que ha cumplido todos los requisitos para acceder a la pensión gracia,

² Visto a folios 15 a 17.

³ *“Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela”*

⁴ Impuesta mediante Resolución N° 038 de 2 de julio de 1997.

⁵ Visto a folios 19 a 20.

⁶ En adelante CAJANAL.

⁷ Visto a folios 23 a 25.

⁸ En adelante UGPP.

⁹ Estatuto Nacional Docente (...) *“Artículo 46°.- Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta. (...) g) El ser condenado por delito o delitos dolosos”*

¹⁰ En adelante IPC.

tales como la edad, pues ya tiene mas de 50 años; el tiempo de servicio, ya que ejerció como docente oficial de carácter nacionalizado en el Departamento de Antioquia por más de 33 años¹¹; y observó buena conducta durante su ejercicio profesional.

El demandante solicitó a CAJANAL el 11 de octubre de 2011, el reconocimiento y pago de la pensión gracia, la cual fue negada mediante los actos demandados, aduciendo que no cumplió el requisito de la buena conducta como ya se expuso en el acápite anterior.

Con relación al requisito de la buena conducta, explica que la sanción impuesta por la Alcaldía Municipal de Buriticá (Antioquia) con la expedición de la Resolución N° 038 de 2 de julio de 1997 que lo suspendió del ejercicio del cargo por 8 meses y 3 días, obedeció al cumplimiento de una orden judicial proferida por el juez penal de conocimiento del delito de inasistencia alimentaria; medida que fue cumplida por el accionante y posteriormente levantada mediante Resolución N° 018 de 16 de marzo de 1998, que ordenó su reintegro a la misma institución educativa con el fin de continuar prestando sus servicios como docente.

Argumentó que la sanción impuesta, tuvo como origen una infracción de carácter civil por un proceso de cuota alimentaria, que normalmente debe consistir en el embargo judicial de su sueldo y prestaciones sociales para cubrir la cuota alimentaria de sus hijos menores.

Por tal razón afirma, que la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia a través de la Junta de Escalafón Docente, que eran en ese tiempo los órganos competentes para iniciar los procesos disciplinarios y aplicar las sanciones respectivas conforme lo dispuesto en el Decreto 2277 de 1979 - Estatuto Nacional Docente, nunca le iniciaron algún proceso por estos hechos aun teniendo conocimiento de ello, y en consecuencia, carece de antecedentes disciplinarios.

Sostiene que la sanción penal impuesta por estos hechos, no está contemplada como una causal de mala conducta en el artículo 46 del Estatuto Nacional Docente "*El ser condenado por delito o delitos dolosos*" como lo estableció la Resolución N° UGM 046049 de 14 de mayo de 2011, la cual no fue producto del desarrollo de sus funciones docentes, de tal forma que privarle del derecho a la

¹¹ En virtud del nombramiento mediante el Decreto N° 1338 de 25 de julio de 1980.

pensión gracia, sería desconocer la prestación especial creada para los educadores.

También alegó, que dicha sanción se trató de un hecho aislado y único durante toda su vida laboral como maestro, y en tal virtud, solicitó aplicar el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado contenido en la sentencia de 29 de marzo de 2009, expediente N° 2528-07, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, del cual resaltó con relación al deber de observar buena conducta, que un hecho aislado no puede hacer nugatorio el derecho a la pensión gracia y que el concepto de la buena conducta de un docente, debe valorarse sobre la totalidad del tiempo ejercido en el magisterio.

Por otro lado, argumenta que los artículos 44 y 46 del Estatuto Nacional Docente, se encontraban vigentes para la época de los hechos por los cuales fue sancionado, es decir en el año de 1997, pero que al momento de la negación del derecho por parte de CAJANAL en el año 2011, se encontraban derogadas por el artículo 224 de la Ley 734 de 2002¹², que dispuso la eliminación de todos los procedimientos disciplinarios ordinarios y especiales existentes, dejando de esta manera imposibilitada a la entidad demandada para invocarlas como fundamento jurídico para resolver la petición.

Normas vulneradas y concepto de la vulneración

Invocó como disposiciones vulneradas, las siguientes:

Ley 114 de 1913, artículo 4°.

Ley 116 de 1928, artículos 5° y 6°.

Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 3°.

Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2°.

Ley 812 de 2003, artículo 81.

Acto Legislativo 01 de 2005.

Establece que con la negación de la prestación en comento, le fueron vulnerados las normas citadas, puesto que durante su ejercicio docente nunca le iniciaron proceso

¹² “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. (...) Artículo 224. Vigencia. La presente ley regirá tres meses después de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública.”

disciplinario por parte del órgano competente para la época de los hechos a saber, la Junta de Escalafón Docente, razón por la cual, considera que la entidad demanda no podía aplicar la causal de mala conducta establecida en el literal g) del artículo 46 del Estatuto Nacional Docente, como quiera que la tacha de su comportamiento obedeció a un asunto de carácter civil que no está ligado al ejercicio de su profesión.

Contestación de la demanda

La UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda¹³, precisando que los actos administrativos gozan de legalidad al considerar improcedente el reconocimiento de la pensión gracia en favor de un docente que incumplió el requisito establecido en el artículo 4º, numeral 4º de la Ley 114 de 1913¹⁴, puesto que el demandante incurrió en una de las causales de mala conducta tipificadas en el artículo 46 del Decreto 2279 de 1979 “*El ser condenado por delito o delitos dolosos*” por ser inculpaado penalmente por el delito de inasistencia alimentaria, situación que conllevó a la Alcaldía de Buriticá a expedir la Resolución N° 038 de 2 de julio de 1997 por medio de la cual suspendió del ejercicio del cargo al demandante por el término de 8 meses y 3 días, sanción que se encuentra anotada en el certificado de historia laboral expedido por la Secretaría Departamental de Antioquia.

Propuso las siguientes excepciones que denominó: (i) *Ausencia de vicios en los actos administrativos demandados*, puesto que fueron emitidos por autoridad competente; observaron la ritualidad para su creación y ejecutoria; y tanto los motivos en que se erigen como su motivación son consistentes y congruentes con las normas superiores; (ii) *inexistencia de la obligación demandada*, al estimar que el demandante está reclamando un derecho que no le asiste, ya que al ser suspendido del cargo mediante la Resolución N° 038 de 1997, se configuró la justificación para negar el derecho, la cual está enmarcada en una de las causales de mala conducta establecidas en el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979¹⁵; e igualmente porque no pueden tenerse en cuenta tiempos del orden nacional; y (iii) *prescripción*, de las acciones y derechos cada 3 años.

La sentencia de primera instancia

¹³ Escrito de la contestación de la demanda de fecha 13 de agosto de 2014, visible a folios 98 a 106 del expediente.

¹⁴ “que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela. (...) 4. Que observe buena conducta.”

¹⁵ “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.”

El Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Segunda de Oralidad, mediante sentencia de 25 de marzo de 2015¹⁶ negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que del material probatorio recaudado y valorado, constató que el demandante no cumplió uno de los requisitos establecidos en la Ley 114 de 1913¹⁷ para ser beneficiario de la pensión gracia, como lo es, el haber observado buena conducta, ya que al ser condenado por el delito de inasistencia alimentaria, consagrado tanto en el Decreto 100 de 1980¹⁸ como en el actual Código Penal – Ley 599 de 2000, tipo penal que analizó y concluyó ser de la modalidad dolosa, y por tal razón consideró que dicha situación encuadraba dentro de la causal de mala conducta docente establecida en el literal g) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 *“El ser condenado por delito o delitos dolosos”*

Los argumentos que sirvieron de base para soportar dicha decisión, fueron los siguientes:

Afirma el *a quo*, que le asistió razón a la entidad demandada en la negación del derecho pretendido por el actor, dado que en virtud de la sanción penal impuesta, incumplió el artículo 44 del Estatuto Nacional Docente – Decreto 2277 de 1979, relacionado con los deberes de los docentes, entre los cuales se encuentra el establecido en el literal h) *“Observar una conducta pública acorde con el decoro y la dignidad del cargo”*, enmarcando de tal manera su mala conducta en la causal mencionada en el párrafo anterior.

Con relación al proceso penal, manifestó que el Juzgado Promiscuo Municipal de Sopetrán – Antioquia, condenó al demandante el 30 de octubre de 1996 por el delito de inasistencia alimentaria con pena de prisión de 1 año y multa de 25 días de salarios mínimos legales, concediéndole a su vez, el beneficio de la condena de ejecución condicional, la cual consistió en la suspensión de la ejecución de la pena por un período de prueba de 2 años, el cual fue incumplido; situación que conllevó al juez penal a tomar ciertas medidas como la revocatoria de dicho beneficio, a ordenarle cumplir la condena en establecimiento carcelario, y a exhortar al Alcalde (e) del Municipio de Buriticá a suspender al docente del cargo, con el fin de realizar la captura sin afectar el entorno escolar, lo cual materializó con la expedición de la Resolución N° 038 de 2 de julio de 1997.

¹⁶ Folios 127 a 140.

¹⁷ *“Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela” - Artículo 4º.- Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe: (...) 4. Que observe buena conducta.”*

¹⁸ Por el cual se expide el nuevo Código Penal.

En cuanto al delito de inasistencia alimentaria, el Tribunal realizó el análisis del grado de culpabilidad desde la óptica de la tipicidad consagrada en el artículo 233 del actual código penal, y del artículo 263 del Decreto N° 100 de 1980 vigente para la época de los hechos, concluyendo que este tipo penal solo admite la modalidad dolosa. Igualmente dejó claro, que ésta sanción no es de naturaleza civil como lo ha expuesto el demandante, como se observa en los autos proferidos por el juez penal de conocimiento que se encuentran incorporados en el expediente.

Con relación a la mala conducta del docente, la catalogó como grave, de tal manera que consideró que no es necesario que se repita en el tiempo para hacer nugatorio el derecho a la pensión gracia.

Igualmente condenó en costas y por concepto de agencias en derecho al demandante por resultar vencido en el proceso, ordenando liquidarlas a través de la Secretaría de esa Corporación, y tasó esta últimas en \$705.788, correspondientes al 2% del valor de las pretensiones, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo N° 1887 de 2003 emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

La apelación

El demandante interpuso recurso de apelación¹⁹ contra la sentencia de primera instancia, bajo los mismos argumentos esbozados en la demanda, razón por la cual serán referidos de forma concreta a continuación:

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia por considerar que ha cumplido los requisitos para hacerse acreedor al reconocimiento y pago de la pensión gracia, ya que tiene más de 50 años de edad, cuenta con más de 20 años de servicio docente oficial, y ejerció su profesión con honradez, consagración y buena conducta, requisito este último que a juicio de la entidad prestacional, no fue cumplido por el accionante a la luz de la Ley 114 de 1913 y del Decreto 2277 de 1979.

Insiste que ejerció su profesión observando buena conducta, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

¹⁹ Folios 143 a 163.

1. Los hechos por los cuales fue sancionado del cargo por parte de la Secretaría de Educación del Municipio de Buriticá mediante la Resolución N° 038 de 2 de julio de 1997, provienen de un asunto de naturaleza civil, como lo es el no pago de la cuota alimentaria en favor de sus hijos.
2. La Secretaría de Educación se vio en la imperiosa obligación de proferir el acto administrativo que lo separó del cargo en cumplimiento de una orden judicial proveniente del juez penal de conocimiento, con el fin de que el docente pudiera ser aprehendido materialmente para que cumpliera la pena de prisión, a la cual fue condenado por el delito de inasistencia alimentaria que versaba en su contra, pero no como consecuencia del trámite de algún proceso disciplinario en su contra.
3. El delito por el cual fue sancionado no deviene del ejercicio de su profesión docente.
4. Afirma que durante los más de 33 años en que ejerció la docencia oficial, no fue investigado disciplinariamente de acuerdo con lo consagrado en el Estatuto Nacional Docente, es decir, ni por el órgano competente, ni por actos relacionados con el ejercicio de dicha profesión, y así lo demuestra el Certificado de Antecedentes Disciplinarios expedido por la Procuraduría General de la Nación obrante en el expediente.
5. Afirma que si bien es cierto que fue suspendido del ejercicio del cargo por parte de la Alcaldía Municipal de Buriticá - Antioquia en cumplimiento de una orden judicial que considera es de carácter civil, también lo es, que dicha medida fue levantada con la expedición de la Resolución N° 018 de 16 de marzo de 1998²⁰ por la misma autoridad, la cual ordenó su reintegro a la misma institución educativa, para continuar prestando sus servicios docentes una vez fue cumplida la sanción punitiva.
6. Agrega que los artículos 44 y 46 del Estatuto Nacional Docente, para la época de los hechos en que fue separado del cargo se encontraba vigente, pero que al momento de la negación del derecho por parte del ente previsional, estaban derogados por el artículo 224 de la Ley 734 de 2002²¹, que eliminó todos los procedimientos disciplinarios ordinarios y especiales; dejando imposibilitada a la

²⁰ Expedida por la Alcaldía de Buriticá.

²¹ *“Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. (...) Artículo 224. Vigencia. La presente ley regirá tres meses después de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública.”*

entidad demandada para invocar dichas normas como fundamento jurídico para resolver su petición.

Por último, solicita a la segunda instancia que en caso de considerar aplicable el Decreto 2277 de 1979, de aplicación al precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, contenido en la sentencia de 29 de marzo de 2009, expediente N° 2528-07, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, del cual resaltó con relación al deber de observar buena conducta, que un hecho aislado no puede hacer nugatorio el derecho a la pensión gracia, y que el concepto de la buena conducta de un docente, debe valorarse sobre la totalidad del tiempo ejercido en el magisterio.

Alegatos en segunda instancia

El demandante presentó sus alegatos de conclusión²² bajo los mismos argumentos presentados tanto en la demanda como en el escrito de apelación, razón por la cual, no se hace necesario referirse nuevamente a ellos.

La parte demandada alegó de conclusión²³, argumentando que el demandante incurrió en la causal de mala conducta establecida en el literal g) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, pues fue condenado por el delito de inasistencia alimentaria, tipo de naturaleza dolosa, razón por la cual, concluye que el accionante no cumplió el requisito de la buena conducta para hacerse merecedor de la pensión gracia.

Concepto del ministerio público

El Ministerio Público guardó silencio en esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR

²² Mediante escrito visible a folios 193 a 205.

²³ Visible a folio 206.

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante en el recurso de apelación, el Despacho decidirá el asunto sometido a su consideración, una vez fijado el problema jurídico en el siguiente orden:

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala establecer:

¿si la inasistencia alimentaria puede ser catalogada simplemente como una infracción naturaleza civil?

¿si el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979²⁴ se encontraba vigente al momento de la negación del derecho por parte del ente previsional?

Ahora bien, en caso de considerarse vigente la norma mencionada, la sala deberá proceder a determinar lo siguiente:

¿si el delito de inasistencia alimentaria puede encuadrarse dentro de la causal de mala conducta consagrada en el literal g) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979²⁵ para hacer nugatorio el derecho a la pensión gracia?

Con el fin de tener una mejor ilustración del caso objeto de estudio, procede la Sala a esbozar las normas pertinentes que rigen la pensión gracia, incluidas las referidas al Estatuto Nacional Docente.

Sobre la pensión gracia.

La pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913 para los educadores de enseñanza primaria que cumplan 20 años de servicio en establecimientos educativos oficiales, y 50

²⁴ “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente.”

²⁵ “Artículo 46º.- Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta. (...) g) .El ser condenado por delito o delitos dolosos”

años de edad, siempre y cuando demuestren haber ejercido la docencia con honradez, eficacia, consagración, observado buena conducta, y que no posean bienes de fortuna. Esta prestación es compatible con la pensión de jubilación de carácter municipal, departamental, intendencial y Distrital.

Posteriormente la Ley 116 de 1928, en su artículo 6º estableció:

“Los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública tienen derecho a la pensión de jubilación en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas tanto en el campo de la enseñanza primaria como normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección.”.

Por su parte la Ley 37 de 1933, en su artículo 3º, inciso segundo, dispuso:

“Hácese extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicio señalados en la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.”.

Por último, el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 preceptúa:

“Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubiere desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.”.

De los antecedentes normativos precitados, se infiere que la pensión gracia no puede limitarse a los maestros de escuelas primarias oficiales como se concibió en un principio, sino que ella cobija a aquellos que hubieren prestado servicios como empleados y profesores de escuela normal, o inspectores de instrucción pública o profesores de establecimientos de enseñanza secundaria, siempre y cuando la vinculación sea de carácter municipal, departamental o regional, y por lo menos haber demostrado que la ejerció antes del 1 de enero de 1981.

Así, en sentencia de 29 de agosto de 1997, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, se fijaron algunos lineamientos sobre la pensión gracia en los siguientes términos²⁶:

“El numeral 3º. Del artículo 4º. Ib. prescribe que para gozar de la gracia de la pensión es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe “Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional...”. (En este aparte de la providencia se está haciendo referencia a la Ley 114 de 1913).

Despréndase de la precisión anterior, de manera inequívoca, que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales.”

De conformidad con la normatividad que dió origen a la pensión gracia, y a la interpretación jurisprudencial efectuada en la materia, es posible concluir que esta prestación se causa únicamente para los docentes que cumplan 20 años de servicio en Colegios del orden departamental, distrital o municipal, sin que sea posible acumular tiempos del orden nacional.

Descendiendo sobre el asunto de la buena conducta contemplada en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913, esta Corporación ha expuesto pronunciamientos jurisprudenciales desde la Sección Segunda, en las Subsecciones A y B que la conforman, así:

En la sentencia de 3 de marzo de 2011, de la Subsección B, así:

Ahora bien, la Corte Constitucional ha expresado que el ordenamiento jurídico puede establecer el concepto de buena conducta para efectos de condicionar el reconocimiento de un derecho o beneficio o para limitar el acceso a cargos públicos, entre otras posibilidades de aplicación. Igualmente, ha señalado que este concepto si bien es amplio debe ser aplicado en forma objetiva y razonable en consonancia con las demás normas que rigen la situación en concreto. En lo pertinente, la mencionada Corporación, mediante sentencia C-371 de 2002²⁷, manifestó lo siguiente:

²⁶ Expediente No. S-699, Actor: Wilberto Therán Mogollón.

²⁷ Sentencia de 14 de mayo de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

“Los conceptos de buena conducta o de buen comportamiento tienen distintos ámbitos de aplicación y han sido ampliamente utilizados por el legislador. (...). Cuando son empleados por el legislador tienen, por lo general, el carácter de lo que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados, esto es, aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren “... una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado.”²⁸

Lo propio de este tipo de conceptos es que, no obstante su indeterminación, los mismos deben ser precisados en el momento de su aplicación. Y tal concreción no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, sino que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse. En particular, cuando los conceptos jurídicos indeterminados afectan derechos fundamentales, la Corte ha puntualizado que su determinación debe hacerse siempre a la luz de las normas constitucionales y legales que resulten aplicables a tales derechos, y que de la indeterminación legislativa del concepto no puede derivarse la posibilidad de imponer restricciones injustificadas a los derechos fundamentales, entendiendo por tales restricciones, aquellas que trasciendan los límites que a cada derecho trazan las respectivas normas constitucionales y legales.²⁹ Agregó la Corte que en estos casos un “...mínimo de justicia material se concreta en el derecho a una decisión suficientemente fundamentada que justifique el sacrificio o la restricción a un derecho fundamental.”³⁰

(...)

*No obstante que, como se ha dicho, por definición, el concepto de buena conducta contenido en una disposición legal, es un concepto jurídico y como tal su determinación no permite, ni mucho menos impone, la referencia directa a apreciaciones morales y éticas, en la medida en que el operador jurídico no puede apartarse de la manera como tales consideraciones de valor hayan sido plasmadas en el ordenamiento, ello exige, precisamente, que el propio ordenamiento suministre los parámetros para la determinación del concepto. Es claro que ello ocurre así en diversas manifestaciones de la expresión buena conducta o buen comportamiento, tales como **la propia de las relaciones laborales, en las cuales la valoración de la misma se hace a la luz del respectivo reglamento de trabajo; o la buena conducta que resulta exigible de los servidores públicos, que se precisa a partir del respectivo régimen disciplinario; o la buena conducta en los establecimientos penitenciarios, determinada a partir de los reglamentos y del propósito de permitir la armónica convivencia de la comunidad carcelaria que ellos deben reflejar, etc.”** (Resalta la Sala).*

De igual modo, esta Corporación en reiteradas oportunidades ha expresado que la mala conducta que hace nugatorio el acceso a la pensión gracia, debe

²⁸ Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1986, Tomo I, p. 433.

²⁹ Sentencia T-706 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta Sentencia, la Corte encontró que se vulneraban los derechos constitucionales de los reclusos cuando al amparo de la indeterminación de ciertos conceptos jurídicos de carácter reglamentario se les impedía la difusión dentro del penal de informaciones legítimas dentro de un orden democrático.

³⁰ Ibid.

observarse en el transcurso del ejercicio profesional del docente, por lo cual, en principio, los hechos aislados no constituyen fundamento para decretar tal sanción, salvo que los mismos sean tan graves que justifiquen la imposición de la misma. Al respecto, se han trazado los siguientes lineamientos³¹: (resalta la Sala)

“Indudablemente la ley exige como presupuesto para gozar de esta prestación la prueba de que la interesada haya observado buena conducta; sin embargo, tal expresión no puede entenderse referida a una situación determinada sino que sus alcances abarcan el comportamiento que durante todo el tiempo de docente observó pues la pensión gracia fue concebida como un estímulo a los educadores, entre otras razones, por su dedicación y buen comportamiento.

(...)

Ahora bien, si la falta es grave y se comete una sola vez esta no requiere permanencia; en otras palabras el transcurso del tiempo tampoco es esencial porque la falta pudo haberse cometido mucho tiempo atrás. Un solo hecho aislado sin la gravedad que reviste otro tipo de faltas no puede servir como parámetro de evaluación y por ende esgrimido como argumento para negar el derecho pensional.” (Negrilla no es del texto original).

De lo anterior se concluye que, dadas las repercusiones que se generan sobre los derechos de los interesados como consecuencia de la negativa a reconocer la pensión gracia, es necesario que la conducta considerada como reprochable se haya reiterado en el tiempo o que, habiéndose consumado en una sola ocasión, afecte gravemente otros derechos y libertades de la comunidad educativa, impidiendo el cumplimiento de los deberes y fines estatales, especialmente, el concerniente a la eficiente prestación del servicio público de educación. (Resalta la Sala)

En el mismo sentido se pronunció la Corporación en sentencia de 25 de agosto de 2011³²:

“Se infiere, entonces, que la buena o mala conducta del docente debe observarse a lo largo de su desempeño laboral y, por ende, no resulta admisible que un hecho aislado constituya un obstáculo para acceder a la pensión gracia, claro está, a menos que éste implique tal gravedad que

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 7 de septiembre de 2006, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-13151-01(4896-04), Actora: María del Carmen Velásquez S.

³² M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente N° 0823-2010.

*aunque no haya sido reiterado en el tiempo amerite la sanción de pérdida de este beneficio pensional especial*³³. ” (Resalta la Sala)

De lo anterior se colige, que la buena conducta docente se predica del comportamiento ejemplar que debe exteriorizar a lo largo de su ejercicio profesional, en tal medida que se haga merecedor de la pensión gracia, prestación que ha sido creada exclusivamente para los educadores que cumplan ciertos requisitos, entre esos, el que se analiza en esta ocasión; y por otro lado, la mala conducta puede configurarse desde dos puntos de vista: bien sea a través de conductas negativas repetitivas en el tiempo, o alguna aislada considerada grave, que puede significar una mala conducta que impida el reconocimiento pensional.

Conviene dejar sentado en esta Corporación, la relevancia que tienen los educadores en el entorno educativo, familiar y social, para efectos del reconocimiento de la pensión gracia.

Dijo el doctor Fernando Hinestrosa sobre la moral dentro del ordenamiento jurídico: “*Una es la moral del comerciante, otra es la moral del asceta*”³⁴, y otra es la del maestro, ya que él es fuente de experiencia y sabiduría. Lo anterior no es ajeno al orden jurídico y social actual, ya que el servicio público docente es trascendental, que se relaciona no solo con el orden público moral, sino con el sistema jurídico colombiano en todas sus relaciones legales y constitucionales. Por ello, en el camino por alcanzar la verdad judicial en el caso concreto, y comprender la sanción en la pensión gracia y su relación con el ilícito de inasistencia alimentaria, corresponde a esta servidora y a la Sala, fijar para la jurisprudencia una postura sobre la importancia de dicha norma y su aplicación en el caso objeto de estudio, por lo que se explicará de manera sencilla la lógica ya clásica de la sanción, resaltando el valor constitucional y ético que la respalda.

Para lo anterior, lo primero que hay que anotar, es que la prohibición contenida en el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 entre otras como se ha explicado, crea unas causales de mala conducta que separan a los docentes del derecho a la pensión gracia, resulta neurálgico para nuestro análisis, habida cuenta, de que allí se enmarca, lo que en

³³ En términos similares se pronunció esta Subsección mediante la sentencia de 24 de abril de 2003, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Expediente No. 4251-2002, Actora: Lilia Maria Mendoza Bayona. Ver también la sentencia de 11 de octubre de 2007, proferida por la Subsección A de esta Sección con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 0417-07, Actor: Jaime Ramiro Jaraba Muñoz.

³⁴ Fernando Hinestrosa, en el tomo II de un libro llamado “El tratado de las obligaciones” hizo esta alusión para aproximarse al concepto de regla moral dentro del ordenamiento jurídico.

su momento significaba la honra y el respeto que debía tener un docente con su comunidad, y lo que hoy significa ser un maestro.

De ese respeto e integridad que se predicó, se indicaron algunas faltas que constituyen hasta hoy causales que denotan una mala conducta, y se relacionan con el desempeño ético y disciplinario del docente, entre ellas, a la luz del *zeitgeist*³⁵ de hoy, encontramos normas básicas como la prohibición de asistencia habitual en estado de embriaguez, la malversación de fondos escolares, y el ser condenado por delitos primordialmente dolosos de acuerdo con lo tipificado en el literal g) de la norma en cita.

En el caso que nos llama al estudio hoy, relacionado con el tipo penal de inasistencia alimentaria cometido por el demandante, por tratarse en principio de un asunto familiar, se evidencia una tendencia jurisprudencial que tradicionalmente ha reivindicado a la víctima y reprochado al docente por su conducta aplicando la ley, sin embargo, es importante al momento de resolver un caso concreto, se entre a profundizar más allá de la relación heterocompositiva del juez, y en la relevancia que tienen los maestros colombianos en el orden Constitucional.

La anterior afirmación, no se hace con un ánimo de olvidar la importancia de los más de 37 años de jurisprudencia en la materia de la pensión gracia, pues la intención de la Sala, consiste en simple y llanamente, resaltar en la importancia, que tienen los docentes dentro de las relaciones humanas, para el orden superior vigente, y exaltar en el esfuerzo que éstos honrada e intachablemente se han hecho acreedores del nombre de maestros y merecen la gracia pensional.

Continuando con nuestro punto, si se hace una reflexión tranquila sobre el castigo y el reproche así como la función de la norma, estimamos que los jueces no pueden tratar a la ligera la naturaleza del comportamiento del docente, sin atender sus consecuencias, pues para el constituyente, y para el legislador, el proceso de socialización y de desarrollo humano, en los menores, y el monitoreo judicial, legal, estatal y ciudadano sobre gestión vital del orientador, representa una virtud y un valor exigible a todos los ciudadanos e instituciones en Colombia. En éste sentido, el dogma moral que tiene toda sociedad de proteger a sus menores, o “principio *pro infans*”³⁶, compone uno de los pilares fundantes

³⁵ El concepto de *zeitgeist* es una expresión del idioma alemán que significa “El espíritu (gheist) del (zeit) tiempo” y en nuestro caso evoca la transformación que ha tenido ésta norma, ya que no se puede entender su tenor de manera literal, y según la jurisprudencia vinculante (C-481 de 1998) debe excluirse la palabra homosexualismo.

³⁶ En tanto que ha sido acentuado por la jurisprudencia constitucional como un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, que exhorta a escoger la

de la interpretación del régimen disciplinario de docentes, y en general del ordenamiento³⁷.

En éste sentido, siguiendo algunas pautas jurisprudenciales³⁸, consideramos que el derecho de los menores a recibir una educación digna no solo es un parámetro a aplicar, sino la esencia misma del sistema educativo. En consecuencia, el Estado no solo debe garantizar la accesibilidad al sistema educativo, sino éste tiene que responder por *un servicio de educación digno para sus ciudadanos*, que a través de sus colegios, y de las instituciones privadas vigiladas por la Superintendencia de Educación, encuentre su finalidad en la protección y adaptación de los niños y jóvenes a un marco educativo, ya que la estimulación y ejemplo, son el fin mismo de la política educativa y el futuro de la institucionalidad ciudadana.

En éste sentido, atendiendo al llamado de proteger los derechos de los menores, y propender por el aumento en la calidad y eficiencia del servicio público de educación, considera ésta Sala que la respuesta de la jurisprudencia no se debe limitar a aplicar reglas y parámetros irreflexivamente, donde se hace una labor de simple subsunción, pues resulta más fructuoso el servicio judicial que persuade a los miembros de la comunidad educativa a transformar las relaciones sociales del estudiantado y los exhorta a proyectar a los menores un plan de vida sano, curioso intelectualmente, respetuoso de las normas cívicas, el orden público y el solidarismo constitucional³⁹.

A pesar de que hay una regla general que prohíbe doble asignación en temas pensionales y se protege el interés general que se concreta en este beneficio prestacional, existe ambigüedad dentro del marco del análisis y la aplicación de la falta disciplinaria bajo estudio, lo anterior, en vista de que la mayoría de la jurisprudencia se ha enfocado sistemáticamente en la reiteración de las faltas en un término espacio temporal, y otra lo ha hecho un análisis de la gravedad en la afectación del servicio, sin reflexionar verdaderamente sobre la afrenta moral y constitucional que le hace un maestro al deshonorar sus labores, razón por la cual, debemos empezar a desarrollar los problemas jurídicos a continuación.

interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

³⁷ Entre otras normas como el artículo 44 de la Constitución, la Ley 1098 de 2006 y reiterada jurisprudencia como la C-177 de 2014 y la T-081 de 2015 abordan el tema de manera prolífica.

³⁸ En sentencias como la T-137 de 2006, se trata de manera holística el concepto de abandono del menor y se dice que los derechos del menor, son una obligación que activa las competencias de todos los servidores públicos. Otros ejemplos revolucionarios de los derechos del menor como parámetros para interpretar el ordenamiento jurídico, se evidencian en la Sentencia T-743 de 2013, en donde la Corte Constitucional, ordena a la Secretaría de Educación vincular a un maestro para garantizar el derecho a unos menores, y advierte a la Secretaría del Huila que se deben valorar las particularidades de las regiones y sus grupos poblacionales y los propósitos de aumento de cobertura, calidad y eficiencia del servicio de educación.

³⁹ Mirar preámbulo de la Constitución Política.

El primero de ellos consiste en esclarecer, **¿si la inasistencia alimentaria puede ser catalogada simplemente como una infracción de naturaleza civil?**

Para desarrollar este acápite de gran importancia, debemos partir de la génesis de la naturaleza jurídica de los alimentos, desde la perspectiva constitucional y legal, iniciando por su concepto y nacimiento en el ordenamiento legal colombiano, pasando por los derechos fundamentales de los niños, de los adolescentes, la obligación de los mismos, y la incidencia que asume su incumplimiento teniendo el deber legal de ello.

De acuerdo a lo indicado por la Corte Constitucional⁴⁰: *“El derecho de alimentos es aquel que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios. Así la obligación alimentaria está en cabeza de quien por ley; debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de alimentos”*.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, se adoptó como el instrumento de la UNICEF para redefinir la política a nivel mundial, regional y nacional, que ha sido incluyente en cuanto a los derechos de la infancia, desde la perspectiva de género, discapacitados, marginados, pobres entre otros aspectos; repercutiendo en un análisis mas profundo de las causas subyacentes que dan lugar a las altas tasas de mortalidad y morbilidad en la infancia y en la niñez, a la marginación de grupos completos de niños, el abuso infantil y la violencia contra los niños, niñas y adolescentes, entendidos ahora como la manifestación de violaciones generalizadas a los derechos del niño.

Cuatro amplios principios básicos subyacen a la Convención: no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el derecho a la Participación, que constituyen un compromiso de la comunidad internacional para la protección de sus derechos civiles y políticos al igual que los de naturaleza económica, social y cultural⁴¹.

⁴⁰ En Sentencia 0919 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁴¹ Tomado del texto “Convención sobre los derechos de los niños y las niñas” Manuel Manrique – Representante Oficina de Área para Colombia y Venezuela - UNICEF. Edición del 2005.

Se expone a continuación el articulado relevante de la Convención:

El artículo 3^{o42}, comprende las medidas que deben tomar los estamentos públicos y privados, ejecutivos, judiciales y legislativos, procurando el interés superior del niño; igualmente contempla el compromiso de los estados parte para su aseguramiento, protección y cuidado necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres y tutores, a fin de tomar las medidas pertinentes y adecuadas en pro de la niñez.

Por su parte el artículo 6^o imparte el mandato a los estados partes, a reconocer a todo niño el derecho intrínseco a la vida, de la cual nacen todos los derechos y deberes de todos los actores influyentes en el desarrollo del niño y de la sociedad.

El artículo 7^{o43} garantiza que todo niño tenga el derecho a un nombre, a una nacionalidad, a una familia, y a ser cuidado por sus padres.

Importante relevancia para el caso tiene lo dispuesto en el artículo 18⁴⁴, que crea en el Estado y en los padres, el deber de tomar las medidas eficientes para la crianza y el

⁴² “Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño 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 y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

⁴³ “Artículo 7. 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

⁴⁴ “Artículo 18. 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para

desarrollo del niño, en tanto que los padres cumplan con dichas obligaciones comunes bajo la premisa del interés superior del menor.

El artículo 27⁴⁵ dispone, que a los padres les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño, entendiendo como medios económicos, aquellos recursos que comprenden la manutención, que comprenden el deber de proveerlos de alimentos, alojamiento, educación y vestido, entre otros. Así mismo, exhorta al Estado, a tomar todas las medias apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres con el menor.

En virtud del compromiso que adquirió Colombia con la ratificación de la “*Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño*”, se han incluido en nuestro ordenamiento jurídico, diversas normas de rango constitucional y legal para acatar el cumplimiento de la protección de los derechos y garantías de la niñez colombiana.

A manera de ejemplo, nuestra Constitución Política en su artículo 44⁴⁶, enunció los derechos fundamentales de los niños, entre varios, el derecho a la vida, a la integridad

el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.”

⁴⁵ “Artículo 27. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”

⁴⁶ “**ARTICULO 44.** Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

física, a su nombre, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, al libre desarrollo de la personalidad, a la alimentación equilibrada, a la educación, la cultura y la recreación, y dispuso que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Así mismo, estableció que el Estado, la familia y la sociedad, los protegerá de toda clase de abandono, violencia, abuso o explotación.

Por su parte la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptó ciertas medidas para garantizar y proteger los derechos enunciados, dentro del marco de las normas constitucionales y de la Convención, que hacen parte integral de nuestro bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, hasta acá se encuentra claro que los derechos de los niños como en este caso, la alimentación y la manutención en general, son obligaciones de carácter civil, familiar y moral, que ante su incumplimiento genera consecuencias desde el punto de vista civil o patrimonial, pero se ha evidenciado que Colombia ha promulgado leyes dentro ámbito del derecho penal, con miras a garantizar la efectividad y el cumplimiento de los derechos de la niñez desprotegida, como fue la creación del delito de inasistencia alimentaria, el cual se expondrá a continuación.

Evolución legislativa del delito de inasistencia alimentaria

El Decreto 100 de 1980⁴⁷, Título IX - Delitos contra la Familia, Capítulo Cuarto - De los Delitos contra la Asistencia Alimentaria, artículo 263, modificado por el artículo 270 del Decreto 2737 de 1989⁴⁸, dispuso el tipo penal de inasistencia alimentaria así:

“Artículo 263. Inasistencia alimentaria. El que se substraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos.”

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

⁴⁷ Código Penal Colombiano.

⁴⁸ "Por el cual se expide el Código del Menor"

“Artículo 270. Cuando el delito de inasistencia alimentaria se cometa contra un menor, la pena será de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno (1) a cien (100) días de salario mínimos legales.”

El nuevo Código Penal - Ley 599 de 2000, lo estableció en su Título VI - Delitos Contra la Familia, Capítulo Cuarto - De los delitos contra la asistencia alimentaria, artículo 233, el cual fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1181 de 2007, lo tipificó de la siguiente manera:

“Artículo 1º. El artículo 233 de la Ley 599 de 2000 quedará así: Artículo 233. Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.”

Es claro que tanto el anterior código penal como el actual, contemplaron el delito de inasistencia alimentaria bajo los mismos parámetros jurídicos.

A continuación se procederá a presentar el estudio sobre la modalidad de la conducta de este tipo penal, con el fin de constatar la rigurosidad de la misma y la naturaleza del comportamiento que ilustra a quien se muestra indiferente ante tan importante obligación civil y familiar.

De la modalidad de la conducta en el delito de inasistencia alimentaria.

La Ley 599 de 2000, en su Título III, Capítulo Único, artículo 21 clasificó la modalidad de la conducta punible como: dolosa, culposa y preterintencional, norma que se transcribe a continuación:

“Artículo 21. Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.”

Ahora bien, se procederá a exponer los pronunciamientos jurisprudenciales que ilustran la modalidad de la conducta en el delito de inasistencia alimentaria.

La Corte Constitucional en Sentencia C-388 de 5 de abril de 2000, al respecto determinó lo siguiente:

“11. (...) Ahora bien, en cuanto respecta al proceso penal, las disposiciones que prevén el delito de inasistencia alimentaria son meridianamente claras al establecer que incurre en responsabilidad penal quien se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos. Como lo ha señalado la Corte, se trata de una conducta activa que exige dolo o intención. Por lo tanto, la inobservancia del deber queda justificada si se produjo como efecto de un acontecimiento que imposibilitaba su cumplimiento o que lo excusaba temporalmente, como sería, por ejemplo, contar con un patrimonio notoriamente menor a aquel que se tuvo como base para determinar la correspondiente obligación.

Basta para demostrar lo anterior, transcribir el aparte pertinente de la sentencia de la Corte a través de la cual se declaró la exequibilidad del primer inciso del artículo 263 del Código Penal, que consagra el delito de inasistencia alimentaria:

{3. La sanción por el incumplimiento de la obligación alimentaria no vulnera la Constitución.

Como parte del Título XIX del Código Penal, que consagra los "Delitos contra la familia", se ubica el artículo 263, el cual prevé una sanción de arresto de seis meses a tres años y multa de un mil a cien mil pesos, para el que se sustraiga, sin justa causa, al cumplimiento de la prestación de alimentos debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge. El decreto 2737 de 1989 - Código del Menor -, modificó parcialmente dicha sanción: estableció la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de uno a cien días de salarios mínimos legales mensuales, cuando el hecho se cometa contra un menor (art. 270).

La conducta descrita por la norma acusada es de peligro, en cuanto no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido; de ejecución continuada, dado que la violación a la norma persiste hasta tanto se dé cumplimiento a la obligación; exige un sujeto pasivo calificado que es la persona civilmente obligada; un sujeto activo que es el beneficiario y, concretamente, los ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo, y el cónyuge, y un elemento adicional, contenido en la expresión "sin justa

causa"; además, se trata de una conducta que sólo puede ser sancionada a título de dolo; por tanto, requiere que el sujeto obligado conozca la existencia del deber y decida incumplirlo.⁴⁹ (...)” (Subrayado y negrillas no son del texto original)

En igual sentido se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 19 de enero de 2006 correspondiente al Proceso N° 21023, M.P. Álvaro Pérez Pinzón⁵⁰.

No queda dudas para ésta Sala, que el delito de inasistencia alimentaria está consagrado como un tipo doloso que no admite otra clase de culpabilidad.

Luego de exponer la naturaleza jurídica de la obligación de la asistencia alimentaria, encuentra la Sala que su incumplimiento infringe obligaciones de tipo civil y penal, y genera consecuencias en ambas ramas del derecho.

En consecuencia de lo anterior, se procederá a continuar con la resolución del siguiente problema jurídico, el cual está determinado a establecer:

¿si el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 se encontraba vigente al momento de la negación del derecho por parte del ente previsional?

Vigencia y aplicación del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 y su virtualidad para hacer nugatorio el derecho a la pensión gracia.

⁴⁹ Sentencia de constitucionalidad del artículo 263 del Decreto 100 de 1980.

⁵⁰ “3. La sanción por el incumplimiento de la obligación alimentaria no vulnera la Constitución. Como parte del Título XIX del Código Penal, que consagra los “Delitos contra la familia”, se ubica el artículo 263, el cual prevé una sanción de arresto de seis meses a tres años y multa de un mil a cien mil pesos, para el que se sustraiga, sin justa causa, al cumplimiento de la prestación de alimentos debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge. El decreto 2737 de 1989 -Código del Menor-, modificó parcialmente dicha sanción: estableció la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de uno a cien días de salarios mínimos legales mensuales, cuando el hecho se cometa contra un menor (art. 270).

La conducta descrita por la norma acusada es de peligro, en cuanto no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido; de ejecución continuada, dado que la violación a la norma persiste hasta tanto se dé cumplimiento a la obligación; exige un sujeto pasivo calificado que es la persona civilmente obligada; un sujeto activo que es el beneficiario y, concretamente, los ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo, y el cónyuge, y un elemento adicional, contenido en la expresión “sin justa causa”; además, se trata de una conducta que sólo puede ser sancionada a título de dolo; por tanto, requiere que el sujeto obligado conozca la existencia del deber y decida incumplirlo.”

El artículo 224 de la Ley 734 de 2002⁵¹ derogó todas las normas que le fueron contrarias, salvo las referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 200 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública, el cual reza:

“Artículo 224. Vigencia. La presente ley regirá tres meses después de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública”

Por su parte la Ley 200 de 1995⁵² en su artículo 177, dispuso que el Código Disciplinario Único se aplicaría sin excepción alguna, a todos los servidores públicos por parte de los funcionarios que tengan la competencia disciplinaria, y derogó todas las disposiciones generales y especiales que regulaban materias disciplinarias en todos los niveles, salvo las de la fuerza pública.

“Artículo 177º.- Vigencia. Esta Ley regirá cuarenta y cinco (45) días después de su sanción, será aplicada por la Procuraduría General de la Nación, por los Personeros, por las Administraciones Central y Descentralizada territorialmente y por servicios y por todos los servidores públicos que tengan competencia disciplinaria se aplicará a todos los servidores públicos “sin excepción alguna” y deroga las disposiciones generales “o especiales” que regulen materias disciplinarias a nivel Nacional, Departamental, Distrital o Municipal, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de este Código.”

Para determinar su vigencia, es necesario efectuar un análisis de las normas pertinentes que rigen sobre la derogatoria normativa en Colombia, para lo cual partimos de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887⁵³:

“ARTÍCULO 3. Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.”

⁵¹ “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”

⁵² “Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único” Derogado por la Ley 734 de 2002 - Art.224.

⁵³ “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”

Por su parte el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección A, en sentencia de 12 de mayo de 2011⁵⁴, al respecto dijo:

“Para que una norma posterior derogue tácitamente a la anterior, debe existir clara antinomia entre ambas, de tal suerte que resulte una incompatibilidad evidente entre lo regulado en la nueva ley y la ley que antes regía⁵⁵. Sobre el tema, el artículo 3° de la Ley 153 de 1887, señala:

{Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería}

De la norma en cita, se distingue claramente que para que opere la derogación tácita de la ley debe existir incompatibilidad entre la norma anterior y la especial posterior, o que la nueva ley regule íntegramente la materia que la anterior hacía. En el caso, ninguna de las exigencias planteadas se cumplen, porque no estamos frente a una verdadera contradicción entre la Ley 6ª de 1945 y el Decreto Ley 3135 de 1968, a pesar que ambas traen asuntos relacionados con la pensión de jubilación, pues en la posterior se estableció un régimen de transición aplicable a algunos empleados, de suerte que la anterior subsiste para ellos.” (subraya esta Sala)

Por su parte, los artículos 71 y 72 del Código Civil dispusieron:

“Artículo 71. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

“Artículo 72. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-159 de 2004 al resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 71 (parcial) y 72 del Código Civil, expresó:

⁵⁴ Expediente N° 11001-33-31-025-2007-00499-01, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁵ Sentencia C-159 de 2004

“Tercera.- Algunas reflexiones sobre la derogación de las leyes.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define derogar como “abolir, anular una cosa establecida como ley o costumbre”.

Según el derecho romano, la derogación viene del latín derogare, que supone la revocación parcial de la ley, a diferencia de la abrogación que significa la supresión completa de una ley.

En nuestro sistema el sustantivo derogación, es el único que define a todas las formas enunciadas de modificación o supresión de una ley. Así, de conformidad con los artículos 71 y 72 del Código Civil, la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la ley dice expresamente que deroga la antigua. Y tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador.

Contrario a lo anterior, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley y la ley que antes regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial.”
(subraya la Sala)

Como quiera que el apelante asevera que el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 se encuentra derogado por disposición del artículo 224 de la Ley 734 de 2002, dando a entender que la derogatoria operaría de forma tácita, puesto las normas de ambos códigos disciplinarios transcritas no lo han contemplado de forma expresa, en tal virtud, según lo señalado en los artículos 71 y 72 del Código Civil y a los pronunciamientos esbozados tanto por el tribunal como por la Corte Constitucional, dicha figura se presenta cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior, y aun así, existen situaciones en que ésta puede mantener su vigencia aunque versen sobre la misma materia, respecto de todo aquello que no pugna con las disposiciones de otra ley.

Confrontando los artículos 224 de la Ley 734 de 2002 y 177 de la Ley 200 de 1995 con el artículo 46 del Estatuto Nacional Docente, que dispone las causales de mala conducta del personal docente, se observa que éstas no fueron reproducidas ni tipificadas como tal en el Código Disciplinario Único, generando de esta forma un vacío legal que debe suplirse con el Estatuto.

En tal sentido, y atendiendo que el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, regula un asunto especial⁵⁶, y que el Código Disciplinario Único reglamenta los aspectos disciplinarios de los servidores públicos de forma general sin tener en cuenta la especificidad de las situaciones que se regulan en el Estatuto Nacional Docente, se debe concluir, que aunque puedan codificar temas relacionados, aquella mantiene su vigencia al no existir contraposición entre ellas.

De todo lo anterior, se concluye que el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 ha conservado su vigencia.

Ya encontrándose esclarecida la vigencia de la norma mencionada, explicado el delito de inasistencia alimentaria y precisada la modalidad de la conducta del mismo, procede la Sala a determinar el siguiente problema jurídico.

¿El delito de inasistencia alimentaria puede encuadrarse dentro de la causal de mala conducta consagrada en el literal g) del artículo 46 del decreto 2277 de 1979, para hacer nugatorio el derecho a la pensión gracia?

De acuerdo con el estudio esbozado en la presente providencia, no queda dudas para ésta Sala, que el delito de inasistencia alimentaria está consagrado como un tipo doloso que no admite otra clase de culpabilidad.

El literal g) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, establece como causal de mala conducta docente la siguiente:

“Artículo 46. (...) g) El ser condenado por delito o delitos dolosos.”

Recapitulando lo que se ha consignado en la parte inicial de esta providencia, el demandante fue condenado por el delito de inasistencia alimentaria por el Juez Promiscuo

⁵⁶ Referida a las causales de mala conducta del personal docente.

Municipal de Sopetrán – Antioquia el 30 de octubre de 1996, por haber incumplido la cuota alimentaria de sus tres hijos menores, pactada en el acuerdo conciliatorio de 5 de agosto de 1994, llevado a cabo ante la Defensoría de Familia de Santa Fe de Antioquia, dado que sólo cumplió con las cuotas correspondientes a los períodos de septiembre, octubre y noviembre del año mencionado.

La condena se procuró ante el incumplimiento mencionado, y ante la negativa de asistir a las audiencias de conciliación que buscaban gestionar un arreglo amigable a la situación presentada con sus hijos menores, situaciones que conllevaron al juez de conocimiento a imponerle como pena principal 1 año de prisión y multa equivalente a 25 salarios mínimos diarios legales; y como pena accesoria, la interdicción de derechos y funciones públicas por el periodo de la pena principal. Se le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional al no tener antecedentes penales, suspendiéndole la ejecución de la misma por un período de prueba de 2 años.

Mediante auto de 28 de abril de 1997, el Juzgado Promiscuo Municipal de Buriticá le revocó el beneficio del subrogado penal, ante los incumplimientos evidenciados sobre los compromisos adquiridos de presentarse ante dicha sede judicial todos los meses, así como realizar el pago de la indemnización de perjuicios tasados en la sentencia condenatoria; y en consecuencia ordenó el cumplimiento de la pena en establecimiento carcelario; y mediante auto de 14 de mayo de 1997, solicitó a la Sección de Escalafón de la Secretaría de Educación Departamental de Antioquia, la suspensión del cargo del docente para proseguir con su captura a fin de dar cumplimiento a la sentencia condenatoria, medida solicitada dada su condición de servidor público y con la finalidad de no impactar al estudiantado con la práctica de la aprehensión, la cual fue cumplida por la Alcaldía de Buriticá con la expedición de la Resolución N° 036 de 2 de junio de 1997.

De todo lo anterior, se evidencia que el accionante al haber sido sancionado por el delito de inasistencia alimentaria, tipo penal que sólo amerita la modalidad de la conducta de manera dolosa, se concluye que para efectos de la pensión gracia, que éste hecho encuadra dentro de la causal establecida en el literal g) *“El ser condenado por delito o delitos dolosos”*, del artículo 46 del Decreto 2277 de 1989 - Estatuto Nacional Docente, lo cual clarifica que el demandante ha incumplido uno de los requisitos para hacerse merecedor del mencionado beneficio prestacional, como lo es, el contemplado en el numeral 4° del artículo 4° de la Ley 114 de 1913 *“Que observe buena conducta”*.

Los criterios anteriormente expuestos, han venido siendo aplicados por la Sección Segunda, y particularmente sobre situaciones en los que se enjuicia la mala conducta

docente como consecuencia de la comisión de un delito por parte del docente requirente, situaciones que son similares al caso objeto de estudio.

A manera de ejemplo, se cita el fallo proferido por la Subsección B de 4 de noviembre de 2010⁵⁷, en la cual se pronunció respecto de un asunto en el que se negó el reconocimiento de la pensión gracia a un docente que había sido condenado por el delito doloso de porte ilegal de armas aún sin haber sido sancionado disciplinariamente. Luego de haber realizado el correspondiente análisis al caso concreto, previa transcripción del artículo 46 del decreto 2277 de 1979, dijo la Sala:

De acuerdo con la norma transcrita, estima la Sala que la condena impuesta a un educador por la comisión de un delito doloso ha de entenderse como una causal de mala conducta, que de acuerdo a lo previsto por el legislador en el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 114 de 1993, impide el reconocimiento y pago de la pensión gracia.

(...)

Bajo estos supuestos, observa la Sala que en el caso concreto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala Penal, mediante providencia de 26 de agosto de 2003 confirmó parcialmente la sentencia de 30 de mayo de 2002 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá, Valle del Cauca, al condenar al actor a doce meses de pena privativa de la libertad e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por encontrarlo responsable como autor del delito de porte ilegal de armas, en la modalidad de conducta punible dolosa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 21, 22 y 365¹ del Código Penal (fls. 24 a 47).

⁵⁷ Exp. 0038 de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹ “ARTICULO 21. MODALIDADES DE LA CONDUCTA PUNIBLE. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley. “.

“ARTICULO 22. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.”.

“ARTICULO 365. FABRICACION, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal y municiones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.”.

(...)

De acuerdo con los razonamientos que anteceden, el hecho de que sobre el señor (...) se registrara una condena privativa de la libertad de doce meses, por hechos acaecidos, el 26 de noviembre de 2000, estando vinculado como docente de la Institución Educativa Técnico Industrial “Carlos Sarmiento Lora”, del municipio de Tuluá, Valle del Cauca, impide el reconocimiento de la pensión gracia en los términos del artículo 4 de la Ley 114 de 1913.

En efecto, a juicio de la Sala la conducta sancionada al actor, esto es, el porte ilegal de armas, en la modalidad dolosa, claramente constituye causal de mala conducta de tal gravedad que como quedó visto ameritó no sólo la imposición de una sanción privativa de la libertad sino también, la inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas.

Así las cosas, dada la importancia que para la sociedad reviste la actividad docente, cuya misión es la instrucción de conocimiento y la formación en valores de las nuevas generaciones, resulta inadmisibles que quienes la desarrollan incurran en comportamientos reprochables como el sancionado al actor.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, estima al Sala que el actor no cumplió con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión gracia, conforme al régimen jurídico vigente, toda vez que, como quedó visto, la condena que se registra en su contra, consistente en pena privativa de la libertad de doce meses e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas, constituye una causal de mala conducta que claramente contraría lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 114 de 1913.

En igual sentido se pronunció la misma Subsección en sentencia de 30 de agosto de 2012⁵⁸:

“ARTÍCULO 46. CAUSALES DE MALA CONDUCTA. Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta;

(...)

g). El ser condenado por delito o delitos dolosos;

De acuerdo con la norma transcrita, estima la Sala que la condena impuesta a un educador por la comisión de un delito doloso ha de entenderse como una causal de mala conducta, que de acuerdo a lo previsto por el legislador

⁵⁸ Exp. N° 2091-2011, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

en el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 114 de 1993, impide el reconocimiento y pago de la pensión gracia.

Así lo sostuvo esta Sección en sentencia de 9 de febrero de 2006. Rad. 4555-04. M.P. Ana Margarita Olaya Forero:

{Como se ha dicho en diversos pronunciamientos, la pensión vitalicia de jubilación consagrada en la ley 114 de 1993 es una prestación especial y dado su carácter de excepcional, para su reconocimiento y pago, es indispensable que se cumplan a cabalidad las exigencias contempladas en la ley. Precisamente en el literal a) del numeral 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989 (Régimen del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otras disposiciones, entre las cuales se hallan normas sobre prestaciones sociales) que determina aspectos sobre la pensión de jubilación gracia docente, señala con toda claridad en su parte final que "se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos", uno de los cuales es el de la buena conducta del artículo 4º numeral 4º de la ley 114 de 1993, que no se refiere a los últimos servicios por lo que se entiende que es un requisito aplicable a todo el tiempo de servicio.

Así, la exigencia o requisito de la buena conducta es fundamental para la posibilidad de adquirir este derecho pensional excepcional; quien no lo satisface, en verdad, no cumple el requisito esencial en ese aspecto. (...)."

Bajo estos supuestos, observa la Sala que en el caso concreto el Tribunal Superior de Ibagué, Sala Penal, mediante providencia de 21 de octubre de 1993 confirmó parcialmente la sentencia de 30 de junio de 1993 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué, que condenó al actor a 10 años de pena privativa de la libertad e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por encontrarlo responsable como autor del delito de homicidio simple (fls. 24 a 47).

(...)

En efecto, a juicio de la Sala la conducta sancionada penalmente al actor, esto es, homicidio simple, claramente constituye causal de mala conducta de tal gravedad que como quedó visto ameritó no sólo la imposición de una sanción privativa de la libertad sino también, la interdicción para ejercer derechos y funciones públicas.

Así las cosas, dada la importancia que para la sociedad reviste la actividad docente, cuya misión es la instrucción de conocimiento y la formación en valores de las nuevas generaciones, resulta inadmisibles que quienes la

desarrollan incurran en comportamientos reprochables como el sancionado al actor.⁵⁹

Con fundamento en las anteriores consideraciones, estima al Sala que el actor no cumplió con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión gracia, conforme al régimen jurídico vigente, toda vez que, como quedó visto, la condena que se registra en su contra, consistente en pena privativa de la libertad de 10 años, la cual se hizo efectiva por el lapso de 5 años y 6 meses, e interdicción para ejercer derechos y funciones públicas, constituye una causal de mala conducta que claramente contraría lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 114 de 1913.

Finalmente, en relación con el argumento de la parte actora según el cual no se había impuesto una sanción dentro de un proceso disciplinario que se hubiera podido adelantar, el cual era presupuesto necesario para que se configurara la mala conducta, la Sala considera que es suficiente la condena impuesta en el proceso penal para determinar la mala conducta del docente independiente de que la acción delictiva hubiera acaecido en circunstancias ajenas al ejercicio de su cargo como docente por lo ya expuesto y de conformidad con el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 114 de 1913, ya referido. (Resalta la Sala)

Dilucidado el análisis expuesto, concluye la Sala, que el delito de inasistencia alimentaria encuadra dentro de la causal de mala conducta consagrada en el literal g) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, y por ende tiene la virtualidad de hacer nugatorio el derecho a la pensión gracia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que obró discusión sobre la aplicabilidad del Decreto 2277 de 1979, la cual indudablemente ha sido dilucidada en la presente providencia, esta colegiatura estima conveniente realizar un análisis adicional del requisito de la buena conducta, no desde la perspectiva del mencionado estatuto, si no a la luz de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 114 de 1913, frente a los hechos que fueron relevantes para la negación de la prestación solicitada.

El artículo 4º de la Ley 114 de 1913, contempla una serie de requisitos adicionales que deberán cumplir los docentes que habiendo cumplido 20 años de servicio al magisterio en colegios oficiales de primaria y/o secundaria de carácter territorial o nacionalizado, entre los cuales, se encuentra el consagrado en su numeral 4º el: “*Que observe buena conducta*”, sobre el cual se ha centrado el cargo apelado.

Encuentra la Sala de acuerdo a lo esbozado a lo largo de esta providencia, que a pesar de que el delito por el cual fue sancionado penalmente el docente, no se cometió en razón

⁵⁹ En igual sentido se pronunció la Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve en la sentencia de 4 de noviembre de 2010, Expediente: 760012331000200701247 01, Referencia: 0038-2010. Actor: GERMÁN ENRIQUE AGUILAR IBAGUÉ

de sus funciones, si afectó de forma negativa la prestación del servicio educativo y su entorno, directa e indirectamente, por las razones que se exponen a continuación:

- 1) El conocimiento por parte del estudiantado de la noticia criminal que involucraba al docente de la institución educativa al cual pertenecían.
- 2) El tipo penal por el cual fue sancionado el demandante - inasistencia alimentaria, está directamente relacionado con los derechos de la niñez, en este caso el de sus hijos, como son los de proveerlos de alimentos, vivienda, recreación y vestido; situación que deja un mensaje no ejemplarizante en la institución educativa, ni para sus colegas ni al personal directivo, ni para los estudiantes que comúnmente tienen a sus profesores como un modelo y ejemplo a seguir.
- 3) La institución educativa evidentemente tuvo que tomar medidas para suplir la necesidad ocasionada con la suspensión del cargo del docente impuesta la Alcaldía Municipal de Buriticá, que la dejó desprovista de dicho profesional para atender la demanda escolar, quebrantando de esta manera el principio de planeación de la entidad.

En éste orden de ideas, y entendiendo la función social y simbólica que tiene la norma para la sociedad Colombiana, considera ésta Sala, que no necesariamente como lo dijo el *a quo*, el debate se centre en el tipo doloso penal, ya que para ésta Corporación en su análisis, existe un hondo debate sobre el rol y las labores del maestro en la vida de los menores, y su relevancia pública.

Por lo anterior, interpreta el Despacho que las relaciones de familia y la modificación de la situación jurídica en el derecho pensional del actor que se enrostra en la comisión de una conducta punible, tiene consecuencias legales que traspasan la esfera individual y negocial del actor, así como a la ética Constitucional de un Estado que protege los derechos del menor.

Así, para el Estado Social y Democrático de Derecho, es relevante la conducta personal y el ejemplo de los maestros que prestan servicios a la Nación, por lo que, resulta extraño el argumento, según el cual, el actuar del docente únicamente le concierne a éste y a su esfera privada, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 2011, la familia y los vínculos emocionales y civiles tienen un interés público que limita la autonomía y el querer de los miembros de la célula familiar al orden social y jurídico.

En éste orden de ideas, considera la Sala, que los argumentos relativos a la autonomía de la voluntad dentro de las relaciones familiares, corresponden a una noción que asimila a la familia con la propiedad, y releva un estado de civilidad que no es propio de un maestro de la República Colombiana.

En virtud de todo lo anterior, la Sala considera que la conducta del docente que lo llevó a la suspensión de su cargo en la institución educativa a la cual prestaba sus servicios para la época de los hechos, es en todo sentido reprochable y de tal gravedad, que no es necesaria que se repita en el tiempo para hacer nugatorio el derecho aludido, lo cual permite concluir, que el demandante incumplió el requisito de la buena conducta consagrado en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913.

Así las cosas, es válido concluir que los actos administrativos demandados gozan de plena legalidad y en consecuencia, el fallo apelado que negó las pretensiones de la demanda merece ser confirmado.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 25 de marzo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala Segunda de Oralidad, que negó las súplicas de la demanda incoada por Javier Ignacio Graciano Areiza contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

SEGUNDO: RECONOCER personería al abogado Carlos Arturo Orjuela Góngora, identificado con Cédula de Ciudadanía N°. 17.174.115 de Bogotá y Tarjeta Profesional N°. 6491 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, en virtud del escrito obrante a folio 206 del expediente.

TERCERO: Por intermedio de la Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, y déjense las constancias respectivas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER