

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA

Ref. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 110013335-012-2018-00053-00

**Bogotá D.C, 12 de mayo de 2020.** En la fecha se informa que el proceso de la referencia tenía audiencia programada para juzgamiento. Que atendiendo las disposiciones contenidas en el artículo 5° del Acuerdo No. PCSJA20-11549 de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura<sup>1</sup>, dentro de los medios de control que se encuentren en dicha etapa procesal, se debe proferir la respectiva Sentencia. En consecuencia, pasa al Despacho de la señora Juez, para lo de su cargo.



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA

**PROCESO:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**RADICACIÓN:** No. 110013335-012-2018-00053-00  
**ACCIONANTE:** CRISTIAN ANDRÉS OSORIO RINCÓN  
**ACCIONADA:** NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL

Bogotá D.C., 12 de mayo de 2020

Atendiendo el informe secretarial que antecede procede el Despacho a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por **CRISTIAN ANDRÉS OSORIO RINCÓN** en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL**

**De las pretensiones de la demanda**

En audiencia inicial celebrada el 17 de septiembre de 2019 (fl. 448), se determinó que el demandante fue sancionado disciplinariamente con destitución e inhabilidad general por 11 años dentro del proceso GRUTE-2016-14. En este sentido, acude a la jurisdicción para que se declare la nulidad del fallo disciplinario y se ordene su reintegro a la institución policial.

**De la contestación de la demanda**

Como argumentos de defensa señala la entidad que los actos acusados fueron proferidos dentro de un proceso disciplinario que garantizó y respetó los derechos al debido proceso y defensa. Que se ajustó a la normatividad vigente y atendió los presupuestos procesales de existencia, validez y eficacia procesal que debe tener todo pronunciamiento emanado de la administración.

**Problema Jurídico**

El Juzgado determinará si de las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario se pueden establecer los elementos propios del delito de acoso sexual, principalmente la instigación y el no consentimiento. Si tienen valor probatorio los pantallazos de WhatsApp. En caso afirmativo si afecta la validez de la prueba que la quejosa haya borrado parte de la conversación.

<sup>1</sup> Acuerdos expedidos CSJ en pandemia Covid-19: PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532 y PCSJA20-11546 de 2020

## **Tesis del Despacho**

*El Despacho accederá a las pretensiones por las siguientes razones:*

- *Existe violación del derecho de defensa por haberse tenido en cuenta mensajes WhatsApp alterados por la quejosa.*
- *La prueba indiciaria de la conversación por WhatsApp no fue corroborada por las pruebas testimoniales arrimadas al proceso*
- *Las pruebas recolectadas en el expediente administrativo no establecieron que para la señorita Paola Gómez la conducta desplegada por el capital fuera ofensiva.*

## **CONSIDERACIONES**

*Para desatar el problema jurídico el Despacho hará referencia al control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios. Posteriormente hará un recuento jurisprudencial sobre la carga de la prueba en el proceso disciplinario. Por último, analizará el caso concreto relacionado con la valoración probatoria en la que se sustentó la sanción disciplinaria acá reprochada.*

### **1. El control que ejerce el juez administrativo sobre los procesos disciplinarios.**

*Los actos de control disciplinario adoptados por la Administración Pública, en ejercicio de la potestad disciplinaria en sus ámbitos interno y externo, constituyen ejercicio de función administrativa. En consecuencia, son actos administrativos sujetos al control de legalidad y constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa, así lo ha expresado el Consejo de Estado<sup>2</sup>*

*[...] 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 [...]»*

*De acuerdo con el marco de competencia trazado por el alto Tribunal frente a las decisiones disciplinarias, corresponde al Juez realizar un análisis integral del caso. Para el efecto debe valorar la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado<sup>3</sup>.*

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00519-00(2009-11). Sentencia de 23 de marzo de 2017. C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

<sup>3</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: Gabriel Valbuena Hernández, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06306-01(4870-15), Actor: Nancy Stella Marulanda Rodríguez, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía

## **2. La carga de la prueba en el proceso disciplinario**

Las decisiones disciplinarias deben fundamentarse en pruebas legalmente producidas y aportadas por cualquier sujeto procesal. La carga de la prueba está en cabeza del Estado, así se dispone en artículo 128 de la ley 734 de 2002:

*“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.”*

A su turno, el artículo 142 *ibídem*, indica, de manera precisa que “(...) 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 H. Consejo de Estado<sup>4</sup> al referirse a esta normatividad, destacó:

*“(...) la autoridad disciplinaria en el momento de emitir la decisión condenatoria debe tener la convicción y la certeza probatoria de que efectivamente el servidor público incurrió en la falta que se le imputa. La existencia de dudas al respecto implica necesariamente que estas se resuelvan en favor del investigado, en aplicación del principio in dubio pro disciplinado, toda vez que no logró desvirtuarse su presunción de inocencia.”*

La garantía constitucional de presunción de inocencia aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado. En materia disciplinaria, se encuentra consagrada el artículo 9º de la Ley 734 de 2002.

Así, quien adelante la actuación disciplinaria deberá observar tres reglas fijadas por la Corte Constitucional para desvirtuar la presunción de inocencia: “i.) demostrar que la conducta de que se acusa a una persona está establecida como disciplinable; ii.) se encuentra efectivamente probada; y, que iii.) la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria”<sup>5</sup>

## **3. Caso concreto**

### **3.1. Cargos en los que se sustenta la demanda.**

La parte actora sostiene que existe falsa motivación por indebida valoración probatoria. El presunto acoso sexual que le fue imputado se sustenta en pantallazos de una conversación de WhatsApp que presenta inconsistencias. Agrega, que el operador disciplinario no tuvo en cuenta que algunos mensajes contenidos en ese chat habían sido eliminados. Así como tampoco valoró que había incongruencias entre los pantallazos y lo encontrado en el peritaje realizado al celular de la quejosa.

Informó que, las pruebas recaudadas no se adecuan a la conducta disciplinaria sancionada. Las acciones desplegadas por el Capitán Osorio Rincón no se hicieron de manera continua ni abusiva. Que, según las declaraciones rendidas, la

---

Nacional

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 25 de enero de 2018. Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00277-01(1498-15). Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia T-969 de 2009. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa

relación entre el Capitán Osorio y la Cadete Gómez Díaz era de un coqueteo mutuo y consentido.

### **3.2. La conducta endilgada**

La entidad accionada sancionó al señor Cristian Andrés Osorio Rincón por realizar una conducta descrita en la ley como delito<sup>6</sup>. La conducta delictiva imputada fue la de acoso sexual<sup>7</sup>.

#### **3.2.1. El acoso sexual.**

Esta conducta está descrita en el Código Penal de la siguiente manera:

*“Artículo 210-A. Acoso sexual: El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, (...)”*

Ahora bien, para que un comportamiento pueda ser calificado como acoso sexual, debe ser no deseado y ofensivo para la víctima. Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia<sup>8</sup>:

*“(...) Se tiene que para que un comportamiento sea calificado de acoso sexual, resulta imperativo la ocurrencia de dos aspectos negativos que sea <no deseado y ofensivo>. Bajo tales criterios, prevé que serán considerados como acoso sexual los siguientes comportamientos:*

*-Físico: violencia física, tocamientos, acercamientos innecesarios.*

*-Verbal: comentarios y preguntas sobre el aspecto, el estilo de vida, la orientación sexual, llamadas de teléfono ofensivas.*

*-No verbales: Silbidos, gestos de connotación sexual, presentación de objetos pornográficos.*

*(...)” (Negrilla y subraya del Despacho)*

### **3.3. La decisión Disciplinaria.**

*El operador disciplinario consideró que los mensajes de WhatsApp enviados por el capitán Osorio, eran tendenciales, reiterativos e impregnados de acoso sexual hacía la cadete Gómez. Determinó que las respuestas y emoticones brindadas por la quejosa a esos textos denotaban miedo, incertidumbre y rechazo frente a la situación.*

*Señaló que, de las pruebas testimoniales, se logró determinar que el capitán Osorio abusando de su condición de superior jerárquico, buscaba espacios para quedar a solas con la quejosa. Aunado a ello concluyó que, ante la actitud negativa de la cadete el disciplinado quiso intimidarla y dañar su imagen. Buscando personas de su vida pasada para obtener información y generar rumores en su contra.*

*Por lo anterior sentenció que, el comportamiento del investigado correspondía al tipo penal de acoso sexual y constituía falta disciplinaria gravísima. Conducta cometida a título de dolo, pues con ocasión a su cargo planificó situaciones y generó confianza en la cadete para luego instigarla sexualmente.*

<sup>6</sup> Numeral 9 del artículo 34 de la ley 1015 de 2006,

<sup>7</sup> Artículo 210A del Código Penal.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral

*Esto, a sabiendas que su actuar iba en contravía de su formación policial y por ende del régimen disciplinario.*

*En consecuencia, lo declaró disciplinariamente responsable, imponiéndole sanción de destitución e inhabilidad general de once (11) años.*

### **3.4 Material probatorio en que se sustentó el fallo disciplinario.**

*La decisión disciplinaria estuvo sustentada en las siguientes pruebas:*

- 1. Queja presentada por la cadete Yineth Paola Gómez, donde informa haber sido asediada por WhatsApp y de manera física por el policía Cristian Osorio (fl. 29) y la posterior ampliación de la Declaración (fl. 94)*
- 2. Las capturas del chat de WhatsApp presentado por la cadete Yineth Paola, anexadas con la referida queja (fls. 30-37)*
- 3. El peritaje realizado por la DIJIN al celular de la cadete Yineth Paola y al chat de WhatsApp de ese móvil (fls. 107-121)*
- 4. Declaración de Jesús David Vargas (fl. 175)*
- 5. Declaración de Fredy Octavio Morales (fl. 172)*
- 6. Declaración de Carlos Mario Buitrago Arias. (fl. 169)*

#### **3.4.1. De la queja presentada por la cadete Paola Gómez**

*La señorita Paola Gómez presentó queja ante el subdirector de la Escuela de Cadetes de la Policía Nacional. En ella informa que su superior, el Capitán Osorio Rincón, la hostigó sexualmente a través de mensajes de WhatsApp. A folio 29 se lee dicha novedad, de la cual el Despacho se resalta lo siguiente:*

*“(…) me permito informar a mi coronel la novedad presentada con mi Capitán CRISTIAN ANDRÉS OSORIO RINCÓN aproximadamente desde agosto del año 2015, todo empezó con conversaciones donde él me decía palabras no acordes al Régimen Interno.*

*Posterior a eso las conversaciones fueron por medio de WhatsApp en donde me preguntaba inicialmente como estaba, y en general hablábamos de forma respetuosa como subalterna, de un momento a otro las conversaciones se tornaron con frases tales como "tú me gustas", "quiero tener algo contigo", "te pienso mucho"(…) me insistía; al notar mi negativa ante sus comentarios tuvo una reacción fuerte en cuanto a su trato para conmigo, esto ocurrió aproximadamente hasta finalizar el mes de septiembre, y después de ello lo bloquee de mis contactos de WhatsApp, ya que sus comentarios y proposiciones no eran de forma recurrente sino que por el contrario se daban ocasionalmente en intervalos de mes o meses.*

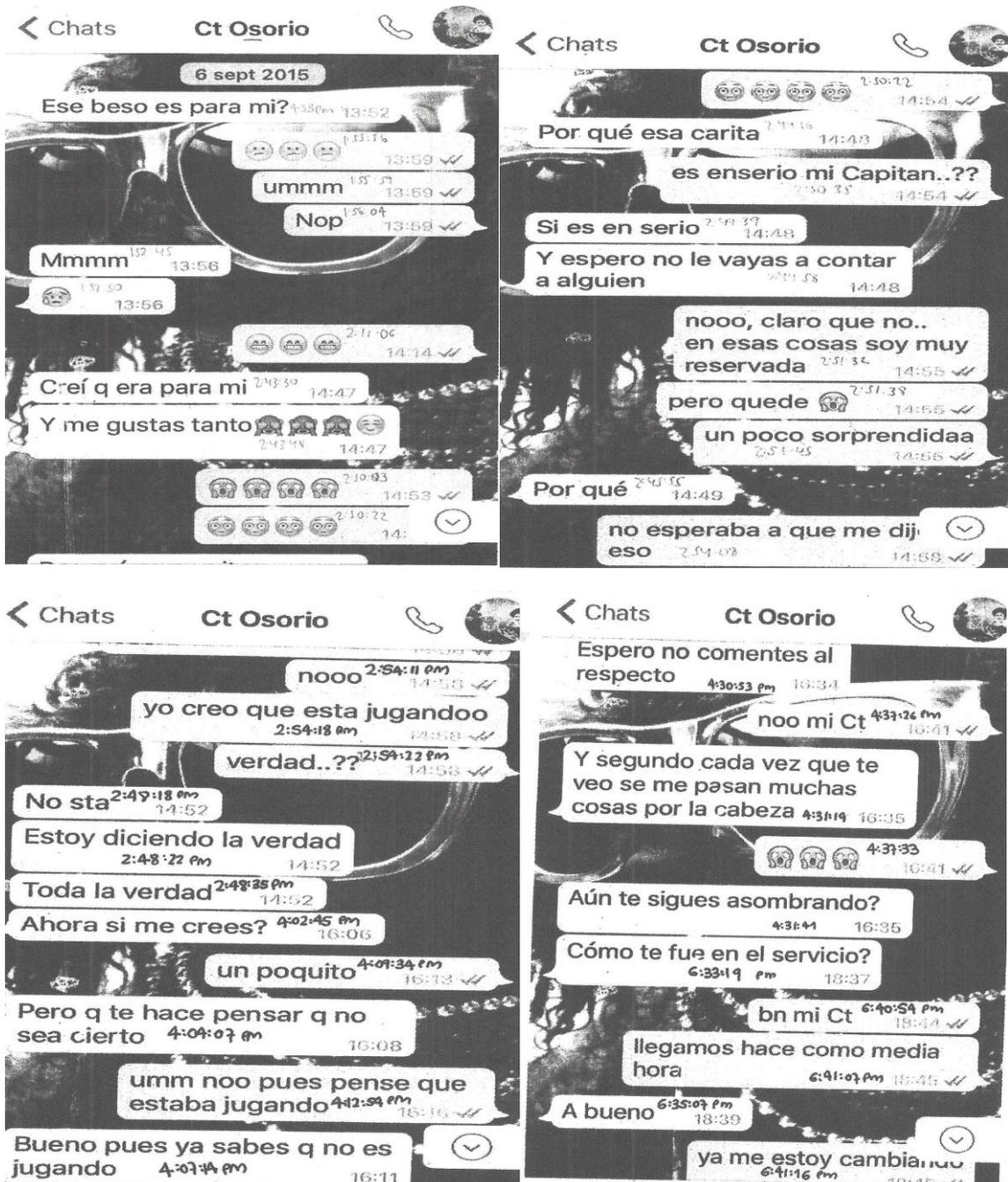
*Así mismo, en una ocasión, en la cual no recuerdo con exactitud, era de noche y la escuela ya estaba en la recogida y dentro de la oficina Comando de la Compañía Ricaurte, mi Capitán trato de cogerme de los brazos para intentar darme un beso, yo no le respondí y me alejé de él y me fui.*

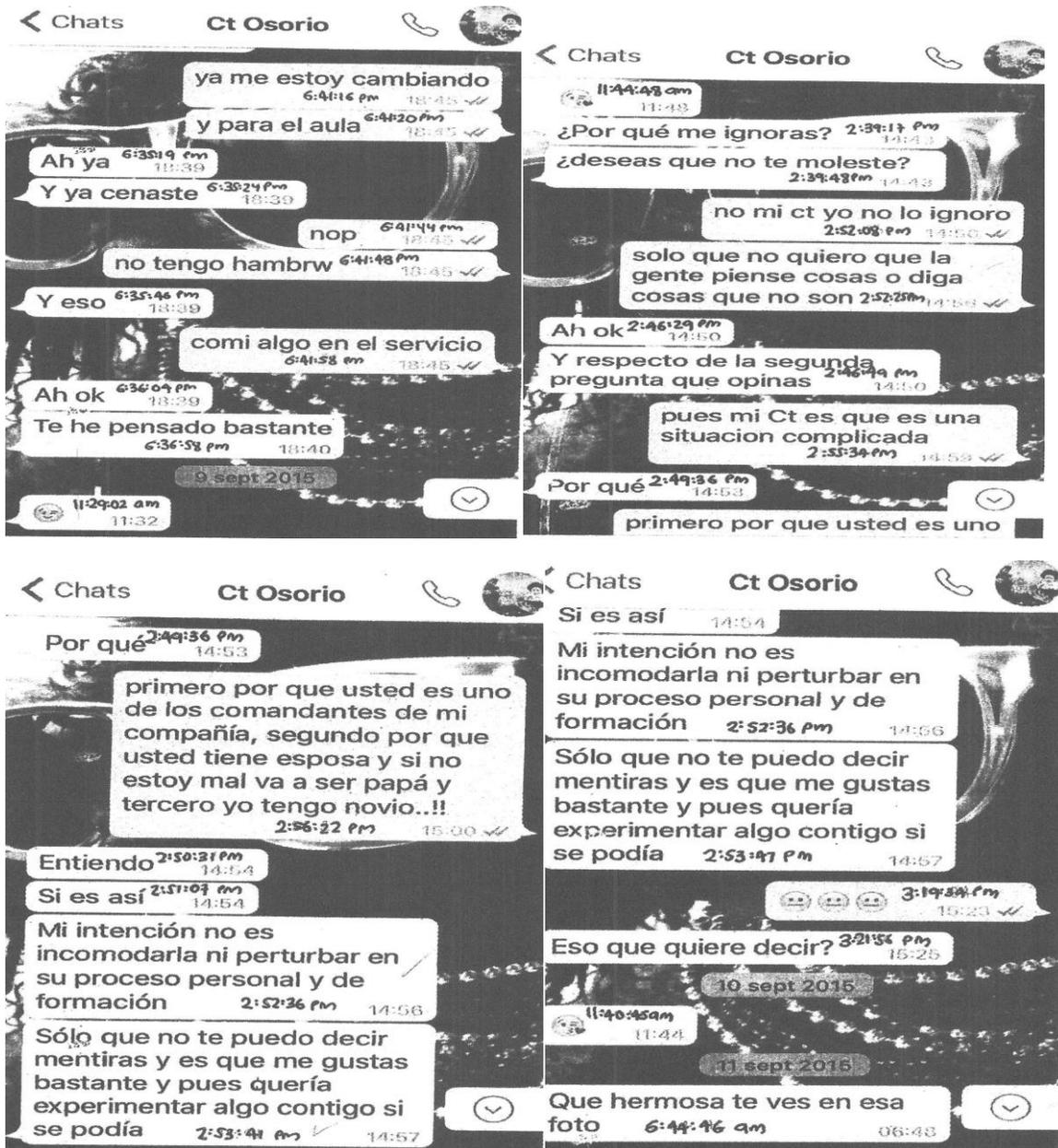
*“El domingo 17 de abril de 2016 ..., estábamos en la rotonda del Comando hablando cuando un compañero mío que estaba en el comando haciendo un trabajo salió a eso de las 23:30 horas y le dije a mi Capitán que me dejara ir a descansar y me dijo que no, que lo acompañara al Comando a hacer una cosa, yo le dije que no porque presentía que algo iba a pasar y efectivamente cuando entramos cerró la puerta, se hizo frente a mí y me cogió lo brazos y quería que le diera un beso, como no pudo se*

*hizo detrás mío y me abrazó con sus brazos y empezó a darme besos por el cuello, yo hablé en un tono de voz fuerte y mi Capitán se asustó, me soltó, abrió la puerta y se sentó en el escritorio e inmediatamente entró mi Alférez le preguntó que si ya nos podíamos ir a recogida, mi capitán dijo que si, salimos los dos cada uno con dirección al alojamiento correspondiente”*

### 3.4.2. Análisis hecho por el operador disciplinario a los mensajes de WhatsApp

A continuación, se ilustran las capturas de pantalla de los mensajes de WhatsApp que sirvieron de fundamento en la decisión sancionatoria. Los cuales corresponden a la conversación sostenida entre Yineth Paola Gómez y Cristian Andrés Osorio Rincón durante los días 06,09, 0 y 11 de septiembre de 2015:

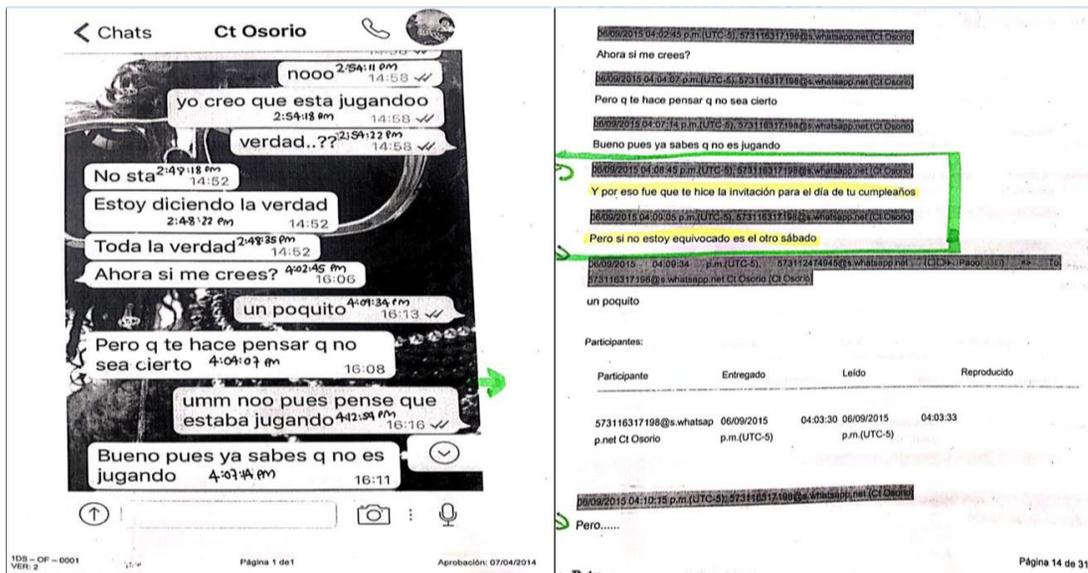




Del análisis de las reseñadas conversaciones del WhatsApp la accionada concluyó en el fallo disciplinario que:

*“es evidente, que si se observa la secuencia de los mensajes tendenciales, los cuales buscan que una alumna, discente del establecimiento educativo policial, accediera a los mensajes reiterativos y constantes, los cuales estaban impregnados de un acoso sexual, y que permitía al investigado, quien con ocasión a su cargo generaba poder jerárquico, al desarrollar las funciones de comandante de sección (...) Se deja entrever además, que la señorita Alférez, daba una respuesta a los mensajes enviados, de manera cortés y en secuencia de una conversación normal, con un toque de evasión respecto a lo que el señor Capitán quería y pretendía, quien insistentemente le escribía mensajes que fueron aportados como anexo dentro del mismo informe rendido por la señorita Cadete YINETH PAOLA y que coinciden con el análisis realizado al equipo móvil de propiedad de la quejosa por parte del Perito en Informática Forense del Centro Cibernético Policial DIJIN, y contenido dentro del respectivo informe pericial y forense, dando credibilidad a lo expresado a la queja”*

En este punto, conviene cotejar las capturas de pantalla ilustradas anteriormente, con el resultado del peritaje realizado al móvil de la quejosa, en el cual se pueden verificar ciertas inconsistencias, de la siguiente manera:



En la figura de la izquierda se observa la captura de pantalla aportada con la queja y en la derecha el resultado arrojado por el análisis de la DIJIN al móvil de la cadete. De estas imágenes se constata que algunos textos fueron eliminados. La misma situación ocurre al comparar la captura vista a folio 32 con el informe del laboratorio obrante a folio 113 vto; la del folio 33 con la del 114 vto; la del folio 37 con la del 119.

De la revisión del celular de la cadete Yineth Gómez, el perito de la DIJIN<sup>9</sup> concluyó que, para tener certeza que las conversaciones de WhatsApp no habían sido alteradas, era necesario analizar también el móvil del señor Osorio Rincón:

“(…) con el fin de verificar si la conversación por la aplicación WhatsApp (mensajes y audios), entre la quejosa y el señor capitán OSORIO RINCÓN, guardado dentro del equipo como “Ct Osorio”, no han sido alteradas, editado, modificado o suprimido y las cuales están almacenadas dentro del celular aportado (...), es necesario que este laboratorio de informática forense cuente con los equipos terminales móviles el (emisor y receptor) de los cuales fueron generados los mensajes que se enviaron mediante la aplicación de WhatsApp, con el fin de aplicar el procedimiento de extracción de información equipos terminales móviles y posteriormente realizar un análisis de la información contenida en cada uno de ellos”

Aunado a ello, aprecia el Despacho que en la secuencia de mensajes existen incongruencias frente a hora de envío y recepción de mensajes. Por ejemplo en la última imagen se tiene que, a las 14:58 la cadete envía “verdad..??” y la respuesta del acusado aparece enviada 6 minutos antes a las 14:52, donde le contesta “No sta”

Se tiene entonces, que dicha prueba presenta falencias que impiden establecer su veracidad, pues fueron eliminados textos y emoticones que eventualmente podrían darle otro sentido a la conversación allí plasmada. Aunado a ello, el concepto del perito informa que este tipo de mensajería digital es susceptible de modificaciones.

<sup>9</sup> Ver folio 121 vto.

Frente a este último aspecto la H. Corte Constitucional ha concluido que, las capturas de WhatsApp deben tener el valor de prueba indiciaria debido a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido. Así lo expresó el Alto Tribunal:

*“(...) En este escenario es relevante hacer mención de la aplicación WhatsApp, la cual se constituye como “un software multiplataforma de mensajería instantánea pues, además del envío de texto, permite la transmisión de imágenes, video y audio, así como la localización del usuario*

*Al efecto, en el ámbito probatorio, por ejemplo, los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantallas respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. Sobre estas últimas, la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba.”<sup>10</sup> (Negrilla del Despacho)*

Corolario de lo anterior, la valoración efectuada por la accionada careció de parcialidad y trasgredió el derecho de defensa del disciplinado. Omitió estudiar en conjunto las documentales relacionadas con los textos de WhatsApp y pasó por alto la alteración de estos. Además, descartó la observación hecha por el técnico forense que sugirió la inspección del móvil del Capitán Osorio; requisito para un grado absoluto de certeza sobre la veracidad de esos mensajes.

### **3.4.3 La declaración de Jesús David Vargas**

Para el Despacho el testimonio del señor Jesús David Vargas, es uno de los que reviste mayor importancia. De acuerdo con lo narrado en la queja de la señora YINETH GOMEZ fue el único testigo de la conducta endilgada al actor. De su declaración (fl. 175) se destaca lo siguiente:

*“(...) **PREGUNTADO:** ¿Sírvese informar al despacho si usted notó algún comportamiento extraño de parte del capitán CHRISTIAN ANDRÉS OSORIO para con la señorita cadete YINETH PAOLA GÓMEZ DIAZ hoy alférez, durante el turno de servicio? **CONTESTO:** Pues la verdad yo noté que, entre los dos, una forma de coqueteo y molestando entre los dos, hasta yo me retiré del lugar. Observé que ahí pasaba algo, por lo que me retiré...*

*...**PREGUNTO:** ¿Sírvese informar al despacho si observó algún comportamiento brusco o que usara su fuerza de parte del Capitán CHRISTIAN ANDRÉS OSORIO para con la señorita cadete YINETH PAOLA GÓMEZ DIAZ hoy alférez, ese día en la oficina del Comando de la Compañía? **CONTESTO:** En la oficina no, ninguna actuación extraña ni brusca o que se abrazaban ni nada, solo noté en palabras pues no recuerdo bien, pero si hablaban con indirectas, por ejemplo, estábamos hablando en un tema y ellos hacían comentarios y se reían mucho”*

***PREGUNTADO:** Indique al despacho si en el momento en que usted se acerca al despacho del señor Capitán OSORIO RINCÓN usted escucha gritos, llantos, voces de auxilio, gemidos o solicitudes de ayuda por parte de la señorita Cadete YINETH*

<sup>10</sup> Sentencia T-043 de 10 de febrero de 2020. M. P. José Fernando Reyes

**GÓMEZ DIAZ. CONTESTO:** Yo no escuché llantos, ni quejidos ni voces de auxilio. **PREGUNTADO:** ¿Diga al despacho como era el sonido ambiente a esa hora, cuando usted se dirigía a la oficina del señor capitán OSORIO RINCÓN, silencioso, ruidoso o había algún tipo de obstrucción que impidiera escuchar voces de auxilio? **CONTESTO:** Yo me dirigí a la hora de la retirada y en ese momento es silencioso no se escuchaba nada. (...) Yo salí solo, ella se quedó en la oficina.”

De lo anterior concluyó el operador disciplinario lo siguiente:

*“(…) Ahora bien, para este despacho es claro que si bien el escenario se desarrolla a puerta cerrada y por parte del declarante es difícil determinar que giró en torno a ese momento, es obvio que no existiendo motivo alguno, el solo hecho de dejarla en esa oficina y a puerta cerrada indica esa intención directa del sujeto predicada en el cargo como “acoso sexual” (...)*

*Frente al valor probatorio dado a esta declaración por el investigador, debe expresarse esta judicatura que discrepa de lo allí plasmado. En la situación descrita por el testigo, no se evidencian los elementos fijados por la jurisprudencia para que se constituya el acoso sexual. Esto es, que la cadete estuviera incomoda u ofendida por lo que allí ocurría. Por el contrario, lo percibido en ese momento por el declarante fue un flirteo mutuo entre la cadete y el disciplinado.*

*Aunado a esto, de la lectura de la conclusión transcrita se evidencia que el mismo operador disciplinario puso de presente que no existía certeza de lo ocurrido en ese momento. Así, no era procedente que el juzgador luego de advertir la existencia de una duda sobre lo acaecido sentenciara que la intención del señor Osorio para ese momento, era acosar sexualmente a la cadete. Con su decisión desconoció el principio constitucional de in dubio pro disciplinado y la norma que señala que no se podrá sancionar sin que obre prueba que conduzca a la convicción sobre la responsabilidad del investigado.*

#### **3.4.4. Las declaraciones de Fredy Octavio Morales y Carlos Mario Buitrago Arias**

*El fallo disciplinario también tuvo en cuenta la declaración de Fredy Octavio Morales (fl. 172), del cual extractó lo siguiente:*

*PREGUNTADO. ¿Sírvese informar al despacho si fue citado frente a la escuela por el señor Capitán, CHRISTIAN ANDRÉS OSORIO para hablar y averiguar sobre la cadete YINETH PAOLA GÓMEZ DIAZ hoy ya alférez? CONTESTO: Si en algún momento se intentó comunicarme conmigo mi Capitán OSORIO RINCÓN para hacerme algunas preguntas acerca de la señorita YINETH. Me manifestó que me necesitaba con suma importancia, y cuando llegue a la Escuela general Santander, me manifestó algún inconveniente que tuvo con la señorita Alférez, preguntándome cosas como si la conocía y que si había tenido algún parentesco con ella, que si terminamos la relación por algún problema mayor. PREGUNTADO: ¿Sírvese informar al despacho si en la conversación sostenida con el señor Capitán OSORIO RINCÓN le preguntó qué si tenía alguna foto comprometedoras de la señorita cadete YINETH PAOLA GÓMEZ DIAZ hoy ya alférez, y que si se la podía pasar? CONTESTO: Sí me indago si aún tenía fotos de ella. que si aún las poseía le manifesté que en ningún momento tenía fotos de la señorita Alférez que no le podía colaborar en ese sentido, ya que en ningún momento poseía fotos comprometedoras de ella. PREGUNTADO: ¿Sírvese informar al despacho si en la conversación sostenida con el señor Capitán OSORIO RINCÓN le solicito si le podía colaborar dando un testimonio y diciendo que la señorita cadete YINETH PAOLA GÓMEZ DIAZ hoy ya alférez, había sido la que se le había insinuado a usted? CONTESTO: No en ningún momento me solicito ese tipo de declaración, lo que me solicito muy respetuosamente es que si yo podía declarar la relación o lo que yo tuve en la escuela con la señorita Alférez, y que si en algún momento tuve algún*

*inconveniente con ella ya que le había llegado una información por terceros, de que yo poseía algún registro fotográfico obsceno de la señorita Alférez, en donde yo le manifesté que lo único que podía argumentar era que efectivamente había tenido una relación sentimental con ella, pero que no había durado más de dos meses y que posterior a ello no había pasado un lapso de tiempo de dos meses cuando me gradué de oficial. También me explicó de que le había llegado alguna información que habíamos terminado por un altercado y le aclare que nunca tuvimos altercado sino que por el contrario seguíamos hablando muy esporádicamente pero normal...’’ (Sic).*

*De la valoración de esta prueba se concluyó que, el encartado buscaba personas de la vida pasada de la cadete para dañar su imagen. Que aprovechando el cargo que desempeñaba como comandante de Sección, planificaba momentos y circunstancias para acosarla sexualmente.*

*De otro lado, del testimonio del señor Carlos Mario Buitrago Arias (fl. 169), el investigador resaltó:*

*PREGUNTADO: ¿Sírvese informar si usted estuvo en ensayos del desfile del 20 de julio del presente año? CONTESTO: Si señora. PREGUNTADO: ¿Durante los ensayos realizados para el desfile del 20 de julio de 2016, le fue indagada información acerca de la señorita para hoy alférez YINETH PAOLA GÓMEZ DIAZ? ¿Quién estaba preguntando, que información solicitaba o solicitaban? CONTESTO: Al momento del ensayo un señor oficial en el grado de Capitán me pregunta por la señorita YINETH PAOLA que si ella era curso mío, a lo que yo le respondo que sí, y él me pregunta que si se encontraba en los ensayos, a lo que le respondí que sí. Terminando así la conversación. PREGUNTADO: ¿Logro usted identificar quien era el señor capitán ó a que unidad pertenecía? CONTESTO: No señora, portaba el uniforme de asistencia con la chaqueta reflectiva... (Sic)*

*Concluyendo finalmente que, “(...) esta serie de sucesos anteriormente suscitados, aunque no se trata de acciones directas del señor oficial, generan rumores y malos comentarios que atentan contra el buen nombre de la alférez YINETH PAOLA GÓMEZ DIAZ, situaciones que hacía el señor Capitán, y más cuando hace comentarios, o en aras de manipular la situación (...)”*

*En este punto debe traerse a colación lo que ha dicho la jurisprudencia sobre los requisitos que toda prueba debe cumplir, esto es, que sea pertinente, conducente y útil, para lo cual han de verificarse los siguientes aspectos:*

*“(...) i) la pertinencia de una prueba se debe revisar que la prueba guarde relación con los hechos que se pretenden demostrar; ii) la conducencia de una prueba se debe revisar que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho; para lo cual: a) el medio probatorio respectivo debe estar autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley; y b) el medio probatorio no debe estar prohibido en particular para el hecho que con él se pretende probar; iii) la utilidad de una prueba se debe revisar que no sea manifiestamente superflua, es decir, que no tenga razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba (...)”<sup>11</sup> (negrilla del Despacho)*

*Tomando en consideración los anteriores parámetros, estas dos declaraciones valoradas por la administración no resultaban pertinentes dentro del proceso disciplinario adelantado contra el señor Osorio Rincón. El primer testimonio solo demuestra que existió una conversación en la cual el investigado solicitaba a un tercero rendir una declaración sobre la cadete, hecho que no guarda ningún tipo de relación con la conducta de acoso sexual imputada. A su turno, la segunda*

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sentencia 06 de febrero de 2020. Rad. 11001-03-15-000-2019-01602-00(F).

*manifestación no podía ser tenida en cuenta porque la declarante no pudo identificar el oficial que le preguntaba por dicha cadete.*

#### **4. Conclusión.**

*Del anterior análisis quedó demostrada la violación del derecho de defensa del accionante dentro del proceso disciplinario GRUTE-2016-14. El ente investigador dio valor probatorio absoluto a una prueba que era indiciaria. Realizó una valoración parcializada de los mensajes de WhatsApp; pasó por alto que algunos textos habían sido eliminados y omitió el informe técnico sobre la inspección del móvil de la quejosa; así como las recomendaciones allí plasmadas sobre la necesidad de revisar el móvil del investigado.*

*De otra parte, acorde con la ley y la jurisprudencia, la accionada para sancionar al disciplinado debió tener la certeza probatoria que este había cometido la falta imputada. En este sentido, en el caso de marras la prueba indiciaria de la conversación por WhatsApp no fue corroborada con las pruebas testimoniales arrojadas al proceso. Estas no establecieron que para la señorita Paola Gómez la conducta desplegada por el capitán fuera ofensiva. En consecuencia, no pudo desvirtuarse su presunción de inocencia y debió aplicarse el principio de in dubio pro disciplinado.*

#### **5. La perspectiva de género en providencias judiciales**

*La Rama Judicial al interior de la estructura del Poder Público debe velar por el cumplimiento de las garantías tendientes a la eliminación de la discriminación de la mujer y una vida libre de violencia. En desarrollo de esta obligación el operador judicial tiene que diferenciar una conducta normal de una violenta encubierta por un estereotipo cultural<sup>12</sup>*

*La situación fáctica que rodea la presente controversia tuvo su génesis en una conducta de presunto acoso sexual hacia una mujer. En este sentido, precisa el Despacho que la cadete Yineth Paola Gómez se encontraba en una situación de vulnerabilidad teniendo en cuenta su condición de mujer, la subordinación que ostentaba en relación con su agresor y el contexto en el que ocurrieron los hechos, esto es, al interior de una institución castrense con marcada jerarquización. Dicho estado de indefensión obliga al operador judicial a velar por la protección de la víctima otorgándole fuerza probatoria a su testimonio.*

*Para el Despacho, las expresiones “me gustas bastante” y “quería experimentar algo contigo” en el contexto en que fueron escritas, no son un simple piropo, es violencia de género. Este tipo de manifestaciones no pueden ser usadas sino en una relación sentimental consentida. El que provenga de un docente en una entidad jerarquizada falta a la ética profesional y al respeto que merece la mujer, pero no fueron estas las conductas por las que se investigó al capital CRISTIAN OSORIO por lo que no es posible darle en esta instancia consecuencias jurídicas.*

*Los principios del proceso disciplinario exigen que las decisiones condenatorias proferidas en su curso cuenten con la certeza probatoria que efectivamente el servidor público incurrió en la falta imputada, en este caso la de acoso sexual. Así, sin que se pretenda restar importancia a las declaraciones rendidas por la quejosa, ni a la conducta reprochable del actor, era necesario que las pruebas valoradas por el ente sancionatorio soportaran los elementos del cargo por los que se le inició el*

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T - 338 de 2018

*proceso disciplinario.*

*Se reitera que, en últimas, la decisión contó con una prueba de Whatsapp alterada y un testimonio que le es favorable al investigado. En consecuencia, acorde con principios constitucionales y reglas procesales, ante las dudas e inconsistencias probatorias advertidas, deben respetarse el derecho defensa del investigado y su presunción de inocencia.*

*Bajo estas consideraciones, concluye el Despacho que las decisiones sancionatorias se encuentran viciadas de nulidad, por lo cual habrá de declararse nulos los actos demandados y ordenar el respectivo restablecimiento.*

## **6. Del Restablecimiento**

### **6.1. Del reintegro y pago de salarios.**

*Como resultado de la declaratoria de nulidad del fallo disciplinario, se ordenará el reintegro del actor a la institución policial en el cargo que ostentaba al momento de su retiro. También se condenará a la accionada al pago de salarios y emolumentos dejados de percibir desde la fecha de desvinculación hasta el reintegro efectivo.*

### **6.2 De los perjuicios morales.**

*Frente a la afectación moral que alega el accionante, lo primero que debe destacar este estrado judicial es que, Jurisprudencialmente el daño moral ha sido considerado como aquel que:*

*“(...) comporta aflicción, dolor, angustia y en general, padecimientos varios, o como ha solido decirse, dichas consecuencias "son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y cada cual siente o experimenta a su modo (...) con lo cual ha concluido que es posible su reparación y que al tratarse de sentimientos que permanecen en el interior del ser no es posible su cuantificación exacta (...) En este orden de ideas, se tiene que el perjuicio moral se ha entendido aquel que violenta a la persona directa e indirectamente reflejado en dolor, aflicción y en general sentimientos de desesperación y congoja, el cual podrá ser reconocido únicamente cuando la persona que crea haber sido perjudicada, demuestre a través de medios probatorios la ocurrencia de éstos”<sup>13</sup>*

*Del aparte transcrito se tiene que para acceder a la reparación del daño moral debe demostrarse la ocurrencia de este. En el sub iudice se allegaron dos valoraciones psicológicas<sup>14</sup> realizadas en marzo y julio de 2018.*

*En la valoración realizada en marzo de 2018, se concluyó que: “(...) la persona objeto del estudio muestra actitud amable con expresiones abiertas tanto emocionales como afectivas, pero calmado y respetuoso. Demuestra capacidad para alcanzar relaciones interpersonales de manera afectuosa, semblante que hace fácil el acceso a redes de apoyo en los campos social, laboral y personal. Sin embargo, se le observa reservado y discreto en sus manifestaciones orales y comportamentales insinuando seriedad y control en su conducta y sobre su imagen personal.”*

*A su turno la evaluación de julio de 2018 encontró que: “(...) manifiesta síntomas de reexperimentación, evitación y aumento de la activación del suceso traumático pese a que han transcurrido más de 6 meses desde su ocurrencia (...) presenta sintomatología de Estrés*

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso - Administrativo. Sección Segunda. Sub sección B. Sentencia del 5 de octubre de 2017. C. P.: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 410012333000201200206 - 01 (1598-2016). Actor: NOHORA RAMÍREZ DE LEGUIZAMO y OTROS. Accionado: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

<sup>14</sup> Ver folios 421 y 425

*postraumático (TEPT), que por su prevalencia superior a tres (3) meses se cataloga como crónico. (...)*”

*De la lectura de estas documentales el Despacho encuentra que los resultados hallados en las dos valoraciones son distintos. Así, la aplicada en julio 2018 indica que el señor Osorio lleva más de 3 meses padeciendo de estrés. Mientras que, para marzo del mismo año el profesional no le encontró ningún tipo de síntoma psicológico que le estuviese afectando.*

*En este sentido, como no se aporta ninguna historia clínica que permita verificar el diagnóstico, evolución y tratamiento del estrés que dice padecer, no es procedente el reconocimiento de los perjuicios solicitados.*

*En relación con los perjuicios morales solicitados a favor de la familia del demandante, serán negados pues no se probó su causación. La declaración rendida por la hermana del actor, en cuanto refiere la aflicción de él y su familia por el reproche social que generó en su entorno la sanción disciplinaria, no puede ser tenida como prueba suficiente del daño. Está de por medio la parcialidad propia de la relación familiar por el interés de ver beneficiado a su hermano, sus padres y así misma.*

## **7. Condena en costas.**

*Se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada. Esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado<sup>15</sup>*

*Habida cuenta que el actor tuvo que nombrar apoderada para que representara sus intereses, se condena a la entidad demandada a pagar por concepto de costas la suma correspondiente al 20% del SMLV del año 2020.*

*El Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado para gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para su funcionamiento<sup>16</sup>.*

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.*

## **RESUELVE**

**PRIMERO. DECLARAR** la nulidad del fallo disciplinario de primera instancia de fecha 27 de abril de 2017, del fallo de segunda instancia del 12 de julio de 2017 y de la Resolución 7755 de 20 de octubre de 2017, por medio del cual se ejecutó la sanción impuesta en las decisiones antes señaladas dentro del proceso disciplinario SIJUR-GRUTE 2016-14, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO. ORDENAR** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL**, **REINTEGRAR** al señor **CRISTIAN ANDRÉS OSORIO RINCÓN** a la

<sup>15</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

<sup>16</sup> Artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 “Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa”,

*institución en el cargo que ostentaba al momento de su retiro, sin solución de continuidad, atendiendo la parte considerativa de esta providencia.*

**TERCERO. CONDENAR** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL**, a pagar al señor **CRISTIAN ANDRÉS OSORIO RINCÓN**, los salarios y emolumentos dejados de percibir desde la fecha de desvinculación hasta el momento efectivo de su reintegro, atendiendo las consideraciones de este fallo.

**CUARTO. ORDENAR** se dé aplicación a lo establecido en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**QUINTO. CONDENAR EN COSTAS** a la entidad demandada a la suma del 20% del S.M.ML.V para el año 2020.

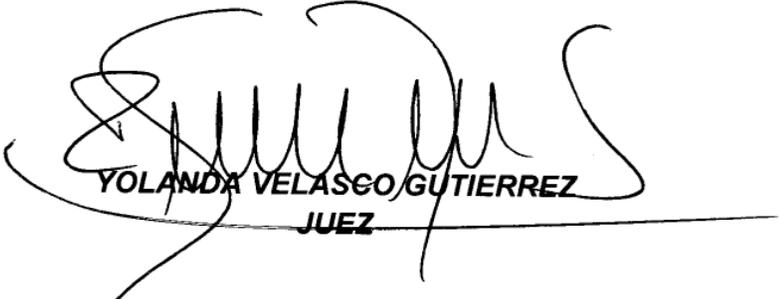
**SEXTO. DISPONER** los remanentes consignados para gastos a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

**SÉPTIMO.** Las sumas que resulten a favor del actor habrán de indexarse conforme a la fórmula expuesta en la parte considerativa del presente fallo.

**OCTAVO. COMUNICAR** este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez en firme a las partes accionadas.

**NOVENO. EJECUTORIADA** esta providencia, **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**YOLANDA VELASCO GUTIERREZ**  
**JUEZ**