

MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO / VISITA ESPECIAL - Procedencia

Es la norma [artículo 130 de la Ley 734 de 2002] la que dispone de forma clara y precisa los medios de probatorios que pueden ser tenidos en cuenta para emitir la decisión disciplinaria, como por ejemplo la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial y los documentos, es por ello, que para la Sala no es de recibo el argumento expuesto por la demandante cuando señala que las pruebas practicadas y decretadas en la actuación disciplinaria, especialmente la prueba consistente en la visita especial al predio “la Fortaleza”, debe declararse nula como quiera que no se encuentra contemplada en la ley, pues como se señaló en líneas anteriores esta consiste en la inspección o visita especial la cual se encuentra contemplada en la normativa, y procede de oficio o a petición de parte y se debe indicar lo que con ella se pretende demostrar.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002- ARTÍCULO 130

VALOR PROBATORIO DE LAS FOTOGRAFÍAS

Esta Corporación ha señalado que las fotografías por si solas no confirman que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probar mediante ellas, razón por la cual le corresponde al juez hacer un cotejo de estas con otros medios probatorios.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el valor probatorio de las fotografías, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 10 de marzo de 2011. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. De esta misma Corporación ver también las sentencias de la Sección Primera, proferidas el 30 de agosto de 2007 y el 25 de marzo de 2010. M.P. Lafont Pianeta; y la sentencia de febrero 3 de 2002, Exp. 12.497.

INDAGACIÓN PRELIMINAR - Superar el término legal no afecta el debido proceso

El inciso 4° del artículo 150 de la Ley 734 de 2002 establece textualmente que «la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura», razón por la cual se puede afirmar que para contabilizar el término de duración de la etapa de indagación en los procesos disciplinarios debe observarse la fecha en la cual el funcionario disciplinario profiere el auto de apertura de la investigación o de archivo, según corresponda. Resulta, entonces que, desde la apertura de la indagación preliminar esto es, el 4 de octubre de 2010 a la apertura de la investigación disciplinaria que fue a través de la Resolución 1738 del 15 de julio de 2011, transcurrieron 3 meses más de lo establecido en la ley prevista para tal fin, lo que impone concluir que durante el decurso del proceso disciplinario sí existió una irregularidad respecto del término para adelantar la indagación preliminar por parte del control interno de la Secretaría General de la Alcaldía de Popayán, no obstante, contrario a lo que sostiene la demandante, esta irregularidad no afectó su debido proceso en tal medida que la decisión de sancionarla resultare diferente.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 150

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00069-00(2089-17)

Actor: MARTHA ZOE ROJAS MARTINEZ

Demandado: MUNICIPIO DE POPAYAN

Ley 1437 de 2011

Resuelve la Sala el recurso de apelación propuesto por la señora MARTHA ZOE ROJAS MARTINEZ contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo del Cauca que negó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la señora MARTHA ZOE ROJAS MARTINEZ demandó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin que se accediera a las siguientes,

1.- Pretensiones,

PRIMERA. Que es nulo, de nulidad absoluta, el fallo sancionatorio de primera instancia contenido bajo la Resolución N° 20121100001674 de fecha 30 de enero de 2012, proferido a través del Proceso Disciplinario n° 260-2010 instruido por la Oficina De Control Interno Disciplinario de la Alcaldía de Popayán en contra de la actora, por medio del cual se declaro (sic) probado y no desvirtuado el cargo formulado a la servidora pública Martha Zoe Rojas Martínez, en su condición de Inspectora Urbana de Policía de la Casa de Justicia de Popayán, imponiendo como sanción suspensión del cargo por el término de seis meses.

SEGUNDA. Que es nulo, de nulidad absoluta, la Resolución n° 20121800020554 de fecha 22 de mayo de 2012 proferida por La Alcaldía de Popayán en segunda instancia, a través del Proceso

Disciplinario adelantado en contra de la Actora, por medio de la cual se decidió no revocar el fallo en primera grado y reducir la sanción al término de un mes.

TERCERA. Que es nulo de nulidad absoluta, la Resolución n° 20121120036914 de fecha 3 de agosto de 2012 dictada a través del mismo proceso disciplinario, a través de la cual se ejecutó la sanción disciplinaria impuesta contra la servidora pública Martha Zoe Rojas Martínez, haciendo efectiva la suspensión ordenada bajo los fallos sancionatorios.

CUARTA. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, la actora será restablecida en su derecho, disponiendo que los actos demandados queden sin efectos jurídicos.

QUINTA. Que también, como consecuencia de las anteriores declaraciones, la actora (sic) ordenar que la sentencia que decida este contencioso, se registre bajo la hoja de vida de la actora.

SEXTA. Condenar al Municipio de Popayán, al pago de los perjuicios morales y materiales sufridos por la actora, irrogados con ocasión de los actos demandados.

SÉPTIMA. Condenar al Municipio de Popayán al pago de las costas procesales. (texto de su original-obrante a folios 4 y 5 – cuaderno No 2)

2.- HECHOS

El apoderado de la parte demandante expuso los siguientes para fundamentar las pretensiones.

La demandante trabaja como Inspectora Urbana de Policía adscrita a la Casa de la Justicia de la Alcaldía del Municipio de Popayán.

Las señoras Cindy Patricia, Sandra Milena Martínez Daza, y el señor Gilberto Martínez Ibarra interpusieron queja disciplinaria contra la señora Martha Zoe Rojas Martínez en su calidad de Inspectora Urbana de Policía de la Casa de la Justicia, ante la Procuraduría Regional del Cauca, despacho que remitió la actuación a la Oficina de Control Interno de la Alcaldía de Popayán, por ser de su competencia.

Con fundamento en la queja propuesta, la Oficina de Control Interno de la Alcaldía de Popayán inició el Proceso Disciplinario N° 260-2010 en contra de la demandante. Concluidas las etapas de indagación preliminar, apertura del proceso disciplinario y práctica de pruebas, a través de la Resolución N° 002982 de fecha 10 de septiembre de 2010, se dictó Pliego de Cargos, en el que se indicó lo siguiente:

“La funcionaria incurrió en una extralimitación en el desarrollo de sus funciones, por haber actuado por fuera de las competencias que la Constitución y la ley atribuyen al cargo que desempeña.

Las conductas investigadas se configuraron porque en el ejercicio del cargo como Inspectora de Policía Urbana, la funcionaria se excedió y realizó un uso indebido de sus derechos (sic), al adelantar actuaciones extraprocesales con ocasión de la expedición de los oficios N° 0039 y 0041 de fechas 16 y 23 de febrero de 2010 dirigidos al Señor Gilberto Martínez Ibarra, emitidos con un conocimiento parcial de los hechos, al ordenar al señor Gilberto Martínez dueño de la propiedad “la fortaleza”, el permitir sin restricción alguna, el paso a todos los miembros de la comunidad que transitaban por la servidumbre, sin agotar el procedimiento previo”¹.

A través de la Resolución No 20121100001674 de 30 de enero de 2012 proferida por la Oficina de Control Interno de la Alcaldía de Popayán, se declaró a la funcionaria responsable de las conductas acusadas e impuso una sanción con suspensión equivalente a seis (6) meses. Frente a la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de apelación y mediante Resolución No 2012 - 1800020554 de fecha 22 de mayo de 2012, notificada a la funcionaria el 18 de julio de 2012, se ordenó reducir la sanción por el término de un mes.

A través de la Resolución N° 201211120036914 de fecha 3 de agosto de la misma anualidad, se hizo efectiva la sanción disciplinaria a la señora Martha Zoe Rojas Martínez, en cumplimiento del fallo disciplinario por el término de un mes, quien se desempeñaba como Inspector de Policía Urbano, Código 234, grado 01 del Municipio de Popayán.

3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se citan en la demanda, con el cargo de resultar infringidos, los artículos, 29 de la Constitución Nacional, 140, 150 y 170 del Código Disciplinario Único.

Al desarrollar su concepto de violación señala el apoderado de la parte demandante que los actos demandados violan el art. 29 de la Constitución Política, por cuanto se consideraron pruebas obtenidas con infracción de esta garantía, que fueron decisivas para la imposición de la sanción.

Así mismo, los fallos disciplinarios vulneraron el artículo 42 del CPACA, por cuanto

¹ Folios 26 a 59 cuaderno 2

su motivación es falsa por considerar pruebas inexistentes e incurrir en falsos juicios de valor, como consecuencia de ignorar la aplicación de las reglas particulares al caso concreto, y de aplicar caprichosamente lo que la administración quisiera.

4.- TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

El Tribunal Administrativo del Cauca en la audiencia inicial, fijó el litigio de la siguiente manera:

“El litigio consiste en establecer si los fallos disciplinarios incurren en causales de anulación de violación a las normas superiores y de falsa motivación en razón a que: (i) la indagación preliminar se extendió más del término de ley. (ii) Se consideraron pruebas inexistentes ya que algunas se allegaron luego de vencido el término de la indagación preliminar, unas fueron practicadas por funcionario comisionado y por un contratista, las pruebas trasladadas no cumplen los requisitos del artículo 135 del CUD y las fotografías no fueron confrontadas para verificar que correspondían al predio la Fortaleza. (iii) No se aplicaron normas especiales pertinentes a la actuación de la señora Marta Zoe Rojas como inspectora Urbana de Policía, esto es (i) que el procedimiento para la cesión de la obra nueva prevista en el código departamental de policía del Cauca, aplica para la perturbación de la posesión, por lo que el procedimiento podía aplicarse por la queja verbal presentada por los miembros de la comunidad (ii) que el oficio del 16 de febrero de 2010, es de carácter preventivo y no contiene sanción o condena alguna, (iii) que debe estimarse las funciones del cargo de practica de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y iv) que debe considerarse que la servidumbre no solo deben constar en título inscrito, sino que hay lugar a considerar la existencia de las servidumbre de uso. (Folio 635 del cuaderno principal - texto de su original)

En la misma fecha se dictó sentencia en audiencia, la cual pasa a transcribirse en lo pertinente (audio contenido en el CD obrante a folio 640):

“De los elementos de juicio la Sala puede extraer que en el mes de febrero del año 2012 un número aproximado de 20 personas de la vereda Villanueva del municipio de Popayán solicitaron en forma verbal a la señora Rojas Martínez en su calidad de inspectora urbana de policía del municipio de Popayán que les prestara protección policiva consistente en salvaguardar el uso de la servidumbre sobre la finca la fortaleza de propiedad de la señora Sindy Patricia y Sandra Milena Martínez Daza y del usufructo del señor Gilberto Martínez Ibarra, lo anterior es aceptado por las partes.

(...)

La inspectora urbana de policía del municipio de Popayán emitió el oficio 039 del 16 de febrero del año 2010,(..) en el que conmina al señor Gilberto Martínez abstenerse de realizar actos de perturbación sobre la servidumbre, además adelantó una conciliación el 19 de febrero del año 2010 de la que no levantó un acta, sino que dejó una constancia en el sentido que el señor Martínez Ibarra se retiró de la diligencia en tono “grosero” y finalmente emitió el oficio 0041 del 23 de febrero del año 2010 en el que requiere al señor Gilberto Martínez para que “ de forma inmediata proceda a permitir el paso sin restricción alguna a los miembros de la comunidad que transitan por la servidumbre” actuaciones estas que motivaron que los señores Sindy Patricia Sandra Milena Martínez y Gilberto Martínez Ibarra, entablaran una queja por el abuso de las funciones de la inspectora urbana de policía del municipio de Popayán que les había requerido sin previamente agotar el trámite de la perturbación de la servidumbre como era su deber (...)

El primer cargo frente a la indagación preliminar, la demanda alega que se extendió más del término de los 6 meses previstos en el artículo 150 del CDU, (...) el vencimiento de este plazo entiende la Corte Constitucional y el Consejo de Estado no constituyen en principio una vulneración a las garantías constitucionales ni configuran la nulidad de las actuaciones disciplinarias excepto cuando una vez vencido se practican pruebas y se desarrollan actuaciones sin la debida justificación.

(...)

Retomando el caso en estudio, se tiene que la indagación preliminar se abrió por Resolución 3203 del 4 de octubre del año 2010 (...) en aplicación del artículo 150 del CDU la indagación preliminar venció entonces el 4 de abril del año 2011, luego de lo cual procedía el archivo de las actuaciones o la apertura de la investigación disciplinaria, siendo que en este caso se abrió la investigación disciplinaria por la Resolución No 1738 del 15 de julio del año 2011 (...) esto es que desde el vencimiento del plazo de los 6 meses de la indagación preliminar que acaeció el 4 de abril del año 2011 transcurrieron un poco más de 3 meses hasta la apertura de la investigación disciplinaria (...) así las cosas, si bien las pruebas se decretaron y practicaron por fuera del término de la indagación preliminar esta actuación se originó en la petición de la misma investigada señora Marta Rojas, por lo que no se evidencia la violación de sus garantías constitucionales salvo tratándose de la prueba del señor Giovanni Lopez, inspector de policía de Popayán que se decretó como prueba de oficio, la que entonces debe ser desestimada (...) no obstante considera la Sala que la exclusión de esta prueba no tiene la potencia de anular los actos administrativos sancionatorios toda vez que en ellos se valoraron las demás pruebas recaudadas en la investigación disciplinaria que dieron cuenta de las irregularidades que incurrió la señora Marta Rojas Martínez como inspectora de policía al realizar actos extraprocesales, esto es, que no abrió formalmente una queja policiva por perturbación a la servidumbre

pese a lo cual requirió a los señores Martínez para que cesara la perturbación de la servidumbre sobre la finca la fortaleza, servidumbre además que no estaba constituida, en consecuencia el cargo así formulado no prospera.

Segundo Cargo: en general la demanda plantea que en la investigación disciplinaria se valoraron pruebas inexistentes en los términos de la Ley 734 de 2002, pues algunas se allegaron vencido el término de la indagación preliminar (...) como se vio las pruebas decretadas y practicadas y por fuera del término de la indagación preliminar no constituyen una violación al debido proceso en tanto que dicha actuación se originó por solicitud de la propia investigada, ahora bien la comisión para las prácticas de pruebas es permitida en el artículo 133 del CDU (...) la demanda no especifica cuáles pruebas fueron practicadas por funcionario que no haya sido comisionado, pues solo expone en el supuesto fáctico que las pruebas recaudadas “tampoco podían ser estimadas porque no fueron recogidas por funcionario competente” (...) de manera que la comisión y la práctica de las pruebas se hicieron conforme al ordenamiento procesal disciplinario, por lo que este cargo no está llamado a prosperar.(...)

Tercer cargo, alega la demanda que no se aplicaron normas especiales pertinentes en la actuación de la señora Rojas Martínez como inspectora urbana de policía, (...) en este escenario la parte demandante aduce primero que el procedimiento para la cesación de la obra nueva previsto en el código departamental de policía del Cauca, aplica para la perturbación de la posesión por lo que el procedimiento podía aplicarse por la queja verbal presentada por los miembros de la comunidad, segundo que el oficio del 16 de febrero del año 2010 es de carácter preventivo y no contiene sanción o condena alguna, tercero que deben estimarse las funciones del cargo de inspectora (...).

Puede establecerse que según el código departamental de policía del Cauca el procedimiento para la perturbación de derechos de los poseedores es el previsto en el artículo 243 y siguientes, del cual fue transcrito en los fallos disciplinarios (...) de manera que no es de recibo el planteamiento de la parte actora que frente a la perturbación de la servidumbre era aplicable el procedimiento contemplado en los artículos 276 a 279 del código departamental de policía atinentes a la suspensión de obra nueva que puede iniciarse por una queja verbal y dentro del cual se sigue una audiencia de conciliación, pues el procedimiento en este caso estaba previsto en el artículo 243 y siguientes, así las cosas, frente a la queja de los 20 miembros de la comunidad por la perturbación de la servidumbre sobre la finca la fortaleza, la señora Rojas no podía actuar bajo las previsiones de los artículos 276 a 279 del código departamental de policía, sino que debía aplicar los artículos 243 y siguientes.

(...)

En consecuencia, los cargos no están llamados a prosperar y se niega las pretensiones de la demanda y se condena en costas.”

6.- RECURSO DE APELACION

La parte demandante presentó oportunamente el escrito de apelación, en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se resume a continuación:

Reiteró que las pruebas documentales que aportó el quejoso, presentan irregularidades graves, como quiera que dentro del proceso disciplinario fueron allegados todos los documentos en copia simple.

De otra parte, indicó que se incurrió en un segundo error de apreciación probatoria, al concluir en la sentencia que algunas pruebas documentales como las fotografías, son pruebas totalmente eficaces para fundamentar las decisiones sancionatorias.

Finalmente resaltó que el auto de apertura de la investigación se dictó y fue notificado por edicto el 12 de noviembre de 2010, pero después del mismo se desarrolló la indagación preliminar, donde se recogieron y practicaron pruebas cuando ya no era procedente hacerlo.

7.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

7.1.- **El demandante** guardó silencio en esta etapa procesal.

7.2.- **La entidad demandada**, guardó silencio en esta etapa procesal

8.- Ministerio Público, no rindió concepto.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Cuestión Previa.

Antes de desarrollar el problema jurídico, es preciso poner de presente que en la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado² se establecieron una serie de directrices respecto del alcance del control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

En la misma, se indicó que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, el estudio respecto de los actos administrativos expedidos por los titulares de la acción disciplinaria debe ser integral, sin que para tales efectos el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia. Adicionalmente, se señaló que la función disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionadora que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, por lo que no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Respecto del alcance del control se señaló lo siguiente:

«[...]1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo.

3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]».

A partir de los parámetros dispuestos en la providencia apenas transcrita, se recuerda que la jurisdicción de lo contencioso administrativo goza de plenas facultades para revisar a profundidad las decisiones adoptadas en el trámite disciplinario.

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia del 9 de agosto de 2016, Radicado 110010325000201100316 00 (1210-11), magistrado ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

2. Problema Jurídico

De conformidad con los actos administrativos sancionatorios y las razones de nulidad invocadas en el recurso de apelación, los problemas jurídicos se concretan en los siguientes interrogantes:

1.- ¿Son nulas las pruebas recaudadas por la Oficina de Control interno disciplinario de la Secretaria General de la Alcaldía de Popayán, dentro de la actuación disciplinaria adelantada en contra de la señora Marta Zoe Rojas?

2.- ¿Existe una indebida valoración probatoria por parte de la Oficina de Control interno disciplinario de la Secretaria General de la Alcaldía de Popayán, dentro de la actuación disciplinaria, en cuanto a las pruebas documentales, consistentes en registros fotográficos?

3.- ¿Existieron irregularidades durante el decurso del proceso disciplinario, referidas a la indagación preliminar, las cuales, vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de la señora Marta Zoe Rojas?

3.- Los cargos y la sanción disciplinaria:

3.1.- Queja

El 8 de septiembre de 2010 los señores Cindy Patricia, Sandra Milena Martínez Daza y Gilberto Martínez Ibarra, presentaron escrito de queja en contra de la Inspectora Urbana de policía del Municipio de Popayán, señora Marta Zoe Rojas por la conducta desplegada por esta en contra del derecho a la propiedad que tiene sobre el inmueble denominado la Fortaleza.

“Manifiestan que conforme a la escritura pública No 2.294 del 21 de septiembre de 2009, la cual se encuentra debidamente registrada en la oficina de registro de instrumentos públicos del Municipio de Popayán, son legales los propietarios del lote rural conocido con el nombre de “La Fortaleza”, que se encuentra ubicado en la Vereda la Rejoya de dicho municipio. Este lote lo tienen destinado para el levante de ganado vacuno y caballo de pura sangre, por lo que los potreros deben estar suficientemente sembrados de pastos y cercados para evitar que los mismos pasen a los lotes contiguos, por lo que por su predio no puede pasar ningún particular ajeno a su dominio, ya que al comprarlo se observa que sobre el mismo no hay servidumbre alguna, ya que las personas transitan por la vía aledaña al predio. Pese a lo anterior el señor Porfirio Sol y otros moradores de la Vereda Villanueva, presentaron ante la Inspectora Urbana de Policía argumentándole que

han cerrado el paso por el predio, viendo que ellos fueron los que dañaron los cercos, queriendo establecer servidumbre a su favor. Debido a la situación presentada con estos señores, la dra Marta Zoe Rojas le da plena credibilidad a lo manifestado por ellos, y remite los oficio No 0039 y 0041 del 16 y 23 de febrero respectivamente, donde se me conmina a abstenerme de ejecutar actos perturbatorios sobre la servidumbre y los convoca a diligencia conciliación con la presencia de los quejosos, la cual fue declarada fracasada, una vez le manifesté el porqué este terreno de mi propiedad no podía estar destinado a la servidumbre que reclamaban ellos y que siempre venían utilizando la vía pública y que de ahora que se les había antojado y ocurrido en forma caprichosa meterse por mi predio argumentando que recortaban camino, ante lo cual, determinó la doctora que ante esta situación debíamos acudir ante otras autoridades competente que arreglara el problema por las vías legales, pero cual sería mi asombro y extrañeza cuando me llega el oficio N° 0041 que me informa que ha iniciado querrela de policía por perturbación a servidumbre de tránsito y le da vía libre a los quejosos para que pasen por el predio las veces que quieran, con la gravedad de que a la fecha no he sido notificado de la anunciada querrela, no tienen copias de la misma y no ha podido ejercer su derecho de defensa. Agrega que esta funcionaría no se ha desplazado al lugar a constatar lo manifestado por estos señores y tomo (sic) esta decisión de forma unilateral. Los quejosos abrieron chambas por el centro del potrero para pasar unos tubos para conducir agua, dañando con ello el pasto para los animales”³.

3.2.- Resolución No 1-3203 del 4 de octubre de 2010, a través de la cual la alcaldía de Popayán – Secretaria General – Control Interno Disciplinario, resuelve iniciar indagación preliminar a la señora Marta Zoe Rojas Martínez⁴.

3.3.- Resolución 002982 del 1 de noviembre de 2011 a través de la cual la alcaldía de Popayán – Secretaria General – Control Interno Disciplinario, resuelve abrir pliego de cargos a título de culpa grave, por extralimitación en el ejercicio de sus funciones⁵.

3.4.- A través de la Resolución No 20121100001674 del 30-01-2012⁶, se ordenó sancionar disciplinariamente a la señora Marta Zoe Rojas en su condición de inspectora Urbana de Policía Casa de la Justicia, con suspensión en el cargo equivalente a 6 meses, al considerar que la funcionaria se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al realizar actuaciones informales y tomar una decisión arbitraria en contra del señor Gilberto Martínez, sin la realización de un procedimiento previo.

³ Escrito de queja disciplinaria obrante a folio 203 y 204 del anexo 1.

⁴ Folio 213 a 216 del anexo 1

⁵ Folios 26 a 60 del Cuaderno N 2.

⁶ Folios 75 a 118 del Cuaderno N. 2

Al respecto la resolución en mención en lo pertinente señaló:

“no es de recibo de este Despacho y que conlleva a una notoria extralimitación en el ejercicio de sus funciones es el hecho que después de realizada la diligencia de conciliación la cual carece de todo formalismo, el día 19 de febrero de 2010 y haber sido enterada la inspectora Martínez Rojas, que este asunto ya lo había sido puesto previamente en conocimiento de la Fiscalía General de la nación, por denuncia instaurada por el señor Martínez Ibarra, profiera el oficio calendado el 23 de febrero de 2010 o sea 4 días después, asegurando haber avocado conocimiento de la querrela policiva en contra del señor Gilberto Martínez y lo comine a permitir el paso de la comunidad por su propiedad sin restricción alguna, actuación con la cual está dando por hecho que existe una servidumbre y emite una falsa información de haber avocado conocimiento de querrela, que no inició y no podía iniciar porque ellos quejosos no cumplieron con los requisitos para instaurarla tal como lo prevé el Código de Policía del Departamento del Cauca”

3.5.- La Alcaldía de Popayán mediante Resolución No 20121800020554 del 22 de mayo de 2012⁷, resolvió el recurso de apelación presentado por la disciplinada y resolvió modificar el artículo segundo de la Resolución 2012110001674 del 30 de enero de 2012, en lo referente a la sanción de suspensión del cargo, consistente en la disminución del término de la sanción de 6 meses a 1 mes.

La anterior decisión de la Alcaldía de Popayán fue fundamentada en los siguientes términos:

“se vislumbra por parte de la Inspectora Segunda urbana de policía Dra Marta Zoe Rojas, que emitió un conocimiento a priori ya que emitió varios conceptos, tal y como consta en los oficios números 0039 y 0041 de fechas 16 y 23 de febrero a través de los cuales asegura que existe una servidumbre de tránsito y una perturbación por vía de hechos y que el transcurso de los años da derecho a los habitantes de utilizar dicho camino.

Es de aclarar que la inspectora de policía no sabe si existe servidumbre, de hecho, no ha sido declarada por ningún juez y confunde la perturbación de la posesión de la cual nunca inició la querrela respectiva, se limitó dar conocimientos previos, sin tener el verdadero conocimiento sobre el caso.

Lo anterior, teniendo en cuenta que las pruebas permitieron probar la extralimitación de funciones, al transgredir el artículo 34 de la Ley 734 de 2002, al

⁷ Folio 128 a 135 Cuaderno N 2

no cumplir con lo preceptuado en el Decreto 1214 del 30 de diciembre de 1998, Código de Policía del Departamento del Cauca, artículo 243 y siguientes.

4.- Resolución de los cargos.

4.1.- Para resolver el primer interrogante, la Sala estima necesario relacionar las pruebas allegadas, decretadas y practicadas dentro de la actuación disciplinaria adelantada por la Oficina de Control interno disciplinario de la Secretaria General de la Alcaldía de Popayán.

- Queja disciplinaria contra la inspectora urbana de Policía del Municipio de Popayán⁸, señora Marta Zoe Rojas.
- Escritura pública Numero 2294 de 21 de septiembre de 2009, en el que se indica la compra del lote de terreno rural conocido con el nombre “la fortaleza” ubicado en la vereda la Rejoja del Municipio de Popayán⁹.

Personas que intervienen: Cindy Patricia Martínez Daza

Sandra Milena Martínez Daza

Compradoras

Gilberto Martínez Ibarra

vendedor – usufructuario

- Citación al señor Gilberto Martínez para que compareciera a la Casa de Justicia – Inspección Segunda Urbana de Policía, con el fin de llevar diligencia en materia policiva. Firma inspectora Marta Zoe Rojas¹⁰.
- Oficio No 0039 del 16 de febrero de 2010 proferido por la Inspectora Marta Zoe Rojas, dirigido al señor Gilberto Martínez en el que indica lo siguiente:

“Se le conmina a abstenerse de ejecutar actos de perturbatorios sobre la servidumbre existente, teniendo en cuenta que el transcurso de los años, da derechos a los habitantes que utilizan dicho camino, so pena de dar inicio por parte de los interesados de las acciones legales tendientes hacer valer esos derechos¹¹”

⁸ Folio 203 y 204. Anexo 1

⁹ Folios 205 a 207 Anexo 1

¹⁰ Folio 208 anexo 1

¹¹ Folio 209 anexo 1

- Oficio No 041 del 23 de febrero de 2010 proferido por la Inspectora Marta Zoe Rojas, dirigido al señor Gilberto Martínez en el que indica lo siguiente:

“Teniendo en cuenta la conversación con usted y la comunidad residente en la vereda Villanueva, donde fue claro para el despacho la vía de hecho asumida al taponar la servidumbre utilizada por los miembros de la comunidad, me permito enunciarle que la inspección a mi cargo ha avocado conocimiento de querrela policiva en su contra por perturbación a servidumbre de tránsito.

Por lo anterior y de conformidad con lo estatuido en el Código Departamental de policía me permito requerirlo para que en forma inmediata proceda a permitir el paso sin restricción alguna de los miembros de la comunidad que transita por la servidumbre¹².

- Resolución No 1-3203 del 4 de octubre de 2010, a través de la cual la Alcaldía de Popayán – Secretaria General – Control Interno Disciplinario, resuelve iniciar indagación preliminar a la señora Marta Zoe Rojas Martínez¹³.
- Auto del 19 de abril de 2011 mediante el cual la Secretaria General Control Interno Disciplinario de la Alcaldía de Popayán, cita al Fiscal 14 local que avocó el conocimiento del proceso penal y a la investigadora que adelantó la indagación preliminar dentro del proceso penal que los querellantes interpusieron en contra de la inspectora y se ordenó una inspección judicial a los libros radicadores¹⁴.
- Acta de visita especial realizada a la vereda Villanueva, específicamente a la finca la fortaleza de propiedad del señor Gilberto Martínez, por parte de la Alcaldía de Popayán¹⁵, en que se indicó lo siguiente:

“Comenta el señor Alfredo Sol que la doctora Martha Zoe Rojas, vino a realizar una visita en el mes de febrero de 2010, a la vía y verificó la servidumbre. Ella volvió en octubre de 2010, pero ya no vino a por el problema con el señor Martínez, sino a promocionar los servicios de la Casa de la justicia”

- **Interrogatorio de parte**

¹² Folio 210 anexo 1

¹³ Folios 213 a 215 anexo 1

¹⁴ Folio 266 anexo 1

¹⁵ Folio 268 y 269 anexo 1

Dentro de la actuación disciplinaria se realizaron varios interrogatorios de parte, alguno de ellos son los siguientes:

El 29 de junio de 2011 compareció el señor Ovidio Sol Viveros¹⁶ ante la Inspección Urbana de Policía Municipal de Popayán, con el fin de absolver el interrogatorio, frente al particular se destaca lo siguiente:

(...)

PREGUNTADO POR SUS GENERALES DE LEY, CONTESTO: me llamo y Apellido OVIDIO SOL VIVEROS, de 41 años de edad, natural de Cajibío, casado, alfabeto, de profesión Agricultor y Fontanero del Acueducto La Rejoja, residente en la Vereda Villanueva. Corregimiento de La Rejoja municipio de Popayán, cedula al número: 10 300 132 de Popayán. - Acto seguido se concede el uso de la palabra al Doctor HERIBERTO SALGADO PEÑA, apoderado de la Parte Querellante, para que proceda a realizar las preguntas. PREGUNTA: Sírvase manifestar al despacho, desde que tiempo vive usted en la Vereda Villanueva y si tiene alguna propiedad en este sitio. CONTESTÓ: Hace 28 años que vivo en la Vereda Villanueva, corregimiento de La Rejoja y tengo una propiedad, donde vivo con mi familia (...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si usted como miembro de la junta directiva, y demás miembros de ese acueducto consultaron al señor Gilberto Martínez Ibarra, Sandra Martínez Daza y Cindy Patricia Martínez Daza, propietarios del Terreno denominado la Fortaleza, para abrir una serie de chambas o zanjas los días 15, 16, y 17 de marzo de 2010, en donde participaron los miembros de la familia Sol Viveros e instalar unos tubos de PVC de 3 cuartos de pulgada para la conducción del agua y dejarlos allí enterrados. CONTESTÓ: Ese día, la junta administradora dijo que si el señor no estaba de acuerdo no se haría el ramal, por lo cual se delegaron a las señoras Yolanda Dorado y María Ibanchi, para que fueran a la casa del señor hablar con él y manifestó que con la junta o la asociación de acueducto veredal La Rejoja no tenía ningún problema. (...) PREGUNTADO: sírvase manifestar al despacho si las fotografías que se colocan de presente, en donde aparecen las zanjas o chambas que se hicieron el predio la fortaleza y los tubos sembrados en estas chambas corresponden a la orden de que ese trabajo se hiciera por parte del acueducto veredal La Rejoja. CONTESTÓ: si esas fotos son de las chambas que abrimos en el predio la fortaleza y son trescientos setenta metros que atravesamos por donde el y la chamba viene por donde ha existido la servidumbre.

El 23 de junio de 2011 compareció el señor Porfidio Sol¹⁷ ante la Inspección Urbana de Policía Municipal de Popayán, con el fin de absolver el interrogatorio, frente al particular se destaca lo siguiente:

¹⁶ Folios 270 a 272 anexo 1

“PREGUNTADO POR SUS GENERALES DE LEY, CONTESTO: me llamo y Apellido Porfirio Sol, de 69 años de edad, natural de Cajibío, casado, alfabeto, de profesión Agricultor y Fontanero del Acueducto La Rejoja, residente en la Vereda Villanueva. Corregimiento de La Rejoja municipio de Popayán, cedulado al número: 4643603 de Cajibío. - Acto seguido se concede el uso de la palabra al Doctor HERIBERTO SALGADO PEÑA, apoderado de la Parte Querellante, para que proceda a realizar las preguntas. PREGUNTA: Sírvase manifestar al despacho, desde que tiempo vive usted en la Vereda Villanueva y si tiene alguna propiedad en este sitio. CONTESTÓ: Hace 28 años que vivo en la Vereda Villanueva, corregimiento de La Rejoja, llegué allá el día 10 de junio de 1983 y tomé posesión de las 2 parcelas que tengo (...) PREGUNTADO: Si como usted ha manifestado ha existido una servidumbre desde hace años en el predio denominado la fortaleza de propiedad del señor Gilberto Martínez a la fecha por que no aparece la misma registrada en el Certificado de Tradición con matrícula inmobiliaria No 120-172959 en los cuales se trae la relación de propietarios anteriores de ese predio el cual se le pone de presente. CONTESTÓ, porque han comprado por lotes, en cuatro lotes. PREGUNTADO: si es toda una comunidad como usted lo ha dicho que reclama esta presunta servidumbre, porque será que aquí en esta querrela y en la contestación que dieron a la misma, no aparece sino la familia SOL VIVEROS. CONTESTÓ: porque nosotros no hemos extraviado camino por otra parte ni le hemos dañado nada, sino por donde es la servidumbre.

De la anterior relación probatoria la Sala observa que dentro de la actuación disciplinaria adelantada en contra de la señora Marta Zoe Rojas, la Secretaría General – Control interno disciplinario de la Alcaldía de Popayán llevó a cabo todas las pruebas conducentes y pertinentes para el esclarecimiento de la verdad, otorgándole a la sancionada el derecho de contradicción y defensa contemplado en la Ley 734 de 2002 aplicable al proceso de la referencia.

Frente a los medios probatorios en el derecho disciplinario, esta sub sección se ha pronunciado al respecto y ha expuesto lo siguiente¹⁸:

El derecho disciplinario como forma del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, de acuerdo con los postulados del artículo 29 constitucional debe procurar por el respeto de las garantías propias que conforman el debido proceso, que para el efecto son procedimentales y sustanciales.

Las primeras se refieren al acatamiento de las formas de cada juicio para adelantar el trámite disciplinario, esto es, las etapas y términos

¹⁷ Folios 284 a 290 anexo 1

¹⁸ Texto extraído de la sentencia del 6 de diciembre de 2018, rad. Interna 1046-2015, proferida por al Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado MP, doctor William Hernández Gómez.

correspondientes. La Ley 734 de 2002, que fue la norma aplicada en el *sub examine*, previó el procedimiento ordinario que comprende cinco etapas perfectamente definidas a saber a) la indagación preliminar¹⁹, b) la investigación disciplinaria²⁰, c) la formulación del pliego de cargos y el término para presentar los descargos, d) la etapa probatoria y e) la decisión sancionatoria.

Las garantías sustanciales por su parte hacen alusión a la legalidad de la sanción, del debate y los medios probatorios, el juez natural; la favorabilidad y ultractividad de la ley, la presunción de inocencia; la proscripción de la responsabilidad objetiva, la defensa material y técnica, la publicidad, celeridad, contradicción, el *non bis in ídem* y la prohibición de la *reformatio in pejus*²¹.

Ha dicho la jurisprudencia que las reglas enunciadas, implican, por un lado, la demostración de los elementos propios de la responsabilidad disciplinaria (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y, por el otro, que la autoridad encargada del trámite se valga para encontrar la verdad de los elementos probatorios legalmente permitidos, que efectúe el análisis de la pruebas conforme los parámetros de la sana crítica y que acate los niveles de certeza exigidos por el legislador para declarar la responsabilidad²².

En cuanto a la exigencia de determinar la responsabilidad del disciplinado conforme con los medios probatorios legalmente fijados, el artículo 130 de la Ley 734 de 2002 señaló de cuáles el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, puede valerse para el efecto, a saber:

Artículo 130. Medios de prueba. Modificado por el art. 50, Ley 1474 de 2011: Son medios de prueba **la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario. Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.** Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales [...] (Énfasis de la Sala).

De lo anterior se colige, que es la norma la que dispone de forma clara y precisa los medios de probatorios que pueden ser tenidos en cuenta para emitir la decisión disciplinaria, como por ejemplo la confesión, el testimonio, la peritación, la

¹⁹ L. 734/2002, art. 150. Etapa no obligatoria y que se utiliza en caso de ser necesario para verificar la ocurrencia de la conducta, si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

²⁰ L. 734/2002, art. 154. Una vez identificado el posible autor de la falta disciplinaria y la existencia de la conducta que se considera infractora del derecho disciplinario, bien como resultado de la indagación preliminar o porque con la noticia disciplinaria se tiene certeza sobre estos elementos, la autoridad disciplinaria debe proferir auto de apertura de la por medio del cual se da inicio a esta segunda etapa del proceso.

²¹ C.Const. Sent. C-292, abr. 2/2008.

²² C.E., Sec. Segunda, Subsec. B, Sent. 2012-2362, oct. 6/2016.

inspección o **visita especial** y los documentos, es por ello, que para la Sala no es de recibo el argumento expuesto por la demandante cuando señala que las pruebas practicadas y decretadas en la actuación disciplinaria, especialmente la prueba consistente en la visita especial al predio “la Fortaleza”, debe declararse nula como quiera que no se encuentra contemplada en la ley, pues como se señaló en líneas anteriores esta consiste en la inspección o visita especial la cual se encuentra contemplada en la normativa, y procede de oficio o a petición de parte y se debe indicar lo que con ella se pretende demostrar.

Por otra parte, cuestiona igualmente la demandante que algunas pruebas allegadas al proceso no cumplieron con ciertos requisitos legales, por cuanto estas fueron aportadas en copia simple. Frente al particular esta Sección se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos²³:

“Respecto de la autenticidad de los documentos, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, señala:

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad. (...)”.

Así mismo, el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, estableció que:

“En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros.”

Sobre el particular se reitera lo que esta Sala consideró en Sentencia de 17 de marzo de 2011, expediente N° 1017 de 2010²⁴, en relación con la presunción de autenticidad de los documentos:

“(...)”

En primer término, el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991²⁵ estableció que “Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieren o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados

²³ Texto extraído de la sentencia del 189 de febrero de 2016, rad interna 1582-2015, proferida por la Sección segunda del Consejo de estado.

²⁴ Demandante: Ernesto García Fernández. Consejero Ponente: Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila.

²⁵ “Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales”

a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros”.

Si bien la anterior disposición no fue adoptada como legislación permanente²⁶, el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, estableció que **“En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación.** Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros”. (Destaca la Sala).

El mismo enunciado normativo de la disposición transcrita, fue introducido al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil²⁷, modificado recientemente por la Ley 1395 de 2010 (art.11)²⁸. Así las cosas, hoy por hoy resulta claro que la presunción de autenticidad opera indistintamente tanto para los documentos que sean aportados por las partes en original, como para aquellos que se alleguen al proceso en copia.

(...)

De otro lado, el artículo 253 del C.P.C. autoriza que se aporten al proceso documentos en copia y, en todo caso, la parte contra la cual se exponen, puede ejercitar el derecho de contradicción mediante la tacha de falsedad, la solicitud de una inspección sobre el documento original o el cotejo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 244 y 255 del C.P.C. Y, como en este caso las copias simples corresponden a documentos que no fueron tachados de falsos y tienen el reconocimiento implícito tanto de quien los aporta (artículo 276, ejusdem) como del demandado; no puede descartarse de plano su valor probatorio.

Se debe precisar además, que el artículo 254 del C.P.C.²⁹ no puede ser interpretado aisladamente como lo hizo el a-quo, pues esa norma cobra verdadero sentido cuando se le examina conjuntamente con el artículo 252 ibídem, el cual, como ya se vio establece la presunción de autenticidad de los documentos que aporten las partes al proceso, sea en original o en copias. (...)

De acuerdo con lo alegado por el actor, resulta claro que la presunción de autenticidad opera indistintamente tanto para los documentos que sean aportados por las partes en original, como aquellos que se alleguen al proceso en copia simple, **en consecuencia, no se le puede restar valor probatorio y gozan de esa presunción y tienen pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el Juez, salvo que sean desvirtuados mediante tacha de falsedad**³⁰. (negrilla fuera de texto).

²⁶ Artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

²⁷ Mediante la Ley 794 de 2003 (art. 26). Esta disposición del CPC, es aplicable en este caso por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A.

²⁸ “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”.

²⁹ Que se refiere al valor probatorio de las copias.

³⁰ Artículo 289 y ss CPC. Y 269 y ss C.G.del P.

Lo anterior, quiere decir, que si la demandante se encontraba disconforme con el contenido de las pruebas documentales allegadas al proceso disciplinario por considerar que estas eran ilegales, podía proponer tacha de falsedad para controvertir las pruebas que así consideraba, facultad que no fue utilizada por la actora en ese momento, de tal manera este primer cargo no ha de prosperar, pues si en la actuación disciplinaria se aportaron documentos en copia simple, esta situación no es una razón suficiente para declarar la nulidad de los actos acusados.

4.2.- Frente al segundo cargo, esto es, si existe una indebida valoración probatoria por parte de la Oficina de Control interno disciplinario de la Secretaría General de la Alcaldía de Popayán, dentro de la actuación disciplinaria, en lo referente a las fotografías allegadas al proceso como pruebas, la Sala advierte, que esta Corporación ha señalado que las fotografías por si solas no confirman que la imagen capturada correspondan a los hechos que pretenden probar mediante ellas, razón por la cual le corresponde al juez hacer un cotejo de estas con otros medio probatorios.

Frente al particular, el Consejo de Estado ha expuesto:

“Las fotografías o películas de personas, cosas, predios, etc., sirven para probar el estado de hecho que existía en el momento de ser tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez; pero como es posible preparar el hecho fotográfico o filmado, es indispensable establecer su autenticidad mediante la confesión de la parte contraria o de testigos presentes en aquel instante o que hayan formado parte de la escena captada o intervenido en el desarrollo posterior del negativo o por el examen del negativo por peritos o por un conjunto fehaciente de indicios; cumplido este requisito, como documentos privados auténticos, pueden llegar a constituir plena prueba de hechos que no requieran por ley un medio diferente; si falta, tendrá un valor relativo libremente valorable por el juez, según la credibilidad que le merezcan y de acuerdo con su contenido, las circunstancias que pudieron ser obtenidas y sus relaciones con las demás pruebas (...) También son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en la fotografía a la persona de la cual habla o el lugar o la cosa que dice haber conocido; en estos casos, el testimonio adquiere mayor verosimilitud. Los Códigos de Procedimiento Civil y Penal colombianos lo autorizan”³¹

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-930A/13 precisó:

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 10 de marzo de 2011. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. De esta misma Corporación ver también las sentencias de la Sección Primera, proferidas el 30 de agosto de 2007 y el 25 de marzo de 2010. M.P. Lafont Pianeta; y la sentencia de febrero 3 de 2002, Exp. 12.497.

“La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido. Esto significa que “la representación debe ser inmediata, pues si a simple vista la fotografía muestra una variedad de hechos posibles, ‘ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél (el intérprete), y no en el objeto que la documenta’”, advirtiéndose en esta misma sentencia T-269 de 2012 que “el Juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto”, tal como dispone la preceptiva procesal penal. Al igual que otro documento y que el dictamen pericial, la fotografía es un medio que el juez está en la obligación de valorar dentro del conjunto probatorio, siguiendo las reglas de la sana crítica. Por ser un documento, se determinará si es privado o tiene las connotaciones para ser asumido como público y se verificará su autenticidad y genuinidad, conforme a la preceptiva correspondiente. El valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición, lo que, como se indicó, obliga al juzgador a valerse de otros medios probatorios y a apreciar razonadamente el conjunto.”

De la lectura anterior, se desprende que el material fotográfico allegado al proceso disciplinario adelantado en contra de la señora Marta Zoe Rojas Martínez, obrante a folios 245 a 251, cumple con su pertinencia y validez, pues a cada uno de los interrogados en el proceso disciplinario³² le fueron mostradas dichas fotografías y éstas determinaron que las “zanjas o chambas³³ y los tubos sembrados realizados por algunos de los habitantes de la vereda Villanueva del corregimiento de La Rejoja del municipio de Popayán” para identificar la servidumbre y permitir el paso, correspondía efectivamente al predio la fortaleza de propiedad de los señores Sandra Milena Martínez Daza, Cindy Patricia Martínez Daza y del señor Gilberto Martínez Ibarra, así las cosas, este cargo tampoco está llamado a prosperar, como quiera que dentro de la actuación disciplinaria se logró hacer la adecuada valoración probatoria de las fotografías con los otros medios de prueba, como lo exige la jurisprudencia.

4.3.- En lo que respecta al tercer cargo, esto es, de las irregularidades indicadas

³² Interrogatorios de parte practicado a los señores Ovidio Sol Viveros, Luís Alberto Lasso Bolaños, Juan Carlos Campo Cortez, Edward Antonio Sol Viveros, Omar Lubo Olave, Jhon Jairo Sol Viveros, Olmedo Sol Viveros y Porfirio Sol obrante a folios 270 a 291 del anexo 1.

³³ Así catalogada en los distintos interrogatorios de parte efectuadas en el proceso disciplinario.

por la demandante durante el decurso del proceso disciplinario, referidas a la indagación preliminar ¿vulneraron su derecho fundamental al debido proceso?, la Sala sostendrá la tesis, de manera negativa por lo siguiente:

Para la Sala no es de recibo cuando la demandante sostiene (i) que la indagación preliminar se extendió más del tiempo señalado en el vulnerando así su derecho al debido proceso.

Se advierte que el inciso 4.º del artículo 150 de la Ley 734 de 2002 establece textualmente que «la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura», razón por la cual se puede afirmar que para contabilizar el término de duración de la etapa de indagación en los procesos disciplinarios debe observarse la fecha en la cual el funcionario disciplinario profiere el auto de apertura de la investigación o de archivo, según corresponda.

Resulta, entonces que, desde la apertura de la indagación preliminar esto es, el 4 de octubre de 2010³⁴ a la apertura de la investigación disciplinaria que fue a través de la Resolución 1738 del 15 de julio de 2011³⁵, transcurrieron 3 meses más de lo establecido en la ley prevista para tal fin, lo que impone concluir que durante el decurso del proceso disciplinario sí existió una irregularidad respecto del término para adelantar la indagación preliminar por parte del control interno de la Secretaría General de la Alcaldía de Popayán, no obstante, contrario a lo que sostiene la demandante, esta irregularidad no afectó su debido proceso en tal medida que la decisión de sancionarla resultare diferente.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia SU 901 de 2005. Señaló.

“El incumplimiento del término de indagación previa no conduce a que el órgano de control disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de ésta toda la actuación cumplida carezca de validez. Esto es así en cuanto, frente a cada caso, debe determinarse el motivo por el cual ese término legal se desconoció, si tras el vencimiento de ese término hubo lugar o no a actuación investigativa y si ésta resultó relevante en el curso del proceso. Es decir, del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue,

³⁴ 213 a 216 cuaderno 2

³⁵ Folios 394 a 415 cuaderno 2

fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional. De allí que la afirmación que se hace en el sentido que se violaron derechos fundamentales por la inobservancia de un término procesal no deba ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica, sino fruto de un esfuerzo en el que se valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como la índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación.

En asuntos de contextos similares, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, frente al particular³⁶, señaló:

“El inciso 4.º del artículo 150 de la Ley 734 de 2002 establece textualmente que «la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura», razón por la cual se puede afirmar que para contabilizar el término de duración de la etapa de indagación en los procesos disciplinarios debe observarse la fecha en la cual el funcionario disciplinario profiera el auto de apertura de la investigación o de archivo, según corresponda.

Resulta, entonces que, desde la apertura de la indagación preliminar a la apertura de la investigación disciplinaria transcurrieron 7 meses y 27 días, lo que quiere decir que la etapa de indagación se extendió por 1 mes y 27 días más de lo establecido en la ley prevista para tal fin, lo que impone concluir que durante el decurso del proceso disciplinario si existió una irregularidad respecto del término para adelantar la indagación preliminar por parte de la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá, no obstante, contrario a lo que sostiene el demandante, esta irregularidad no afectó su debido proceso en tal medida que la decisión de sancionarlo resultare diferente.

Entiéndase que, si, hipotéticamente, el auto que ordenó la apertura de la investigación disciplinaria no se hubiere proferido el 28 de abril de 2011 sino el 1 de marzo de 2011, o sea el término de 6 meses para adelantar la indagación preliminar se cumpliera, la decisión determinada por la Procuraduría Provincial del Valle de Aburrá no sería diferente, por cuanto los presupuestos fácticos y jurídicos en los que se fundó la decisión de sancionar al demandado estuvieron debidamente acreditados y se logró demostrar la culpabilidad del sujeto pasivo de la acción disciplinaria.

³⁶ Sentencia del 29 de agosto de 2018, preferida por la Sección Segunda del Consejo Estado – Rad interna 4222-2015

En tal sentido, el derecho de defensa, el debido proceso y la presunción de inocencia son garantías constitucionales establecidas en favor de todas las partes de un proceso judicial o de una actuación administrativa.

El artículo 29 de la Constitución Política materializa esta protección al establecer que toda persona debe ser juzgada conforme a leyes preexistentes al caso que se examina, garantizándosele principios como los de publicidad y contradicción y el derecho de defensa.

En efecto, esta Corporación también ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto y ha sostenido que no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera de por sí la nulidad de los actos administrativos sancionatorios, toda vez que lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso, o de la presunción de inocencia, es decir, sólo las irregularidades sustanciales o esenciales, que implican violación de garantías o derechos fundamentales, acarrearán la anulación de los actos sancionatorios.

Frente al particular, sobre la materia esta Sala de Subsección en un pronunciamiento³⁷, de contornos similares, sostuvo que:

«[...] en el hipotético caso de que hubieren existido algunas irregularidades en la actuación disciplinaria, éstas no tuvieron la entidad suficiente para haber quebrantado el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción del investigado ni mucho menos se demostró dentro del proceso que esas presuntas irregularidades hubieren determinado una decisión diferente».

En ese orden de ideas, únicamente las irregularidades que transgredan el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción de una manera sustancial que incidan en una decisión disciplinaria diferente, son susceptibles de ser declaradas nulas por el Juez Contencioso Administrativo. Así las cosas, esta Sala de Subsección advierte que no le asiste razón al demandante en las apreciaciones que hace respecto de este cargo.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, Bogotá D.C., Rad. 11001-03-25-000-2012-00065-00

5.- Conclusión

En el proceso disciplinario en el que a la señora Marta Zoe Rojas Martínez se le declaró disciplinariamente responsable de la realización típica de una falta grave a título de culpa grave, por incurrir en extralimitación de sus funciones, de tal manera que se logró demostrar del estudio del proceso que si bien se presentaron irregularidades procesales las cuales fueron mínimas, estas no dan lugar a que se declare la nulidad de los actos administrativos demandados, como quiera que se demostró que a la disciplinada se le garantizó el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción durante toda la actuación administrativa, razón por la cual las pretensiones de la demandante no tienen vocación de prosperidad.

Esta Sala de Subsección reitera que no toda irregularidad dentro de un proceso disciplinario genera de por sí la nulidad de los actos administrativos sancionatorios, toda vez que lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso, o de la presunción de inocencia, es decir, sólo las irregularidades sustanciales o esenciales, que implican violación de garantías o derechos fundamentales, acarrear la anulación de los actos sancionatorios.

En virtud de lo expuesto, esta Sala de Subsección confirmará la sentencia de primera instancia de 9 de marzo de 2017, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

6.- De la Condena en Costas en Segunda Instancia³⁸

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación ya lo han analizado con detenimiento³⁹ y han señalado la orientación en el sentido de que se debe dar cumplimiento al numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso y condenar en costas cuando a la parte demandante o a la

³⁸ Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

³⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014).

demandada se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación y en cuanto se genere la intervención del apoderado de la entidad demandada en la segunda instancia, como ocurre en el sub examine, razón por la cual se condenará al demandante en segunda instancia.

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

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 9 de marzo de 2017, por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso promovido por la señora MARTA ZOE ROJAS MARTINEZ , que negó las súplicas de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segunda: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante conforme lo expuesto en la parte motiva.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Ausente con permiso