

EJERCITO NACIONAL – Traslado de personal / TRASLADO DE UNIDAD MILITAR – Investigación disciplinaria / OPERACIÓN DE CONTRAINTELIGENCIA – No era una función autorizada / FALTA DISCIPLINARIA – Solicitar dinero a cambio de tramitar traslados de soldados profesionales / FALTA DISCIPLINARIA – A título de dolo

se observa que el 4 de febrero de 2009, el Comandante de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional, profirió Fallo de Primera Instancia, en el que efectuó un análisis de los testimonios obrantes en el proceso, entre éstos, los de los señores Luis Caly Rivas, María Dolly Mejía Mejía, José Gregorio Gelves Moncada, Juan de Dios Díaz Mejía, Juan Carlos Méndez, Náum Sánchez y Hermes García Heredia, a partir del cual se evidencia que los declarantes coincidieron en afirmar que el disciplinado les solicitó dinero para lograr ser trasladados de su respectiva Unidad, aduciendo que tenía contactos que podría realizar ese procedimiento. Además, se precisó que aprovechó su calidad de servidor público – Suboficial del Ejército- y abusando de su cargo y funciones, solicitó dinero para tramitar traslados a Soldados Profesionales. Se desvirtuó la tesis relativa a la colaboración del actor con su padre (Luis Alfonso Rivas) en una Operación de Contrainteligencia, ya que los testigos fueron coincidentes en afirmar que no conocían ésta y que no tuvieron contacto con el señor Luis Rivas, quien además, no demostró su calidad de informante. Sumado a lo anterior, el disciplinado tenía cinco años de experiencia en el Ejército Nacional y era conocedor de las funciones que le habían sido asignadas, por tanto sabía que no podía involucrarse en una presunta Operación de Contrainteligencia adelantada por su padre, sin que su actuar estuviera autorizado por superiores y soportada en una Orden de Operaciones. Así las cosas, se observa que en la referida Decisión se sustentó de manera suficiente la responsabilidad del actor en la comisión de la falta que se le endilgó, ya que aprovechó su cargo de Cabo Segundo del Ejército Nacional, para solicitar dinero a cambio de tramitar los traslados de Soldados Profesionales. Por otro lado, aunque esa labor no estaba dentro de las funciones que se le asignaron, se probó que realizó el ilícito disciplinario que se le endilgó, relacionado con el delito de concusión, el cual señala que el Servidor Público que abusando de su cargo o funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero dinero cualquier otra utilidad indebida.

FALTA DISCIPLINARIA – A título de dolo

A través de la Ley 836 de 16 de julio de 2003, se expidió el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, norma aplicable al señor Robinson Arturo Rivas Accosta, quien se desempeñaba como Cabo Segundo en esa Institución. En el *sub lite* se le atribuyó al demandante la comisión de las faltas disciplinarias previstas en los numerales 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003 en concordancia con una conducta punible a título de dolo, prevista en el artículo 404 del Código Penal; y 10 del artículo 59 de la referida ley.

FUENTE FORMAL: LEY 836 DE 2003 – ARTICULO 58 NUMERAL 30

INDAGACION PRELIMINAR – Funcionario competente / INDAGACION PRELIMINAR – Cuando exista duda sobre la procedencia de investigación disciplinaria. Terminación / APERTURA DE INVESTIGACION PRELIMINAR EN LAS FUERZAS ARMADAS – Debido proceso / DEBIDO PROCESO – Testimonios / TESTIMONIOS – Decretados y practicados en la oportunidad procesal / APERTURA DE LA INVESTIGACION DISCIPLINARIA – Valor probatorio de las pruebas recaudadas / TESTIMONIO – Oportunidad para controvertir o solicitar ampliación /

No expresó su inconformidad frente a las pruebas practicadas en la etapa de Indagación Preliminar, pues en la declaración que rindió el 9 de noviembre de 2007, solicitó la práctica de los testimonios de los señores Germán Alonso García, Néstor Javier Salazar González, Libardo Carreño Castañeda y la ampliación de la declaración del señor Luis Abel Caly Salcedo, pero no cuestionó los testimonios de los señores García Heredia y Acosta Aguilar, ni exigió ampliar la declaración del último citado. Así las cosas, se observa que el demandante tuvo la oportunidad de solicitar y controvertir pruebas, pues se le notificaron las decisiones que ordenaron la inclusión de las mismas en el proceso disciplinario, por tanto, pudo participar en el desarrollo de las mismas y de aportar medios probatorios consonantes con su defensa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ (E)

Bogotá D.C., cinco (05) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00164-00(0725-12)

Actor. ROBINSON ARTURO RIVAS ACCOSTA

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

Decide la Sala la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Robinson Arturo Rivas Accosta contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Fallo de Primera Instancia de 4 de febrero de 2009, proferido por el Comandante del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional, mediante el cual sancionó al actor con separación absoluta del cargo, inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de diez (10) años y pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares; del Auto No. 1479 de 24 de noviembre de 2010, expedido por el Comandante General de las Fuerzas Militares, que declaró

improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la anterior decisión; y de la Resolución No. 0470 de 6 de abril de 2011, por medio del cual el Comandante del Ejército Nacional ejecutó la sanción disciplinaria.

A título de restablecimiento del derecho solicitó reintegrar al actor al Grado de Cabo Segundo; condenar a la entidad demandada a pagarle los salarios, primas de actividad, antigüedad, vacaciones, junio, diciembre y partidas de alimentación, bonificaciones, subsidio familiar, seguro de vida y buena conducta, y demás relacionadas con la asignación básica correspondientes al grado que ostentaba, además de aquellas que se hayan creado en los años siguientes a su retiro y aplicables al grado que venía ocupando, desde cuando se produjo su desvinculación hasta que sea reintegrado; declarar que para todos los efectos legales y prestacionales no ha existido solución de continuidad; ajustar las condenas conforme al I.P.C., según lo dispone el artículo 179 del C.C.A.; dar cumplimiento a la Sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El 19 de septiembre de 2007 el Capitán Hugo Alejandro Gordillo Rincón - Comandante de la Zona de Inteligencia Técnica No. 2, pasó revista a la Estación de Monitoreo de Ocaña – Norte de Santander, y de manera verbal, se le informó sobre las presuntas irregularidades cometidas por el actor, quien presuntamente ingirió bebidas embriagantes, hizo uso de su arma de fuego y pidió dinero a algunos soldados para trasladarlos a otra Unidad Militar.

El citado funcionario, abrió Indagación Preliminar, a pesar de que no habían quejas escritas que dieran cuenta de los hechos objeto de investigación, además, no tenía competencia para ello, pues el procedimiento a seguir era informar al señor Comandante del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional, quien para el asunto actuó como Operador Disciplinario de Primera Instancia, cuando éste debió decidir en Segunda Instancia, sin embargo, esa labor la realizó el Comandante General de las Fuerzas Militares.

El Comandante de la Zona de Inteligencia Técnica No. 2, decretó la práctica de pruebas, y en la diligencia de notificación sólo le hizo mención al investigado de lo señalado en el artículo 124 de la Ley 836 de 2003, y omitió notificar la práctica de las diligencias testimoniales para que éste ejerciera su derecho de contradicción.

El 28 de septiembre de 2007 el citado funcionario remitió por competencia al Comandante de la Unidad de Inteligencia de Señales la Indagación Preliminar No. 009-2007.

El 8 de julio de 2008 se profirió Auto de Cargos en su contra, en el que se le endilgaron las siguientes faltas: Haber abusado del cargo y funciones solicitando dinero a varias personas, para gestionar traslados de Soldados Profesionales del Ejército Nacional, el cual se relacionó con el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003 y por vía de remisión se acudió al artículo 404 de la Ley 599 de 2000, conductas que necesariamente deben cometerse en razón, con ocasión o como consecuencia de la función del cargo o abusando del mismo; y haberse extralimitado en el cumplimiento de sus funciones, pues realizó actividades que no están contempladas dentro de los deberes funcionales, que como servidor público está obligado a cumplir como Comandante de la Estación de Monitoria.

El 4 de febrero de 2009 se profirió Fallo sancionatorio y se ordenó separar al actor del empleo. El 31 de marzo de 2009 quedó debidamente ejecutoriada la sanción, pues no se interpuso recurso de apelación ante el Comando General de las Fuerzas Militares, pero la decisión no fue comunicada dentro de los diez (10) días, para que el funcionario competente procediera a su ejecución, en los términos del artículo 172 de la Ley 734 de 2002.

Por medio de Auto de 24 de noviembre de 2010 el Comando General de las Fuerzas Militares, antes de ejecutar la sanción, envió el expediente al Batallón de Inteligencia Técnica No. 1, y éste, mediante providencia motivada corrigió el segundo apellido del disciplinado para efectos de plena identidad, pero en la parte resolutive de esa decisión, señaló que contra esa providencia procede el recurso de apelación.

El apoderado del actor impugnó la citada corrección, pero nada expresó respecto al Fallo Sancionatorio, por tanto, el Fallador de Segunda Instancia declaró improcedente el recurso, al considerar que la citada providencia es un Auto Interlocutorio contra el que no procede recurso alguno.

Mediante Resolución No. 0470 de 6 de abril de 2011 expedida por el Comandante del Ejército Nacional, se ejecutó el Fallo Sancionatorio, es decir, dos (2) años

después de su expedición. Esa decisión fue notificada al disciplinado el 11 de abril del mismo año.

El proceso disciplinario fue instruido por el Asesor Jurídico del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1, de apellido Cucunuva.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política, artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 90, 121, 125, 209 y 230; Ley 734 de 2002, artículos 66 y siguientes; y Ley 836 de 2003.

Falta de competencia en la indagación preliminar

El Comandante de la Zona de Inteligencia Técnica No. 2 olvidó que la descripción del tipo disciplinario es la prevista en el artículo 111 de la Ley 836 de 2003 y precisó que la acción disciplinaria se adelantaría de oficio por información proveniente de un servidor público o de queja formulada por cualquier persona.

A su vez, el artículo 112 *ibídem*, indica la obligatoriedad de la queja, pues los miembros de las Fuerzas Militares que conozcan de la ocurrencia de un hecho, deberán poner en conocimiento de su respectivo superior, el cual, si carece de competencia, tendría que remitirlo al competente.

El Comandante de la Zona de Inteligencia Técnica No. 2, debió presentar un informe de los hechos, pero al omitir ese procedimiento, se atribuyó competencia y abrió Indagación Preliminar sin tener estar facultado para ello, sin embargo, una vez advirtió esa situación, envió la actuación a su superior inmediato, quien incurrió en un yerro procesal al evaluar la Indagación Preliminar, dándole valor probatorio a las pruebas recaudadas por el citado funcionario, pues en su lugar, debió declarar la nulidad de esa actuación.

La Apertura de Indagación Preliminar está viciada de nulidad por falta de competencia del funcionario, con lo que se afectó el debido proceso y el derecho de defensa del disciplinado. Por lo anterior, éste desconoció los principios de publicidad y contradicción, enlistados en el artículo 93 de la Ley 836 de 2003, con lo que lesionó el debido proceso.

Participación del investigado en la práctica de pruebas de la indagación preliminar.

El numeral 4 del artículo 124 de la Ley 836 de 2003, faculta al investigado para participar en la controversia probatoria, a pesar de ello, no se le notificó sobre las pruebas a practicar en la Indagación Preliminar, por tanto no tuvo la oportunidad de contrainterrogar a los testigos y de ejercer su derecho de defensa.

La práctica de pruebas, se le debe notificar al demandado de manera personal, pues así lo ha precisado la Sentencia C- 892 de 1999, por ello, la referida Indagación se adelantó con vulneración del derecho de defensa.

Indebida formulación de cargos

El primer cargo que se le atribuye es el previsto en el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, consistente en *“Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo”*

Lo anterior, por remisión normativa del tipo penal descrito en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, que señala: *“CONCUSIÓN: El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite...”*

Para la fecha de Apertura de Investigación preliminar el Suboficial investigado fungía como Comandante de la Estación de Monitoria, la cual no estaba relacionada con traslados, pues el Jefe de la Oficina de Talento Humano del Ejército Nacional, era quien tenía esa función.

Por lo anterior, el tipo disciplinario endilgado no encuadra dentro de la conducta investigada, pues para que se configure, se debe cometer en razón o con ocasión de la función o el cargo o abusando del mismo.

En su testimonio el señor Coronel Serpa Hernández, señaló que el padre del investigado -Luis Alfonso Rivas- realizaba actividades de inteligencia con el fin de ubicar a un señor que realizaba traslados y pidió dinero para entregarlo a una persona en Tunja. Dentro de esa actividad involucró a su hijo. En ese sentido, no

se le puede atribuir al actor la exigencia de dineros para traslados abusando de su cargo o función.

El delito de concusión no es aplicable a la actividad militar, pues no está dentro del fuero que les aplica a los servidores que pertenecen a ese régimen. Citó la Sentencia C - 538 de 1997 y señaló que las funciones de sus servidores no se relacionan con la exigencia de dinero a inferiores en grado de traslado.

El citado delito aún no ha sido fallado por la Justicia Ordinaria, la cual conoció de la actuación penal, pues el Juzgado 84 de Instrucción Penal Militar al instruir la actuación penal y escuchar en indagatoria al señor Robinson Díaz Accosta, ordenó remitir las diligencias a la Fiscalía Delegada para los Delitos contra la Administración Pública, en razón a que los hechos investigados no guardan relación con el servicio.

El proceso de adecuación típica es inadecuado, pues los hechos por los que se investiga al actor no se encuadran dentro del numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, y de ser así, debe demostrarse a través de un proceso penal donde exista una condena ejecutoriada.

El artículo 15 de la citada ley, es aplicable al personal en servicio activo, y para la fecha de los hechos, el actor no se encontraba ejerciendo funciones propias del cargo.

Reserva de la actuación disciplinaria

El Asesor Jurídico del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1, fue quien instruyó el proceso disciplinario, recibió la versión libre y las demás diligencias, tomó las determinaciones dentro del proceso, ya que el Funcionario de Instrucción no estuvo presente en ninguna de éstas, a pesar de ello, esas diligencias aparecen firmadas por éste, con lo que posiblemente se incurrió en el delito de falsedad ideológica. Además, desconoció el principio de inmediación de la prueba.

El artículo 178 de la Ley 836 de 2003, establece que el Funcionario de Instrucción podrá elegir un Secretario, y para el asunto, se designó al señor Nicolás Forero Lozano, quien no participó en ninguna diligencia, pues en su lugar, fue el Asesor Jurídico quien dirigió la investigación, practicó pruebas, elaboró autos e hizo las

veces de Secretario, ya que tomó las decisiones y tuvo acceso al expediente, a pesar de ello, no firmó ningún documento, por tanto, el Oficial que actuó como Instructor, permitió que se lesionara la reserva de la investigación disciplinaria.

El artículo 116 de la Ley 836 de 2003, fijó la reserva de la actuación disciplinaria, en concordancia con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, artículos 14, 143 (2), 293, 297, 301 y 330; Ley 190 de 1995, artículos 33 y 79 (2); Ley 734 de 2002, artículos 90 (4) y 95, y Ley 1015 de 2006, artículo 58.

De conformidad con el artículo 95 de la Ley 734 de 2002, la reserva del procedimiento se mantiene hasta cuando se formule el pliego de cargos o la providencia que ordene el archivo definitivo.

Ilícitud sustancial - culpabilidad

La investigación disciplinaria no observó las formas propias de cada juicio ni el procedimiento disciplinario, ya que el fallo sancionatorio se apartó del principio de legalidad, pues los hechos no afectaron la función pública y los tipos disciplinarios endilgados no fueron demostrados, ya que la simple tipicidad no conlleva a un juicio de reproche disciplinario.

La conducta típica, presupone la infracción al deber, pero se analiza si se infringió el deber funcional, pues en caso contrario, no se presenta la ilicitud sustancial prevista en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, mediante apoderado contestó la demanda y se opuso a las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos (fl. 149-168):

Los actos administrativos acusados gozan de presunción de legalidad, fueron proferidos conforme al ordenamiento jurídico y la nulidad de los mismos debe ser demostrada.

No se presentó falsa motivación, pues no se demostró que los fines buscados por la autoridad administrativa sean distintos al interés público.

Los fundamentos de derecho esbozados por el demandante carecen de una exposición clara de los motivos por las cuales consideró que los fallos disciplinarios están viciados de nulidad, pues no confrontó éstos con la norma sustantiva presuntamente vulnerada.

Señaló que ejerció la facultad discrecional para retirar del servicio al demandante, por tanto el acto de retiro no se disfrazó de destitución¹.

Indicó que en la Sentencia suplicada (sic), al examinarse el contenido de la norma que sirvió de fundamento a la Entidad demandada para expedir el acto acusado, se consideró que ésta confería la facultad discrecional al nominador para que por razones del servicio dispusiera en cualquier momento de la separación absoluta del servicio activo de alguno de sus miembros, siempre que contara con la recomendación del Comité de Evaluación legalmente establecido, actividad que encontró ajustada a derecho, pues el acto acusado fue proferido por la autoridad nominadora y el citado Comité recomendó el retiro del servicio del actor².

Del acervo probatorio se deduce que el Oficial encartado efectivamente huyó, pues él manifestó “...*Por los nervios, y teniendo en cuenta que no podía caminar por que tenía la rodilla derecha golpeada, me arrastré, ingresé al inmueble y a una distancia de 2 a 3 metros al interior del mismo solté el arma, luego seguí arrastrándome...*” y su versión coincide con lo señalado por los agentes del orden, lo cual encaja dentro del tipo disciplinario endilgado al S.S. DURANGO, pues este tipo de conducta atenta contra la seguridad de los Patrulleros. Además, cometió otros delitos como porte ilegal de armas y tentativa de homicidio³.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (fl. 221-234):

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y señaló, que en el pliego de cargos se le endilgó la falta prevista en el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836

¹ El apoderado de la Entidad demandada hace referencia a la facultad discrecional, a pesar de que ese no es el asunto que se debate en el plenario.

² Se observa que los argumentos esbozados por el referido apoderado no guardan coherencia con los hechos formulados en la demanda, pues el caso que se debate no se relaciona con el retiro del servicio ni con la Intervención de un Comité Evaluador.

³ Los hechos narrados por el apoderado de la Entidad demandada no se relacionan con el asunto que se estudia, pues hace mención de un nombre diferente al del disciplinado y de unas circunstancias que no coinciden de ninguna manera con lo señalado en el escrito de la demanda.

de 2003, por cuanto presuntamente el actor le pidió dinero a Soldados Profesionales para gestionar sus traslados, y por remisión, adecuó su comportamiento al tipo penal de Concusión, sin embargo, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la Fiscalía General de la Nación indicó que al señor Rivas Accosta se le investiga por el delito de Estafa.

La falta debe estar demostrada de manera objetiva, lo cual no es prerequisite para iniciar la investigación disciplinaria, pero si para formular pliego de cargos. Además, la imputación debe ser inequívoca, exacta y concordar con el origen de la acusación, conforme lo exige el artículo 162 (sic).

En la formulación de cargos no se indicó qué conducta concreta ocasionó el reproche disciplinario, es decir, el cargo que describa inequívocamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, ni se determinó qué verbos rectores fueron vulnerados, por cuanto a partir de éstos se puede construir un tipo autónomo, aunque estén dirigidos a la protección de un mismo deber jurídico. Además, esa calificación es necesaria para establecer de forma inequívoca la determinación jurídica de la falta endilgada.

En el auto de cargos se realizó una indebida adecuación del tipo disciplinario, pues la conducta no se encuadró en el verbo rector, no hubo desagregación del tipo disciplinario y penal, ni se indicó si el disciplinado abusó de su cargo o sus funciones, con lo que se configuró la desviación de poder.

Se le sancionó por cometer una falta título de dolo, pero no se indicó la clasificación del mismo ni se profundizó en la modalidad específica de la conducta de acuerdo con las pruebas recaudadas.

La sola tipificación de la conducta no basta para declarar su responsabilidad, más aún, si el investigador acudió a un tipo penal, que según la jurisprudencia requiere que el disciplinado haya sido oído y vencido en juicio penal, esto es, que haya acudido a Casación para que se defina su situación a través de Sentencia debidamente ejecutoriada, tal como lo señala el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003.

El tipo disciplinario no encuadra dentro de la conducta investigada, pues para que éste se configure, la falta se debe realizar con abuso del cargo o de funciones, no

basta con precisar que se cometió a título doloso. Además, debe existir una condena penal ejecutoriada que se haya agotado en el grado de Casación.

Parte demandada (fl. 235-242):

Reiteró los argumentos señalados en la contestación de la demanda y enfatizó en que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, pues fueron emitidos conforme al ordenamiento jurídico, por tanto la ilegalidad de los mismos debe ser demostrada.

La falsa motivación hace referencia a los móviles y los fines de la autoridad administrativa que los expide, los cuales son diferentes al interés público propio de todas las actuaciones del Estado, pues persiguen un fin diferente al previsto en la norma.

Por lo anterior, para que proceda una causal de anulación es necesario que los fines buscados por esa autoridad, sean distintos a los previstos específicamente en relación con una competencia.

El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece como causales de nulidad las siguientes: cuando los actos administrativos infrinjan las normas, cuando hayan sido expedidos por funcionario u organismo incompetente, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, con falsa motivación o desviación de poder.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación emitió Concepto, visible de folios 244 a 246, en el que solicitó negar las súplicas de la demanda por las razones que se exponen a continuación:

Luego de un estudio de las pruebas documentales y testimoniales obrantes en el proceso, señaló que mediante Auto de 23 de abril de 2007 se abrió Investigación Disciplinaria y se ordenó escuchar al actor en versión libre y tener como pruebas las recaudadas en la Indagación Preliminar.

A través de Auto de 27 de noviembre de 2007 se decretaron pruebas testimoniales, y al demandante se le informó sobre las fechas en que se practicarían los testimonios que solicitó en su defensa.

El 28 de abril de 2008 se profirió Auto de Cargos y se le dio la oportunidad de presentar descargos, así como de recurrir los Fallos de Primera y Segunda Instancia, por tanto no se desconoció el derecho de defensa ni el debido proceso.

Las pruebas testimoniales obrantes en el plenario son coincidentes en demostrar su responsabilidad, pues efectivamente para tramitar traslados solicitaba dinero en el interior de la Unidad Laboral donde se desempeñaba. Esa falta es de naturaleza gravísima, se imputó a título de dolo, y está descrita en la Ley 836 de 2004.

Aunque las pruebas que se practicaron en la Indagación Preliminar no se le comunicaron, en el curso de la Investigación Disciplinaria se practicaron otras declaraciones que corroboraron el comportamiento del actor, por tanto no se le desconoció el derecho al debido proceso.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en establecer si los actos administrativos acusados, proferidos por el Comandante del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional y el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares encargado de las funciones del Despacho del Comando General de las Fuerzas Militares, mediante los cuales sancionó disciplinariamente al demandante con separación absoluta del cargo, inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de diez (10) años y pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares, son ilegales por haberse expedido con violación del debido proceso, del derecho de defensa y del principio de ilicitud sustancial.

ACTOS ACUSADOS

➤ Fallo de Primera Instancia de 4 de febrero de 2009, por medio del cual el Comandante del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional, declaró responsable disciplinariamente al actor, por incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003; y la grave, señalada en el numeral 10 del artículo 59 *ibídem*. Como consecuencia de lo

anterior, lo sancionó con separación absoluta del cargo, inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de diez (10) años y pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares (fl. 8-40).

➤ Auto de 24 de noviembre de 2010, proferido por el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares encargado de las funciones del Despacho del Comando General de las Fuerzas Militares, mediante el que declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 7 de diciembre de 2009, por medio del cual el señor Comandante del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional corrigió el apellido del disciplinado, contenido en el Fallo de Primera Instancia de 4 de febrero de 2009, por considerar que la citada corrección es una decisión interlocutoria contra la cual no procede recurso alguno, aunque en Primera Instancia de manera errada así se haya ordenado (fl. 42-54).

➤ Resolución No. 0470 de 6 de abril de 2011, a través de la cual el Comandante del Ejército Nacional resolvió separar en forma absoluta al Cabo Segundo Robinson Arturo Rivas Accosta (fl. 267 cuaderno 3).

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Del proceso disciplinario

El 19 de septiembre de 2007, el capitán Hugo Alejandro Gordillo Rincón – Comandante Zona de Inteligencia Técnica 2, señaló que realizó visita a la Estación de Monitoria de Ocaña - Norte de Santander, en la que recibió informes verbales provenientes de los Soldados Profesionales Luis Caly Salcedo y Hermes García Heredia y del Cabo Segundo Carlos Accosta Aguilar, quienes conocieron de presuntas irregularidades cometidas por el CS. Robinson Arturo Rivas Accosta, Suboficial Orgánico de esa Unidad, pues presuntamente mientras ingería bebidas alcohólicas utilizó armas y pidió dinero a algunos Soldados para trasladarlos a otra Unidad. Por lo anterior, efectuó Apertura de Indagación Preliminar, citó al referido señor para que rindiera versión libre, y ordenó la práctica de testimonios a los mencionados Soldados (fl. 2 cuaderno 2). Esa decisión se le notificó al actor el 21 del mismo mes y año (fl. 3).

De folios 6 a 21 del cuaderno 2 del expediente obra diligencia de declaración de los señores Carlos Eduardo Acosta Aguilar, Luis Caly Salcedo y María Dolly Mejía Mejía.

Mediante Auto de 28 de septiembre de 2007, el Comandante Zona de Inteligencia Técnica 2, remitió por competencia las diligencias de Indagación Preliminar Disciplinaria No. 009/2007 al Comandante de la Unidad de Inteligencia de Señales, de conformidad con lo previsto en los artículos 74 y 78 numeral 3 de la Ley 836 de 2006, relativos a la competencia del funcionario que ejerce la potestad disciplinaria frente al personal del Ejército Nacional (fl. 22 cuaderno 2). Esa decisión se le notificó al actor el 1 de octubre de 2007 (fl. 23).

A través de Auto de 23 de octubre de 2007 el Comandante de la Unidad de Inteligencia de Señales ordenó abrir Investigación Disciplinaria contra el señor Robinson Rivas Accosta, por cuanto presuntamente lesionó el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, consistente en realizar objetivamente una descripción típica señalada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se realiza en razón o con ocasión del servicio. Decisión que le fue notificada al actor el 26 de octubre de 2007 (sin folio visible cuaderno 2).

En Oficio No. 2562 de 16 de octubre de 2007, el funcionario de Instrucción de la Unidad de Inteligencia Señales le informó al Inspector General del Ejército Nacional sobre el contenido del Auto de 23 de octubre de 2007, e indicó que para la fecha de los hechos el demandante se desempeñaba como Comandante de la Estación de Monitoria de Ocaña (sin folio visible cuaderno 2)

El 9 de noviembre de 2007 el actor rindió versión libre ante el Funcionario Instructor de la Unidad de Inteligencia de Señales y solicitó que se practicaran los testimonios de los señores Germán Alonso García, Néstor Javier Salazar González, Libardo Carreño Castañeda y la ampliación de la declaración del señor Luis Abel Caly Salcedo (sin folio visible cuaderno 2).

El 27 de noviembre de 2007 el referido Funcionario decretó la práctica de testimonios, ente éstos, los solicitados por el demandante. De esas pruebas se le informó el 29 del mismo mes y año (fl. 48 cuaderno 2).

El señor Germán García Espitia, señaló que en el mes de mayo (sic) el actor le pidió dinero prestado (fl. 150 cuaderno 2). En igual sentido se manifestaron los señores Néstor Javier Salazar González y Libardo Castañeda Carreño fl. 202 cuaderno 2)

El señor Óscar Mauricio Cote López, indicó que tuvo contacto telefónico con un señor de apellido Rivas, que se encontraba retirado de las Institución, quien le manifestó que tenía algunas informaciones sobre el área del Departamento del Meta (fl. 156 cuaderno 2).

El señor José Armando Serpa Hernández manifestó “...en alguna oportunidad el señor Luis Alfonso Rivas manifestó que estaba trabajando a una persona que estaba cobrando dinero para cambiar o hacer traslados a personal militar. Este señor Rivas de igual manera ese día manifestó que a motu proprio se había puesto a pedir dinero a algunos militares, quienes dieron dinero supuestamente para llevárselo a un sujeto o particular quien vive en Tunja, para realizar dichos traslados entre los cuales según el señor Rivas también comprometió a su hijo. Ante esa situación se le dijo que la regional no podía hacer ese trabajo por las siguientes razones, primero, por que (sic) no es jurisdicción nuestra, segundo por que (sic) se puso hacer un trabajo supuestamente sin conocimiento de la regional, es decir, que actuó a mutuo (sic) propio...” (fl. 158 cuaderno 2).

El señor José Gregorio Gelvez Moncada, expresó “...Conocí al CS. RIVAS ACOSTA ROBINSON en el mes de julio, donde fui con mi esposa a cobrarle la plata que le había pedido para un traslado, sin que yo supiera lo que estaba pasando y el CS. RIVAS ACOSTA ROBINSON me dijo que me iba a devolver la plata entre 5 y 15 días (...) **PREGUNTADO:** Su señora le entregó algún dinero al CS. RIVAS ACOSTAROBINSON. **CONTESTÓ.** Si, le entregó un millón de pesos (\$1.000.000) al CS. Rivas Acosta Robinson el 12 de junio de 2007 (...) Mi esposa se enteró por medio del SLP García, quien le comentó que el C.S. Rivas Acosta Robinson, me iba a dar el traslado en una semana al BASER de Bucaramanga...” (fl. 161 cuaderno 2)

El señor Luis Alfonso Rivas Rivero, indicó que se comunicó telefónicamente con el señor Nelson Barrera, quien se ofreció a colaborarle con traslados de Oficiales, Suboficiales y Soldados, por tanto llamó a su hijo Robinson Rivas Acosta y le preguntó que si tenía personal disponible que le prestara la plata para poder capturar al mencionado sujeto, los cuales podrían tener alguna condecoración o traslado, además, les devolvería la plata que invirtieron. Por lo anterior, su hijo le prestó ayuda. Indicó que a ninguna de esas personas le adeudan dinero, porque las sumas les fueron devueltas (fl. 169 cuaderno 2)

En su declaración, el señor Juan de Dios Díaz Mejía, expresó que la esposa del Soldado Profesional José Gregorio Gelves Moncada, le indicó que le había dado

dinero para un traslado al señor Robinsón Acosta (fl. 189). En igual sentido declaró el señor Juan Carlos Méndez (fl. 190).

En escrito sin fecha el apoderado del demandante solicitó la ampliación de la versión libre del disciplinado, y de los testigos Luis Alfonso Rivas, María Dolly Mejía, y la práctica de los testimonios de los señores Naún Sánchez y Hermes García Herrera (sin folio visible cuaderno 2). Como consecuencia de lo anterior, dentro del plenario se observan las siguientes declaraciones:

La señora María Dolly Mejía, indicó que el 12 de junio de 2007 le entregó un millón de pesos (\$1.000.000) al demandante, en presencia de su cuñado Naún Sánchez Pérez, y le dijo que le pagaba los doscientos mil pesos (\$200.000) cuando saliera el traslado de su esposo, sin embargo, como esa situación no se presentó, ella se quejó ante los superiores de aquél, por tanto, el 18 de septiembre del mismo año el disciplinado fue a su casa, la intimidó y le devolvió el dinero (fl. 17 a 21 cuaderno 2)

El señor Naún Sánchez Pérez expresó que el día 12 de junio de 2007, fue testigo presencial de la entrega del dinero por parte de la señora María Dolly Mejía al Cs. Robinsón Acosta (fl. 239 cuaderno 2).

El señor Hermes García Heredia señaló que el actor le ofreció ayuda para salir trasladado de su Unidad, y que para ello debía consignar la suma de setecientos mil pesos (\$700.000) a la señora Bertha Acosta (sin folio visible cuaderno 2)

Por medio de Auto de 4 de abril de 2008 el Funcionario de Instrucción de Investigación Disciplinaria, decretó la ampliación de la versión libre del señor Robinsón Arturo Rivas Accosta y negó la práctica de los testimonios de los señores Luis Alfonso Rivas Riveros y María Dolly Mejía, por considerar que éstos fueron realizados con las formalidades legales y con garantía del principio de contradicción, además, el solicitante no indicó cuál sería la utilidad de ampliar las diligencias. También denegó la práctica de los testimonios de los señores Naum Pérez Sánchez y Hermes García Heredia, por cuanto éstos fueron ordenados mediante Auto de 27 de noviembre de 2007, y no es posible volver a decretarlos (cuaderno 2 sin folio visible).

A folio 238 y siguientes del cuaderno 2 del expediente, obran las declaraciones de los señores Naum Sánchez Pérez, Juan de Dios Díaz Mejía, Ledys Mejía Mejía y Hermes García Heredia.

El 18 de abril de 2008 el Funcionario de Instrucción de la Unidad de Inteligencia Señales realizó diligencia de ampliación de versión libre y espontánea del señor Robinson Arturo Rivas Accosta, en la que señaló que nunca le ofreció traslados a ningún Soldado, y que en una ocasión mientras hablaba por teléfono con su padre, lo escuchó el Soldado García, quién le preguntó cómo se hacían los traslados, y por ello, lo contactó con su padre, con quien posteriormente llegó a un acuerdo, cuyo contenido desconoce (cuaderno 2 sin folio visible).

A través de Auto de 21 de abril de 2008 el citado funcionario ofició a la Oficina de Personal de la Unidad de Inteligencia Señales para que ésta certificara las funciones que debía realizar el actor mientras hizo parte de la Estación de Monitoria de Ocaña – Norte de Santander; las cuales fueron allegadas al expediente disciplinario el 22 de abril de 2008 y en su totalidad se relacionaban con el funcionamiento de equipos de monitoria, comunicaciones, reconocimiento de voces y asuntos similares (folio 266 cuaderno 2).

Mediante Auto de 8 de julio de 2008 el Comandante de la Unidad de Inteligencia de Señales, profirió pliego de cargos contra el demandante por considerar que presuntamente, abusando de su cargo y funciones, solicitó dinero a varias personas para gestionar traslados de Soldados Profesionales del Ejército Nacional, aduciendo que tenía contactos. Le imputó los tipos disciplinarios previstos en el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003 en concordancia con una conducta punible a título de dolo, prevista en el artículo 404 del Código Penal; y en el numeral 10 del artículo 59 *ibídem*, por cuanto intencionalmente se extralimitó en el ejercicio de sus funciones (fl. 291 a 302 cuaderno 2). Esa decisión se le notificó el 4 de agosto del mismo año.

El actor presentó escrito de descargos en el que señaló que en el referido pliego no se pudo determinar de manera precisa cuál fue el cargo que se le endilgó. Además, a partir de los testimonios practicados en el proceso, no se estableció la identidad de las personas a las que presuntamente les solicitó dinero, pues de las declaraciones de los señores María Dolly Mejía y del Soldado Hermes García Heredia se evidencia que ese dinero fue solicitado para colaborar con su padre (Luis Alfonso Rivas) en gestiones de contrainteligencia, lo cual fue corroborado por los Coroneles Cote y Serpa, quienes tenían conocimiento de esa actividad. No se hizo mención de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos ni se valoró la totalidad de los testimonios, pues no se tuvieron en cuenta los que lo beneficiaban. Tampoco se realizó un análisis de los criterios para determinar su culpabilidad en la comisión de la conducta (fl. 305 a 309 cuaderno 2).

Por medio de Auto de 27 de agosto de 2008 el Funcionario de Instrucción de la Unidad de Inteligencia Señales, ordenó que dentro del plenario se tengan como pruebas los testimonios de los señores Dolly Mejía, José Gregorio Gelves, José Armando Serpa, Naum Sánchez, Luis Alfonso Rivas y Bertha Acosta Rivas; y ordenó oficiar a la Dirección de Inteligencia de Ejército Nacional, con el fin de que ésta indique si el señor Luis Alfonso Rivas figura como informante del Ejército Nacional y si tiene asignado el Código K020-121 (fl. 313 cuaderno 2).

A folio 332 del expediente obra copia de la declaración del señor Luis Alfonso Rivas Rivero, realizada el 8 de octubre de 2008 ante la Unidad de Inteligencia de Señales, quien señaló que trabajó en el Batallón Bogotá con sede en Pasto – Nariño, como informante y en esa fecha seguía rindiendo informes a la RIME No. 4 con el código K020121 (fl. 331 cuaderno 2).

De folios 8 a 58 del cuaderno 3 obran copias de las declaraciones de los señores María Dolly Mejía, Carlos Acosta Aguilar, Luis Caly Salcedo, José Armando Serpa, Juan de Dios Díaz, Juan Carlos Méndez, Lobardo Carreño Castaño y Ledys Mejía Mejía, Hermes García Heredia, así como la versión libre del disciplinado.

Mediante Auto de 15 de diciembre de 2008 el Funcionario de la Unidad Inteligencia de Señales, corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 79 cuaderno 3). Esa decisión se le notificó a la apoderada del actor el 23 de diciembre del mismo año (fl. 83 cuaderno 3).

El demandante, presentó escrito de alegatos de conclusión, en el que solicitó la aplicación de los principios de igualdad, presunción de inocencia e *indubio pro disciplinado*, y cuestionó las pruebas testimoniales obrantes en el proceso, por considerar que se presentó un error de hecho constitutivo de falso juicio de identidad, toda vez que al momento de interpretar las exposiciones juradas, se distorsionó su contenido. Además, los superiores del informante Luis Alfonso Rivas (padre del investigado), tenían conocimiento del procedimiento que éste adelantaba, además, ni éste ni el disciplinado quisieron causar daño a la Institución, ya que su único propósito fue atrapar al señor Nelson Barrera Rodríguez, y para ello, el actor le ayudó a su padre a conseguir los dineros para ser entregados al citado señor, con el fin de que éstos sirvieran de prueba al momento de judicializarlo. Se presentó un error sobre la antijuricidad o prohibición directa, pues el demandante actuó bajo la convicción errada e invencible de que su proceder era lícito, por tanto le es aplicable una causal de exclusión de responsabilidad. Se le sancionó con base en un indicio de prueba, empero, no se demostró que efectivamente estuviera gestionando los traslados, por tanto su

conducta es atípica. Dentro de sus funciones no está la de disponer la reubicación de personal a otras instalaciones militares, ya que su labor se limitaba a la marcha de equipos técnicos. No se probó que su conducta estuviera revestida de dolo, pues nunca tuvo la intención de solicitar dineros como contraprestación al tráfico de influencias (fl. 84 cuaderno 3).

Mediante Fallo de Primera Instancia de 4 de febrero de 2009 (fl. 8-40), el Comandante del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional, declaró responsable disciplinariamente al actor, por infringir a título de dolo la falta gravísima prevista en el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003; y la grave, señalada en el numeral 10 del artículo 59 *ibídem*. Como consecuencia de lo anterior, lo sancionó con separación absoluta del cargo, inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de diez (10) años y pérdida del derecho a concurrir a las sedes sociales y sitios de recreación de las Fuerzas Militares, según lo indicado en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 61, y el artículo 62 *ibídem*.

Frente al primer cargo imputado, consistente en realizar objetivamente una descripción típica señalada en la ley como delito sancionable a título de dolo, que para el asunto es el delito de Concusión, previsto en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, señaló que aprovechando su investidura de Suboficial del Ejército Nacional, abusó de su cargo para solicitar dinero a beneficio propio, y esa relación con la Institución Militar fue determinante para que los señores María Dolly Mejía y Hermes García vieran la posibilidad de que el Esposo de la primera y el segundo mencionado, salieran trasladados de sus respectivas Unidades Militares; por tanto accedieron a la entrega de dinero. El demandante tenía conocimiento de que con su conducta trasgredía el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, es decir, conocía los hechos constitutivos de la infracción y voluntariamente quiso su realización. Además, su cargo implica necesariamente el pleno conocimiento de sus funciones y de las normas que regulan la institución y el servicio público.

Respecto a la graduación de la falta indicó que el artículo 62 de la Ley 836 de 2003 señala que la sanción aplicable a los Oficiales, Suboficiales y Soldados Voluntarios o Profesionales que incurran en falta gravísima dolosa es la separación absoluta del cargo y la inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de diez (10) años, conforme a lo previsto en los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 734 de 2002.

Según Constancia de Ejecutoria de 31 de marzo de 2009, el Comandante de Batallón de Inteligencia Técnica No. 1, señaló que el Fallo de Primera Instancia se le notificó a la apoderada del actor el 20 de marzo de ese año, la cual no interpuso

los recursos señalados en el artículo 138 de la Ley 836 de 2003, por tanto esa decisión quedó debidamente ejecutoriada (fl. 41). Ese acto se notificó por Edicto desfijado el 9 de marzo de 2009 (fl. 136 cuaderno 3).

Por medio de Auto de 27 de septiembre de 2009 el Subdirector de Personal del Ejército devolvió el Fallo Disciplinario al Comandante de Batallón de Inteligencia Técnica No. 1, para que corrigiera la identidad del investigado, de acuerdo con su documento de identificación (fl. 148 cuaderno 3).

A través de Auto de 7 de diciembre de 2009, el Comandante de Batallón de Inteligencia Técnica No. 1, ordenó corregir la parte resolutive del Fallo de Primera Instancia de 4 de febrero de 2009, en lo relativo a la identidad del actor y a su calidad de servidor público (fl. 196 cuaderno 3). Esa decisión se le notificó al apoderado del demandante el 11 del mismo mes y año (fl. 202 cuaderno 3).

Contra la referida decisión, el señor Rivas Accosta interpuso recurso de apelación, por considerar que por lógica jurídica y derecho a la igualdad, la totalidad de las pruebas que se allegaron con la identidad errada del actor, relativa a su segundo apellido, se deben corregir, pues de no hacerlo se lesionarían los derechos de defensa, igualdad, debido proceso e identidad plena del posible autor de la conducta. No sólo deben modificarse los numerales que conforman la parte resolutive del Fallo de Primera Instancia, pues no se puede investigar a uno y sancionar a otro. Por lo anterior, debe declararse la nulidad de lo actuado (fl. 204-206 cuaderno 3).

Por medio de Auto de 14 de enero de 2010, el Comandante de Batallón de Inteligencia Técnica No. 1, concedió el referido recurso (fl. 211 cuaderno 3).

Mediante Fallo de 24 de noviembre de 2010 el Jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares encargado de las funciones del Despacho del Comando General, declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 7 de diciembre de 2009, por medio del cual el señor Comandante del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional corrigió el apellido del disciplinado, contenido en el Fallo de Primera Instancia de 4 de febrero de 2009, por considerar que la citada corrección es una decisión interlocutoria contra la cual no procede recurso alguno, aunque en Primera Instancia de manera errada así se haya ordenado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 121 de la ley 734 de 2002 (fl. 42-54).

A través de Resolución No. 0470 de 2011 el Comandante del Ejército Nacional resolvió separar en forma absoluta al Cabo Segundo Robinson Arturo Rivas Accosta (fl 267 cuaderno 3).

Según Oficio No. 0536 de 14 de enero de 2013, el Asesor del Grupo de Asesoramiento y Respuesta de la Dirección Nacional de Fiscalías, encontró que en la Fiscalía 2 Local de Ocaña cursa contra el demandante el proceso Radicado No. 106306 por el delito de Estafa, el cual se encuentra activo y del que se avocó conocimiento el 27 de marzo de 2012 (fl. 216).

Falta disciplinaria endilgada

A través de la Ley 836 de 16 de julio de 2003, se expidió el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, norma aplicable al señor Robinson Arturo Rivas Accosta, quien se desempeñaba como Cabo Segundo en esa Institución.

En el *sub lite* se le atribuyó al demandante la comisión de las faltas disciplinarias previstas en los numerales 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003 en concordancia con una conducta punible a título de dolo, prevista en el artículo 404 del Código Penal; y 10 del artículo 59 de la referida ley, cuyo tenor literal es:

“ARTÍCULO 58. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas:

(...)

30. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo.”

“Artículo 404. CONCUSIÓN. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

“ARTÍCULO 59. FALTAS GRAVES. Son faltas graves:

(...)

10. Extralimitarse intencionalmente en el ejercicio de las funciones o atribuciones” (...)

Estudio de los cargos

DEBIDO PROCESO

Falta de competencia del Funcionario que realizó la indagación preliminar.

Señaló el demandante que se desconoció el debido proceso y el derecho de defensa, pues el funcionario que realizó la Indagación Preliminar carecía de competencia para ello.

Frente a la competencia disciplinaria de los miembros del Ejército Nacional, el artículo 78 de la Ley 836 de 2003, señala:

“EN EL EJÉRCITO NACIONAL.

Primer Grado: Para sancionar por faltas gravísimas. Es competente para sancionar a un oficial por faltas gravísimas el superior jerárquico, inmediato o no, dentro de la línea de dependencia del infractor, que sea comandante de unidad operativa mayor o menor o jefe de la respectiva jefatura dentro de la estructura orgánica del Cuartel General del Comando de la Fuerza.

(...)

Es competente para sancionar por faltas gravísimas a un suboficial y/o soldado el oficial superior jerárquico que sea comandante de la unidad táctica u operativa o logística, mayor o menor, o jefe de la respectiva jefatura dentro de la estructura orgánica del Cuartel General del Comando de la Fuerza de la cual sea orgánico el suboficial.

(...) (Negrilla de la Sala)”

Dentro del expediente disciplinario se observa que el 19 de septiembre de 2007⁴, el Capitán Hugo Alejandro Gordillo Rincón – Comandante Zona de Inteligencia Técnica 2, efectuó Apertura de Indagación Preliminar, citó al actor para que rindiera versión libre, y ordenó la práctica de testimonios de los Soldados Luis Caly Salcedo y Hermes García Heredia y del Cabo Segundo Carlos Acosta Aguilar.

Posteriormente, mediante Auto de 28 de septiembre de 2007⁵, el citado Capitán remitió por competencia las diligencias de Indagación Preliminar Disciplinaria No. 009/2007 al Comandante de la Unidad de Inteligencia de Señales, por considerar que éste era el funcionario competente, de conformidad con lo previsto en los artículos 74 y 78 numeral 3 de la Ley 836 de 2006.

⁴ Folio 2 cuaderno 2.

⁵ Folio 22 cuaderno 2

Por lo anterior, la presunta irregularidad quedó subsanada, pues el referido Comandante dio trámite al procedimiento disciplinario ordinario; por tanto el 23 de octubre de 2007⁶, expidió Auto de Apertura de Investigación Disciplinaria, en el que tuvo como pruebas las practicadas por el Comandante Zona de Inteligencia Técnica 2, de las cuales advirtió al demandante el 26 del mismo mes y año, con el fin de que éste pudiera controvertirlas, y le informó sobre sus derechos.

A pesar de lo anterior, el disciplinado no mostró su inconformidad respecto a las diligencias practicadas, ni sobre la presunta incompetencia del funcionario que realizó la Indagación Preliminar, en consecuencia, dentro del plenario no se practicaron pruebas tendientes a demostrar esa situación, por tanto el Despacho carece de elementos suficientes para determinar la existencia de esa presunta causal de nulidad, la cual, debió ser alegada en Sede Administrativa con el fin de proceder a su corrección, pues esta instancia no es posible reabrir el debate probatorio frente a situaciones que no fueron ventiladas dentro del Proceso Disciplinario, y que además, no se demostraron en esta Instancia.

DERECHO DE DEFENSA

Participación del investigado en la práctica de pruebas de la indagación preliminar.

El demandante señaló que no tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas practicadas en la etapa de indagación preliminar, debido a que éstas no le fueron notificadas.

Previo a desatar el referido cargo, se precisa que los artículos 166 y 171 de la Ley 836 de 2003 señalan que la Indagación Preliminar se efectúa en los eventos en que exista duda sobre la procedencia de investigación disciplinaria; y su terminación se materializa a través del auto que ordena la investigación respectiva o el archivo del expediente, providencias contra las cuales no procede recurso alguno

En el plenario obra copia de Auto de 19 de septiembre de 2007⁷, en el que el Comandante Zona de Inteligencia Técnica 2, realizó Apertura de Indagación Preliminar, y ordenó la práctica de testimonios de los Soldados Luis Caly Salcedo y Hermes García Heredia y del Cabo Segundo Carlos Acosta Aguilar.

⁶ Sin folio visible cuaderno 2.

⁷ Folio 2 cuaderno 2.

El 21 de septiembre de 2007, se practicaron los testimonios de los señores Luis Caly Salcedo, el cual le fue notificado al actor, según se indicó en Constancia de notificación de la misma fecha⁸; y Carlos Acosta Aguilar, de cuya realización no se informó al demandante.

Por otro lado, el testimonio del señor Hermes García Heredia, se practicó con posterioridad a esa etapa procesal, esto es, el 18 de abril de 2008, en presencia del apoderado del demandante.

Ahora bien, por medio de Auto de 28 de septiembre de 2007⁹, el Comandante Zona de Inteligencia Técnica, señaló que carecía de competencia para adelantar la investigación disciplinaria, conforme a lo previsto en los artículos 74 y 78 numeral 3 de la Ley 836 de 2006, por tanto, remitió las diligencias de Indagación Preliminar Disciplinaria al Comandante de la Unidad de Inteligencia de Señales.

Así las cosas, el 23 de octubre de 2007¹⁰, el referido funcionario profirió Auto de Apertura de la Investigación Disciplinaria, y le otorgó valor probatorio a las diligencias remitidas por el mencionado Comandante, es decir, a los testimonios de los señores Luis Caly Salcedo y Carlos Acosta Aguilar. De esa decisión tuvo conocimiento el actor el 26 de octubre de 2007¹¹, y la Entidad demandada le indicó que tenía la facultad de solicitar, presentar y controvertir pruebas.

En tal sentido, aunque al demandante no se le notificó sobre la práctica del testimonio del señor Carlos Acosta Aguilar, en la fecha en que éste se realizó, luego de la expedición del mencionado Auto, sabía que esa prueba sería incorporada al proceso, en consecuencia, tuvo la oportunidad de controvertir su contenido o de solicitar la ampliación del mismo.

A pesar de lo anterior, no expresó su inconformidad frente a las pruebas practicadas en la etapa de Indagación Preliminar, pues en la declaración que rindió el 9 de noviembre de 2007¹², solicitó la práctica de los testimonios de los señores Germán Alonso García, Néstor Javier Salazar González, Libardo Carreño Castañeda y la ampliación de la declaración del señor Luis Abel Caly Salcedo,

⁸ Sin folio visible cuaderno 2.

⁹ Folio 22 cuaderno 2

¹⁰ Sin folio visible cuaderno 2.

¹¹ Sin folio visible cuaderno 2.

¹² Sin folio visible cuaderno 2.

pero no cuestionó los testimonios de los señores García Heredia y Acosta Aguilar, ni exigió ampliar la declaración del último citado.

Así las cosas, se observa que el demandante tuvo la oportunidad de solicitar y controvertir pruebas, pues se le notificaron las decisiones que ordenaron la inclusión de las mismas en el proceso disciplinario, por tanto, pudo participar en el desarrollo de las mismas y de aportar medios probatorios consonantes con su defensa.

Por lo anterior, el cargo de vulneración al derecho de defensa por la imposibilidad de controvertir pruebas en la etapa de Indagación Preliminar no está llamado a prosperar.

Indebida formulación de cargos

El actor consideró que no se configuró la conducta que se le endilgó, pues para la fecha en que ocurrieron los hechos, fungía como Comandante de la Estación de Monitoria, la cual no estaba relacionada con traslados, pues el Jefe de la Oficina de Talento Humano del Ejército Nacional, era quien tenía esa función. Además, no se demostró que la comisión de la falta se realizara con ocasión de la función o el cargo o abusando del mismo, y el delito de concusión no está relacionado con sus funciones o con la actividad militar. Tampoco se le podía imputar la comisión de un delito, hasta tanto exista un proceso penal donde haya una condena ejecutoriada.

En tal sentido, se observa que el 4 de febrero de 2009¹³, el Comandante de Inteligencia Técnica No. 1 del Ejército Nacional, profirió Fallo de Primera Instancia, en el que efectuó un análisis de los testimonios obrantes en el proceso, entre éstos, los de los señores Luis Caly Rivas, María Dolly Mejía Mejía, José Gregorio Gelves Moncada, Juan de Dios Díaz Mejía, Juan Carlos Méndez, Náum Sánchez y Hermes García Heredia, a partir del cual se evidencia que los declarantes coincidieron en afirmar que el disciplinado les solicitó dinero para lograr ser trasladados de su respectiva Unidad, aduciendo que tenía contactos que podría realizar ese procedimiento. Además, se precisó que aprovechó su calidad de servidor público – Suboficial del Ejército- y abusando de su cargo y funciones, solicitó dinero para tramitar traslados a Soldados Profesionales. Se desvirtuó la tesis relativa a la colaboración del actor con su padre (Luis Alfonso Rivas) en una Operación de Contrainteligencia, ya que los testigos fueron coincidentes en

¹³ Folios 8 a 40 .

afirmar que no conocían ésta y que no tuvieron contacto con el señor Luis Rivas, quien además, no demostró su calidad de informante. Sumado a lo anterior, el disciplinado tenía cinco años de experiencia en el Ejército Nacional y era conocedor de las funciones que le habían sido asignadas, por tanto sabía que no podía involucrarse en una presunta Operación de Contrainteligencia adelantada por su padre, sin que su actuar estuviera autorizado por superiores y soportada en una Orden de Operaciones.

Así las cosas, se observa que en la referida Decisión se sustentó de manera suficiente la responsabilidad del actor en la comisión de la falta que se le endilgó, ya que aprovechó su cargo de Cabo Segundo del Ejército Nacional, para solicitar dinero a cambio de tramitar los traslados de Soldados Profesionales.

Por otro lado, aunque esa labor no estaba dentro de las funciones que se le asignaron¹⁴, se probó que realizó el ilícito disciplinario que se le endilgó, relacionado con el delito de concusión, el cual señala que el Servidor Público que abusando de su cargo o funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero dinero cualquier otra utilidad indebida.

En tal sentido, aunque ese delito no esté directamente relacionado con la actividad Militar, al actor, en su calidad de servidor público, le es aplicable el Código Penal; y para el caso, se le atribuyó esa conducta, por remisión del numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, que señala: *“Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo.”* En tal sentido, en concordancia con una conducta punible a título de dolo, prevista en el artículo 404 del citado Código, relativa al delito de concusión.

Ahora bien, esta Corporación ha señalado que existe independencia entre la sanción penal y la disciplinaria, por tanto, las decisiones que se tomen en esta última, no dependen de las resultas de aquella. En ese sentido, esta Corporación en Sentencia de 6 de febrero de 1997 se pronunció en los siguientes términos¹⁵:

“Los anteriores razonamientos explican suficientemente que el ente sancionador, independientemente del fallo de la justicia penal, pudiera enjuiciar

¹⁴ Folio 166 cuaderno 2.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas. Radicación No.: 11369, Actor: Angélico Bustos Peña, Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

la conducta del actor frente a las normas disciplinarias que gobernaban su situación, sin que ello implique violación del principio “non bis in idem”; por ello, no es de recibo la manifestación del recurrente de que dicho cargo desapareció de plano con el fallo de la justicia penal militar.”.

Y en el mismo sentido, el Consejo de Estado indicó¹⁶:

“Las pruebas que manifiesta el actor determinaron su inocencia en el proceso penal y que a juicio del Fiscal permitieron exonerarlo de responsabilidad por los delitos imputados, no implicaban necesariamente la exoneración de la falta disciplinaria pues en cada caso, tal como se desprende de lo antes señalado, se examinan las incidencias de la conducta asumida por el empleado, desde ópticas distintas. El disciplinario también contó con su acervo probatorio y con fundamento en él se consideró, a diferencia, que había mérito para aplicar la sanción. Las pruebas aportadas al proceso penal no pueden entenderse en el mismo contexto que las allegadas al disciplinario”.

Bajo el anterior marco interpretativo, se observa que carece de razón el demandante cuando plantea que el resultado del proceso penal determina la suerte del disciplinario, y que por tanto debía existir primero un proceso penal que lo declarara responsable del delito de concusión. En efecto, no es cierto que el proceso penal comunique sus efectos al proceso disciplinario, como si éste dependiera de aquél, o como si operara una especie de prejudicialidad.

El bien jurídico protegido por la acción disciplinaria es distinto del que es propio del proceso penal. Entonces, aunque la investidura oficial es relevante, los tipos penal y disciplinario son distintos en su estructura básica, y por lo mismo la absolución penal no implica necesariamente la exoneración en el proceso correccional. El bien jurídico protegido por la norma penal es más amplio y genérico, toda vez que se hallan involucrados los valores e intereses de toda la sociedad. Por el contrario, el interés protegido por la acción disciplinaria es institucional, es decir más reducido en su ámbito. Además, el reconocimiento de que el legislador puede señalar tipos disciplinarios y tipos penales para sancionar la conducta de los funcionarios públicos, muestra por sí solo la distinta naturaleza y la independencia de las actividades penal y correccional.

Así las cosas, la inconformidad relativa a la indebida formulación de cargos, no está llamada a prosperar.

Reserva de la actuación disciplinaria

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, Sentencia de 31 de enero de 2002. Radicación No.: 27001-23-31-000-2193-01(440-99). Actor: Julio Cesar Benavides Ramírez, Demandado: Incora.

Señaló el demandante que la persona que instruyó el proceso, realizó las demás diligencias y tomó las determinaciones dentro del proceso, fue el abogado Cucunuva, quien actuó como Asesor Jurídico del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1, ya que el Funcionario de Instrucción no estuvo presente en ninguna de éstas, a pesar de ello, esas diligencias aparecen firmadas por éste, con lo que posiblemente se incurrió en el delito de falsedad ideológica.

Para el efecto, se precisa que en ninguna de las actuaciones disciplinarias allegadas al proceso se observa la participación del Asesor Jurídico del Batallón de Inteligencia Técnica No. 1.

Se evidencia que el actor rindió declaración ante el Mayor Juan Felipe Cuevas Méndez, quien fungió como Funcionario Instructor en el proceso. Además, éste profirió los Autos de Pruebas de 4 y 21 de abril de 2008 y practicó los testimonios de los señores Nestor Javier Gonzalez Salazar, Libardo Carreño Acosta, Ledys Mejía Mejía y Omar Martínez Álvarez.

Por otro lado, dentro del proceso disciplinario no se cuestionó la actuación del referido Funcionario, por tanto el Operador Disciplinario no pudo controvertir esa afirmación, además, en el transcurso del mismo, el demandante no puso de manifiesto esa inconformidad a fin de que se verificaran o corrigieran las actuaciones surtidas por el presunto funcionario incompetente.

Ahora bien, la sola afirmación del actor no es suficiente para declarar que el Asesor Jurídico fue quien instruyó el proceso, más aún, por cuanto no demostró a través de ningún otro mecanismo esa presunta irregularidad, la cual, además, debió poner de manifiesto en Sede Administrativa, pues esta no es la instancia competente para reabrir el debate probatorio.

ILICITUD SUSTANCIAL

Ilícitud sustancial - culpabilidad

El demandante señaló que no se afectó la función pública y los tipos disciplinarios endilgados no fueron demostrados, ya que la simple tipicidad no conlleva a un juicio de reproche disciplinario. Además, se debe analizar si se infringió el deber

funcional, pues en caso contrario, no se presenta la ilicitud sustancial prevista en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002.

Respecto al grado de culpabilidad, en Fallo de Primera Instancia se precisó que el Ejército Nacional, desplegó toda su actividad para establecer en forma clara y objetiva la responsabilidad disciplinaria del demandante, confrontando las pruebas allegadas al expediente con la norma disciplinaria aplicable. Por lo anterior, consideró que el señor Robinson Arturo Rivas Accosta era consciente de que con su proceder violaba las normas de conducta de las Fuerzas Militares, además, tenía conocimiento de sus funciones y sabía cuál era su deber funcional. Sumado a ello, tenía experiencia en la Institución y conocimiento de que con su conducta trasgredía la ley, a pesar de ello, planeó su realización y cuando se sintió descubierto, trató de persuadir a sus víctimas para que no denunciaran. Por lo anterior, conocía los hechos constitutivos de la infracción y voluntariamente quiso su realización, a sabiendas de que su comportamiento era violatorio de la ley disciplinaria.

En el referido Fallo se analizó el grado de culpabilidad del actor, y se concluyó que éste, a sabiendas de que su conducta era contraria a derecho, decidió actuar, por tanto, su proceder estuvo viciado de dolo, por ello, se le declaró responsable de la comisión de una falta grave y una gravísima, descritas en los numerales 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, y 10 del artículo 59 *ibídem*, las cuales estuvieron debidamente fundamentadas; en consecuencia, su conducta fue típica, en la medida en que se probó que lesionó la ley disciplinaria aplicable al personal del Ejército Nacional.

En consonancia con lo anterior, una vez demostrada su responsabilidad en la comisión de las faltas disciplinarias, en el Fallo de Primera Instancia se indicó que el disciplinado desbordó su órbita funcional y utilizó su investidura de servidor público para efectuar actividades que superaban la actividad permitida para este tipo de servidores, y por ello atentó contra los fines del Estado, por tanto, incumplió con el deber funcional que le exige su calidad de servidor público.

Finalmente ha de indicarse que la Resolución No. 0470 de 6 de abril de 2011, por medio del cual el Comandante del Ejército Nacional ejecutó la sanción disciplinaria, no es susceptible de control por vía Contenciosa Administrativa, toda vez que, se trata de un acto de ejecución de la sanción disciplinaria que le fue

impuesta al demandante y atendiendo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado su utilidad en esta materia únicamente radica en servir de parámetro para el inicio de la contabilización de los términos de caducidad de la acción, motivo por el cual la Sala se declarará inhibida para pronunciarse sobre su legalidad¹⁷.

En tal sentido, la Sala evidencia que los actos acusados fueron proferidos conforme a la normativa aplicable y a las garantías fundamentales.

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,

FALLA

DECLARÁSE inhibida la Sala para pronunciarse de fondo respecto de la Resolución No. 0470 de 6 de abril de 2011, por medio del cual el Comandante del Ejército Nacional ejecutó la sanción disciplinaria, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Robinson Arturo Rivas Accosta contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y, UNA VEZ EN FIRME ESTE PROVEÍDO ARCHÍVENSE LAS PRESENTES DILIGENCIAS. CÚMPLASE.

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

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia de 15 de noviembre de 2012, Expediente No. 11001-03-25000-2011-00107-00 (0347-2011), Actor: Manuel Antonio Torres Aldana.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE