**ACLARACIÓN DE VOTO / DISCIPLINARIO / ABANDONO DEL CARGO / ELEMENTO OBJETIVO Y SUBJETIVO / DOLO /**

“Sobran por tanto disquisiciones para asegurar que si por diversos motivos aquí la causal esgrimida para una eventual sanción disciplinaria no podía ser la del “abandono del cargo” (por no existir prueba del dolo, por no haber sido declarado por la autoridad nominadora, y en últimas por la no demostración de un perjuicio en concreto), entonces la ÚNICA posibilidad era haberse formulado cargos por la causal consistente en el “incumplimiento de los deberes funcionales”; y, como así no se hizo, coincidimos con la ponencia en el sentido que no existe otra opción jurídica que la absolución en el presente asunto.

EN CONCLUSIÓN: SÍ EXISTIÓ ABANDONO DEL CARGO DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO, MAS NO EN EL ÁMBITO SUBJETIVO, Y ADEMÁS DE ELLO EL MISMO NO FUE LEGALMENTE DECLARADO, CON LO CUAL, NO PODÍA SER EL FUNDAMENTO DE UNA CAUSAL AUTÓNOMA PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN DISCIPLINARIA, Y DE ESE MODO SE IMPONÍA LA ABSOLUCIÓN.”

---------------------------------------------------------------------------------------------------------------

aclaración DE VOTO

Los suscritos magistrados dejamos consignada respetuosamente una aclaración de voto al proyecto presentado por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón, con el fin de exponer nuestra posición particular en el asunto.

Lo primero a indicar es que compartimos en su esencia la decisión absolutoria adoptada por la mayoría de la Corporación, pero vemos la necesidad de hacer hincapié en unos puntos que en nuestro criterio son trascendentales, y desestimamos el énfasis que se ha querido poner a otros temas que en realidad no son determinantes para la absolución decretada. Se explica:

Se discute si hubo o no abandono del puesto de trabajo, si este requiere ser definitivo, si esa en verdad era la causal autónoma que se debió atribuir en el pliego de cargos, si se obró con dolo o de manera culposa (lo que determinaría a su vez el grado de la sanción), si se puede degradar su responsabilidad con fundamento en el tipo subjetivo; y, finalmente, si obrar en esa dirección podría afectar o no el principio de congruencia y por ende el derecho de defensa.

Para comenzar, se debe partir del entendido a nuestro modo de ver indiscutible, que objetivamente sí existió un abandono del cargo y el mismo fue definitivo y no transitorio, pero ese evento no fue declarado así por parte de la autoridad nominadora como correspondía, y ello generó una consecuencia adversa con miras a poder edificar sobre ese hecho una eventual falta disciplinaria.

En nuestro criterio, el superar los tres días de inasistencia injustificada al cargo ya era razón suficiente para proceder a emitir el acto administrativo de declaratoria de vacancia que implica el retiro del servicio. Eso no tiene discusión y no puede entenderse de otra manera. Lo dicho independientemente de si se perjudicó o no efectivamente el servicio, dado que para ese efecto se presume que esa ausencia tuvo que repercutir en forma adversa a la Administración Pública, y una valoración adicional a ese respecto no se requiere cuando de hacer la declaratoria de vacancia se trata (orden administrativa), pero sí cuando se pretende hacerla concurrir con una acción disciplinaria y/o penal (orden jurisdiccional).

Lamentablemente en una anterior decisión que adoptó el Tribunal en este mismo asunto, se sostuvo que aquí el abandono del cargo fue “transitorio y no definitivo”, y de replantear el tema en este momento le correspondería admitir a la Corporación que existió un error de apreciación en tal sentido.

En segundo término, es sabido que ese abandono del cargo debe ser VOLUNTARIO, y esa es la parte que nos parece se debió resaltar en la decisión (antes que aquello de si fue temporal o definitivo que repito no viene al caso), en el entendido que sólo es sancionable a título de DOLO.

Era importante por tanto mantener la reiterada cita doctrinal según la cual, para la comisión de la **falta disciplinaria de abandono injustificado del cargo o servicio**: “no basta la sola ausencia al lugar de trabajo, que por sí solo no demuestra el propósito de obrar contra el derecho, sino que es menester además, como falta disciplinaria dolosa, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar el cargo sin razón valedera y de obrar a sabiendas de la ilicitud del acto”.[[1]](#footnote-1)

A nuestro juicio, del disciplinado se pueden decir muchas cosas, entre ellas desde luego que es un irresponsable, pero por parte alguna se aprecia que haya dejado de asistir al empleo en forma VOLUNTARIA y por lo mismo DOLOSA, porque de la prueba arrimada se destaca que este señor es un enfermo, alguien que mantenía alicorado, que para esta ocasión sí fue al médico porque en realidad tenía afectada su salud, pero que por diversas circunstancias (falta de diligencia) no pidió y por supuesto no pudo allegar el certificado de incapacidad médica sea esta oficial o particular.

De ese modo, si un abandono del cargo solo puede ser declarado cuando media el DOLO y por lo mismo no es predicable de un comportamiento culposo, entonces sobraría toda posibilidad de aceptar el discutible argumento según el cual aquí era posible degradar el tipo subjetivo de dolo a culpa, y por esa vía disminuir la sanción, bajo el entendido de no quebrantarse el núcleo fáctico. Y decimos que es una tesis discutible porque al menos en materia penal se ha sostenido que no es viable hacerlo en cuanto se presentarían fallas en el derecho de defensa, ya que no es lo mismo defenderse de un dolo que de una culpa, sus elementos integrantes son totalmente diferentes no obstante que sea más favorable al justiciable y que no se modifique el núcleo fáctico que fundamenta la imputación en el caso concreto. E igualmente los ingredientes son diferentes en materia disciplinaria cuando se habla de “previsión efectiva” vs. “diligencia exigible”.

Más a más, como quedó debidamente explicado en la ponencia, para poder hacer concurrir la declaratoria administrativa de la vacancia con la sanción disciplinaria, se necesitaba demostrar una afectación no en abstracto sino en concreto del servicio público, y por supuesto a ese respecto tampoco se allegó la prueba requerida.

Sobran por tanto disquisiciones para asegurar que si por diversos motivos aquí la causal esgrimida para una eventual sanción disciplinaria no podía ser la del “abandono del cargo” (por no existir prueba del dolo, por no haber sido declarado por la autoridad nominadora, y en últimas por la no demostración de un perjuicio en concreto), entonces la ÚNICA posibilidad era haberse formulado cargos por la causal consistente en el “incumplimiento de los deberes funcionales”; y, como así no se hizo, coincidimos con la ponencia en el sentido que no existe otra opción jurídica que la absolución en el presente asunto.

EN CONCLUSIÓN: SÍ EXISTIÓ ABANDONO DEL CARGO DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO, MAS NO EN EL ÁMBITO SUBJETIVO, Y ADEMÁS DE ELLO EL MISMO NO FUE LEGALMENTE DECLARADO, CON LO CUAL, NO PODÍA SER EL FUNDAMENTO DE UNA CAUSAL AUTÓNOMA PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN DISCIPLINARIA, Y DE ESE MODO SE IMPONÍA LA ABSOLUCIÓN.

Atentamente,

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

1. Cfr. ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Derecho Disciplinario, Parte General, Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pg. 143, 1997. [↑](#footnote-ref-1)