



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "B"**

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicado : 11001-03-25-000-2014-00400-00
N° Interno : 1270-2014
Demandante : Luz Dary Henao Acosta
Demandado : Nación-Procuraduría General de la Nación
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho.
Tema : Sanción disciplinaria -destitución

ASUNTO

1. La Sala decide, en única instancia, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la señora Luz Dary Henao Acosta contra la Nación-Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

La Demanda

2. La señora Luz Dary Henao Acosta, mediante apoderada judicial y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, solicita la nulidad de los actos administrativos de 14 de agosto y 4 de septiembre, ambos de 2013, proferidos por la Procuraduría General de la Nación¹, por medio de los cuales la declaró disciplinariamente responsable y le impuso una sanción. A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la demandada: (i) cancele las anotaciones y registros que reposan en el Sistema de Sanciones y Causas de Inhabilidad SIRI, (ii) pague los salarios dejados de percibir (por la prestación de servicios profesionales y cualquier beneficio económico) desde la fecha en que se ejecutó la sanción hasta que se produzca la nulidad de la misma (iii) pague en cuantía de

¹ Expediente disciplinario IUS 2009-348049

\$200.000.000,00 los daños extra patrimoniales. (iv) pague las costas procesales.

Como supuestos de hecho relata que:

3. La señora Luz Dary Henao Acosta prestó sus servicios laborales a la Procuraduría General de la Nación –Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en carrera administrativa en el cargo de asesor grado 19, y con funciones de Coordinadora de la Unidad de Asesoría Técnico Científica y de Policía Judicial, desde el 12 de mayo de 1991; a partir del 1 de marzo de 2001 y hasta el 20 de enero de 2009, se desempeñó como Directora Nacional de Investigaciones Especiales, en encargo.

4. Que para la fecha de los hechos investigados disciplinariamente, -2008- la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación, y las funciones de sus dependencias se encontraban descritas en el Decreto-Ley 262 de 2000, y las Resoluciones 450 de 2000, 041 de 2001 y 191 de 2003; y afirma que conforme a tales disposiciones, el Procurador General de la Nación era el único funcionario autorizado legalmente para ordenar la interceptación telefónica y asignar competencias disciplinarias a la Dirección General de Investigaciones Especiales.

5. Explica que mediante los actos administrativos de 14 de agosto y 4 de septiembre de 2013, demandados, la Procuraduría General de la Nación, declaró responsable disciplinariamente a la señora Luz Dary Henao Acosta; al considerar no desvirtuado el cargo consistente en: *"solicitar al Procurador General de la Nación, mediante oficio de 10 de septiembre de 2008; sin motivación fundada y sin auto de apertura de investigación, la interceptación de las extensiones IP de la Procuraduría General de la Nación, 10204; 10202; 10203; 1798; 10207; 10219; 10206; 10296; 10210; 10242; 10201; 10208; 10205 y 10297"*.

6. Como normas violadas cita los artículos 15, 29, 116 y 277 de la Constitución Política, Leyes 734 de 2002, 600 de 2000, Decreto Ley 262 de 2000, y la Resolución 450 de 2000; y desarrolla el concepto de violación a través de los cargos de:



- violación del debido proceso, audiencia y defensa
- del buen nombre
- de los principios de ilicitud sustancial, duda razonable en favor de la investigada, presunción de inocencia y de integración normativa
- falsa motivación
- desconocimiento de la debida valoración probatoria, por las siguiente razones:

7. Que no hubo coherencia entre los hechos objeto de la queja y los que dieron origen a la indagación preliminar y posterior investigación y sanción, porque en su criterio el ente disciplinario formuló cargos por hechos distintos a los denunciados; mientras en la investigación preliminar el presunto reproche consistía en la ausencia de protocolos y controles para la utilización de la Sala Técnica y falta de motivación que ordenara la interceptación; en la investigación disciplinaria, **el primer cargo** radicó en incumplimiento del deber de planear, organizar y controlar las funciones de Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación, al no establecer protocolos y controles adecuados², y solicitar mediante oficio sin firma que se presume presentado al Procurador, la interceptación de comunicaciones sin auto previo de indagación preliminar y el **segundo cargo**, en solicitar al Procurador General la interceptación sin motivación fundada y sin auto de apertura de indagación preliminar.

8. Indica que el ente disciplinario responsabilizó a la señora Luz Dary Henao Acosta, de unas atribuciones jurisdiccionales que constitucional y legalmente son privativos del Procurador General de la Nación y no estaban a cargo de la sancionada; razón por la cual, considera que no existió ilicitud sustancial y no se configuró la falta disciplinaria.

9. Que del 14 de diciembre de 2010 al 7 de enero de 2011, personal de la Secretaría de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, y de Servicios Generales “botaron” y “destruyeron” gran cantidad de documentos de la Unidad de Asesoría Técnico Científica y de Policía judicial, incluidos informes y soportes de labores de policía judicial de los años 2006 a 2008;

²cargo declarado no probado y desvirtuado el primer cargo. Acto administrativo de 14 de agosto de 2013. folio 124 cuaderno principal.

entre los cuales no se puede descartar que se hubieran destruidos soportes de los protocolos de las interceptaciones autorizadas por el Procurador General de la Nación, el 20 de octubre de 2008.

10. Sostiene que en el proceso disciplinario se presentó una indebida notificación del cierre de la investigación, no se garantizó la imparcialidad, ni legitimidad. Asimismo, hubo irregularidades en la práctica de pruebas-imágenes forenses, prueba pericial, en la asignación del investigador. El ingeniero Leonardo Favio Molina Nieto³ en el proceso disciplinario adquirió la calidad de administrador, perito, también juez y parte.

11. Concluye que las pruebas que fundamentaron la investigación disciplinaria no fueron debidamente valoradas.⁴

Contestación de la demanda

12. La Procuraduría General de la Nación se opone a las pretensiones de la demanda. Explica que la demandada actuó en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales; observó el debido proceso y derecho de defensa.

13. Que los actos administrativos demandados, fueron debidamente motivados; tuvieron como fundamento las pruebas recaudadas y la tipificación de la conducta, sin que se puede reabrir un debate probatorio zanjado en el proceso disciplinario.

14. Asevera que la autoridad disciplinaria no incurrió en las irregularidades alegadas por la parte demandante; las pruebas fueron practicadas con autonomía e imparcialidad; y valoradas conforme a las reglas de la sana crítica y le sirvieron para sustentar en las circunstancias de tiempo, modo y lugar el cargo endilgado.

15. Que el auto de 7 de marzo de 2012, de cierre de investigación se notificó en debida forma-por estado y vía fax-. La disciplinada gozó de plenas garantías de defensa.

³ Uno de los comisionados para practicar pruebas en la investigación preliminar. (fis 1. Original 1)

⁴ folios 249 y ss; 401 y ss cuaderno principal

16. Niega que se hubiera destruido algún documento relativo a las diligencias de interceptación objeto de investigación.

17. Señala que conforme al artículo 148 de la Ley 734 de 2002, las facultades de policía judicial están en cabeza del Procurador General de la Nación y del Director Nacional de Investigaciones Especiales, pero sólo el Procurador tiene atribuciones jurisdiccionales.

18. Que es cierto que existió un auto del 20 de octubre de 2008, mediante el cual el Procurador General de la Nación de la época autorizó interceptar comunicaciones; sin embargo, no se trató de auto de apertura de indagación o investigación en estricto sentido. Por ello, considera, que carece de peso el argumento que la indagación preliminar hubiera sido ordenada por el Procurador General de la Nación.⁵

Audiencia inicial y de pruebas

19. En la audiencia inicial, llevada a cabo el 11 de septiembre de 2017⁶, se negó la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, asimismo, se negó la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, se fijó el litigio, y se decretaron pruebas documentales y testimoniales⁷.

20. La audiencia de práctica de pruebas se realizó el 27 de noviembre de 2017, y 19 de febrero de 2018. En dicha diligencia, la apoderada de la parte actora desistió de los testimonios de los señores Alfredo Humberto Hernández Henao y César Patorroyo. En la misma oportunidad, el apoderado de la entidad demandada tachó los testimonios de los señores Fernando Alberto Rodríguez Castro y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, por haber sido también investigados disciplinariamente. El Magistrado director de la audiencia, los recepcionó⁸ y finalizó la audiencia previo traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito y al Representante del Ministerio Público para emitir concepto⁹.

⁵ folio 530 y ss; 616 y ss cuaderno principal
⁶ folio 641 cuaderno principal
⁷ folio 641 cuaderno principal
⁸ Las declaraciones obran en medio digital CD folios 774 y 803.
⁹ folios 775 y 804 cuaderno principal

Alegatos de conclusión

21. La **parte actora**, insiste en los argumentos sostenidos en la demanda y su reforma.

22. Señala que en la providencia proferida en el radicado 1100103150002010007370¹⁰, el Consejo de Estado, analizó la sentencia C-1121 de 2005, de la Corte Constitucional, las normas constitucionales y legales que regulan la función jurisdiccional y de Policía Judicial, y con fundamento en las mismas concluyó que: *"...no le imponen al Procurador General de la Nación el deber de motivar de alguna manera específica los actos que autorizan la interceptación de comunicaciones..."*.

23. Solicita que se niegue la tacha formulada a los testimonios de Fernando Alberto Rodríguez Castro y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, y por tanto se valoren en su integridad.¹¹

24. La **parte demandada**, reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señala que si bien algunos documentos fueron "*rasgados*", de todos modos fueron guardados en cajas y tulas; y a partir del 7 de enero de 2011, quedaron en custodia de la División de Seguridad de la Entidad.

25. Afirma que al interior de la Procuraduría no existe registro o rastro alguno físico, magnético, ni obra información alguna en el sistema o base de datos institucional antiguo Gedis o en el posterior denominado "*Información Misional*", acerca del auto de apertura de indagación preliminar o de investigación que soportara la orden de interceptación.

26. Asevera que el doctor; Edgardo Maya Villazón, en la declaración rendida tanto ante el Notario 22 del Círculo de Bogotá, como ante la Corporación de Justicia, manifestó que: *"excepcionalmente, los autos a través de los cuales se ordenaban las interceptaciones, no llevaban el radicado, sin embargo, no supo explicar las razones por las cuales en el caso concreto de las interceptaciones que nos ocupan, no se puso el número de radicado"*.

¹⁰ Providencia de Sala Plena. 2 de agosto de 2011. folio 129 cuaderno 22

¹¹ folio 853 cuaderno principal

27. Que el documento que aportó la demandante con el libelo -auto de apertura de indagación preliminar- no se registró en el sistema y no se supo que pasó con esa actuación.

28. Refuta que los actos administrativos demandados le hubieran causado perjuicio material en la modalidad de lucro cesante a la demandante; porque para la fecha en la cual quedó ejecutoriada la decisión disciplinaria, esto es, el 10 de septiembre de 2013, ella ya no se encontraba laborando en la Procuraduría, su retiro obedeció al reconocimiento de la pensión de invalidez, por enfermedad de origen común. Los perjuicios morales no se encuentran acreditados en el expediente y tampoco existe prueba de queja alguna sobre acoso laboral.¹²

Concepto del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público solicita que se nieguen las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

29. La demandante no demostró la existencia del auto de indagación preliminar que diera origen a la interceptación de las líneas internas de la Procuraduría General de la Nación, autorizadas el 20 de octubre de 2008.

30. Que el entonces Procurador General de la Nación, doctor Edgardo Maya Villazón, en declaración juramentada rendida el 27 de noviembre de 2017, aceptó haber expedido órdenes de interceptación de comunicaciones, siempre y cuando se hubiere abierto la correspondiente indagación preliminar o investigación disciplinaria respectiva; sin embargo, *“no reconoció como de su autoría la orden (sic) de interceptación” de fecha 10 de septiembre de 2008.*”

31. Considera que el auto de apertura de indagación preliminar debió quedar registrado en el Sistema de Información Misional (SIM), pero en el proceso disciplinario se estableció que no existía ninguna indagación o investigación disciplinaria que justificara la interceptación; esa investigación preliminar sólo se inició en el mes de octubre de 2009. En las actas de entrega de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales tampoco aparece relacionado el auto de apertura de indagación preliminar soporte de las interceptaciones ordenadas

¹² folio 833 cuaderno principal

y en el fallo de única instancia se analizó también el hecho de la destrucción documental.

32. Que el señor Gabriel Quiñonez Acosta, Director de Investigaciones Especiales, ordenó la aplicación de las tablas de retención documental, lo que supone la destrucción de documentos pero no con el ánimo que señaló la disciplinada, menos cuando un proceso de 2008, no podía ser objeto de tabla de retención documental.

33. En criterio de la Representante del Ministerio Público, las pruebas recabadas fueron debidamente valoradas, tanto es así, que permitieron absolver a la señora Luz Dary Henao Acosta del primer cargo que se le había endilgado, pero también en conjunto, demostraron su responsabilidad disciplinaria, por el segundo cargo.

34. Cuestiona que en el proceso disciplinario una vez cerrado el debate probatorio se pretendiera la práctica de nuevas pruebas y que en el proceso judicial no se acreditó que a la señora Luz Dary Henao Acosta, durante aquel se le hubiere vulnerado el debido proceso y derecho de defensa; por el contrario se demostró que la sanción no correspondió a un capricho de la administración, sino al resultado de un proceso disciplinario.

35. Que no están probados los perjuicios morales solicitados, por cuanto la patología "*artritis reumatoidea cero (sic) positiva*", que padece la demandante, según lo afirmó su médico tratante en la audiencia del 27 de noviembre de 2017, es "*una enfermedad crónica, de causa desconocida, de origen común...irreversible, pero controlable, que se exacerbó por el estrés sufrido por el proceso disciplinario y las dificultades laborales.*"

36. Finalmente considera que las irregularidades procesales referidas al incumplimiento de los términos procesales y a la notificación del auto de cierre de investigación, no constituyen irregularidades sustanciales que den lugar a la nulidad de los actos administrativos demandados¹³.

¹³ folio 810 cuaderno principal

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

37. La Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado, en virtud del inciso 2º del artículo 149, de la Ley 1437 de 2011, es competente¹⁴ para conocer en única instancia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos de 14 de agosto de 2013 y confirmatorio de 4 de septiembre del mismo año, demandados y expedidos por la viceprocuradora General de la Nación; producto de la delegación efectuada por el Procurador General, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 7 numeral 19 del Decreto 262 de 2000¹⁵, en concordancia con el numeral 24 del mismo artículo y 72 ibídem¹⁶.

Presentación del caso y problema jurídico

38. La Viceprocuradora General de la Nación mediante actos administrativos del 14 de agosto de 2013 y 4 de septiembre del mismo año, previa investigación preliminar e investigación disciplinaria adelantada de oficio; declaró responsable disciplinariamente a la señora Luz Dary Henao Acosta, en calidad de Directora Nacional de Investigaciones Especiales (E) y le impuso la sanción de destitución del cargo e inhabilidad general por 12 años; por haber incurrido en **falta gravísima a título de dolo**, e incursionar en la prohibición prevista en el numeral 1 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 y el numeral 16 artículo del 48 y numerales 1, 2, 4 artículo 34 ibídem, por pretermitir las exigencias contenidas en los artículos 96¹⁷, 148, 149, y 150

¹⁴ En la providencia del 30 de marzo de 2017, el Consejo de Estado, adujo que son de su competencia, los procesos contra actos administrativos proferidos por el Viceprocurador General de la Nación, cuando se expidan por delegación del Procurador, sin atender, la cuantía y sea el resultado de las competencias radicadas, en el numeral 24 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000. Consejo de Estado. Radicación 111001032500020160067400 (2836-2016) providencia del 30 de marzo de 2017. M.P. César palomino Cortés.

¹⁵ Artículo 7°. Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones:..

19. Crear comisiones disciplinarias especiales de servidores de la Procuraduría General o designar a un funcionario especial de la misma para adelantar investigaciones disciplinarias y fallar, así como para decretar la suspensión provisional, cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, para lo cual podrá desplazar al funcionario del conocimiento.

En este evento, el fallo será proferido por quien presida la comisión o por el funcionario designado, que, en todo caso, deberá ser de igual o superior jerarquía que el funcionario desplazado. La apelación se surtirá ante el superior funcional de quien tomó la decisión en primera instancia.

Salvo lo dispuesto en los numerales 24 y 25 de este artículo, corresponde a la Sala Disciplinaria conocer en segunda instancia los procesos en los cuales el Procurador General de la Nación o el Viceprocurador General sea el superior funcional.

¹⁶ Decreto 262 de 2000, artículo 7 funciones del Procurador General de la Nación. "...numeral 24. conocer en única instancia los procesos disciplinarios a que se refiere el artículo 72 de este decreto. 25." artículo 72.

"COMPETENCIA DISCIPLINARIA EN ÚNICA INSTANCIA. El Procurador General de la Nación conoce en única instancia los procesos que se adelanten contra... el Director Nacional de Investigaciones Especiales y ..."

¹⁷ Artículo 96. Requisitos formales de la actuación. La actuación disciplinaria deberá adelantarse en idioma castellano, y se recogerá por duplicado, en el medio más idóneo posible.

ibídem, en consonancia con los artículos 2, 6, 15, 121 de la Constitución Política, los artículos 314, 318 y 322 de la Ley 600 de 2000, numeral 9 y 14 de la Resolución 450 de 2000; al *"solicitar al Procurador General de la Nación, mediante oficio de 10 de septiembre de 2008; sin motivación fundada y sin auto de apertura de investigación, la interceptación las extensiones IP de la Procuraduría General de la Nación, extensiones 10204; 10202; 10203; 1798; 10207; 10219; 10206; 10296; 10210; 10242; 10201; 10208; 10205 y 10297"*.

39. El acto administrativo sancionador concluyó que la señora Luz Dary Henao Acosta incurrió en la falta disciplinaria endilgada como segundo cargo y para imponerle sanción, tuvo como unos de los principales argumentos, los siguientes:

(i) *"Si bien es cierto, se acreditó que en diciembre de 2010, con ocasión de las actividades de naturaleza administrativas, concretamente relacionadas con la organización del archivo de la DNIE, el Director Nacional de Investigaciones Especiales para la época de los hechos Dr GABRIEL QUIÑONEZ GUZMÁN, ordenó esa labor al funcionario JUAN CARLOS RIVERA ACOSTA, quien,...rasgó parte de la documentación, también lo es que, el señalado hecho se produjo por fuera del marco de la presente investigación y con posterioridad a la práctica de e incorporación de las pruebas documentales decretadas en el auto de indagación preliminar del 20 de octubre de 2009, e incluso nueve (9) meses después de haberse surtido la entrega de toda la documentación que reposaba en la Sala técnica y Coordinación Unidad Técnico Científica y de Policía Judicial por los funcionarios responsables...De las pruebas testimoniales señaladas en precedencia se constata que:1) previo a las actividades archivísticas adelantadas en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales en diciembre de 2010, no se destruyó ningún documento de esa dependencia ...3...en cuyas actas consta la relación de todos y cada uno de los documentos destruidos o por destruir, sin encontrarse ninguno relativo a las diligencias de interceptación solicitadas por la investigada y efectuadas en octubre de 2008 diferentes a las que sustentan el segundo cargo. ..."*

(ii) *"...es un hecho irrefutable que la investigada **solicitó** al señor Procurador General de la Nación **ordenar la interceptación** de los abonados telefónicos identificados en el cuadro señalado en el auto de cargos, como se evidencia en el auto de fecha 20 de octubre de 2008 suscrito por el Jefe del Ministerio Público para la época de los hechos...el hecho relacionado con no haber firmado el oficio de fecha de 10 de septiembre de 2008, el que reposaba en la carpeta de interceptación de comunicaciones, por cuanto su contenido coincide integralmente con lo señalado y dispuesto por el Procurador General pára la época de los hechos en auto de 20 de octubre de 2008, como se demuestra ...Es por*

ello que así no aparezca suscrito por la investigada ...se corrobora que si la elevó..."

(iii) "*...Tampoco es factible procesalmente acreditar la existencia del auto respectivo a través de declaración rendida ante notario por el jefe del Ministerio Público para la época de los hechos, dado que no era el medio probatorio idóneo para su demostración como puede observarse en el contenido del Art. 299 del C.P.C. que restringe...Además, ...fue aportada...de manera extemporánea,...*"

(iv) "*...para adelantar diligencias de interceptación de comunicaciones no se requiere únicamente la orden de autoridad competente, que en el presente caso se materializó a través del auto del 20 de octubre de 2008, sino '...en los casos y con las formalidades que establezca la ley 'las que no se cumplieron cuando adelantó las actuaciones de interceptación de comunicaciones sin mediar auto de indagación preliminar, encontrándose obligada a ello en su condición de Directora Nacional de Investigaciones Especiales para la época de los hechos, no solamente porque era su deber al tenor de lo previsto en el numeral 4, 14 del Manual de Funciones, en concordancia con lo previsto en el inciso 1 del artículo primero y el artículo quinta de la Resolución 166 de 2003, sino porque de acuerdo con la Directiva 001 del 12 de septiembre de 2002-suscrita por el Doctor FRANCISCO JAVIER FARFÁN MOLINA-se fijaron los parámetros de policía judicial en el numeral 4, cuyo texto reza: 4 OTRAS ATRIBUCIONES DE POLICÍA QUE REQUIEREN EL EJERCICIO DE ATRIBUCIONES JURISDICCIONALES. Las diligencias de ...INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES, EL SEGUIMIENTO...en virtud del artículo 148 de la Ley 734 de 2002, únicamente el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones JURISDICCIONALES, para el aseguramiento y práctica de pruebas facultadas derivadas de los artículos 116 y 277 inciso final de la Constitución política. Cabe aclarar...RESERVADAS...Es de anotar también, que para el desarrollo de tales diligencias se requiere que por lo menos exista indagación preliminar(...)"*

(v) "*...no resultaba imprescindible y justificados los motivos para solicitar la interceptación de las comunicaciones...no se verificó un solo hecho presuntamente irregular por los funcionarios objeto de las medidas,..., la investigada incumplió el deber funcional que le asistía... "*¹⁸

40. La falta endilgada a la señora Luz Dary Henao Acosta, en su condición de Directora Nacional de Investigaciones Especiales (E) se encuentra prevista en la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

"

Artículo 35. *Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:*

1. *Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo*

¹⁸ folio 97, 114, 116, 117, 119, 121, 122 cdno ppal.

(...)

Artículo 48. *Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

...

16. Atentar, con cualquier propósito, contra la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, u obtener información o recaudar prueba con desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales y legales.

...”

41. **Los problemas jurídicos principales** por resolver se centran a establecer: (i) ¿si la ausencia del auto de apertura de indagación preliminar para interceptar comunicaciones se constituía como razón suficiente para investigar y sancionar disciplinariamente a la señora Luz Dary Henao Acosta? (ii) ¿si los actos administrativos demandados vulneran o no el debido proceso por las irregularidades descritas en el libelo y si incurrían en falsa motivación?

42. Para resolver el problema jurídico planteado la Sala abordará los siguientes ejes temáticos: (i) preámbulo (ii) principio de ilicitud sustancial en materia disciplinaria. (iii) Funciones jurisdiccionales y de Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación (iv) actividades de policía judicial (v) Derecho a la intimidad y nociones sobre la interceptación de comunicaciones. Marco normativo y. (vi) Caso concreto. Hechos probados relevantes y análisis.

43. La Sala anticipa que los artículos 15 de la Constitución Política y 235 de la Ley 906 de 2004, exigen como requisitos esenciales para la interceptación de comunicaciones: orden judicial previa, fundamentada por escrito.

Análisis del problema jurídico

Preámbulo

44. El medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo de naturaleza subjetiva, individual, desistible y temporal por medio del cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica y por efecto de un acto administrativo viciado; puede solicitar que se declare la nulidad del mismo y que como consecuencia, se le restablezca su derecho, esto es, que las cosas vuelvan a su estado inicial o

se le repare el daño causado por el acto y conforme a lo probado en el proceso.

45. El daño ha sido entendido por la jurisprudencia y la doctrina como *"entidad jurídica, esto es, el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"*¹⁹.

46. La línea jurisprudencial sentada por la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de Unificación del 9 de agosto de 2016²⁰, señaló que el control de legalidad de los actos administrativos disciplinarios es integral. En ese sentido involucra todos los principios que rigen el derecho disciplinario.

47. Sumado a lo anterior, la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, en el artículo 21 prevé el principio de integración normativa, en virtud del cual en lo no previsto en esa ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia y lo dispuesto en los Códigos Contencioso Administrativo, penal, Procedimiento Penal y Procedimiento Civil (Código General del Proceso) en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

48. La función disciplinaria constituye una manifestación de la potestad sancionadora del Estado -ius puniendi-, en la vertiente denominada derecho administrativo sancionador, en el cual se distinguen en tres modalidades: (i) contravencional. (ii) correccional. (iii) disciplinaria²¹.

49. Respecto del objeto del derecho disciplinario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado:

"El proceso disciplinario tiene por objeto garantizar una estricta vigilancia en el cumplimiento de los deberes especiales que se imponen a los servidores públicos y su consiguiente responsabilidad, así como preservar el ejercicio de la función pública conforme con los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad. Pero ello no significa, que el rigor y la sanción ejemplar que se espera para el funcionario responsable, puedan restringir las garantías de las que

¹⁹ Consejo de Estado. Radicación: 68001231500019990233001 (34928). Providencia de 16 de febrero de 2017. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁰ Consejo de Estado. Número de referencia: 110010325000201100316 00 Número interno: 1210-11. Sentencia del 9 de agosto de 2016 M.P. William Hernández Gómez (E)

²¹ Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU). Providencia 9 de agosto de 2016.

²¹ Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU). Providencia 9 de agosto de 2016.

*debe gozar cualquier investigado, en particular, la oportunidad de ser oído y de presentar pruebas y contradecir las allegadas en su contra.*²²

50. Conforme a la Ley 734 de 2002²³, la actuación disciplinaria se rige por principios tales como el de legalidad, culpabilidad, tipicidad de la falta y la sanción, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, celeridad, presunción de inocencia-duda razonable-, favorabilidad, derecho de defensa y proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la sanción²⁴.

51. En todo caso, para que se imponga una sanción disciplinaria, se debe acatar el debido proceso y se requiere que esté demostrada la tipicidad,²⁵ la antijuridicidad²⁶-ilicitud sustancial-y la culpabilidad²⁷ del sujeto en la comisión de la falta. La conducta no debe corresponder a alguna causal de exclusión de responsabilidad como la actuación en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.²⁸

Principio de ilicitud sustancial en materia disciplinaria

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

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

53. El principio de ilicitud sustancial ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

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

²² Corte Constitucional. Sentencia C-013-01

²³ Código Disciplinario Único

²⁴ «artículo 18.- proporcionalidad. la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. en la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.»

²⁵ La conducta debe constituirse como falta de conformidad con la ley, la conducta debe ser reprochable disciplinariamente.

²⁶ «artículo 5.- ilicitud sustancial. la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»

²⁷ «artículo 13.- culpabilidad. en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.»

²⁸ **ARTÍCULO 28. CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.** Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.
7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes. No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.

disciplinarias.

“...Como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, el presupuesto para la existencia de una falta disciplinaria es la acreditación acerca del incumplimiento de un deber funcional del servidor público o, en otras palabras, la presencia de una conducta u omisión que interfiere en el ejercicio adecuado de la función estatal ejercida por dicho servidor del Estado.

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

... En ese sentido, lo que se exige es que la conducta de la cual se predique ese juicio de desvalor deba estar necesariamente vinculada con la afectación del deber funcional. Así, en caso que esa relación no se acredite, se estará ante un exceso en el ejercicio del poder disciplinario ...¹²⁹

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

“La ilicitud sustancial consiste precisamente en la afectación de los deberes funcionales sin ninguna justificación. En consecuencia, dado que debe ser entendida como la capacidad de afectación de la función pública, para determinar si se estructuró la falta desde el punto de vista de la ilicitud sustancial, deben analizarse dos componentes dentro de los deberes funcionales del servidor público, esto es, el conjunto de derechos, deberes y prohibiciones y, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses...”¹³⁰

55. Así, el principio de ilicitud sustancial, es presupuesto de antijuridicidad en materia disciplinaria, y consiste en la afectación de deberes funcionales sin justificación alguna. El incumplimiento del deber funcional es lo que configura la ilicitud sustancial.

Función jurisdiccional y de Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación

56. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6, y el inciso final del artículo 277 de la Constitución Política, la Procuraduría General de la Nación, además del poder preferente disciplinario tiene atribuciones de Policía Judicial. Asimismo, el Código de Procedimiento Penal, incluye a ese

²⁹ Corte Constitucional Sentencia C-452 de 24 de agosto de 2016.
³⁰ Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00368-00(1381-11) providencia del 27 de octubre de 2016.

organismo como autoridad que ejerce funciones permanentes de Policía Judicial de manera especial dentro de su competencia³¹.

57. En términos generales se entiende por policía judicial, la función y actividad que cumplen entidades del Estado, para apoyar una investigación, (penal, disciplinaria...); comprende procedimientos técnicos, operativos y científicos orientados a recaudar el material probatorio que se requiera para demostrar la ocurrencia de la conducta lesiva al ordenamiento jurídico y sus autores o partícipes.

58. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha definido la Policía Judicial como: *"el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de...La concepción moderna de la Policía judicial es la de un cuerpo que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización científica y que actúa bajo la dirección funcional de los fiscales o los jueces. ..."*³²

59. También la jurisprudencia de la misma Corporación ha identificado que la Policía judicial comprende dos acepciones: la orgánica y la funcional, las cuales son diferentes pero están muy relacionadas entre sí. Justamente, lo precisó en los siguientes términos:

"En el ordenamiento jurídico colombiano la policía judicial tiene dos (2) acepciones, la orgánica y la funcional, las cuales son diferentes pero están muy relacionadas entre sí: (i) Desde el punto de vista orgánico la policía judicial implica el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. En este sentido,...(ii) Desde el punto de vista funcional la policía judicial constituye un elemento necesario para la investigación judicial y, por ello, queda dentro de la órbita propia de la función judicial del Estado Constituye en este aspecto la actividad desarrollada con ocasión de la comisión de un delito, encaminada a su esclarecimiento e individualización de los presuntos responsables, operación que no es

³¹ El Código de Procedimiento Penal en su artículo 202 del Código Penal, taxativamente establece cuáles autoridades de manera especial ejercen funciones de policía judicial en el marco de su respectiva competencia: **"Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia.** Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:

1. La Procuraduría General de la Nación.

...
5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.

...
Parágrafo. Los directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes. El artículo 312 de Ley 600 de 2000, también incluye a la Procuraduría General de la Nación, como organismo, con función especial de policía judicial.

³² Corte Constitucional C-024-94

*característica ni propia de la policía, aun cuando miembros de esta institución en sus dependencias especializadas puedan ser investidos de tal función o supletoriamente la tengan que ejercer, lo cual es ocasional y excepcional. La labor encomendada a la policía judicial tiene una naturaleza investigativa, así ésta se realice bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación...)"*³³

60. La Ley 734 de 2002,³⁴ además de asignarle el poder disciplinario preferente a la Procuraduría General de la Nación³⁵ también le otorga la función jurisdiccional y atribuciones de policía judicial. Específicamente, respecto a estas últimas establece lo siguiente:

“Artículo 148. Atribuciones de policía judicial. De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 de la Constitución Política, para el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría General de la Nación tiene **atribuciones de policía judicial**. En desarrollo de esta facultad, el Procurador General y el Director Nacional de Investigaciones Especiales podrán proferir las decisiones correspondientes.

El Procurador General de la Nación podrá delegar en cualquier funcionario de la Procuraduría, en casos especiales, el ejercicio de atribuciones de policía judicial, así como la facultad de interponer las acciones que considere necesarias. Quien hubiere sido delegado podrá proferir las decisiones que se requieran para el aseguramiento y la práctica de pruebas dentro del proceso disciplinario.

*De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 116 de la Constitución Política, para efecto del ejercicio de las funciones de Policía Judicial establecidas en el inciso final del Artículo 277, **el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales, en desarrollo de las cuales podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal.***³⁶

61. Las facultades de ejercer funciones de Policía Judicial y jurisdiccionales, otorgadas a la Procuraduría General de la Nación, han sido consideradas exequibles por la Corte Constitucional, en las sentencias C-244-96 y C-1121-05, oportunidades en las que consideró:

“En la sentencia C-244 de 1996...Sostuvo la Corte en esa oportunidad que la misma Constitución era la norma que “otorga a la Procuraduría General de la Nación, esto es, al Procurador General y a sus agentes y delegados, la facultad de ejercer funciones de Policía Judicial. Las que, según la norma impugnada, se dirigen exclusivamente a dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, tanto en la etapa de indagación preliminar como durante la investigación disciplinaria” Luego hace un

³³ Corte en Sentencia C-594 de 2014, aparte transcrito en la sentencia SU414-17

³⁴ Código Disciplinario Único

³⁵ Artículo 2º. Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

³⁶ negrilla fuera de texto.

*recuento de las funciones que judicialmente cumple la policía judicial en materia penal, referidas principalmente a la práctica de pruebas y concluye que "...como para el **aseguramiento de pruebas** en procesos disciplinarios, se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, **la interceptación de teléfonos**, la vigilancia electrónica, etc, los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean **ordenados por autoridad judicial**; de ahí que se le haya atribuido a la Procuraduría, en la norma que es objeto de acusación, funciones jurisdiccionales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 del Estatuto Superior que prescribe: "Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos". Requisitos que se cumplen en el caso que se examina, **pues la Procuraduría General de la Nación, a pesar de ser un organismo de control, independiente y autónomo, es de carácter administrativo, y se le atribuyen funciones jurisdiccionales para un asunto concreto, como es la expedición de las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar al igual que en la investigación disciplinaria**".*

*...al Procurador General de la Nación y los demás funcionarios de esa entidad, que en el ejercicio de las funciones a que alude la norma demandada, deben respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos disciplinarios, **haciendo uso de las funciones de policía judicial única y exclusivamente en casos absolutamente necesarios, para asegurar o practicar las pruebas**. La arbitrariedad y el mal uso, por parte de tales funcionarios, de dichas atribuciones les acarrearán las sanciones penales y disciplinarias establecidas para estos casos.³⁷*

62. Sobre esta misma materia, la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 2 de agosto de 2011, concluyó:

*"En efecto, para la Sala resulta claro que la Procuraduría General de la Nación cuenta **con función jurisdiccional de conformidad con el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución**, acorde con el desarrollo legal del inciso tercero del artículo 148 de la Ley 734 de 2002, por lo tanto, **la Procuraduría General de la Nación congrega las dos funciones de policía judicial y jurisdiccional, la primera otorgada directamente por la misma Constitución Política y la segunda dada por el legislador con autorización de ésta, en cabeza del Procurador General de la Nación.**"³⁸*

63. El numeral 7° del artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000, por la cual se organiza la Procuraduría General de la Nación, prevé que es función del Procurador General de la Nación, expedir actos administrativos, órdenes, directivas y circulares que sean necesarios para el funcionamiento de la entidad y para desarrollar las funciones atribuidas por la Ley.

64. Asimismo, el decreto mencionado establece la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación y en el artículo 10 ibídem, incluye entre

³⁷Corte Constitucional C-1121-05. ver también sentencia C-244-96

³⁸Radicado 11001031500020100073700 folio 129 cuaderno 22

sus dependencias, a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, la que cumple, entre otras, las siguientes funciones: (i) **Adelantar las indagaciones preliminares e investigaciones disciplinarias que le asigne o delegue** el Procurador General (ii) Prestar la asesoría y la colaboración técnico-científica que requieran las diferentes Dependencias de la Procuraduría General de la Nación y demás órganos que conforman el Ministerio Público. (iii) **Ejercer funciones de policía judicial y participar, previa designación del Procurador General,** en comisiones para adelantar investigaciones de manera conjunta con la Fiscalía General de la Nación, con funcionarios judiciales, la Contraloría General de la República y demás servidores públicos que cumplan funciones de policía judicial.

65. La Corte Constitucional, ha precisado que *"la autoridad de policía judicial en el sistema acusatorio realiza una simple labor operativa administrativa bajo la absoluta dirección de la Fiscalía General de la Nación"*³⁹ y que las autoridades encargadas de la operación técnica *"no podrán actuar de manera autónoma, sino que han de realizarlas con estricta sujeción a las formalidades de la orden y de la Ley."*⁴⁰

66. Así las cosas, la Constitución Política y la ley, además de la función del poder **preferente disciplinario** de la Procuraduría General de la Nación, que implica funciones investigativas, le ha otorgado a ese ente; la función permanente de policía judicial.

67. Para **efecto del ejercicio de las funciones de Policía Judicial** establecidas en el inciso final del artículo 277 constitucional, **el Procurador General de la Nación, congrega las dos funciones de policía judicial y jurisdiccional.** También la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, cumple funciones disciplinarias que le delegue el Procurador General y funciones de policía judicial, pero la dirección y coordinación institucional de esta función le corresponde al Procurador General de la Nación. Vale decir, la policía judicial, depende funcionalmente del Procurador General de la Nación.

³⁹ Corte Constitucional C-594-14

⁴⁰ *ibídem.*

Actividades de la policía judicial

68. En términos generales, el artículo 205 y siguientes de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, (sistema acusatorio) describe como actividades de Policía judicial, las siguientes: inspección en el lugar del hecho, entrevistas e interrogatorios, identificación, recolección, embalaje técnico de los elementos materiales probatorios y de evidencias físicas y registro por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica de las entrevistas, interrogatorios, registro, allanamiento, **interceptación de comunicaciones**, y vigilancia de cosas.

69. Asimismo, la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal, prevé:

“Artículo 314. Labores previas de verificación. La policía judicial podrá antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible. Estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación.”

70. Respecto de las actividades de policía judicial que cumple la Procuraduría General de la Nación, la Corte Constitucional, ha considerado:

“...mediante Sentencia C-244 de 1996, la Corte Constitucional se pronunció en el sentido de que la Procuraduría a partir de sus atribuciones de policía judicial, autónomamente está facultada para practicar capturas, allanamientos, interceptación a las comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica, entre otras prácticas investigativas. La parte pertinente de la providencia en cita señala:

“¿Qué funciones que ordinariamente cumplen los cuerpos u organismos de policía judicial, puede ejecutar la Procuraduría General de la Nación, para efectos del aseguramiento y práctica de pruebas en los procesos disciplinarios? Para responder esta pregunta es necesario recordar que dicho cuerpo especializado en materia penal, cumple entre otras funciones, la de practicar capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica, etc, previa orden escrita de la autoridad judicial competente. (Subrayas y negrillas fuera del texto)”⁴¹

71. Igualmente, la misma corporación ha señalado:

“...las actividades de policía judicial que desarrolla la Procuraduría General de la Nación deben estar relacionadas con su misionalidad, es decir, con el

⁴¹ Sentencia C-244 de 1996, texto citado y transcrito en la sentencia SU414-17

ejercicio del poder disciplinario. En sentido contrario, la Constitución no le permite a la Procuraduría ejercer funciones de policía judicial para adelantar investigaciones distintas a las de naturaleza disciplinaria.

...⁴²

72. De lo anterior se concluye que en el ámbito penal pueden existir actividades de policía judicial en los términos y en los casos previstos por la ley, bajo la dirección, control, y con autorización previa de la autoridad judicial y una de las actividades propias de la función de policía judicial es la interceptación de comunicaciones.

73. La función y actividades de policía judicial que desarrolla la Procuraduría General de la Nación son permanentes y deben relacionarse con el poder disciplinario.

Derecho a la intimidad y nociones sobre la interceptación de comunicaciones, marco normativo y jurisprudencial.

74. El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias⁴³.

75. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y que aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada⁴⁴.

76. La Constitución Política de la República de Colombia, en su artículo 15, inciso tercero, señala de manera precisa y perentoria que las comunicaciones privadas no pueden ser objeto de interceptación o registro,

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-440-16

⁴³ <http://www.hchr.org.co>

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencias 1 julio de 2006 y 13 de marzo de 2007, citadas en la sentencia de 27 de enero de 2009, caso *Tristán Donoso Vs Panamá*

sino *“mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”*.

77. La Corte Constitucional Colombiana, ha estimado que el derecho a la intimidad de la persona hace parte de la esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico.⁴⁵ Empero, el derecho a la intimidad no es absoluto, pues puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento ⁴⁶.

78. La interceptación a las comunicaciones privadas es una herramienta investigativa de naturaleza legal cuya práctica normalmente se encuentra en tensión con el derecho a la intimidad, prerrogativa que está protegida por múltiples garantías constitucionales e instrumentos de orden internacional⁴⁷.

79. El Decreto 1704 de 2012 por medio del cual se reglamenta el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011, y se dictan otras disposiciones define la interceptación legal de comunicaciones, de la siguiente manera: **“Artículo primero. Definición de interceptación legal de comunicaciones. La interceptación de las comunicaciones, cualquiera que sea su origen o tecnología, es un mecanismo de seguridad pública que busca optimizar la labor de investigación de los delitos que adelantan las autoridades y organismos competentes, en el marco de la Constitución y la ley.”**

80. Ley 906 de 2004⁴⁸, Código de Procedimiento Penal que entró en vigor el 1º de enero de 2005, dispone:

⁴⁵ Corte Constitucional. C-594-14

⁴⁶ Corte Constitucional C-881-14

⁴⁷ Corte Constitucional SU414-17

⁴⁸ **ARTÍCULO 533. DEROGATORIA Y VIGENCIA.** <Consultar versión corregida de la Ley 906 publicada en el Diario Oficial No. 45.658> El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

Los artículos 531 y 532 del presente código, entrarán en vigencia a partir de su publicación. (agosto 31) Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004

"

ARTÍCULO 235. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y SIMILARES. [Artículo modificado por el art. 52 de la ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:] El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados, que se intercepten mediante grabación magnética o similares las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación. En este sentido, las autoridades competentes serán las encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación así como del procesamiento de la misma. Tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden y todos los costos serán a cargo de la autoridad que ejecute la interceptación.

En todo caso, **deberá fundamentarse por escrito.** Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La orden tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.

...

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 13 de la Ley 1908 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios de Policía Judicial deberán rendir informes parciales de los resultados de la interceptación de comunicaciones cuando dentro de las mismas se establezcan informaciones que ameriten una actuación inmediata para recolectar evidencia o elementos materiales probatorios e impedir la comisión de otra u otras conductas delictivas. En todo caso, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías a efectos de legalizar las actuaciones cuando finalice la actividad investigativa.

Artículo 237. Audiencia de control de legalidad posterior. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

...

ARTÍCULO. 246. REGLA GENERAL. Las actividades que adelante la policía judicial, en desarrollo del programa metodológico de la investigación, diferentes a las previstas en el capítulo anterior y que impliquen afectación de derechos y garantías fundamentales, **únicamente se podrán realizar con autorización previa** proferida por el juez de control de garantías, a petición del fiscal correspondiente. La policía judicial podrá requerir autorización previa directamente al juez, cuando se presenten circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, en cuyo caso el fiscal deberá ser informado de ello inmediatamente."

81. Mediante Directiva 0001 del 12 de septiembre de 2002, expedida por Francisco Javier Farfán Molina, entonces, Director Nacional de

Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, trazó parámetros para efectos de las labores de policía judicial a nivel central y seccional, en los siguientes términos:

"...los artículos 96 y 136 de la Ley 734 de 2002, establecen que 'cuando la procuraduría General de la Nación ejerce funciones de policía judicial, se aplicará el Código de Procedimiento Penal, ... por su parte el artículo 10 numeral 5 del decreto 262 de 2000...DIRECCIÓN NACIONAL DE INVESTIGACIONES ESPECIALES. ... tiene las siguientes funciones...5 ejercer funciones de Policía Judicial y...

En consecuencia, la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN podrá adelantar todas las diligencias previstas para la Policía Judicial, siempre y cuando guarden relación directa con la función principal y orgánica que cumple la entidad. Todas las prerrogativas de la Policía Judicial para el aseguramiento de la prueba, han sido conferidas a este ente de control, a condición de que se observe en su desarrollo las formalidades del Código de procedimiento Penal.

Por lo anterior, los procedimientos básicos permitidos...

1. LABORES PREVIAS DE VERIFICACIÓN...artículo 314 del Código de Procedimiento Penal,...antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato...

2. INVESTIGACIÓN PREVIA REALIZADA POR INICIATIVA PROPIA. ...artículo 315 del Código de Procedimiento Penal. En los casos de flagrancia...

3. ACTUALIZACIÓN DURANTE LA INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO...Artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, descrita...

4. OTRAS ACTUACIONES DE POLICÍA JUDICIAL QUE REQUIEREN EL EJERCICIO DE ATRIBUCIONES JURISDICCIONALES.

*Las diligencias de ALLANAMIENTO, REGISTRO...INTERCEPTACIÓN DE TELECOMUNICACIONES... siempre deberán ser decretadas y ordenadas por el Procurador General de la Nación, por exigir específicamente **ORDEN JUDICIAL**.*

En virtud del artículo 148 de la ley 734 de 2002, únicamente el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones JURISDICCIONALES para el aseguramiento y práctica de pruebas, facultadas y derivadas de los artículos 116 y 277 inciso final de la Constitución Política.

...carácter reservado...(artículo 293 Código de Procedimiento Penal). Es de anotar, también que para el desarrollo de tales diligencias, se requiere que por lo menos exista indagación preliminar.

Los presupuestos mínimos...Art. 301 INTERCEPTACIÓN DE TELECOMUNICACIONES...

...

5. ASPECTOS GENERALES Y OBLIGATORIOS

5.1. Ninguna actuación de Policía Judicial que tramiten servidores públicos adscritos a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, se podrán realizar sin autorización previa y visto bueno del DIRECTOR NACIONAL.

...¹⁴⁹

82. La Corte Constitucional ha señalado que la interceptación de comunicaciones solo puede adelantarse previa orden de la autoridad judicial

⁴⁹ folio 25 cdno 13, folio 64 cdno 11. folio 15 cdno 13, Ver también Circular de 24 de noviembre de 2005, resolución 168 de 19 de marzo de 2003, folio 13 y 18cdno 13.

competente y con el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley.

En efecto, ha indicado:

“La Corte Constitucional, en guarda de la cabal interpretación y aplicación de las normas constitucionales enunciadas y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que han sido estrictos y celosos en la materia (Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, ‘Pacto de San José de Costa Rica’, aprobada mediante Ley 16 de 1992, artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley 78 de 1968, artículo 17), debe declarar sin ambages que ninguna persona pública ni privada, por plausible o encomiable que sea el objetivo perseguido, está autorizada para interceptar, escuchar, grabar, difundir ni transcribir las comunicaciones privadas, esto es, las que tienen lugar entre las personas mediante conversación directa, o por la transmisión o registro de mensajes, merced a la utilización de medios técnicos o electrónicos aptos para ello, tales como teléfonos convencionales o celulares, radioteléfonos, citófonos, buscapersonas, equipos de radiocomunicaciones, entre otros, A MENOS QUE EXISTA PREVIA Y ESPECIFICA ORDEN JUDICIAL Y QUE ELLA SE HAYA IMPARTIDO EN EL CURSO DE PROCESOS, EN LOS CASOS Y CON LAS FORMALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY, según los perentorios términos del artículo 15 de la Constitución Política.”⁶⁰

83. La Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 2 de agosto de 2011, precisó:

*“...Como se puede observar, la Constitución Política le atribuye al Procurador General de la Nación la facultad de ejercer funciones de Policía Judicial, las cuales de conformidad con el artículo 148 del Código Disciplinario Único, se dirigen a expedir las providencias necesarias para el **aseguramiento y práctica de pruebas**, tanto en la etapa de indagación preliminar como durante la investigación disciplinaria.*

*...
y es que la **actividad de policía judicial** ejercida por la Procuraduría General de la Nación, de manera imperativa debe contar con **un acto previo y escrito del funcionario** al cual el legislador le confió esta labor; es decir, antes de efectuarla, **en todos los casos debe existir un acto que autorice el correspondiente procedimiento, como por ejemplo la autorización para interceptar las comunicaciones, o cualquier medio que permita la eficacia en el recaudo de la prueba**, esto con el fin de evitar que funcionarios no autorizados por la ley, y de manera discrecional, hagan uso indebido de la atribución de policía judicial, quebrantando con ello los derechos fundamentales de los disciplinados.”⁶¹*

84. De acuerdo con lo anterior, la Constitución Política y la ley en sentido estricto, como requisitos esenciales para la interceptación de comunicaciones exigen: **orden judicial previa, fundamentada por escrito**. Asimismo, la actividad de policía judicial-interceptación de comunicaciones-desarrollada

⁶⁰ Corte Constitucional Sentencia C-626 de 1996, citada en la SU414-17.

⁶¹ Radicado 11001031500020100073700. cuaderno 22.

por la Procuraduría General de la Nación, debe relacionarse con el poder disciplinario, y la autoridad de policía judicial, (actividad) no puede actuar autónomamente, sino bajo la dirección y control de Procurador General de la Nación.

Caso concreto

Cuestión previa-tacha de testimonios-

85. El artículo 211 del C.G.P., prevé que cualquiera de las partes puede tachar el testimonio, por circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimiento, o interés.

86. En el sub examine, se observa que la mayoría de las personas que rindieron testimonio guardan una relación laboral o familiar con la señora Luz Dary Henao Acosta, o fueron investigados disciplinariamente por hechos relacionados con interceptación de comunicaciones, en este último evento como ocurrió con los señores Fernando Alberto Rodríguez Castro⁵² y Carlos Arturo Gómez Pavajeau⁵³, empero, ese hecho per se, no resulta suficiente para aceptar que sus declaraciones se vean afectadas de parcialidad o en su credibilidad, pues de su análisis en integridad con las demás pruebas, **autorizan** a la Sala a desechar la tacha planteada por la parte demandada y como se evidencia a lo largo de esta providencia.

87. Así, con base en lo establecido en el artículo 211 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, atendiendo los principios de sana crítica y de apreciación en conjunto de las pruebas practicadas; tanto por el juez disciplinario como en sede jurisdiccional, se encuentran probados los hechos que se describen y se analizan en el apartado siguiente:

Hechos probados relevantes y su análisis

88. La señora Luz Dary Henao Acosta, prestó sus servicios laborales a la Procuraduría General de la Nación desde el 10 de mayo de 1991 al 31 de enero de 2012, en la Oficina de Investigaciones Especiales, en los cargos de Técnico Investigador, Profesional Universitario, Profesional Especializado,

⁵² expediente disciplinario IUS 2009-348049

⁵³ folio 155 cuaderno 22

Asesor grado 19 y Directora Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación. En este último, fue encargada por los siguientes periodos: (i) del 19 al 23 de marzo de 2001, (ii) del 2 de enero a 24 de enero de 2002 (iii) del 20 de diciembre de 2002 al 10 de enero de 2003 (iv) del 20 de diciembre de 2004 a 10 de enero de 2005 (v) del 9 al 30 de abril de 2007 (vi) del 9 al 17 de septiembre de 2007 (vii) del 19 de diciembre de 2007 al 10 de enero de 2008 (viii) del 3 de marzo de 2008 al 19 de enero de 2009⁵⁴. El "31 de enero de 2012" la Procuraduría General de la Nación expidió resolución de retiro del servicio por pensión de invalidez⁵⁵.

89. El Manual de Funciones y Requisitos Específicos de la Planta de Personal de la Procuraduría General de la Nación ínsito en la resolución 450 de 2000, fijó para el cargo de Director de Nacional de Investigaciones Especiales, como **jefe inmediato al Procurador General de la Nación** y le atribuye entre sus funciones: (i) **Adelantar las investigaciones que le asigne el Procurador General** y responder por el desarrollo de los procesos que se manejen en su dependencia. (ii) **Planear, organizar, controlar y ejecutar funciones de policía judicial de la Procuraduría General de la Nación.** (iii) Coordinar con los diferentes organismos de policía judicial, la definición, e implementación de mecanismos operativos que eviten la duplicidad de funciones en el desarrollo de las investigaciones (iv) dirigir, planear, organizar las acciones relacionadas con las actividades investigación, directamente o mediante delegación a terceros, e impartir instrucciones y disposiciones necesarias para facilitar el cumplimiento de las normas legales vigentes. (v) Las demás funciones asignadas por la ley y el Procurador General de la Nación⁵⁶.

90. El señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazon, para el 10 de septiembre de 2008 fecha de los hechos disciplinariamente investigados, fungía como jefe inmediato de la Directora Nacional de Investigaciones Especiales (E), desempeñado por la señora Luz Dary Henao Acosta. El referido señor, en la declaración rendida el 27 de noviembre de

⁵⁴ folios 198, 293 y 614 cuaderno principal, folio 70, 78 y ss, cuaderno 7 original. folio 22 cdno 22. folio 70 cdno 7, folio 21 cdno 22, En el último periodo en la Procuraduría General de la Nación comprendido desde el 20 de enero de 2009 hasta el 23 de enero de 2012, inclusive, desempeñó el cargo de Asesor Grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.

⁵⁵ folios 198 cdno ppal y 178 cdno 7.

⁵⁶ folio 74 cuaderno 7 original. Ver también resolución 166 folio 17 cdno 13, folio 7 anexo 22. Modificada por las resoluciones 183 de 2001, 197 de 2003, 321 de 2004, 187 de 2005, 55 y 349 ambas de 2006.

2017, en sede judicial manifestó que "con la señora Luz Dary Henao Acosta, tuvo una relación laboral jefe-subordinada".⁵⁷

91. El ente disciplinario- Procuraduría General de la Nación- dio por sentado que mediante oficio del 10 de septiembre de 2008⁵⁸, la señora Henao Acosta, Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, solicitó al Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, la autorización de la interceptación desde el conmutador de las siguientes extensiones IP de la Procuraduría; 10204; 10202; 10203; 1798; 10207; 10219; 10206; 10296; 10210; 10242; 10201; 10208; 10205 y 10297. El referido oficio endilgado como de autoría de la señora Luz Dary Henao, obra en el expediente y fue expedido con su nombre como directora (E), pero sin su firma.

92. En el oficio del 10 de septiembre de 2008, se consignó como fundamento de la interceptación de las extensiones referidas, las siguientes razones:

"Con el objeto de asegurar y obtener pruebas dentro de la actuación disciplinaria ordenada por su despacho y frente a la gravedad de las conductas endilgadas, en las que estarían posiblemente involucrados servidores de la Entidad por identificar...Lo anterior considerando que por este medio es posible que se produzcan las comunicaciones con quienes guardan intereses en los procesos contractuales a cargo de esa dependencia, siendo relevante ese monitoreo con el objeto de verificar los posibles contactos irregulares que interesan a esta actuación, existiendo además la posibilidad de identificar a los servidores y ex servidores públicos que estarían involucrados en los hechos investigados.

Los abonados mencionados serían monitoreados con el objeto de establecer los hechos que pueden configurar faltas disciplinarias conforme a lo inicialmente analizado. La medida especial se justifica en la gravedad de las conductas investigadas que atentan contra la gestión e integridad de actuaciones disciplinarias, conductas que pueden configurar incluso conductas con connotación penal.

Las labores de monitoreo estarían a cargo de los señores LUZ DARY HENAO ACOSTA, MAURICIO ÁLVAREZ MALDONADO y VÍCTOR BONILLA OVALLE o los servidores de Policía Judicial con los cuales se disponga la coordinación debida de acuerdo a lo ordenado por su despacho."⁵⁹

93. Si bien el oficio del 10 de septiembre de 2008, fue endilgado a la señora Henao Acosta, de todas maneras su autoría no fue demostrada en la

⁵⁷ CD folio 774 cdno ppal

⁵⁸ folio 243 del cuaderno principal

⁵⁹ folio 243 cdno ppal, folio 244 cdno 12, folio 12 anexo 6

investigación disciplinaria y aquella resulta irrelevante, por las siguientes razones:

94. El declarante Édgaro José Maya Villazón, respecto al oficio del 10 de septiembre de 2008, y que se le puso de presente, en la declaración rendida el 27 de noviembre de 2017, ante esta Corporación en el proceso que ahora se decide, afirmó que: **“no lo conoció”**.⁶⁰

95. Las extensiones **“10204; 10202; 10203; 11798; 10207; 10219; 10206, 10210; 10242, 10201; 10208; 10205 y 10297”** de la Procuraduría General de la Nación, sobre las cuales versó la investigación disciplinaria, fueron realmente interceptadas al interior de la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de la función de policía judicial de esa entidad, **“por 60 días, desde el 21 de octubre de 2008 el 19 de diciembre de 2008,”** tal como lo indica el informe preliminar de 15 de enero de 2009, suscrito por el señor Mauricio Álvarez.⁶¹

96. La interceptación de las referidas extensiones generadoras de la actuación disciplinaria fue autorizada de manera motivada por el entonces, Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón.⁶² En efecto, por providencia de 20 de octubre de 2008, el referido señor **autorizó** a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales interceptar desde el conmutador de telefonía IP de la Procuraduría General de la Nación, las extensiones 10204; 10202; 10203; 1798; 10207; 10219; 10206; 10296; 10210; 10242; 10201; 10208; 10205 y 10297. A esa Dirección encargó de la **coordinación de la actuación y del Monitoreo a la señora Luz Dary Henao Acosta, Mauricio Álvarez y Víctor Bonilla Ovalle.**

97. El señor Maya Villazon, Procurador General de la Nación, sustentó la orden de interceptación de comunicaciones en lo siguiente:

⁶⁰ Folio 774 cdno ppal

⁶¹ *“...se procedió a realizar las conexiones correspondientes, lo cual se hizo posible a través del sistema RED BOX, instalado en la sede de la Sala Técnica de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, el 21 de octubre de 2008 y realizado su desconexión el 19 de diciembre de 2008.*

En cuanto a las conversaciones analizadas cuyo audios permanecen en la Sala Técnica de esta Dirección Nacional no arrojaron resultados de interés para el presente caso ya que tratan de actividades por cumplir por los funcionarios de esa dependencia en diversas delegadas o divisiones de la entidad, asuntos familiares y personales y en algunas ocasiones se trataron temas de aclaraciones con las personas que ganaran licitaciones, motivo por el cual y para mejor ilustración se procede a realizar transcripción de algunas de sus conversaciones que se presentaron. Los personajes que intervienen...” folio 250 cdno 12, folio 94 cdno 19, folio 16 anexo 6

⁶² folio 245 cdno 1 principal

"Bogotá 20 OCT.2008

La Directora Nacional de Investigaciones Especiales, con el fin de obtener y asegurar pruebas dentro de la investigación disciplinaria número ordenado por este Despacho y con el objeto de verificar contactos presuntamente irregulares que interesan a actuación y existiendo además la posibilidad de identificar a los servidores y ex servidores públicos que estarían involucrados en los hechos investigados, solicita la interceptación desde el conmutador de las extensiones de telefonía IP de la Procuraduría General de la Nación, que se relacionan a continuación 10204; 10202; 10203; 1798; 10207; 10219; 10206; 10296; 10210; 10242; 10201; 10208; 10205 y 10297.

Conforme a lo anterior y a lo certificado por la Dirección de Investigaciones Especiales, en cumplimiento de las funciones constitucionales y legales de la Procuraduría General de la Nación y atendiendo a lo preceptuado por los artículos 148 de la Ley 734 de 2002, 116 y 277 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación en ejercicio de atribuciones jurisdiccionales, en desarrollo de las cuales podrán dictar providencias necesarias para el aseguramiento de práctica de pruebas, dentro de las investigaciones Especiales, en consideración a la gravedad de las conductas investigadas y el daño que pueden causar a la función pública."

Y dispuso:

"En mérito de lo expuesto el Procurador General de la Nación, en uso de Facultades Constitucionales y legales, RESUELVE:

"PRIMERO. **AUTORIZAR** a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales la interceptación desde el conmutador de las extensiones 10204; 10202; 10203; 1798; 10207; 10219; 10206; 10296; 10210; 10242; 10201; 10208; 10205 y 10297 a través de las cuales presuntamente se estarían adelantando los contactos irregulares que interesan a esta actuación, existiendo además la posibilidad de identificar a los servidores y ex servidores públicos que estarían involucrados en los hechos investigados.

SEGUNDO. La coordinación de la actuación estará a cargo del Director Nacional de Investigaciones Especiales. El Monitoreo de las líneas y el análisis de las grabaciones estará a cargo de los comisionados LUZ DARY HENAO ACOSTA, MAURICIO ÁLVAREZ MALDONADO Y VÍCTOR BONILLA OVALLE funcionarios de esa dependencia.

Los comisionados podrán coordinar los trámites técnicos que esta operación demande con los cuerpos de Policía Judicial que se requieran.

TERCERO. En caso de ser necesario se autoriza, a los comisionados para efectuar las actuaciones tendientes a identificar a las personas entre quienes se produzcan las comunicaciones telefónicas que interesen a la actuación, conforme a lo previsto en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal en armonía con la Directiva No. 6 de 2005.

Los servidores autorizados deberán rendir reporte inmediato y detallado de sus hallazgos al Director de Nacional de Investigaciones Especiales, quien coordinará las actuaciones que correspondan.

CUARTO. De conformidad con lo previsto en los artículos 293 y 301 de la Ley 600 de 2000, aplicable por remisión y en armonía con la Directiva 6 de

*2005 proferida por este Despacho, esta providencia es **RESERVADA** y a la actuación disciplinaria se incorporarán, únicamente, las transcripciones de las comunicaciones que tengan interés para la investigación.”⁶³*

98. La motivación de la autorización de interceptación de comunicaciones, entre estas, la del 20 de octubre de 2008⁶⁴, y transcrita en el numeral anterior, fue considerada suficiente por la Sala Plena de esta Corporación, en el proceso disciplinario iniciado por la Viceprocuraduría General contra el señor Edgardo José Maya Villazón, con *“el objeto de determinar la ocurrencia de posibles irregularidades en relación con el manejo y administración de la Sala de escucha de interceptaciones telefónicas de la procuraduría General de la Nación, a cargo de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.”*⁶⁵

99. Ciertamente, la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 2 de agosto de 2011⁶⁶, entre otras decisiones, se inhibió de iniciar acción disciplinaria contra el señor Edgardo Maya Villazón, en su condición de Procurador General de la Nación. En relación con la motivación de la autorización de interceptación de comunicaciones, entre estas, la de 20 de octubre de 2008, consideró:

“4.2. LA SUPUESTA FALTA CONSISTENTE EN LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE MOTIVAR LAS DECISIONES POR CUYA VIRTUD EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN DISOPONE O AUTORIZA LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

...iii) Después de revisar los diferentes actos transcritos, a través de los cuales el entonces Procurador General de la Nación autorizó la interceptación de comunicaciones telefónicas.

Para la Sala es posible concluir que las decisiones objeto de estudio en el presente caso fueron adoptadas bajo el amparo de la normatividad correspondiente, sin que en la jurisprudencia aludida y menos en las disposiciones examinadas se hubiere impuesto o exigido al Procurador General de la Nación la obligación de motivar de forma especial esta clase de actos, por lo que cual se tiene que resulta suficiente la motivación incluida en ellos, limitada a invocar las razones generales que se encuentran previstas en las normas materia, es decir, lo establecido en los artículos 116 y 227 de la carta Política y el artículo 148 de la Ley 734 de 2002, normás por cuya virtud-bueno es reiterarlo- se facultó al Jefe del Ministerio Público para autorizar la interceptación de comunicaciones telefónicas.

Así las cosas, dado que los referidos preceptos constitucionales y legales no le imponen al Procurador General de la Nación el deber de motivar de

⁶³ folio 245 cuaderno principal, folio 246 cdno 12, anexo 6
⁶⁴ folio 245 cdno 1 principal
⁶⁵ folios 142 y ss cdno 22
⁶⁶ Consejo de Estado. Radicado 11001031500020100073700. providencia de 2 de agosto de 2011. folio128 cdno 22.

alguna manera específica los actos que autorizan la interceptación de comunicaciones, no resultaría legalmente posible que ahora se hiciera tal exigencia, de manera que, su ausencia no determina el quebrantamiento de los postulados establecidos en el Código Disciplinario Único.

Lo anterior no significa, en modo alguno, que la Sala Plena del Consejo de Estado desconozca o peor aún que pretenda promover, patrocinar o estimular el desconocimiento de la única y precisa finalidad con sujeción a la cual el Procurador General de la Nación puede ejercer válidamente la competencia que le permite autorizar la interceptación de comunicaciones, finalidad expresamente establecida en las normas aludidas en cuanto en ellas se puntualiza con claridad que tales facultades legales se han consagrado exclusivamente, "...para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal."

...

5. UNA REFLEXION FINAL; LA INVIOLABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD A LA PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y AL DEBIDO PROCESO.

*...En consecuencia...observó que el doctor Edgardo Maya Villazon, en cuanto autorizó la interceptación de algunas comunicaciones en su condición de Procurador General de la Nación, con el fin de asegurar y practicar pruebas dentro de los procesos disciplinarios de competencia del Ministerio Público, **no hubiere encontrado elementos para disponer la apertura formal de una investigación disciplinaria de ninguna manera significa que esta Corporación autorice, patrocine o cohoneste el desconocimiento o la violación del régimen constitucional vigente.** Como ya se explicó con amplitud, lo que sucedió es que en esta ocasión se encontró que las actuaciones examinadas y que Viceprocuraduría General de la Nación remitió para el conocimiento disciplinario se acompasan perfectamente con el ordenamiento vigente, en cuanto fueron ordenadas o autorizadas por escrito, mediante orden expedida en ejercicio de funciones jurisdiccionales, propias de policía judicial...*

Muy por el contrario, cuando por fuera de los precisos eventos que prevé, contempla o autoriza de manera expresa la Carta Política, esto es sin el lleno de las exigencias constitucionales y legales pertinentes, bien los particulares o incluso autoridades públicas sin competencia para ello deciden, de facto y de manera abusiva, interceptar comunicaciones de terceros, cuestión que en lenguaje común o vulgar se ha denominado como la práctica de 'chuzadas', naturalmente se configura una evidente violación a los regímenes constitucional y legal vigente y en tales casos, deben ponerse en marcha los aparatos jurisdiccional penal y disciplinario del Estado...⁶⁷

100. Constitucional y legalmente, el ordenamiento colombiano exige como requisitos esenciales para la interceptación de comunicaciones la orden judicial previa, fundamentada por escrito. El reglamento interno de la Procuraduría General de la Nación, Directiva 0001 de 12 de septiembre de 2002, incluye adicionalmente que "por lo menos exista *indagación preliminar*.", sin que refiera expresamente a la existencia de **auto de apertura** de indagación preliminar.

⁶⁷ folio 142 cdno 13. folio 128 cdno 22.

101. Respecto al requisito adicional para la interceptación de comunicaciones, se probó que en sede administrativa, el ente disciplinario, en aras de obtener copia de los soportes documentales que consideró necesarios para las interceptaciones telefónicas, (auto de apertura indagación preliminar) y su registro en el sistema de datos de la Procuraduría General de la Nación, practicó visita especial, entre otras, a las siguientes cosas y lugares: (i) Las salas de escucha o interceptación de la Fiscalía General de la Nación, Sistema Esperanza, Sala Oro, Sala Diamante⁶⁸; (ii) Sala Azul de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol –DIJIN-de la Policía Nacional⁶⁹; (iii) A la Oficina de Sistemas de la Procuraduría General de la Nación⁷⁰ (iv) A la Sala Técnica de la Unidad Técnico Científica y de Policía Judicial de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales y (v) a las Instalaciones de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación⁷¹. Igualmente, contó con el acta de archivo documental de Policía Judicial de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales⁷² y el informe técnico del 11 de marzo de 2011⁷³; con resultados negativos.

102. El señor Edgardo Maya Villazón, el 28 de septiembre de 2012, declaró en el proceso disciplinario y manifestó:

*"...En primer lugar quiero manifestar a este Despacho **que las funciones ejercidas por la oficina de investigaciones especiales se ejercían de manera estricta de acuerdo con las órdenes impartidas por el Despacho mediante auto debidamente firmado por el Procurador General de la Nación, en ejercicio pleno de las funciones no solamente de Policía Judicial en ejercicio de las atribuciones que le confería el art. 277 de la carta política sino también en ejercicio de las atribuciones conferidas en el art. 148 del CDU o Ley 734 de 2002. ...vuelvo a reiterar como lo manifesté que estas se hacían siempre directa y de manera responsable por los directores ante mi despacho, con la certeza que existió siempre que estas se desarrollaban en etapas de verificación indagación o investigación por quejas o informaciones que se recibían en la Procuraduría en desarrollo de conductas exclusiva de servidores públicos...PREGUNTADO Díganos Dr. Edgardo Maya si ha surgido entre usted y Dr Alejandro Ordoñez Maldonado algún inconveniente del cual pueda predicarse que este (sic) ha iniciado contra usted alguna persecución o que dé lugar una enemistad grave entre ustedes (...)**CONTESTÓ no existe y lo digo categóricamente ninguna*

⁶⁸ folio 81, 103, 127, 133 dno 1, 88 CDNO 2

⁶⁹ folio 22cdno 3

⁷⁰ folio 8 cdno 3, folio 167 cdno 3.

⁷¹ folio 1 cdno 12. También se practicó otra visita especial al mismo lugar el 6 de noviembre de 2012 folio 39 cdno 5.

⁷² folio 5 cdno 1.

⁷³ folio 39 cdno 5. En el folio 86 cdno 6 y 125 cdno 7 obra acta de ruptura de embalaje plástico y rótulos de cadena de custodia de CDS, anexos al informe pericial

animadversión que yo haya sentido hacia mi persona por parte del Procurador General y mucho menos de parte mía hacia él. El día de su elección manifesté y está consignado en la prensa y la tengo en mi poder que no haría comentario alguno sobre el ejercicio de la Procuraduría que el presidiría a partir del 12 enero del año siguiente Y QUE SOLAMENTE haría uso del derecho a la defensa cuando se cuestionara por parte del Dr Alejandro Ordonez actuaciones de mi administración como en efecto lo hice en el reportaje periodístico en una o dos oportunidades sobre el tema de interceptaciones telefónicas que respeto pero no comparto las posiciones que le manifestó y que finalmente manifiesto que en un acto público que existió en el auditorio de esa entidad recibí la condecoración del Dr Ordoñez Maldonado en mi condición de exprocurador⁷⁴

103. Con todo, en la actuación disciplinaria la investigada aportó formato de auto de apertura de indagación preliminar expedido por la Procuraduría General de la Nación, que en su texto se lee: *“investigado por establecer, Procuraduría General de la Nación-División Administrativa, quejoso de oficio, fecha hechos 2007-2008,”*. El documento contiene el nombre de Edgardo José Maya Villazon, Procurador General de la Nación, sin firma, ni fecha, tampoco número de radicación de expediente. En ese documento, se indica:

*“...a través de **información anónima que ha sido recibida en este Despacho se ha tenido conocimiento de presuntas irregularidades en las que podrían** estar incursos servidores de la División Administrativa y del grupo de Inmuebles respecto de los posibles intereses personales y ajenos al servicio público que podrían estar determinando la asignación, ejecución y pago de contratos de obra y de servicios con recursos destinados a la adecuación de instalaciones de la Procuraduría General de la Nación.*

Así las cosas, dada la gravedad de la conducta y los eventuales efectos nocivos que tales conductas podrían tener respecto a los recursos públicos de la Entidad...

““

RESUELVE

PRIMERO. *Abrir **INDAGACIÓN PRELIMINAR** en averiguación de responsables, con el objeto de determinar la ocurrencia de los hechos, si son constitutivos de faltas disciplinarias, esclarecer los motivos determinantes, circunstancias de tiempo, modo y lugar en que cometieron y se ha actuado al amparo de alguna causal de exclusión de responsabilidad.*

SEGUNDO: *Ordenar la práctica de pruebas:*

““

TERCERO: *Comisionar para la práctica de pruebas que se ordena, por el término de **TREINTA DÍAS (60)(sic)** a la directora Nacional de Investigaciones Especiales (E) con facultades para subcomisionar en servidores de su dependencia. Así mismo la comisionada tendrá facultades debidas para notificar, reconocer personería y expedir copias que sean solicitadas en el transcurso del trámite.*

⁷⁴ folio 203 cdno 11

CUARTO. ...⁷⁵

104. El señor Edgardo José Maya Villazon, el 19 de junio de 2013, ante el Notario 22 del Círculo de Bogotá, bajo la gravedad del juramento declaró extraprocesalmente lo siguiente:

"...en mi condición de Procurador General de la Nación 2001-2008 y en ejercicio de facultades jurisdiccionales de las que me encontraba investido con fundamento en el art. 277 de la Constitución Política ordené la interceptación y monitoreo de líneas fijas de la División Administrativa e Inmuebles de la Procuraduría General de la Nación por haber tenido información según la cual se estarían ejecutando actos de corrupción y en general contrarios a la Ley; razón por la cual se dispusieron las actividades simultáneas tanto del ejercicio de la acción disciplinaria como de interceptación, hechos que tuvieron ocurrencia en el segundo semestre de 2008, a partir si no recuerdo mal del mes de septiembre, procedimiento que era común en todos los eventos en que el Procurador disponía de las mencionadas facultades jurisdiccionales."⁷⁶

105. En esa oportunidad, ante el Notario 22, la señora Luz Dary Henao Acosta, le puso de presente el documento referido en el numeral anterior, (formato de auto de apertura de indagación preliminar) al declarante, señor Edgardo José Maya Villazon y, bajo la gravedad del juramento, el deponente, afirmó:

"...El documento que me fue puesto de presente por parte de Dra LUZ DARY HENAO- se deja constancia que se exhibe un formato impreso donde se da cuenta de la apertura de indagación preliminar en el evento a que ha hecho referencia en(sic) declarante en su respuesta anterior-y que corresponde a un auto de apertura de indagación preliminar en ese proceso lo reconozco como el soporte suscrito por mí de manera efectiva y real, entre el mes de septiembre y octubre de 2008, en el curso de la actuación disciplinaria y dentro de la cual se ordenaron las interceptaciones cuya legalidad se reclama dentro de la investigación disciplinaria IUS 2009-348049, sin embargo desconozco la ubicación actual del documento original firmado toda vez que dichos documentos reposan en el proceso disciplinario que fue ordenado en su momento o que pudo ser destruido como se comprobó hubo documentos destruidos y fueron encontrados otros por destruir. Recuerdo particularmente esta indagación preliminar por cuanto la misma se ordenó a instancias mía, pues personalmente fui informado de las presuntas irregularidades, razón por la cual comuniqué al Director de Investigaciones Especiales la necesidad de activar la acción disciplinaria en el presente caso...Quiero manifestar que en mi condición de titular de la facultad de reglamentación y normalización interna en la Procuraduría General de la Nación no autoricé a ningún otro funcionario para su ejercicio, y no ordené ni aprobé la elaboración de protocolo alguno

⁷⁵ folio 239 cdno principal, folio 102 cdno 19, ver también declaración del señor Juan Carlos Rivera Acosta. FI. 153 cdno 11.

⁷⁶ Folio 327 del cuaderno principal. (negrilla fuera de texto), folio 100 cdno 19

que reglamentaria la actividad de investigación disciplinaria ya que he entendido que esa actividad es de competencia exclusiva del Congreso en cuanto al Procedimiento Legal. ...”⁷⁷

106. La señora Luz Dary Henao Acosta, a la actuación disciplinaria, aportó el 21 de julio de 2013, el formato de auto de apertura de indagación preliminar y el acta de la declaración extra procesal rendida por el señor Edgar José Maya Villazon. Tales documentos fueron descartados en principio por auto de 24 de junio de 2013, pues a juicio del juez disciplinario, el periodo probatoria había precluido⁷⁸ el 28 de enero de 2013⁷⁹, sin embargo, en el fallo de única instancia, señaló que: “No es factible procesalmente acreditar la existencia del auto respectivo a través de declaración rendida ante notario por el jefe del Ministerio Público para la época de los hechos, dado que no era el medio probatorio idóneo para su demostración.”

107. El señor Edgardo José Maya Villazón, en declaración rendida ante esta Corporación, el 27 de noviembre de 2017, manifestó que se ratificó de la declaración rendida ante notario, tanto de la firma como del contenido, e indicó que durante los 8 años que se desempeñó como Procurador General de la Nación, impartió ordenes de interceptación de comunicaciones única y exclusivamente en casos con apertura de investigación preliminar o que se hubiere declarado apertura investigación disciplinaria, y que la atribución de interceptar comunicaciones está en cabeza exclusiva del Procurador General de la Nación, y es indelegable.⁸⁰

108. Así en el caso en estudio, los elementos esenciales para realizar la interceptación concurren como quedó establecido en los numerales anteriores se cumplieron. El requisito adicional –auto de apertura de investigación preliminar- fue reconocido por el señor Edgardo Maya Villazon como de su autoría y suscrito por él de manera efectiva y real, entre el mes de septiembre y octubre de 2008.

⁷⁷ Folio 327 del cuaderno principal. (negrilla fuera de texto). folio 100 cdno 19

⁷⁸ La indagación preliminar contra responsables se inició el 20 de octubre de 2009 y mediante auto de 13 de diciembre de 2010, la Procuraduría Evaluó a indagación preliminar y ordena abrir investigación disciplinaria contra la señora Luz Dary Henao Acosta- Directora Nacional Investigaciones Especiales encargada.folio 3 cdno 1 y folio 1 cdno 4.

⁷⁹ folio 103 cdno 19

⁸⁰ CD folio 774 cdno ppai

109. Asimismo, las interceptaciones de comunicaciones, no fueron abusivas o desproporcionadas; pues además, de haber contado con la orden judicial previa, y fundamentada por escrito de autoridad competente; observó el término permitido por el artículo 235 de la Ley 906 de 2005, tuvo relación con el poder disciplinario, esto es, en un proceso adelantado en averiguación ante un hecho de esa índole, conocido directamente por el señor Procurador General de la Nación, y así lo registró en el modelo de auto de investigación que reconoció el declarante Edgardo José Maya Villazón.

110. Sumado a lo anterior y en gracia de discusión de aceptarse la exigencia del auto de apertura de la indagación preliminar, como de responsabilidad en estricto sentido, de la señora Luz Dary Henao Acosta, en calidad de Directora Nacional de Investigaciones Especiales, operó en su favor el principio de duda razonable ante el hecho de la destrucción documental probada en el proceso.

111. En efecto, se acreditó que por orden del entonces Director de Investigaciones Especiales, Gabriel Quiñonez, en diciembre de 2010 se empezó a reorganizar y limpiar los anaqueles de los pisos 22 y 28 de la Procuraduría General de la Nación, la Unidad Técnica y la propia Dirección de Investigaciones y que, en esa labor, parte de la documentación **fue destruida** al haberse considerado como "basura", y que en diligencia de recuperación de los mismos, se encontró documentación original de diferentes años, incluidos 2008 (año hechos investigados disciplinariamente) y 2010⁸¹.

112. Esos hechos se encuentran debidamente probados en el expediente, con prueba documental y testimonial, entre estas, las declaraciones de los señores Pedro Ruíz Hazbon⁸², Mauricio Álvarez Maldonado⁸³, Juan Carlos Rivera Acosta,⁸⁴ y Gabriel Eduardo Guevara Hurtado⁸⁵.

⁸¹ TABLA DE RETENCIÓN DOCUMENTAL TRD, archivo General de la Nación. PROCESOS DISCIPLINARIOS. Cumplido su período de conservación en el Archivo Central los "Procesos Disciplinarios" serán sometidos a un proceso de Selección, eligiendo conservar en forma permanente los de interés nacional. Artículo 8 Función 8 del Decreto 2126 de 2012. (Acta de reunión TRD, 17 de junio y 02 de julio de 2014) www.archivogeneral.gov.c

⁸² Coordinador Nacional Unidad Asesoría Técnica – Científica y de Policía Judicial folio 32 cdno 11, folio 18 cdno 7

⁸³ folio 14cdno 4, folio 48 cdno 1.

⁸⁴ folio 189 cdno 6, folio 2 cdno 11, folios 50 cdno22

⁸⁵ folios 1 cdno 7

113. Igualmente, en el expediente reposa las actas de la Procuraduría General de la Nación de fechas 11, 12, 13, 14, y 18 enero de 2011, en 53 folios, contentivas de la diligencia de apertura de "las bolsas de fique y dos cajas", y de la relación de documentos destruidos de la Unidad Técnica y de la Dirección de Investigaciones, en las que consta:

*"...se deja constancia que las cajas se encuentran enumeradas así Caja #1 y Caja #2 las cuales están debidamente selladas con una cinta que dice 'EVIDENCIAS'; las dos (2) bolsas de fique se encuentran selladas con una cinta que dice ÉVIDENCIAS' encontrándose, ... copia oficio 138 expediente IUS 310523-08, ... del 23 de enero de 2009, ... el señor MAURICIO ÁLVAREZ continúa con la selección con la selección de la documentación contenida en la segunda bolsa. ...; original de memorando de reparto con entrada No. 57883 de fecha marzo 14 de 2010, para Investigaciones Especiales ; original sin fecha de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, asunto; Labores previas de verificación en presuntas infecciones neonatales de origen intrahospitalario en... sin firma del doctor FERNANDO ALBERTO RODRIGUEZ CASTRO, Director (E)...3:30 de la tarde se termina la clasificación y filmación de la documentación rota y completa contenida en dos bolsas de fique . Acto seguido el señor MAURICIO ALVAREZ procede a abrir la CAJA No. 2 ...oficio original 4438 de 26 de septiembre de 2008, referencia: EXPEDIENTE 001-168628-078, dirigido a Mauricio Álvarez, Unidad de Apoyo Técnico y Policía Judicial...práctica de pruebas... **auto original de 2 de julio de 2008**, suscrito por Edgardo José Maya Villazon, asunto expedición de copias, ...auto original de investigación disciplinaria, sin fecha investigado Eduardo Herrera y otros expediente 001-141859-06, sin firma de EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON en veintitrés (23) folios. ...original auto de 24 de mayo de 2006...parte hoja de vida experiencia laboral... **copia auto de 14 de abril de 2010** asunto comisión de prueba radicado No. D-2010-878-232110, suscrito por el Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado Procurador General de la Nación, ...original proyecto de auto sin fecha apertura investigación preliminar IUS-2009-252146, sin firma del doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación. ... Se deja constancia ... **que la información destruida contenida en la 1ª bolsa de fique se guardó en una caja de la Imprenta Nacional de Colombia debidamente rotulada "información destruida 1ª bolsa de fique": La información destruida contenida en la 2ª bolsa de fique se guardó en bolsas negras debidamente selladas y rotuladas "información destruida 2º Bolsa de fique". Igualmente la información completa contenida en las 2 bolsas de fique se almacenó en tres (3) cajas debidamente sellas y rotuladas " documentos completos y en buen estado bolsa de fique No 1 (2 cajas) y documentos completos y en buen estado bolsa de fique No. 2. (a caja) Las cajas nos 1 y 2. se sellaron y rotularon debidamente. ...El despacho hará entregan de dos cajas y las objeto de la diligencia a la División de Seguridad para su custodia. ..."**⁸⁶*

114. Se demostró que el hecho de la destrucción documental ocurrió antes de la apertura de la investigación disciplinaria, pues aquel se dio el 10 de diciembre de 2010 y está el 13 del mismo mes y año y en la diligencia de la

⁸⁶ folios 8 cdno 7 y folio

revisión de los documentos "botados" y "destruidos" la Procuraduría General de la Nación, halló documentos originales del 2008 (año de los hechos investigados disciplinariamente).

115. Así, la Sala concluye que : (i)La Directora Nacional de Investigaciones Especiales (E), señora Luz Dary Henao Acosta, en la interceptación de las extensiones 10204; 10202; 10203; 1798; 10207; 10219; 10206; 10296; 10210; 10242; 10201; 10208; 10205 y 10297 de la Procuraduría General de la Nación, en la función de policía judicial, cumplió una labor simplemente operativa administrativa y de coordinación, bajo la absoluta dirección del Procurador General de la Nación. La función disciplinaria, jurisdiccional y de policía judicial propiamente dicha se mantuvo en esta última autoridad.

(ii) La actuación de la Directora Nacional de Investigaciones Especiales,⁸⁷ no fue autónoma, sino bajo la dirección y control de Procurador General de la Nación, autoridad que, constitucional y legalmente, tiene poder preferente en materia disciplinaria, y cumple función de policía judicial y, con esta, función jurisdiccional.

(iii) La interceptación de comunicaciones de las mencionadas extensiones, en este caso, se dio en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades esenciales constitucionales y legales, esto es, "**orden judicial previa y fundamentada por escrito**", pues contó con la autorización con las exigencias de rigor, emitida por el entonces Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón. Vale decir, la función de policía judicial, observó los requisitos constitucionales y legales esenciales para el efecto. Asimismo, la existencia del requisito adicional- auto de apertura de indagación preliminar- fue reconocido por Maya Villazón como de su autoría y haberlo suscrito entre los meses de septiembre y octubre de 2008.

116. De acuerdo con lo anterior, está demostrado que la señora Luz Dary Henao Acosta, cumplió sus deberes; no se extralimitó en sus funciones como Directora Nacional de Investigaciones Especiales (E), por tanto, no podía endilgársele falta disciplinaria y sancionarse, pues, el reproche que le

⁸⁷ Ley 734 de 2002, artículo 28- 3.

enrostró la autoridad disciplinaria a la señora Luz Dary Henao Acosta en el sentido que mediante oficio de 10 de septiembre de 2008, solicitó al Procurador General de la Nación, sin motivación fundada, y sin auto de apertura de investigación preliminar la interceptación de comunicaciones, resulta infundado.

En el proceso también se encuentran probados otros hechos relevantes, a saber:

117. Se probó que la señora Luz Dary Henao Acosta; había sido encargada como Directora Nacional de Investigaciones Especiales, de manera intermitente pero consecutivamente desde el 2001, sin embargo, el 19 de enero de 2009, descendió definitivamente de ese cargo (salario de \$12.892.891, 00) al de Asesor G-19, (salario de \$8.524.365, 00)⁸⁸, y en éste permaneció hasta su retiro. El 20 de octubre del mismo año⁸⁹ la demandada inició la investigación disciplinaria en su contra.

118. Los actos administrativos demandados, surgieron a la vida jurídica, como producto de un proceso de índole disciplinaria, y durante la investigación disciplinaria, la señora Henao, no fue nuevamente encargada como Directora Nacional de Investigaciones Especiales, siendo que había sido desempeñado el cargo como se ha indicado y prestaba servicios laborales a la entidad desde el 10 de mayo de 1991.

119. De conformidad con las pruebas documentales obrantes en el expediente, el retiro del servicio de la señora Luz Dary Henao Acosta ocurrió el 31 de enero de 2012, por "*pensión ARP*"⁹⁰. Vale decir, por motivo diferente a la sanción disciplinaria en estricto sentido y con anterioridad a la expedición de los actos administrativos demandados,⁹¹ que nacieron a la vida jurídica el

⁸⁸ oficio 47082 de 7 de febrero de 2012. folios 177 y 178 cdno 7

⁸⁹ La actuación disciplinaria que se inició el 20 de octubre de 2009. folio 1 y 2 cdno 1

⁹⁰ folios 198, 293 y 614 cuaderno principal, folio 70, 71, 78, 177,, 178 ss, cuaderno 7 original. folio 22 cdno 22. folio 70 cdno 7, folio 21 cdno 22, En el último periodo en la Procuraduría General de la Nación comprendido desde el 20 de enero de 2000 hasta el 23 de enero de 2012, inclusive, desempeñó el cargo de Asesor Grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales

⁹¹ folios 198, 293 y 614 cuaderno principal, folio 70, 71, 78 y ss, cuaderno 7 original. folio 22 cdno 22. folio 70 cdno 7, folio 21 cdno 22, En el último periodo en la Procuraduría General de la Nación comprendido desde el 20 de enero de 2000 hasta el 23 de enero de 2012, inclusive, desempeñó el cargo de Asesor Grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.

14 de agosto de 2013 y el 4 de septiembre del mismo año,⁹² con ocasión de la actuación disciplinaria que se inició el 20 de octubre de 2009⁹³.

120. Revisada la historia clínica de la señora Luz Dary Henao Acosta, acredita que el 2 de marzo de 2009, esto es, dos meses después del descenso laboral, tuvo consulta médica, a partir del 13 de abril de 2009, fue incapacitada continuamente⁹⁴ y la empresa de salud-Colmédica- le diagnosticó la patología de "artritis reumatoidea seropositiva"⁹⁵. El 31 de enero de 2012, fue retirada del servicio por pensión de invalidez".⁹⁶ Vale decir, el riesgo de la invalidez fue reparado.

121. El médico Rubén Darío Mantilla Hernández, en la declaración rendida en sede jurisdiccional, el 27 de noviembre de 2017, indicó que la artritis reumatoide seropositiva, es una enfermedad de origen común, controlable pero irreversible, y que el estrés exacerba los síntomas.⁹⁷

122. La señora Luz Dary Henao Acosta, medicamente, fue tenida como paciente con trastorno de ansiedad generalizada. En efecto su historia clínica, expresamente registró: Luz Dary Henao Acosta, "**paciente con trastorno de ansiedad generalizada, insomnio...**". Al continuar con la revisión de la historia clínica correspondiente a la señora Luz Dary Henao Acosta, se observa que el 21 de febrero de 2017, el informe médico arrojó: "1. ARTRITIS REUMATOIDEA ESTABLECIDA SEROPOSITIVA (RA TEST 329.8, ANTI CCP 185.5) NO EROSIVA (RX 2009) 2. OBESIDAD MORBIDA 3. SAHOS 4. TABAQUISMO ACTIVO."⁹⁸

123. Asimismo, el médico Rubén Darío Mantilla Mantilla, declaró que en el 2009 y regularmente atendió desde el punto médico a la señora Henao y que

⁹² folios
⁹³ folio 1 y 2 cdno 1
⁹⁴ folio 177 y 178 cdno 7 y 375 y ss cdno ppal
⁹⁵ folios 356 y ss cdno ppal, folio 768 CD
⁹⁶ folios 198, 293 y 614 cuaderno principal, folio 70, 71, 78, 177,, 178 ss, cuaderno 7 original. folio 22 cdno 22. folio 70 cdno 7, folio 21 cdno 22, En el último periodo en la Procuraduría General de la Nación comprendido desde el 20 de enero de 2000 hasta el 23 de enero de 2012, inclusive, desempeñó el cargo de Asesor Grado 19 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales
⁹⁷ folio 774 CD.
La Sala, sobre la relación estrés y artritis reumatoide, revisa la web, y encuentra artículos que indican que : "Investigadores del EIRA Study Group sueco han mostrado en su estudio publicado en el último número de la revista Psychotherapy and Psychosomatics (2009;78:193-194) nuevas relaciones entre el estrés causado por el trabajo y el desarrollo de artritis reumatoide." y " en enfermos de artritis reumatoide, ante una condición de estrés, se produce un aumento de la actividad inmunitaria y lo sujetos empeoran . <https://www.intramed.net>; <https://www.books.google.com.co>; <https://www.hospitalaustral.edu.ar>
file:///C:/Users/jsuarezs/Downloads/26349619.pdf
⁹⁸ folio 768 CD

las dificultades laborales vividas por ella a partir de ese año le generaron crisis, angustia, **sufrimiento**, dolor físico y **estrés psicológico**.

124. En sede jurisdiccional, el declarante, Alfredo Humberto Hernández Parra, cónyuge de la demandante, afirmó que la señora Luz Dary Henao Acosta, *"...luego de 19 años de servicio a la Procuraduría con extensas jornadas de labores... y que con el cambio de administración, con la llegada del doctor Ordoñez, fue investigada, se enfermó, fue pensionada **tuvo presión psicológica** y se **desmoralizó de su profesión**".*

125. La declarante Juliana Andrea Hernández Henao, hija de la demandante indicó que conoció *"a su mamá, siempre al servicio de la Procuraduría, activa, su trabajo era lo más importante, y había alcanzado su punto profesional más alto y todo era felicidad, hubo cambio de administración y se presentó una especie de bullying laboral, cambio de cargo y la investigación disciplinaria, el proceso fue muy pesado para mi mamá, con la investigación disciplinaria **entró en pánico**, yo llegaba a la casa la encontraba **llorando**, se enfermó, estuvo hospitalizada, y pensionada"*.

126. Consultada información en línea (página web) provista por la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos, señala: **"El estrés es un sentimiento de tensión física o emocional. Puede definirse como un conjunto de reacciones fisiológicas que se presentan cuando una persona sufre un estado de tensión nerviosa, producto de diversas situaciones en el ámbito laboral o personal: exceso de trabajo, ansiedad, situaciones traumáticas que se hayan vivido."**⁹⁹

127. Por otro lado, mediante Boletín de Prensa 745 de 16 de septiembre de 2013, la Procuraduría General de la Nación, informó a la comunidad que, *"Por realizar interceptaciones ilegales, Procuraduría General de la Nación destituyó e inhabilitó por 12 años a Directora Nacional de Investigaciones Especiales del año 2008...a la señora Luz Dary Henao Acosta"*¹⁰⁰.

128. En conclusión se probó que sumado al cese de encargos como Directora Nacional de Investigaciones Especiales y con ese hecho descenso laboral,

⁹⁹  MedlinePlus <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003211.htm>

¹⁰⁰ folio 296, 325, cdno ppai

durante la investigación disciplinaria, la patología diagnosticada a la señora Luz Dary Henao Acosta, se exacerbó, por el estrés psicológico originado de dificultades laborales, y que el estrés es un sentimiento de tensión física y emocional, que se presentan cuando una persona sufre un estado de tensión nerviosa, producto de diversas situaciones en el ámbito laboral o personal.

129. Lo descrito en los numerales anteriores numerales pone en evidencia que hechos laborales acaecidas en el 2009, en relación con la señora Luz Dary Henao Acosta, entre estas, la investigación disciplinaria, la afectaron de manera grave, no solo su componente material (económico) sino su salud física y emocional y espiritual, se comprometió el derecho fundamental al buen nombre, tanto es, así que perdió su capacidad laboral y si bien es cierto fue pensionada por invalidez, no lo es menos que la pensión cubrió un riesgo diferente a la afectación de la salud emocional.

III.DECISIÓN

130. De análisis realizado a lo largo de esta providencia se observa que en el caso concreto de la señora Henao Acosta, en el proceso disciplinario generador de los actos administrativos demandados, la Procuraduría General de la Nación, erró en el proceso de subsunción lógica, faltó a la búsqueda de la verdad material y, por lo mismo efectuó una valoración incompleta de los elementos probatorios que demostraran los supuestos de hecho y de derecho que acompañaron la conducta endilgada que se consideró ilegal-interceptación de comunicaciones-.

131. En materia disciplinaria el proceso de subsunción típica de la conducta, es una operación lógica para establecer si una determinada acción u omisión, comporta incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibición, violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos o conflicto de intereses.

132. Ciertamente, en virtud de los principios de legalidad, tipicidad, e ilicitud sustancial, el proceso disciplinario, como manifestación del poder represor del Estado, exige un razonamiento riguroso para establecer la relación directa entre las circunstancias fácticas plenamente acreditadas y el

supuesto de hecho previsto en la ley como falta disciplinaria; de cuyo análisis se debe establecer con certeza si encuadran o no en el componente descriptivo de la norma.

133. Así, en el sub examine, no concurrieron, los elementos exigidos por los artículos 4, 5, 13 y 23 de la Ley 734 de 2002, para configurarse la falta disciplinaria y por ende imponer la consecuente sanción.

134. De manera que los acápites anteriores permiten concluir que los actos sancionatorios demandados vulneraron el debido proceso e incurrieron en falsa motivación; pues no existió la falta disciplinaria endilgada, y por ende tampoco mérito para imponer sanción.

135. Asimismo, lo descrito en los apartados anteriores numerales pone en evidencia que situaciones laborales acaecidas en el 2009, en relación con la señora Luz Dary Henao Acosta, entre estas la investigación disciplinaria, la afectaron no solo su componente material (económico) sino su componente o salud emocional y espiritual, su tranquilidad, de manera grave, tanto es, así que perdió su capacidad laboral y si bien es cierto fue pensionada por invalidez, esta cubrió un riesgo diferente a la afectación de la salud emocional. Asimismo, se comprometió el derecho fundamental al buen nombre.

136. Consecuencialmente, la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos demandados, se ha desvirtuado y en consecuencia habrá que declarar su nulidad y disponer el correspondiente restablecimiento o reparación del daño.

137. Por lo anterior la Sala se aparta del concepto de la Representante del Ministerio Público y, por el contrario declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, ínsitos en: (i) fallo de única instancia del 14 de agosto de 2012, proferido por la Vice procuraduría General de la Nación, por medio de cual destituyó e inhabilitó por el término de 12 años, a la señora Luz Dary Henao Acosta, en calidad de Directora Nacional de Investigaciones Especiales (E) de esa entidad. (ii) fallo de 4 de septiembre de 2013, por el cual se resolvió el recurso de reposición y confirmó el acto administrativo

sancionatorio, habida cuenta que se demostró en el proceso que la falta no se configuró.

138. En un Estado de Derecho, si bien es cierto la investigación disciplinaria es una carga que los asociados deben soportar, no lo es menos que desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos que imponen sanción, se debe declarar su nulidad y proveer el restablecimiento del derecho o reparación del daño.

Consideraciones para efectos del restablecimiento del derecho o la reparación del daño.

140. En primer lugar a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación elimine el registro negativo como antecedentes disciplinario y consecuente inhabilidad general,¹⁰¹ generado de los fallos disciplinarios objeto del presente proceso. En relación las demás pretensiones de la demanda, se la Sala a lo probado en el proceso y a las siguientes consideraciones.

141. En el caso concreto, está demostrado en el proceso, además del registro de la sanción como antecedente disciplinario¹⁰², que la investigación disciplinaria le generó a la señora Luz Dary Henao Acosta perjuicios materiales e inmateriales, que habrá que disponer su resarcimiento en los términos del artículo 15 de la C.P, artículo 16 de la Ley 448 de 1998, en armonía con el inciso antepenúltimo del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

142. El medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho consagrado en el art 138 de la Ley 1437 de 2011, también procede para el reconocimiento de una indemnización por los daños o perjuicios que pudo ocasionar el acto administrativo demandado¹⁰³.

143. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, prevé que: "*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de*

¹⁰¹ La sanción de destitución e inhabilidad general, impuesta a la señora Luz Dary Henao, se encuentra registrada como antecedente disciplinario, también con la consecuente inhabilidad para contratar con el Estado. folios 43, 300, 557, cuaderno principal. Página web <https://www.procuraduria.gov.co> antecedentes.

¹⁰² folios 43, 300, 557, cuaderno principal. Página web <https://www.procuraduria.gov.co> antecedentes.

¹⁰³ artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

*daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de **reparación integral y equidad** y observará los criterios técnicos actuariales.”*

144. La reparación integral: es un principio general del derecho, según el cual *“debe repararse todo el daño, y sólo el daño”*. La Corte Constitucional ha enseñado que: *“el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”*.¹⁰⁴ *“debe ser razonable y proporcionada”*.¹⁰⁵

145. La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, ha diseñado entre sus tesis para efectos de reparación, la denominada “perdida de oportunidad” y la ha definido en los siguientes términos:

*“...la pérdida de oportunidad o pérdida de chance se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial. Dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio a actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.”*¹⁰⁶

146. El artículo 15 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al buen nombre que implica el deber correlativo de la rectificar información que se halla recogido sobre él.

147. La Corte Constitucional en providencia T - 129 de 2010, definió el derecho al buen nombre así: *“El buen nombre ha sido comprendido en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional como la reputación o fama de una persona, esto es, como el concepto que el conglomerado social se forma de ella. El buen nombre se erige en derecho fundamental de las personas y*

¹⁰⁴ Corte Constitucional C-694-15

¹⁰⁵ Sentencia C-344-17

¹⁰⁶ Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138) providencia 8 de agosto de 2018.C.P. Ramiro pazos Guerrero

constituye uno de los elementos más valiosos dentro del patrimonio moral y social, a la vez que en un factor intrínseco de la dignidad humana.”

148. La Corte Constitucional, en cuanto al debe de rectificación, ha precisado:

*“La rectificación “procede cuando a través de un medio de comunicación se ha difundido una información que no corresponde a la verdad, o que presenta una visión parcializada o incompleta de los hechos, de manera que se afecte a una persona en su imagen o reputación”. Por una parte, **consiste en un derecho que tiene la persona afectada con dicha información a que esta sea aclarada o corregida y, por otra, comporta una obligación a cargo del emisor de aclarar, actualizar o corregir la información emitida** y que no se ajuste a los parámetros constitucionales. El derecho de rectificación ofrece una reparación de diferente naturaleza... Si bien no sanciona con una pena ni define una indemnización a cargo del agresor, en tanto su objetivo último es la reparación del buen nombre, la imagen y reputación de la persona afectada, tiene la ventaja de impedir que los efectos difamatorios se prolonguen en el tiempo como acontecimientos reales. Asimismo, la garantía efectiva del derecho a la rectificación en condiciones de equidad, como lo exige el ordenamiento superior, implica que la corrección tenga un despliegue comunicativo similar al inicial, que se haga dentro de un tiempo razonable y que el medio de comunicación reconozca su error.”¹⁰⁷ (negrilla fuera de texto)*

149. La jurisprudencia de esta Corporación reiteradamente ha entendido por daño moral: la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño *“antijurídico, individual o colectivo”*.¹⁰⁸ En otras palabras, es el sufrimiento que genera el perjuicio en la vida de la persona o personas afectadas.

150. Corte Suprema de Justicia, ha entendido que el daño moral: *“comporta el menoscabo a la dimensión afectiva, los sentimientos, el amor en la familia, la parte social, los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales.”*¹⁰⁹

151. La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado fijó los parámetros para efectos de la reparación de daños morales a la víctima directa, en caso de violaciones relevantes a derechos constitucionalmente amparados y señaló:

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-022/17. providencia de 23 de enero de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰⁸ Sala Plena sentencias de 28 de agosto de 2014

¹⁰⁹ Radicado 36784 providencia de 3 de mayo de 2017.

"...En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño."¹¹⁰

Daños materiales

152. Los actos administrativos demandados, surgieron a la vida jurídica, como producto de un proceso de índole disciplinaria, y durante la investigación disciplinaria, la señora Henao, no fue nuevamente encargada como Directora Nacional de Investigaciones Especiales, siendo que había sido desempeñado el cargo como se indicó en los hechos probados y prestaba servicios laborales a la entidad desde el 10 de mayo de 1991. Lo anterior permite inferir que la investigación incidió en la pérdida de la oportunidad para obtener nuevo encargo.

153. Por tanto, la demandada pagará a la señora Henao Acosta a título de indemnización por perjuicios materiales, la diferencia salarial entre el cargo de Asesor G19 y de Director Nacional de Investigaciones Especiales, y desde el 20 de enero de 2009 hasta 30 de enero de 2012.

Con fundamento en el inciso 4 del artículo 187 de la ley 1437 de 2012, las sumas que resulten a favor de cada uno de los demandantes, deberán indexarse conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

¹¹⁰ Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). Sentencia de 28 de agosto de 2014 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Daños inmatrimales (perjuicios morales)

154. La demandada debe rectificar la información publicada en el Boletín 745 de 16 de septiembre de 2013 de la Procuraduría General de la Nación, mediante acto público de perdón y excusas presidido por el Procurador General de la Nación, con la asistencia de la señora Luz Dary Henao Acosta, y la publicación del mismo por el medio de publicación del mencionado boletín.

155. Asimismo, la demandada a título de reparación del daño moral, deberá pagar a la señora Luz Dary Henao Acosta 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

156. La Sala para ese propósito sigue los parámetros establecidos por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado y atendiendo lo acreditado en el proceso, la condición de víctima directa de la señora Henao, sus derechos fundamentales comprometidos y que el reconocimiento de la pensión cubrió la contingencia de la invalidez (pérdida de la capacidad laboral) que es diferente al sufrimiento o congoja emocional y espiritual (salud emocional-espiritual) que le generó la investigación disciplinaria.

157. No habrá lugar a condena en costas por no reunirse los presupuestos exigidos en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

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

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos el 14 de agosto y 4 de septiembre de 2013, en el expediente disciplinario IUS 2009-348049, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

[Faint signature or stamp]

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se ordena a la Procuraduría General de la Nación: Elimine el dato negativo como antecedente disciplinario y consecuente inhabilidad automática.

TERCERO: a título de reparación del daño se ordena a la Procuraduría General de la Nación:

a. Pague a la señora Luz Dary Henao Acosta con C.C. 51.804.279, la diferencia salarial entre el cargo de Asesor G19 y de Director Nacional de Investigaciones Especiales, y desde el 20 de enero de 2009 hasta 30 de enero de 2012. Las sumas resultantes deberán actualizarse siguiendo el procedimiento indicado en la parte motiva.

b. Rectifique la información publicada en el Boletín 745 de 16 de septiembre de 2013 de la Procuraduría General de la Nación, mediante acto público de perdón y excusas presidido por el Procurador General de la Nación, con la asistencia de la señora Luz Dary Henao Acosta, y la publicación del mismo por el medio de publicación del mencionado boletín.

c. Le pague 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de daño moral, como víctima directa del mismo.

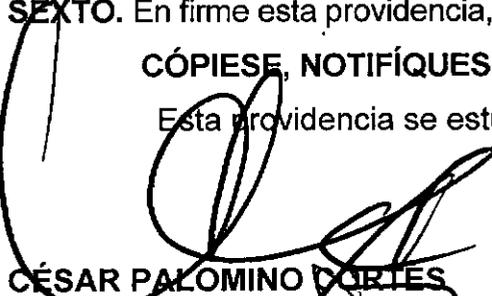
CUARTO. Sin condena en costas.

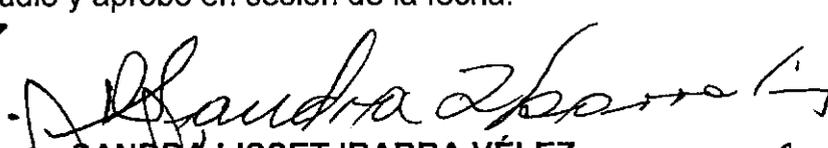
QUINTO. ACÉPTASE en los términos del inciso 4 del artículo 76 del Código General del Proceso, la renuncia de poder presentada por el abogado Álvaro Andrés Torres Andrade, como apoderado de la Procuraduría General de la Nación.

SEXTO. En firme esta providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CARMELO PERDOMO CUÉTER



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
ACLARACIÓN Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Bogotá D.C., 11 de abril de 2019.

Expediente: 11001 -03-25-000-2014-00400-00 (1270-2014)
Actor: Luz Dary Henao Acosta
Demandado: Procuraduría General de la Nación.
Asunto: Aclaración y salvamento parcial de voto.

En relación con lo resuelto en la sentencia de 31 de enero de 2019 proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en el expediente de la referencia, con el respeto acostumbrado me permito: 1) Aclarar mi voto, en relación con los argumentos en los que se sustenta decisión que anular los actos administrativo acusados y 2) Salvar mi voto en cuanto a la decisión indemnizar a la demandante por daños materiales y morales.

1. SOBRE LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS.

Si bien comparto la decisión de anular los actos disciplinarios, disiento de los argumentos que la sustentan, tal y como se expone a continuación:

1.1. La nulidad de los actos administrativos acusados en la sentencia objeto de aclaración, esencialmente se sustenta en lo siguiente:

a) La sentencia afirma que, la orden de interceptación de las líneas telefónicas fue suscrita por el funcionario competente, a saber, el Procurador General de la Nación, y no por la disciplinada en su calidad de Directora Nacional de la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, por lo tanto cualquier irregularidad en la conducta de ésta última queda subsanada en la decisión de aquel.

Con el debido respeto, considero que el mencionado argumento no puede sustentar la nulidad de los actos administrativos acusados toda vez que la posible conducta irregular de los intervinientes en el proceso de

configuración de la orden de interceptación de las líneas telefónicas –entre ellos la Directora de la Dirección de Investigaciones Especiales de la PGN-, no se subsana automáticamente con que el acto que ordena la interceptación haya sido expedido por el funcionario competente.

Esto porque, el que la orden de interceptación haya sido expedida directamente por el Procurador General de la Nación y no por la demandada en su calidad de Directora de la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, no implica *perse* que ésta o cualquier otro funcionario que dentro de sus competencias haya intervenido en el proceso de su configuración no haya podido incurrir en alguna irregularidad con relevancia disciplinaria, pues las conductas de cada uno de estos son independientes.

b) La sentencia señala que, aun cuando se acepte que la intervención de la Directora Nacional de la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, en el trámite de configuración de la orden de interceptación de líneas telefónicas fue disciplinariamente relevante, ésta no fue irregular, pues tuvo lugar en el marco de una indagación preliminar disciplinaria que se encuentra acreditada con:

- i) Un formato de auto de apertura de indagación preliminar sin firma, en el cual se requiere y se motiva la necesidad de la intervención de las líneas telefónicas.
- ii) Una declaración del Procurador General del Nación, en la cual señala que suscribió la orden de interceptación de las líneas telefónicas atendiendo a la existencia de una investigación disciplinaria –*sin expresar cual fue la investigación disciplinaria o datos que permitan identificar el proceso-*.
- iii) La versión libre del investigado, en la cual indica que como sustento de la solicitud interceptación de líneas telefónicas se expidió un auto de apertura de indagación preliminar –*sin expresar dentro que cual proceso disciplinario se expidió el referido auto-*.
- iv) Un acta del grupo de archivo, en la cual se indica que en el año 2010 –*luego de 2 años de ocurridos los hechos investigados-*, como parte del proceso de limpieza de archivos, en la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación se destruyeron –*involuntariamente-* documentos firmados pertenecientes a investigaciones disciplinarias, sin

hacer referencia al proceso disciplinario en el cual supuestamente se expidió el auto de indagación y de solicitud de la prueba de interceptación telefónica.

Con la debida consideración por el argumento antes mencionado, entiendo que el requisito de la existencia de un auto de apertura de indagación preliminar disciplinaria, no puede ser acreditado con pruebas diferentes a la copia del mismo *–firmada por el funcionario competente–*, de manera que declaraciones, formatos sin firma y actas de destrucción de documentos *–que por demás no tienen conexión con la supuesta investigación preliminar en la cual se ordenó la prueba de interceptación–* no tiene la fuerza probatoria para tal efecto.

Por otra parte, considero que no es acertado afirmar *–como se observa en la sentencia–* que la facultad para realizar interceptaciones de líneas telefónicas *–como parte de las actividades de policía judicial–* puede ser ajena a la existencia de un proceso judicial o administrativo, pues la finalidad de esta facultad es precisamente ayudar la recolección de las pruebas dentro de estos y por razón de estos a los cuales es inescindible.

Así las cosas, negar la necesidad previa de un proceso *–en este caso de naturaleza disciplinaria–* como inherente a la facultad de policía judicial *–para la interceptación de líneas telefónicas–*, implica soslayar la esencia misma y finalidad de ésta facultad, y dejar al arbitrio de la autoridad competente el decreto y práctica de esa prueba, lo cual genera un riesgo grave para la garantía y efectividad del derecho fundamental a la intimidad.

1.2 Respetuosamente considero que, existe una situación jurídica probada en el expediente sobre la cual hace alusión la sentencia que, sería la única que en mi criterio permite sustentar la nulidad de los actos acusados, esto es la existencia de una decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado¹ en la cual como autoridad disciplinaria dentro del proceso adelantado por los mismos hechos contra el Procurador General de la Nación decidió que todo el procedimiento de interceptación de las líneas telefónicas se había ajustado a la legalidad y había sido suficientemente motivado.

Esta decisión, que en el caso concreto revistió de legalidad todo el procedimiento para la interceptación de líneas telefónicas *–más no el simple hecho de que haya sido el funcionario competente quien dictó la medida de policía judicial–*, es lo que permite señalar que la conducta de la actora que hizo parte de ese procedimiento no fue irregular.

¹ Consejo de Estado. Radicado 11001031500020100073700, providencia de 2 de agosto de 2011.

2. SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES.

En la sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos acusados se ordena a la Procuraduría General de la Nación, indemnizar los perjuicios causados por daños materiales y morales, decisión que con el debido respeto no comparto.

2.1 Por daños materiales la sentencia ordena el pago de *“la diferencia salarial entre el cargo de Asesor G19 y de Director Nacional de Investigaciones Especiales”* desde el 20 de enero de 2009 hasta 30 de enero de 2012, bajo el argumento según el cual, el retiro de la demandada de la entidad tuvo lugar por razón de haber sido pensionada por invalidez en atención a *“artritis reumatoide”* en cuyo agravante influyó el estrés derivado del proceso administrativo disciplinario.

Con el debido respeto, considero que en el presente caso no hay lugar a la indemnización de perjuicios materiales y menos aún en la forma como se plantea en la sentencia, por cuanto:

a) El retiro del servicio de la demandante tuvo como causa directa haber sido pensionada por invalidez, más no la sanción disciplinaria, pues esta fue proferida con posteridad a su desvinculación de la institución –PGN-.

b) No hay prueba alguna en el expediente que permita inferir que la no continuidad de la demandante en el cargo de Directora de la Dirección de investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación *-desde el 20 de enero de 2009 hasta 30 de enero de 2012-* derivara de la investigación disciplinaria, sobre todo cuando se observa en el expediente que: 1) durante este periodo aquella desempeñó el cargo del cual era titular –Asesor G19-; 2) el desempeño del cargo como Directora de la Dirección de Investigaciones Especiales siempre fue esporádico, temporal, intermitente y bajo la figura del encargo; 3) el cargo de Director de la Dirección de Investigaciones Especiales es de libre nombramiento y remoción de manera que frente a este se tiene una estabilidad precaria; y 4) luego de ocurridos los hechos que dieron lugar a la investigación disciplinaria la demandante volvió a ser encargada en el referido cargo directivo.

Actor: Luz Dary Henao Acosta.
Demandado: Nación- Procuraduría General de la Nación.
Asunto: Salvamento parcial de voto.

Estas situaciones claramente indican que, tales nombramientos *-en el cargo directivo²*- respondían a necesidades puntuales de la administración para suplir vacancias temporales del titular del mismo y en consecuencia en estos nada influyó la investigación disciplinaria ni la sanción, por lo tanto no hay daño alguno que indemnizar y menos aún relación de conexidad con la investigación disciplinaria.

Por otra parte, no hay prueba en el expediente que permita inferir que el proceso disciplinario y/o el acto de sanción influyeron en la enfermedad de *"artritis reumatoide"* que constituyó la causal directa del retiro del servicio la cual es de origen común, pues entre otras puede observarse que el diagnóstico de la mencionada enfermedad tuvo lugar en abril de 2009 esto es antes de la apertura de la investigación disciplinaria y de acuerdo a la historia clínica en la evolución de la misma influyeron de manera activa otros factores tales como: **2. OBESIDAD MÓRBIDA 3. SAHOS 4. TABAQUISMO ACTIVO**, esto a efectos de que pueda establecerse la existencia de un daño indemnizable.

2.2 Por daños morales la sentencia ordena el pago de *"100 salarios mínimos legales mensuales vigentes"*, en razón de la aflicción derivada de la investigación y sanción disciplinaria, atendiendo a las tablas de indemnización establecidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Con el respeto debido, considero que en el presente caso no hay lugar a indemnización de daño moral alguno, en la medida en que: i) la nulidad del acto administrativo disciplinario deriva de la aplicación favorable de una decisión del Consejo de Estado anterior, que de manera general indicó que el procedimiento de configuración de la orden de interceptación de líneas telefónicas no ocurrió irregularidad alguna; ii) no hay prueba en el expediente que permita inferir que la investigación disciplinaria y la sanción acrecentó y/o aceró la enfermedad común *-artritis reumatoide-*, por el contrario es claro con la historia médica y las declaraciones del médico que obran en el proceso que esta es una enfermedad que, por sí sola, es progresiva y degenerativa.

Adicionalmente debe señalarse que, en el evento de considerarse la existencia de un daño moral, éste en aplicación de las tablas decantadas por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado no podría ser resarcido con una indemnización equivalente al 100 smlmv como lo plantea

² En este último, fue encargada por los siguientes periodos: (i) del 1-9 al 23 de marzo de 2001, (ii) del 2 de enero a 24 de enero de 2002 (iii) del 20 de diciembre de 2002 al 10 de enero de 2003 (iv) del 20 de diciembre de 2004 a 10 de enero de 2005 (v) del 9 al 30 de abril de 2007 (vi) del 9 al 17 de septiembre de 2007 (vii) del 19 de diciembre de 2007 al 10 de enero de 2008 (viii) del 3 de marzo de 2008 al 19 de enero de 2009. El *"31 de enero de 2012"* la Procuraduría General de la Nación expidió resolución de retiro del servicio por pensión de invalidez.

Actor: Luz Dary Henao Acosta.
Demandado: Nación- Procuraduría General de la Nación.
Asunto: Salvamento parcial de voto.

la sentencia, pues este valor según la jurisprudencia solo opera para un sufrimiento de mayor entidad como la muerte de un familiar cercano, y en materia disciplinaria este tipo de daño y su extensión debe consultar factores como: i) el tipo de sanción *-impuesta al demandante-*; ii) el grado de efectividad de la sanción, iii) la naturaleza de la falta que fue imputada y; iv) el grado de publicidad de la sanción.

Con el respeto acostumbrado, dejo así consignados los argumentos que sustentan mi aclaración y salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra,



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera