**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “B”**

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2016-02429-01 (6450-2018)
Actor: ÁLVARO JUNIOR HOWARD OROZCO
Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.
Trámite: DOBLE INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011
Asunto: SANCIÓN CANCELACIÓN DE MATRICULA / ESTABLECER SI EL MATERIAL PROBATORIO FUE VALORADO DE MANERA INADECUADA.
Decisión: NIEGA PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 26 de junio de 2019¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de julio de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A por medio del cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Álvaro Junior Howard Orozco en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y sus fundamentos²

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³, el señor Álvaro Junior Howard Orozco, a través

¹ Informe visible a folio 661.

² Visible a folios 509 a 524 del expediente.

³ Ley 1437 de 2011, “(...) Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le

de apoderado judicial⁴, solicitó la nulidad de la Resoluciones 346 de 13 de noviembre de 2015 y 365 del 4 de diciembre de 2015, proferidos en primera y segunda instancia respectivamente, por el Subdirector y el Director de la Escuela Militar de Cadetes, mediante los cuales fue declarado responsable disciplinariamente y, en consecuencia, se le canceló la matrícula.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, el apoderado de la parte demandante solicitó: i) restablecer la matrícula e ingresar al escalafón de oficiales de las Fuerzas Militares como Subteniente del Ejército Nacional; ii) el pago de todos los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que ascendieron a sus compañeros de curso mediante Resolución 4236 de 29 de mayo de 2015 a Subtenientes del Ejército y hasta cuando se produzca el reintegro; y, iii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica de la parte demandante, así:

El señor Álvaro Junior Howard Orozco, previo cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley, ingresó a la Escuela Militar de Cadetes “José María Córdoba” el 27 de junio de 2011 y ascendido al grado de Alférez el 29 de mayo de 2014.

No obstante, por medio de la Resolución 0221 de 11 de febrero de 2016 el Comandante del Ejército Nacional dispuso su retiro de la Escuela Militar de Cadetes de conformidad con el artículo 45 del Decreto Ley 1790 de 2000, por cuanto de acuerdo con los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia proferidos por el Subdirector y Director de la Escuela Militar de Cadetes «Resoluciones 346 de 13 de noviembre de 2015 y 365 de 4 de diciembre de 2015» fue declarado responsable de haber incurrido en la comisión de la falta gravísima relacionada en el numeral 51 del artículo 102 del Acuerdo 002 de 2014⁵, esto es, **ejecutar** actos contra el pudor sexual, **actos sexuales**

restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...)

⁴ El abogado Luis Fernando Estrella Burbano.

⁵ “(...) POR MEDIO DEL CUAL SE APRUEBA Y ADOPTA EL REGLAMENTO ESTUDIANTIL APLICABLE A LOS ESTUDIANTES DE LA ESCUELA MILITAR DE CADETES “GENERAL JOSÉ MARÍA CÓRDOVA” (...).”

abusivos o acoso sexual, sin perjuicio de la acción penal correspondiente «*Lo resaltado en negrilla y subrayado fue por lo que se le sancionó*».

Lo anterior, por cuanto de conformidad con el Informe presentado por el Teniente Carlos Afanador Lancheros del 9 de marzo de 2015, en la madrugada del 3 de marzo del mismo año en los alojamientos del primer y segundo pelotón, al estar asignado como Brigadier de Servicio, les tocó los genitales de los Cadetes Rony García Alfonso y Jorge Flores González, entre otros.

1.2. Normas vulneradas y concepto de vulneración

El apoderado de la parte demandante estimó como infringidas las siguientes disposiciones: Constitución Política, artículos 2, 4, 13, 14, 16, 25, 29, 31, 87, 90, 228 y 230; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; Código Penal, artículos 2, 3 y 10; Código de Procedimiento Penal, artículos 1 y 10.

Como concepto de violación el apoderado del actor señaló que los actos acusados estuvieron viciados por el cargo que se pasan a exponer:

Infracción en las normas en que debieron fundarse. Esto por cuanto, en su sentir, era necesario que fuera complementado el tipo disciplinario que le fue endilgado, pues, al ser de tipo abierto que le fue endilgado, se requería de otras normas sustantivas para su concreción, en este caso, con algunos de los delitos relacionados en el título iv del Código Penal «*delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*».

Falsa motivación. Pues, además de que el disciplinado fue sancionado por hechos distintos a los hechos que inicialmente dieron origen al proceso disciplinario, los actos acusados no contienen una motivación ajustada a los hechos que dieron lugar a la investigación preliminar, concretamente, porque existió una indebida valoración probatoria.

2. Contestación de la demanda

El Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a través de apoderado, dentro de la oportunidad procesal se opuso a la prosperidad de las pretensiones,

respondió a los hechos de la demanda, y refutó el cargo con los siguientes argumentos⁶.

No es cierto que los actos administrativos hubiesen sido expedidos infringiendo las normas en que debieron fundarse, pues además de que no está probado, no se puede desconocer, de un lado, que es evidente que el señor Álvaro Junior Howard Orozco quebrantó el reglamento estudiantil que le resulta aplicable dada su condición de Alférez de la Policía Nacional, y de otro, que en el proceso disciplinario que se le adelantó estuvo garante en todo momento el derecho de defensa.

De otro lado, también resulta notorio dentro del sustento de los actos acusados, que existe correspondencia entre la realidad fáctica y los motivos por los cuales fue sancionado el disciplinado, luego entonces no es dable afirmar que se incurrió en falsa motivación, máxime cuando se desarrolló un proceso disciplinario con toda la rigurosidad.

3. La sentencia apelada⁷.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 5 de julio de 2018 denegó las pretensiones de la demanda. Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos:

Anotó en lo que respecta a la conducta disciplinable que le fue atribuida al demandante correspondiente a “ejecutar actos contra el pudor sexual”, según lo establece el numeral 51 del artículo 102 del Reglamento Estudiantil, que dicha descripción típica no es un tipo blanco sino que se concretiza en una conducta que se encuentra expresamente restringida y reprobada como una falta gravísima, siendo suficiente con establecer si el actuar desplegado por el sujeto disciplinable efectivamente afecta el pudor sexual de determinada persona, lo cual sucedió en el presente caso, pues de acuerdo con el Informe de 9 de marzo de 2015 el disciplinado “(...) tocó por encima de las cobijas en las que se encontraban cubiertos dos (2) cadetes su zona genital, justo en momentos en que aquellos estaban durmiendo (...)”.

⁶ Visible a folios 544 a 548 del expediente.

⁷ Folios 587 a 600 del expediente.

No se encuentra razón alguna para señalar que el disciplinado fue sancionado por una situación fáctica totalmente diferente con la que se originó el proceso disciplinario, ya que mientras se adelantaba la indagación preliminar fueron allegados unos informes que daban cuenta de los hechos reprochables a aquél y los cuales guardaban relación con los que se había dado apertura a la investigación.

Concluyó aduciendo que en el presente asunto no se presenta inconsistencia alguna en relación con las pruebas que fueron allegadas al proceso disciplinario, por cuanto, entre otras cosas, los declarantes no tuvieron ninguna dificultad en identificarlo y en señalarlo como el responsable de la falta que se le había endilgado.

4. El recurso de apelación⁸.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, por los motivos que se exponen a continuación:

Expresó estar inconforme con la sentencia proferida por el *a-quo*, por cuanto el fallador disciplinario no enmarcó la conducta endilgada dentro del tipo disciplinario que corresponde, dado que no se estableció cuál fue la norma infringida debido a que “ejecutar actos contra el pudor sexual” no cuenta con un verbo rector específico que permita inferir su comisión.

En efecto, si bien es cierto el “pudor sexual” está contemplado en el numeral 51 del artículo 102 del Acuerdo 002 de 2014⁹ como falta gravísima, no contiene los verbos rectores necesarios que permitan inferir que se está incurriendo en esa conducta, es decir, se requería de otras normas sustantivas para su concreción.

De otro lado, las resoluciones que dieron lugar a la sanción de la que fue objeto el señor Álvaro Junio Howard Orozco, no contienen una motivación ajustada a los hechos que dieron lugar a la indagación preliminar e investigación disciplinaria, pues en el curso de ésta, existió una indebida valoración

⁸ Visible a folios 609 a 621 del expediente.

⁹ “(...) POR MEDIO DEL CUAL SE APRUEBA Y ADOPTA EL REGLAMENTO ESTUDIANTIL APLICABLE A LOS ESTUDIANTES DE LA ESCUELA MILITAR DE CADETES “GENERAL JOSÉ MARÍA CÓRDOVA” (...).”

probatoria y una desestimación de algunas pruebas, con lo cual se le quebrantó el debido proceso y el derecho de defensa.

Al respecto, no se tuvo en cuenta que los hechos por los cuales fue sancionado el disciplinado, fueron el resultado de la invención de un grupo de cadetes que tomaron represarías por haber recibido órdenes en horas de la madrugada y que, en especial, el señor Jorge González Flórez desobedeció.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

Atendiendo los argumentos planteados por la parte demandante corresponde a la Sala establecer:

Si al señor Álvaro Junior Howard Orozco le fue quebrantado el debido proceso, por cuanto estuvieron fundados con pruebas que no comprometen la responsabilidad en la conducta que le fue endilgada y, además, si el operador disciplinario quebrantó el principio de tipicidad, en la medida en que, aparentemente, se requerían de otras normas sustantivas para su concreción.

2.1. RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR FALTA DE VALORACIÓN PROBATORIA.

Dado que el apoderado del demandante manifestó que le fue vulnerado el debido proceso por cuanto no se acreditó la existencia de la falta que le fue endilgada, la Sala, considera necesario para resolver este cargo, abordar los siguientes temas: i) la prueba como garantía del debido proceso en el proceso disciplinario; y, ii) el análisis del cargo.

i) De la prueba como garantía del debido proceso en el proceso disciplinario.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 137 estipuló como causal de anulación del acto administrativo el desconocimiento del derecho de audiencias o defensa, la cual tiene su origen

en el artículo 29 de la Constitución Política¹⁰, que estableció la garantía fundamental del debido proceso.

Al respecto la Corte Constitucional¹¹ ha definido el debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Dentro de las garantías que hacen parte del debido proceso se encuentran las siguientes:

“(...) (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;
(ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;
(iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;
(iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables;
(v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y
(vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.
(...)”.

¹⁰ “(...) **ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

(...)”.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-442 de 3 de julio de 1992, M. P. Dr. SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Es por lo anterior que, la actividad de producción y valoración de las pruebas en las actuaciones administrativas o jurisdiccionales, se encuentran sujetas a reglas normativas que deben ser acatadas como garantía del derecho de defensa y del debido proceso, de manera que tienen que ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica porque, como ha de recordarse, las pruebas conducen, a través de la objetividad y de la abstracción, al establecimiento de aquellas realidades que han de conducir al operador disciplinario a decidir en uno u otro sentido.

La Corte Constitucional ha destacado la importancia de las pruebas en todo procedimiento, pues ha manifestado que solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial. De hecho, en sentencia C-1270 de 2000, dicha Corporación se refirió al alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas, en el escenario de los conflictos propios del derecho laboral:

“(...) 3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

3.3. Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas (...)”¹².

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1270 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Es así como la actividad probatoria en sus distintas etapas, desde la obtención hasta la valoración de la prueba que servirá de fundamento a la imposición de una sanción disciplinaria, no debe ser ajena a lo establecido al artículo 29 de la Constitución Política, ni mucho menos a lo dispuesto en los artículos 128 y siguientes de la Ley 734 de 2002¹³.

Es importante recordar que la autoridad disciplinaria cuenta con una potestad de valoración probatoria amplia, que lo habilita para determinar, cuándo obran en un determinado proceso disciplinario suficientes pruebas, la ocurrencia –o no ocurrencia- de determinados hechos. Al respecto el artículo 129 del Código único Disciplinario ha señalado que:

“(...) Artículo 129. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a

¹³ *“(...) Artículo 128. Necesidad y carga de la prueba. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.*

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

Artículo 130. Medios de prueba. 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.

Artículo 131. Libertad de pruebas. La falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.

Artículo 132. Petición y rechazo de pruebas. Los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes. Serán rechazadas las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

(...)

Artículo 140. Inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.

Artículo 141. Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.

Artículo 142. Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

(...)”.

demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio. (...)”.

Esta Corporación ha señalado que en este articulado se desarrolla el principio de investigación integral, puesto que el operador disciplinario debe que probar la falta del servidor público y, además, encontrar las pruebas que desvirtúen o lo eximen de responsabilidad alguna¹⁴. Justamente el artículo 141 *ibídem* dispuso que las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y con la explicación respectiva del mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.

Por último el artículo 142 de la Ley 734 de 2002 expresó que no se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso alguna prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

En virtud de lo anterior es dable concluir que cuando no se realiza un juicio valoratorio integral de la prueba, se incurre en una irregularidad en la actividad probatoria, la cual atenta no solo el derecho de defensa, sino también el debido proceso, ya que se infringen principios, garantías, derechos y deberes, previstos en la ordenamiento constitucional y legal, que rigen los actos probatorios y las pruebas en sus etapas de solicitud, decreto, práctica, valoración e impugnación de las mismas.

ii) Análisis del cargo.

Corresponde a la Sala establecer si es cierta la afirmación que realiza el recurrente, relacionada con la aparente vulneración del debido proceso en la medida en que no existió el suficiente material probatorio que demostrara la existencia de la falta que le fue endilgada.

Para efectos de solucionar el planteamiento formulado por el apoderado del recurrente, la Sala relacionará los motivos por medio de los cuales le fue iniciada la investigación disciplinaria al señor Álvaro Junior Howard Orozco, posteriormente, enunciará las pruebas que fueron tenidas en cuenta por los operadores disciplinarios al momento de expedir los actos acusados y, luego,

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 15 de mayo de 2013, radicación: 11001-03-25-000-2011-00571-00(2196-11), C. P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

abordara el planteamiento dirigido a la ausencia de responsabilidad disciplinaria de aquél.

El 7 de marzo de 2015 los Alférez Néstor Mora Talero y John Wilfer Torres Gualí presentaron, respectivamente, al Comandante BACAD 1 los siguientes informes:

“(...) Siendo aproximadamente las dos (2) de la mañana en el alojamiento doble R (RR) cursando el quinto semestre, me encontraba descansado en mi catre cuando sentí que por de bajo de las cobijas alguien me estaba tocando los testículos, inmediatamente reaccione y le pregunte que esta haciendo, Alférez en ese entonces cadete HOWARD OROZCO ÁLVARO me respondió que estaba buscando el celular que se le había perdido, le respondí que cual era su problema, que porque estaba buscando cerca de mi catre y por que me estaba tocando los testículos, él de una forma agresiva me dijo que no que no era cierto que solo estar a buscando el celular, inmediatamente se marchó (...)”¹⁵.

“(...) Con toda atención, me permito informar al Señor Teniente NUMERA PIEDRAHITA JUAN GUILLERMO, los hechos sucedidos el día 2 de junio del 2014. Siendo las 3:40 am me encontraba durmiendo y entre mis sueños sentí que me estaban torrando mis partes genitales, por la incomodidad abrí mis ojos y me pare asustado, de inmediato gire mi cabeza hacia el lado derecho y pude ver al señor alférez HOWARD OROZCO ÁLVARO , al momento de que el se dio cuenta que yo me desperté y lo vi como saco su mano de mi tricolor y haciéndose cómo si no hubiera pasado nada, yo le pregunte que si él me estaba tocando y respondió haciéndose el inconsciente que no, después llamo al señor alférez que dormía debajo mío, preguntándole que si tenía el cargador de su celular el señor alférez ni siquiera respondió su pregunta bien debido a que se encontraba total mente dormido, el se dirigió a su catre, al momento que él se retiró yo me puse de pie y le reclame molestamente en el instante que él me vio molesto no sabía ni que responder lo único que saco como excusa escondiendo lo sucedido fue decirme que él tenía novia, al momento de la diana busque al señor capitán comandante de la compañía, el cual me sugerido (sic) realizar el informe de los hechos sucedidos en dicho momento (...)”¹⁶.

El 9 de marzo de 2015 el Comandante del Primer Pelotón Compañía Serviez le informó al Comandante General de dicha compañía lo siguiente¹⁷:

“(...) Respetuosamente me dirijo al Señor Capitán Comandante Compañía Serviez con el fin poner conocimiento lo informado por los Cadetes García Alfonso Rony y Flórez González Jorge el día 06 de marzo del presente año. Los Cadetes ya mencionados informan que el día 03 de marzo en horas de la madrugada 02:00 aproximadamente, el Alférez Howard Orozco Álvaro llegó al alojamiento del primer y segundo pelotón de la Cp. Serviez porque se encontraba como Brigadier de Servicio despertó al cadete García y lo sacó del alojamiento para que le ayudara a hacer aseo a unas canecas que

¹⁵ Informe de Néstor Mora Talero visible a folio 9 del anexo 1.

¹⁶ Informe de John Wilfer Torres Gualí visible a folio 10 del anexo 1

¹⁷ Visible a folio 4 del anexo 1.

le habían sido asignadas, después de terminar la actividad retiró al cadete a descansar, a las 2:40 horas aproximadamente mencionado Alférez volvió al alojamiento y se dirigió hacia el catre del Cadete García Alfonso, el Cadete ya se encontraba durmiendo y cuando se despertó notó que el Alférez Howard le estaba tocando los genitales por encima de la cobija tricolor, la reacción del Cadete García fue preguntarle “que ordena mi Alférez?” y girar su cuerpo dándole la espalda al Alférez, la respuesta de Howard fue “descanse” y se retiró del catre, al día siguiente el Cadete García molesto por lo que había sucedido le contó al Alférez Gómez Sánchez Miguel remplazante de sección del pelotón y se enteró que lo mismo había sucedido con el Cadete Flórez González Jorge, quien es el lanza de García, la misma situación, Flórez se encontraba durmiendo el Alférez Howard lo despertó de la misma manera que al Cadete García, tocándole los genitales por encima de la cobija, al despertarse Flórez el Alférez le preguntó porque si el lanza estaba despierto (Cd. García Alfonso) él no lo estaba a lo que el Cadete Flórez le contestó “que haga aseo mi Alférez, déjeme descansar”.

En virtud de lo anterior, el 12 de marzo de 2015 el Comandante del Batallón de Cadetes No. 1 de la Escuela Militar “General José María Córdoba” abrió investigación disciplinaria en contra del señor Luis Henry Vela Jordán en aras de verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si ella es constitutiva de falta disciplinaria, su grado de responsabilidad y si éste actuó amparado en alguna causal de exclusión de responsabilidad¹⁸.

El 13 de marzo de 2015 el Teniente Carlos Afanador Lancheros «Comandante del Primer Pelotón Compañía Serviez» expresó dentro de la diligencia de ratificación lo siguiente¹⁹:

“(…) PREGUNTADO. Indique si se ratifica del informe que se le pone de presente. CONTESTO. Si mi capitán, si me ratifico, si es mi firma. PREGUNTADO. Ya que se ratifica por favor amplíe los hechos precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los mismos CONTESTO. El 6 de marzo los cadetes GARCÍA ALFONSO RONY y FLÓREZ GONZÁLEZ JORGE, me entrega cada uno un informe donde relatan unos hechos ocurrido el 3 de marzo en horas de la madrugada; el cadete GARCÍA en su informe expresa que el 3 de marzo aproximadamente a las 02:00 horas el alférez HOWARD OROZCO ÁLVARO, lo despertó y lo sacó del alojamiento para que le ayudara a hacerle aseo a unas canecas que le habían sido asignadas, terminada la actividad envió al cadete al alojamiento a descansar aproximadamente a las 02:40 horas el alférez volvió al alojamiento y se dirigió al catre del cadete GARCÍA quien estaba acostado, el cadete GARCÍA se despertó y notó que, al parecer el alférez HOWARD le estaba tocando los genitales por encima de la cobija a lo que GARCÍA le dijo “que ordena mi alférez” y giró su cuerpo dándole la espalda, el alférez HOWARD le dijo que descansara, en la mañana de ese día el cadete GARCÍA molesto por lo sucedido le comentó al alférez GÓMEZ SÁNCHEZ, comandante suyo, el alférez GÓMEZ se enteró que lo mismo le sucedido con el cadete FLÓREZ GONZÁLEZ JORGE, lanza de catre del cadete

¹⁸ Visible a folio 3 del anexo 1.

¹⁹ Visible a folios 11 y 12 del anexo 1.

GARCÍA. PREGUNTADO. Precise que era lo que había pasado con el cadete FLÓREZ GONZÁLEZ. CONTESTO. El mismo 3 de marzo, el cadete FLÓREZ se encontraba ~~flamiendo~~ durmiendo y a aproximadamente a las 02:40 horas el alférez HOWARD despertó al cadete de la misma manera que a GARCÍA tocándole sus genitales por encima de la cobija tricolor: al despertarse FLÓREZ el alférez le preguntó que por qué si el lanza estaba despierto, es decir, García, él no lo estaba a lo que FLÓREZ le contestó "que haga el aseo él déjeme descansar (...)".

El 13 de marzo de 2015 el Cadete Jorge Alejandro Flórez González expresó en la declaración que rindió que²⁰:

"(...) PREGUNTADO: Indique si se ratifica del informe que se le pone de presente. CONTESTO Sí mi capitán, si me ratifico, si es mi firma. PREGUNTADO. Ya que se ratifica por favor amplíe los hechos precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los mismos. CONTESTO, Con base en el informe que yo hice el día 03 de marzo de 2015, a las 02:00 horas me encontraba yo durmiendo en mi catre como todos los demás, yo me desperté porque me estaban tocando mis genitales y cuando reaccione vi a mi alférez HOWARD que estaba de Brigadier de servicio y le pregunté que ordena mi alférez y él me dijo que mi lanza estaba de pie y me dijo que mi lanza GARCÍA, ALFONSO RONY estaba de pie, que porque yo no, GARCÍA iba con mi alférez a vaciar unas canecas al B1, yo le dije a mi alférez que me dejara descansar que quería dormir, me voltee y seguí durmiendo, ese mismo día en instrucción a las 14:20 más o menos, estábamos formando y como GARCÍA es de mi escuadra y estaba molesto y me dijo que mi alférez HOWARD lo había levantado y no era que estuviera bravo por eso si no que GARCÍA se acostó y mi alférez HOWARD volvió y GARCÍA me dijo que comenzó a tocarlo en sus genitales y que al GARCÍA decirle que qué ordena mi alférez este le dijo que siguiera durmiendo y RONY le dijo que ya estaba durmiendo y mi alférez le dijo que siguiera durmiendo y le seguía acariciando los genitales, yo le comenté a RONY que a mí también me había pasado lo mismo si no que había pensado que lo me había imaginado o soñado y como mi alférez GÓMEZ estaba con el pelotón nos fuimos a hablar con mi Alférez GÓMEZ y él dijo que iba a seguir el conducto regular. PREGUNTADO. Indique de qué forma lo acariciaba al parecer el Alférez HOWARD a usted en sus genitales, CONTESTO: Por encima de la tricolor me sobaba mis genitales, así me despertó a mi (...)".

El señor Miguel Ángel Gómez Sánchez «Alférez que recibió la queja de los señores García Rony y Flórez González» dijo en la declaración que rindió, lo siguiente:

"(...) PREGUNTADO. Ya que conoce los hechos materia de investigación por favor amplíe los hechos precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los mismos. CONTESTO. Lo que pasó es que el cadete GARCÍA RONY y FLÓREZ GONZÁLEZ, se me acercan una tarde y me comentan unos hechos que pasaron la madrugada de ese 3 de marzo, diciéndome que el alférez HOWARD, levantó al cadete GARLA ya que el alférez estaba de SS, el cual tenía que hacer uso de unos cadetes para hacer

²⁰ Visible a folios 13 a 15 del anexo 1.

el aseo asignado, levantando al cadete GARCÍA RONY, luego de hacer el aseo el alférez lo manda a descansar y el cadete se va a su catre llegando un momento después el alférez HOWARD, tocando al parecer al cadete en sus partes genitales por encima de las cobijas, el cadete GARCÍA menciona que él se levanta y contesta “que ordena mi alférez” diciéndole el alférez que descansara, luego de esto me comenta el cadete FLÓREZ que es lanza del cadete RONY duermen juntos que el alférez procede a levantar al cadete FLÓREZ igualmente tocando al parecer al cadete FLÓREZ sus genitales por encima de las cobijas, el cadete le responde “que ordena mi alférez” y el alférez HOWARD, le dice que por que no está de pie si el lanza está de pie mandándolo luego a descansar eso es lo que me comentaron los dos cadetes de los hechos sucedido, en la madrugada del 3 de marzo. PREGUNTADO Indique de qué forma al parecer acariciaba al parecer el alférez HOWARD los genitales de los cadetes FLÓREZ y GARCÍA. CONTESTO. Lo que me dicen los cadetes es que fue por encima de las cobijas porque ellos estaban arropados y por encima de la tricolor de la cobija esmic (sic), comentan los cadetes que él les tocó los genitales de ellos. (...) PREGUNTADO. Es permitido a los alféreces que prestan de BS levantar los cadetes a las 02:00 hora para botar la basura CONTESTO No, no mi capitán, la orden de mi general es que los cadetes no se pueden levantar después de las 22:00 y antes de las 05:00 horas. (...).

Por su parte el señor Duvan Jhoel Valiente Fandiño expresó en la diligencia de ratificación que²¹:

“(...) PREGUNTADO: Indique si conoce o presume los hechos por los cuales va a rendir esta diligencia. CONTESTO: Sí mi capitán. PREGUNTADO. Ya que conoce los hechos por favor amplíelos precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los mismos. CONTESTO. Yo me encontraba durmiendo en el alojamiento cuando a eso de las 02:00 de la mañana aproximadamente llegó mi alférez HOWARD como BS a pedirnos el favor de que nos cambiáramos en sudadera para botar una basura que estaba frente a la dirección y fuimos con UZCATEGUI que es mi lanza y con GARCÍA RONY, yo me senté en el catre haciendo pereza y mi alférez procedió a poner la mano en mis partes íntimas cogiendo las cobijas, tratándolas de bajar pero él empezó a meter la mano aunque yo podía bajarlas por mi mismo, en vista de eso me bajé del catre, me cambié en sudadera mientras él llamaba en el otro alojamiento a GARCÍA RONY, mientras esperábamos en la rotonda con UZCATEGUI, nos dirigimos cruzando por el campo de paradas hasta la caneca de basura el cuál procedimos a recoger la basura y posterior a eso a botarla en el punto limpio frente a la capilla, después de eso nos dirigimos a vez al alojamiento y nos ordenó irnos al alojamiento y yo me fui con UZCATEGUI; mi alférez nos dijo que a dormir y entonces nos ordenó 22 de pecho y no sé por qué motivo mi alférez puso la mano de él en medio del catre y mi cuerpo justo en mis genitales, yo enrollé las cobijas y él hablaba por teléfono volvió a intentar pero yo me envolví para que no tuviera maneras y me acosté, PREGUNTADO Diga usted de qué forma al parecer el alférez HOWARD tocó sus genitales mientras le quitaba la cobija (...).

²¹ Visible a folios 18 y 19 del anexo 1.

Entre tanto, el señor John Wilfer Torres Gualí expresó en la diligencia que se adelantó, lo siguiente²²:

“(...) PREGUNTADO. Indique si conoce o presume los hechos por los cuales va a rendir esta diligencia. CONTESTO. Si mi capitán. PREGUNTADO. Ya que conoce los hechos por favor amplíe los mismos precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron CONTESTO. Eso ocurrió el año más o menos el 20 de junio o julio, siendo como las 3:30 horas y en mi sueño sentí que alguien tocaba mis partes íntimas, mi pene y me levanté asustado y vi que sacaban la mano de mi cobija y le pregunté a HOWARD que si él me estaba tocando él respondió que no y procedió a despertar al alférez GALINDO a preguntarle por un cargador de celular; HOWARD se fue a su catre y yo me quedé pensando como asustado y reaccioné del catre a insultarlo, no le pegué ya después me acosté, después de la diana el alférez HOWARD dice que yo me levanté asustado y con rabia le grité, y lo traté mal en el baño, él dijo que fuéramos donde mi capitán GORDILLO y él nos dijo que hiciéramos un informe cada uno, cuando lo traté mal en la madrugada lo que dijo fue que él tenía novia. PREGUNTADO. Precise si el alférez HOWARD dormía cerca de su catre. CONTESTO. Sí, al frente. PREGUNTADO. Precise en que catre dormía usted, es decir, en el superior o en el de abajo CONTESTO. En el superior, PREGUNTADO. Cuál era la ubicación del alférez HOWARD en relación con usted cuando al parecer le tocó su pene. CONTESTO. El catre quedaba al lado de la pared, él estaba por el lado derecho de pie y creo que con la mano derecha me cogió el pene. PREGUNTADO, Precise la forma en la que al parecer el alférez HOWARD, le tocó su pene. CONTESTO. Por encima de la pijama tocando mi pene. PREGUNTADO. Usted sabe si por acto hechos se inició algún tipo de investigación o se tomó alguna acción por el Capitán GORDILLO. CONTESTO. No pasó nunca nada, que yo sepa no. PREGUNTADO. Precise si para la fecha de los hechos el alférez MORA TALERO se quejó de algo similar. CONTESTO. ÉL dijo que le pasó algo igual. PREGUNTADO. Precise si recibió usted alguna presión u orden para hacer el informe 10 del expediente. CONTESTO. No, yo solo conté lo que pasó. PREGUNTADO: El alférez MORA TALERO en su declaración jurada dijo que el BN PENAGOS le había dicho a él que hiciera su informe y que él por afán y pena escribió lo que no había pasado. Que pude decir al respecto. CONTESTO. El BN PENAGOS me dijo que había pasado algo con unos cadetes y un alférez y que hiciera un informe como antecedente y solo dijo que escribiéramos lo que nos pasó en ese tiempo. (...)”.

El 18 de marzo de 2015 el Alférez Jorge Alejandro Bermúdez Moreno manifestó, en la declaración que rindió dentro de la investigación disciplinaria, lo siguiente²³:

“(...) PREGUNTADO. Diga usted que le comentó usted a mi Coronel MUNERA que el había pasado con el alférez HOWARD. CONTESTE Los hechos sucedieron el 28 de noviembre de 2014 en horas de descanso como todo el personal estaba acomodándose en el piso en los colchones para que cupiéramos, HOWARD, se me acostó al lado y como a las 00:00 empieza él a tocarme en mi pene con su mano, él estaba a mi lado derecho, al

²² Visible a folios 40 y 41 del anexo 1.

²³ Visible a folios 45 y 46 del anexo 1.

reaccionar yo lo que fue apartarlo y él se alejó por que vio que yo no seguía dormido; a las 03:00 horas me levanta la bulla y de acuerdo a lo que me dijeron HOWARD había tocado en el pene al alférez ALARCÓN que estaba durmiendo también al lado, es decir, estaba yo, seguía HOWARD y luego ALARCÓN. PREGUNTADO. Precise de qué forma el alférez HOWARD le tocó a usted al parecer su pene. CONTESTO. Lo que yo pude percibir fue un roce con la mano por encima de mi camuflado por ese día estaba durmiendo en camuflado. (...) PREGUNTADO. Diga usted si le informó los hechos a algún superior. CONTESTO. Pasamos un informe con ALARCÓN al abcd4 pero no supe si tomaron acción. PREGUNTADO. El BM. PENAGOS o el alférez ALARCÓN le dijeron a usted que debía escribir en el informe que obra en este expediente. CONTESTO. No mi capitán, yo relaté lo que me pasó a mí. PREGUNTADO. Diga usted que explicación le dio a usted el alférez HOWARD en relación con el hecho que usted informó. CONTESTO. Nada, yo le dije que se abriera. PREGUNTADO: De que se enteró usted en relación con los cadetes FLÓREZ y GARCÍA. CONTESTO: De que les tocó sus partes íntimas y que él cuando los cadetes se daban cuenta les decía que se durmieran. (...)

El Alférez Carlos Andrés Alarcón Jiménez expresó dentro de la misma diligencia que²⁴:

“(...) PREGUNTADO. Ya que conoce los hechos por favor amplíe los mismos precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron. CONTESTO: Estábamos durmiendo el 28 de noviembre, HOWARD estaba en medio de BERMÚDEZ y yo y como a las 03:00 horas sentí que me tocaban el pene, yo durmiendo en pijama y eran 3 tricolores para tres alféreces, HOWARD, BERMÚDEZ y yo, de una vez abrí los ojos pero no hice nada, constaté que efectivamente me estaban tocando el pene con la mano izquierda y era HOWARD que estaba boca abajo con su izquierda dentro de mi pijama y mi bóxer tomando físicamente el pene como masturbándome, inmediatamente me senté y le hice reclamo de que por que me tocaba que qué estaba haciendo y él se quedó callado y se fue del alojamiento, los demás cursos despertaron con la bulla incluyendo a BERMÚDEZ que estaba durmiendo al lado. PREGUNTADO. Diga usted porque pasó el informe de los hechos en este tiempo, si los hechos sucedieron en noviembre. CONTESTO. Mi capitán, yo lo pasé donde mi coronel PALOMINO, pero no sé si tomaron acción y luego PENAGOS me dijo que pasó algo parecido con dos cadetes de la Serviez. PREGUNTADO. Diga usted si el BM. PENAGOS le dio la orden de hacer el informe y le indicó qué debía contener el mismo. CONTESTO. No, solo dijo que le pasáramos el informe a mi Coronel MUNERA y ya. (...)”

El 29 de abril de 2015 el señor Alejandro Penagos Castillo expresó en la declaración que rindió dentro de la investigación disciplinaria que²⁵:

“(...) PREGUNTADO. Haga un relato amplio y detallado de todo en cuanto sepa respecto de los hechos que acá se investigan. CONTESTO. Básicamente consiste en actos que ha hecho el alférez Howard y que han sido comentados de los cadetes directamente implicados, de acuerdo con un proceso se inició un (sic) investigación de eso. Yo así cuando el alférez

²⁴ Visible a folio 47 del anexo 1.

²⁵ Visible a folios 121 a 123 del anexo 1.

Howard tuvo un inconveniente con dos cadetes de la compañía serviez donde ellos me comentaron que, bueno uno de ellos lo levantó a hacer aseos antes porque el alférez estaba de servicio, después de que recogieron todo lo que era la basura y eso el alférez los volvió a acostar, uno de ellos me dijo que el ya estaba durmiendo otra vez cuando empezó a sentir que lo estaban tocando, le estaban tocando los genitales y pues que el se despertó y se dio cuenta que Howard estaba ahí en ese momento el alférez le dice que no pasa nada que siga durmiendo y después el cadete Flórez dice que él término de molestar al lanza que era el que estaba arriba y que después lo empezó a molestar a él, a tocarle los genitales pues ellos me contaron eso y me pareció que eso era una situación muy fuera de lo común, muy fuera del contexto de lo que es la fuerza y pues dentro de mis funciones esta por velar por la integridad de los cadetes y alféreces del batallón y de mantener al tanto a mi coronel Munera de todas las situaciones que ocurren en el Batallón, entonces yo le comenté a mi Coronel de esas situaciones especiales que ocurrieron en el Batallón y ya los cadetes presentaron el informe al comádate de pelotón y se subió de nivel y se inició esta investigación. PREGUNTADO. Explique clara y detalladamente todo cuanto dijeron a usted los cadetes, sobre los presuntos actos de tocamiento de los que fueron víctimas. CONTESTO: Ellos GARCÍA y FLÓREZ se me acercaron una noche íbamos para la recogida de la escuela y pues ellos me comentaron que en días anteriores el alférez Howard había estado de servicio y los habían levantado a lo de la basura, que ya se habían acostado otra vez, que ya estaban durmiendo y GARCÍA sintió que le estaban tocando las partes íntimas y se despertó y pues vio al alférez Howard y que le dijo que ordenaba y este le dijo no no no no, siga durmiendo, pero este tenía las manos dentro de las cobijas tocando al cadete. GARCÍA me dice que el se dio la vuelta y siguió durmiendo. Por otro lado FLÓREZ me comentó que estaba durmiendo y pues que sintió que lo estaban tocando y que el se despertó y que Howard solo les decía que siguieran durmiendo pero que Howard tenía las manos por debajo de las cobijas tocándole sus genitales. (...)

Finalmente, el señor Álvaro Junior Howard Orozco expresó en la declaración libre que rindió, lo siguiente²⁶:

(...) PREGUNTADO:- Sírvase indicar si es su deseo sírvase (sic) ampliar los mismos precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los mismos. Contestó: Sí. PREGUNTADO. Haga un relato amplio y detallado en todo cuanto sepa. CONTESTO: Me citaron acá para hablar sobre mi versión de la investigación que se me abrió en la cual me están acusando de unos actos indebidos que yo no cometí, donde pasaron unos informes de unos cadetes diciendo que yo les había tocado los genitales en horas de la noche cuando estaba de BS. esa noche se me asignaron unas canecas a la una de la mañana que estaban totalmente llenas, que (sic) a mi solo me era muy difícil vaciarlas y llevarlas hasta el container así que, como siempre se ha hecho le pedí el favor a tres cadetes y ellos voluntariamente accedieron a hacerme el favor y me acompañaron a vaciar las canecas, en ningún momento hubo ningún contacto físico un (sic) hubo la intención de tenerlo con ninguno de los cadetes, inclusive la acusación me parece un poco ilógica ya que ellos dicen que yo les toque los genitales en el alojamiento donde había un centinela, donde estaban los cursos de ellos y los alférez y que nadie visto nada, aclaro que no soy homosexual, que no me gustan los hombres por el contrario me gustan las mujeres e inclusive si fuera

²⁶ Visible a folios 129 y 130 del anexo 1.

homosexual no hubiera hecho eso ya que es un acto irreprochable, irrespetuoso, abusivo y prácticamente lo estaría haciendo en público por que habían otras personas mirándome. Me parece doloroso y reprochable que se me acuse de eso, ya sea por iniciativa propia de los cadetes o por influencias de terceros ya que es totalmente mentira, No sería tan ilógico poco pensante de faltando cuatro meses para el ascenso realizar un acto de este tipo o cualquier otro sabiendo que esto puede truncar mis cuatro años de esfuerzo en le escuela, donde he tenido un buen desempeño, destacándome en mi curso de CAC siendo tercer puesto, donde me postularon en repelidas ocasiones para ir a EEUU y a FRANCIA, en primer nivel para ir a hacer la carrera y en las otras ocasiones para viajes académicos, incluso la escuela me dio un curso intensivo de francés para prepararme para esa prueba, también me he destacado como deportista dejando en alto el nombre de la escuela en concursos nacionales y departamentales de equitación, yo no me voy a tirar todo eso por hacer un acto como ese, por mi forma de ser, quienes me conocen y han compartido conmigo como Alférez Bolados Taran, Alf. Galindo, Alf. Castiblanco, que son con quienes comparto en la escuela todo el tiempo o los Alf. Giraldo, Cardona o Hernández Afanador conviven conmigo en la escuela y en la civil pueden dar fe de mi forma de ser, de mi forma de mandar, de como es el trato con los cadetes, con mis propios cursos e inclusive de mi inclinación sexual, porque son quienes le pasan revista a uno de la novia, inclusive con ellos he compartido alojamiento desde que éramos cadetes y actualmente con el Alf. Bolaños Terán que dormimos en catres uno al lado del otro y así ha sido desde que éramos cadetes. Además de todo esto me parece totalmente fuera de lugar las acusaciones que algunos Alféreces cursos míos han realizado mediante informes en mi contra hablando de hechos ficticios inventados que me dan cabida a pensar que me están buscando de alguna manera truncar mi ascenso a subteniente ya que me parece por demás extraño que de un momento a otro coincidencialmente iniciaran al aparecer informes sobre el mismo tema en diferentes fechas y que nunca se ha tenido registro de nada o que alguna vez esa situación haya pasado porque sencillamente nunca paso. (...)”.

Pues bien, al relacionar cada uno de los elementos probatorios que tuvo en cuenta el operador disciplinario para sancionar al señor Álvaro Junior Howard Orozco, pasa la Sala a resolver cada uno de los cuestionamientos que éste presentó en contra de la sentencia proferida por el *a – quo*, en el recurso de apelación.

Uno de ellos es el relacionado con la presunta vulneración al debido proceso al momento en que consideró que no existe el suficiente material probatorio que comprometa su responsabilidad en la falta que le fue endilgada.

Sin embargo, al valorar el material probatorio que fue recaudado dentro del proceso disciplinario es dable concluir que son suficientes para efectos de endilgar responsabilidad, pues, de un lado, existe una falta en la cual se tipifica

el hecho de ejecutar actos sexuales abusivos; y de otro, tal conducta realizada por parte del disciplinado encaja dentro de esta falta.

En efecto, dado que las pruebas que fueron practicadas dentro del proceso disciplinario permiten concluir, sin dubitación alguna, que los señores Jorge Alejandro Flórez González, Rony Rodrigo García Alfonso, Duvan Jhoel Valiente Fandiño, Jorge Alejandro Bermúdez Moreno y Carlos Andrés Alarcón Jiménez fueron abusados sexualmente al momento en que fueron tocados, sin justificación y permiso alguno, sus genitales.

Tal es el caso del señor Jorge Alejandro Bermúdez Moreno y Carlos Andrés Alarcón Jiménez quienes dijeron que el 28 de noviembre de 2014 se encontraba durmiendo al lado del disciplinado y fueron despertados al momento en que éste les tocó sus partes íntimas, del mismo modo aconteció con los señores Rony Rodrigo García Alfonso y Duvan Jhoel Valiente Fandiño quienes expresaron que, en medio de su sueño, fueron despertados en horas de la madrugada para que vaciaran las canecas de la basura y posteriormente el disciplinado esperó a que se durmieran nuevamente para tener la oportunidad de tocar sus genitales.

Por su parte, el señor Jorge Alejandro Flórez González afirmó que, bajo la misma modalidad, esto es, mientras estaba durmiendo el señor Álvaro Junio Howard Orozco abuso sexualmente de él, específicamente, porque en horas de la madrugada aprovechó para tocar sus genitales por encima de las cobijas.

Ahora bien, en relación con el argumento que propuso el recurrente, según el cual, todas las acusaciones realizadas por las víctimas, entre ellas, la de Jorge Alejandro Flórez González, son invenciones con el único propósito de perjudicarlo, se debe afirmar que tal argumento carece de soporte probatorio, dado que no existe una sola prueba en la que se denote las razones por las cuales, aparentemente, todos los implicados tenían tal intención.

En efecto, si el disciplinado consideraba que estaban conspirando en contra de él con fundamento en hechos ajenos a la realidad, debió probar tal

particularidad, y no, como sucedió en el *sub lite*, realizar afirmaciones sin ningún sustento, máxime cuando las pruebas que obran en el proceso disciplinario demuestran las condiciones en que sucedieron los hechos materia de investigación, pues todos ellos fueron concluyentes en señalar al señor Álvaro Junior Howard Orozco como el presunto infractor de la ley disciplinaria, dado que se aprovechó de sus compañeros para abusar sexualmente de ellos mientras estaban durmiendo.

De otro lado, tampoco se evidencia que los afectados hubiesen incurrido en contradicción alguna, pues todas las declaraciones son lo suficientemente coincidentes en señalar el modo, el tiempo y los lugares en donde ocurrió la conducta irregular. Ahora, si bien es cierto todas se encuentran inmersas dentro de una situación común, como lo fue el hecho de que todos estaban durmiendo, también lo es que, resulta razonable que dada la modalidad no era posible que los escenarios variaran demasiado, pues de lo contrario, se podría llegar a la conclusión de que se trata de un consentimiento sexual²⁷.

Bajo ese contexto, no es procedente señalar que no existió el suficiente material probatorio, por cuanto además de que existen suficientes pruebas que comprometen la responsabilidad del disciplinado frente al cargo que le fue endilgado; el legislador dotó al operador disciplinario de una facultad de valoración y apreciación probatoria «libre convicción» que incluye el poder para determinar cuándo se ha logrado recaudar un nivel de pruebas suficiente como para concluir con certeza y convicción que se pudo haber cometido una falta.

Al respecto es necesario precisar que, en el ámbito de los procesos disciplinarios, no existe una tarifa probatoria legal, pues el artículo 131 de la Ley 734 de 2002 dispuso que la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos²⁸; en tal sentido no es aceptable exigir que fueran allegadas más

²⁷

<https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/el-sexo-y-las-relaciones/consentimiento-sexual>

“(…) El consentimiento sexual es un acuerdo para participar en una actividad sexual. Antes de mantener relaciones sexuales con otra persona, debes saber si esta persona está de acuerdo. (...)”.

²⁸ “(...) ARTÍCULO 130. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro

pruebas al proceso disciplinario, en razón a que el operador disciplinario contó con otros elementos probatorios que, se insiste, comprometen la responsabilidad de éste.

De esta manera, sin entrar más en el debate que sobre la responsabilidad disciplinaria se surtió en sede administrativa, es evidente que la entidad demandada no desconoció el debido proceso, pues en las providencias sancionatorias explicaron las razones por las cuáles el actor debía ser sancionado y se dejó consignada la valoración probatoria que para el efecto llevó a cabo.

Vale la pena decir que la autoridad disciplinaria cuando realiza la valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica, en procura de establecer tanto la existencia de la falta, como la responsabilidad de implicado y su grado de culpabilidad, por motivos ya plasmados, goza de un margen de valoración probatoria fundada en la lógica y en la experiencia para establecer más allá de toda duda razonable, la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado, que se traduce en el logro de la certeza exigida en el artículo 142 del C.D.U.²⁹, y esa tarea la realizó en debida forma la entidad demandada.

2.2. RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.

Como quiera que el demandante manifestó que el Jefe de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía de Amazonas no le podía endilgar la falta descrita en el literal d) numeral 21 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, la Sala esbozará brevemente, un marco referencial referido al principio de tipicidad, para luego confrontarlo con los supuestos fácticos concretos.

i. El principio de tipicidad.

Este principio, como un componente vital del debido proceso consagrado en

medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario. (...)

²⁹ "(...) Artículo 142. Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado. (...)"

el artículo 29 Superior³⁰, es desarrollo del principio fundamental de legalidad *'nullum crimen, nulla poena sine lege'*, que se traduce en (a) la existencia de una ley previa que determine la conducta objeto de sanción, y (b) la precisión que se emplee en la norma para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse.

Principio aplicable en las diversas áreas en las que el Estado ejerce su poder punitivo, entre ellas la disciplinaria³¹. Sin embargo, en múltiples oportunidades, nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que si bien el principio de tipicidad forma parte de las garantías estructurales del debido proceso en los procedimientos disciplinarios, no es menos cierto que *"no es exigible el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, en atención a la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad"*³².

Razón por la cual, la jurisprudencia constitucional *"(...) ha aceptado amplia y reiteradamente la existencia y legitimidad constitucional de tipos en blanco o abiertos en materia disciplinaria, así como la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, sin que con ello se viole el principio de tipicidad o de legalidad del debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior. Lo anterior, con el fin de salvaguardar el principio de eficiencia en la función pública y los fines del Estado, siempre y cuando para la valoración y aplicación de la norma sea posible la realización de una remisión o interpretación sistemática que complemente los tipos en blanco, o sea posible la determinación por parte del operador jurídico de los conceptos jurídicos indeterminados, y por tanto se eviten los peligros que se derivan de un amplio margen interpretativo de la autoridad disciplinaria."*³³

Así las cosas, quien adelanta la investigación disciplinaria dispone de un

³⁰ En el inciso segundo del artículo 29 se dice que: *"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa"*

³¹ De ahí que en el artículo 4º de la Ley 734 de 2002, se consagra el principio de legalidad en los siguientes términos:

"El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización".

³² Sentencia C-818 de 2005, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

³³ Sentencia C-030 de 2012, MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. En igual sentido se pueden consultar las sentencias C-124 de 2003, MP Dr. Jaime Araujo Rentería; C-393 de 2006, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil, C-507 de 2006, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis. y C-762 de 2009, MP Dr. Juan Carlos Henao Pérez, por mencionar unas de tantas.

campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas en ese proceso.

ii. Análisis del cargo.

El recurrente expresó que el fallador disciplinario no enmarcó la conducta endilgada dentro del tipo disciplinario que corresponde, dado que no se estableció cuál fue la norma infringida debido a que “ejecutar actos contra el pudor sexual” no cuenta con un verbo rector específico que permita inferir su comisión.

Ahora bien, para efectos de establecer si es cierta tal afirmación, la Sala, describirá tanto la conducta por la que fue sancionado como la norma que infringió, para luego establecer si existió ilicitud sustancial.

De los hechos que dieron lugar a la sanción

El señor Álvaro Junior Howard Orozco, en su calidad de Alférez de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdoba” abusó sexualmente de los señores Jorge Alejandro Flórez González, Rony Rodrigo García Alfonso, Duvan Jhoel Valiente Fandiño, Jorge Alejandro Bermúdez Moreno y Carlos Andrés Alarcón Jiménez, al momento en que les tocó sus genitales.

Norma que le fue endilgada como infringida.

El artículo 95 del Reglamento Estudiantil de la Escuela Militar de Cadetes “José María Córdoba” «Acuerdo 002 de 2014³⁴» dispuso que cuando se incurre en falta disciplinaria hay lugar a la imposición de la sanción correspondiente que por acción u omisión incurra en cualquiera de las conductas descritas en dicho reglamento.

³⁴ “(...) POR MEDIO DEL CUAL SE APRUEBA Y ADOPTA EL REGLAMENTO ESTUDIANTIL APLICABLE A LOS ESTUDIANTES DE LA ESCUELA MILITAR DE CADETES “GENERAL JOSÉ MARÍA CÓRDOVA” (...)”.

Bajo ese contexto se le expresó al señor Álvaro Junior Howard Orozco que había quebrantado el numeral 51 artículo 102 del Reglamento Estudiantil de la Escuela Militar de Cadetes “José María Córdoba” el dispuso: “(...) **Ejecutar** *actos contra el pudor sexual, **actos sexuales abusivos** o acoso sexual, sin perjuicio de la acción penal correspondiente (...)*”. «Lo resaltado en negrilla y subrayado fue por lo que se le sancionó».

Sin perder de vista lo anterior, se debe precisar que no es de recibo lo expuesto por el *a-quo* y el recurrente cuando dieron por entendido de que el señor Álvaro Junior Howard Orozco había sido sancionado por cometer actos contra el pudor sexual, pues de acuerdo con el auto de pliego de cargos y los fallos sancionatorios, es evidente que al disciplinado se le cuestionó el abuso sexual que había cometido con sus compañeros.

Para hablar de esta tipología es pertinente señalar que de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, el abuso sexual se encuentra descrito como aquel delito consistente en la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual de una persona sin violencia o intimidación³⁵. Bajo ese contexto se puede afirmar que el abuso sexual es entendido como una situación que incluye cualquier tipo de violación de la libertad sexual, puede presentarse con o sin contacto físico.

Entonces si se parte de la premisa de que comete abuso sexual quien atente contra la libertad sexual de cualquier persona, es dable concluir que el señor Álvaro Junior Howard Orozco incurrió en esa conducta, pues, de acuerdo con lo expuesto en el anterior acápite, se encuentra probado que se extralimitó con compañeros al tocarle sus genitales sin consentimiento alguno.

Además, teniendo en cuenta que el artículo 4º de la Ley 734 de 2002, dispuso que «el servidor público y el particular en los casos previstos en este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización», resulta evidente que en el presente caso, luego de haber efectuado la valoración fáctica y jurídica, la conducta realizada por el señor Álvaro Junior Howard

³⁵ <https://dle.rae.es/?w=abuso>

Orozco resulta ser no solo típica³⁶, sino también, concreto y completo pues no era necesario que fuera complementado con otra norma para su concreción.

En ese orden de ideas, como dentro del Reglamento Estudiantil de la Escuela Militar José María Córdoba está la prohibición de ejecutar actos sexuales abusivos, como ocurre en el *sub-lite*, se puede concluir que por su acción era susceptible de ser sancionado, como quiera que el derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones, concretamente, porque la ley disciplinaria se orienta a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas.

Lo anterior, permite considerar que el operador disciplinario sí tenía los elementos de juicio suficientes para endilgar responsabilidad al demandante, ya que las pruebas fueron valoradas en el marco de las reglas de la sana crítica y que la interpretación que de ellas hizo el juzgador disciplinario, llevaron a la conclusión de que la falta disciplinaria sí se cometió y que fue responsable de ella.

En virtud de lo anterior, al no estar probados los cargos formulados por el demandante y mantenerse incólume la presunción de legalidad de las decisiones disciplinarias, la Sala confirmará la sentencia del a-quo que denegó las pretensiones de la demanda.

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

III. FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 5 de julio de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A por medio

³⁶ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 26 de marzo de 2014, expediente No. 0263-13, C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

del cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Álvaro Junior Howard Orozco en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

**CARMELO PERDOMO CUÉTER
CORTÉS**

CÉSAR PALOMINO

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ