

Bogotá D.C., 29 de Mayo de 2015

No. de radicación 2015-ER-064625
solicitud:



2015-EE-054695

Señora

Secretaría Magangué

Magangué Bolívar

Asunto: Solicitud de apoyo conceptual en relación a petición de reintegro de docente condenado por acceso carnal violento agravado

OBJETO DE LA CONSULTA

La Secretaría de Educación de Magangué, solicita apoyo conceptual y envía documentos donde se informa un ciudadano que fue nombrado docente en propiedad según el Decreto 537 de 1998, bajo los parámetros del estatuto docente 2277 de 1979, fue posteriormente condenado por el delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO en sentencia del 26 de marzo de 2008 por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué y que tras ser dejado en libertad por parte del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión, ha solicitado el reintegro a la Secretaría de Educación Municipal de Magangué, habiéndose decretado en su favor la extinción de la acción penal así como la extinción de la pena accesoria.

SOBRE LO CONSULTADO

Sea lo primero recordar que conforme a lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales, corresponde a los gobernadores y alcaldes, razón por la cual, el competente para determinar el reintegro solicitado por el señor ALFONSO ENRIQUE NUÑEZ ALMANZA, es la entidad territorial certificada.

Igualmente, según la documentación anexa, se encuentra que por medio del oficio No. 343 la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Fiscalía ante el Juez Único Penal del Circuito de Magangué, ordenó darle trámite administrativo a la suspensión provisional del cargo, razón por la cual no se encuentra razón por la cual nunca se abrió proceso disciplinario tendiente a determinar la responsabilidad disciplinaria del servidor público, sin perjuicio de la pena principal y la accesoria impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué.

No obstante, sobre el tema, esta Oficina presenta el siguiente análisis normativo que puede servir de sustento a la autoridad competente, para definir la situación particular.

Ha de tenerse en cuenta que conforme con lo previsto en los artículos 52 y 53 del

Código Penal, la pena de prisión conlleva la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y ambas se aplican y ejecutan simultáneamente. Así, el período de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas se cuenta a partir de la fecha en que se hizo efectiva la privación de la libertad y una vez el juez competente decreta la libertad y declare el cumplimiento de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, el docente debe ser reintegrado a su cargo, salvo que se trate de delitos dolosos según lo previsto en el Decreto 1278 de 2002.

En efecto, en los artículos 63 y 64 del Decreto 1278 de 2002, se describe que entre las causales por las que se produce el retiro del servicio de los docentes regidos por tal Estatuto y su consecuente exclusión del Escalafón Docente y pérdida de los derechos de carrera, está la de *“haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delito doloso”*.

Una vez superado el término de la inhabilidad que genera la pena privativa de la libertad, el interesado deberá someterse a concurso de ingreso y a período de prueba antes de volver a ser inscrito en el Escalafón Docente, a menos que haya sido condenado por delitos que afecten el patrimonio del Estado, o que estén relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, o por delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior, casos en los cuales la inhabilidad es permanente, según lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo No 01 de 2009.

Dichos artículos del Decreto 1278 de 2002 prevén respectivamente:

“ARTÍCULO 63. Retiro del servicio. La cesación definitiva de las funciones docentes o directivos docentes de los educadores estatales se produce en los siguientes casos: a. Por renuncia regularmente aceptada. b. Por obtención de la jubilación o pensión de vejez, gracia o invalidez. c. Por muerte del educador. d. Por la exclusión del escalafón como consecuencia de calificación no satisfactoria en la evaluación o de desempeño. e. Por incapacidad continua superior a 6 meses; f. Por inhabilidad sobreviniente. g. Por supresión del cargo con derecho a indemnización. h. Por pérdida de la capacidad laboral docente, de acuerdo las normas que regulan la seguridad social. i. Por edad de retiro forzoso. j. Por destitución o desvinculación como consecuencia de investigación disciplinaria. k. Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo. l. Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para desempeñar el empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, normas que la modifiquen o deroguen. m. Por orden o decisión judicial. n. Por no superar satisfactoriamente el período de prueba. o. Por haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delito doloso. p. Por las demás causales que determinen la Constitución, las leyes y los reglamentos.

ARTÍCULO 64. Exclusión del Escalafón Docente. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior conlleva la exclusión del escalafón docente y la pérdida de los derechos de carrera”

Por el contrario, si un docente regido por el mencionado Estatuto es condenado a pena

privativa de la libertad por un delito bajo una modalidad distinta a la dolosa, se considera que no debe ser retirado del servicio, pues no se configura ninguna de las causales previstas en el artículo 63 del Decreto 1278 de 2002. Por lo tanto, su situación administrativa es la de estar separado temporalmente del servicio o de sus funciones en virtud de una medida penal, según lo dispuesto en el literal b) del artículo 50 Ibídem.

Es de advertir que durante la separación temporal del cargo, la entidad territorial certificada en educación debe ordenar el no pago de la remuneración y demás prestaciones sociales, debido a que no puede existir contraprestación por un servicio no prestado y debe efectuar el reporte correspondiente a los organismos de control respectivos, para que dentro del ámbito de su competencia adelanten las acciones administrativas, fiscales y disciplinarias a las que haya lugar.

Sin embargo, ha de apreciarse que el señor NUÑEZ ALMANZA, según documental que allega, tras haberse sometido a concurso fue nombrado en propiedad en 1998 y está regido por el Decreto 2277 de 1979. Al examinar detenidamente este Decreto, se observa que no existe la causal de exclusión del escalafón docente que si tiene previsto el artículo 63 para los docentes nombrados bajo el Decreto 1278 de 2002 y simplemente refiere en su artículo 46 las causales de mala conducta, así:

"Artículo 46. CAUSALES DE MALA CONDUCTA. Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta:

.....g) El ser condenado por delito o delitos dolosos"

Igualmente, según se informa, de la circunstancia particular del señor NUÑEZ ALMANZA, se puede apreciar lo siguiente **i) no pesa sobre él ninguna sanción disciplinaria, ii) tampoco se inició por parte de los funcionarios de la Secretaría de Educación Municipal trámite alguno tendiente a la apertura e investigación disciplinaria correspondiente, iii) los términos para abrir el proceso disciplinario han prescrito por haber transcurrido 5 años a partir de la consumación del hecho motivo de investigación.**

Ahora bien, de lo informado por el peticionario y de los documentos anexados no puede obtener certeza de las situaciones de hecho previstas en los artículos 47 y 68 del referido Decreto 2277 de 1979 relacionados respectivamente con el abandono de cargo y con retiro del servicio así:

"Artículo 47. ABANDONO DEL CARGO. El abandono del cargo se produce cuando el docente sin justa causa no reasume sus funciones dentro de los 3 días siguientes al vencimiento de una licencia, una comisión o de las vacaciones reglamentarias; cuando deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos; cuando en caso de renuncia, hace dejación del cargo antes de que se le autorice para separarse del mismo o antes de transcurridos quince (15) días después de presentada y cuando no asume el cargo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado. En estos casos la autoridad nominadora, sin concepto previo de la respectiva junta de escalafón, presumirá el abandono del cargo y podrá decretar la suspensión provisional del docente mientras la junta decida sobre la sanción definitiva de acuerdo con los plazos establecidos en el artículo 53 del presente decreto.

Artículo 68. RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de las funciones del docente y se produce por renuncia, por invalidez absoluta, por edad, por destitución o por insubsistencia del nombramiento, cuando se trate de personal sin escalafón, o del caso previsto en el artículo 7º de este decreto.

La supresión de la carga académica asignada al docente no implica su retiro del servicio ni la suspensión del pago de su remuneración, mientras se le asignen nuevas funciones”.

Al respecto, mediante Sentencia C-509 de 1994 de la Corte Constitucional, establece algunos criterios orientadores sobre una posible inhabilidad sobreviniente cuando estudió las consecuencias de las inhabilidades, así:

“Es bien sabido que las inhabilidades tienen como objetivo fundamental no sólo impedir que una persona que se encuentre afectada por una de ellas, sea elegida o designada en un cargo público, sino que además como lo prevé el artículo 6o. acusado, respecto de quienes surgiere una de las causales descritas en forma sobreviniente, pueden ser declarados insubsistentes, con lo que se pretende mantener y garantizar los principios enunciados de dignidad, eficiencia e idoneidad en la noble tarea de administrar justicia.

La configuración de tales inhabilidades acarrea lo siguiente:

a) Para quien aspira a ingresar o acceder a un cargo público, no podrá ser designado ni desempeñar dicho cargo.

b) Para quien sin haberse configurado alguna de las causales de inhabilidad mencionadas, es nombrada para ocupar un cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional, o cuando encontrándose en ejercicio del cargo, incurre en alguna de ellas, será declarado insubsistente.

En todos estos eventos, la persona nombrada, deberá ser declarada insubsistente mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial. Desde este punto de vista y atendiendo a dicha teleología, la jurisprudencia constitucional distingue dos tipos de inhabilidades: en primer lugar, están las inhabilidades que se configuran como consecuencia de concurrir en el individuo aspirante a un cargo público, circunstancias de naturaleza personal. Es el caso de la existencia de parentescos –verificado por ejemplo en el artículo 126 de la Constitución Política- que impiden el ejercicio de cargos públicos simultáneos o la nominación de una persona a un cargo del Estado, por parte de un servidor público con quien la une un lazo de consanguinidad o afinidad.

El segundo grupo de inhabilidades sí tiene un componente sancionatorio, pues las circunstancias que impiden a los individuos continuar en determinado cargo y se derivan de la reprochabilidad penal, disciplinaria, contravencional, correccional o de punición por indignidad política de su conducta.”.

En consonancia con lo anterior, la Ley 734 de 2002, en cuanto a inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses establece lo siguiente:

“Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos

públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político. (Subrayado fuera del texto original).

Este examen, según lo relatado en la parte inicial de este documento, deberá ser asumido por el ente competente, esto es por la Secretaría de Educación Municipal, de cara a determinar si frente a la solicitud de reintegro del ciudadano condenado, la misma es procedente o no, en aplicación de la normatividad vigente, no sin antes considerar la situación especial de que el delito por el cual fue condenado es de suma gravedad, máxime si se tiene en cuenta la función social de los educadores y las connotaciones que al respecto tiene prevista la conducta típica de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO.

Por ello, en criterio de esta oficina asesora existe norma expresa que imposibilita jurídicamente el reintegro del docente ALFONSO ENRIQUE NUÑEZ ALMANZA, dado que según la providencia donde se decretó oficiosamente la Extinción de la Sanción Penal, emanada del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena, el señor NUÑEZ ALMANZA fue condenado el 26 de marzo de 2008 por el Delito de Acceso Carnal Violento Agravado. Esta circunstancia analizada a la luz de lo normado en el numeral 1o del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, emerge como inhabilidad para desempeñar el cargo público al cual aspira ser reintegrado, comoquiera que fue condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso, dentro de los diez años anteriores, a partir de la ejecutoria del fallo.

Finalmente, es preciso recordar que en armonía con lo expuesto en la parte inicial de este documento y de conformidad con lo establecido en el artículo 7º del Decreto 5012 de 2009, a esta Oficina le corresponde emitir conceptos y prestar asesoría de tipo jurídico en asuntos que son de competencia del Ministerio de Educación Nacional. Lo anterior no significa que esta Oficina deba resolver casos particulares, que son competencia de otras autoridades.

El anterior concepto se extiende en los términos contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), y cuyo contenido señala que las respuestas a las consultas, "no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución", aplicable a la fecha por declaratoria de inexecutable de los artículos que regulaban dicho tema en la Ley 1437 de 2011.

Atentamente,

INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 0

Anexos: 0

Anexo: