

PRUEBA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / PRUEBA TESTIMONIAL / PROCESO DISCIPLINARIO / PRUEBA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO / CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

El hecho de que existan contradicciones entre varios testimonios practicados en un procedimiento disciplinario, por sí mismo, no se constituye necesariamente como un parámetro para negarles su credibilidad. En este sentido, desde la doctrina se han hecho trabajos que buscan determinar criterios racionales para valorar este medio de prueba a partir de los desarrollos de la psicología del testimonio, de los cuales se resaltan cuatro, que pueden servirle a los jueces y operadores jurídicos en general, para acercarse a la estimación objetiva de la credibilidad de los declarantes a saber: La coherencia de los relatos, su contextualización, las corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas. Estos parámetros no pueden ser estudiados de manera aislada sino conjunta y comprensiva.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01034-01(4422-16)

Actor: JOSÉ MARÍA FONSECA SAMPER

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

Referencia: SE REVOCA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. ALCANCES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. CRITERIOS RACIONALES PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

I. ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia del 16 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

II. LA DEMANDA¹

Pretensiones

De nulidad:

- Que se declare la nulidad parcial, en lo que tiene que ver con el demandante, del acto administrativo sancionatorio de primera instancia del 9 de julio de 2013, proferido por el jefe de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Barranquilla, mediante el cual se sancionó al señor José María Fonseca Samper con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos y funciones públicas por el término de doce años.
- Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo sancionatorio de segunda instancia del 21 de octubre de 2013, por el cual el inspector delegado de la Región de Policía 8, confirmó la sanción impuesta al demandante.
- Que se declare la nulidad de la Resolución 04748 del 3 de diciembre de 2013, por la cual se ejecutó la sanción disciplinaria.

Del restablecimiento del derecho:

- Como consecuencia de la nulidad de los actos acusados, que se ordene a la entidad demandada que reintegre al señor José María Fonseca Samper al cargo y al grado que tenía cuando fue retirado de la Policía Nacional, o a los que corresponda dentro del escalafón del nivel ejecutivo de esa Institución en el momento en que sea reincorporado.
- Que se condene a la demandada a pagar al señor Fonseca Samper la suma actualizada de todos los sueldos, emolumentos y prestaciones sociales que dejó de percibir en virtud de la sanción disciplinaria que se le impuso desde el momento que fue retirado de la Policía Nacional, hasta su reintegro.
- Que se declare que no hubo solución de continuidad en el vínculo laboral del señor José María Fonseca Samper con la Policía Nacional.

Otras:

- Que la sentencia se cumpla en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Fundamentos fácticos relevantes

La investigación disciplinaria en contra del señor José María Fonseca Samper tuvo su origen en una queja presentada por el señor Óscar de Jesús Hoyos Rojas el 23 de marzo de 2011, en la que este último manifestó que el 23 de febrero de ese año, alrededor de las 3:00 p.m., su hijo, Daywuer Hoyos Martínez, que para esa época era menor de edad, fue interceptado por una patrulla de la Policía Nacional cuando se transportaba en un taxi de servicio público con una mercancía proveniente de la ciudad de Maicao. El quejoso, que no fue testigo presencial de los hechos, sostuvo que el patrullero de apellido Fonseca maltrató física y verbalmente a su hijo, le quitó \$160.000 de la cartera, y le decomisó los bienes que llevaba («7 pacas de leche marca campestre, pacas por 12 kilos, 1 caja de Colgate x 25 y una caja de Rai [sic]»), que estaban valuados en un millón de pesos.

¹ Folios 1-21 del expediente.

En su queja, el señor Óscar de Jesús Hoyos Rojas dijo que el patrullero Fonseca le manifestó a su hijo que el caso ya estaba reportado a la central, y que él le iba a colaborar con la devolución de una parte de la mercancía incautada. Para esto, el policial y sus compañeros le pidieron al joven Daywuer Arlinson Hoyos Martínez que les pagara \$400.000 «porque era lo que valía el cuadro de ellos para repartirlo entre el comandante de guardia, la patrulla de vigilancia y el comandante de la Estación». De lo anterior, según el quejoso, los policías se quedaron con \$160.000 en efectivo y parte de los bienes decomisados.

Según el apoderado del demandante, en la época en que se abrió la investigación disciplinaria («paralela a la queja»), existía una anotación con fecha del 23 de febrero de 2011 en el Libro de Población de la Estación Quinta de Policía Ciudadela de Barranquilla, a la que estaba adscrito el señor José María Fonseca Samper, en la cual se dejó consignado a las 7:00 p.m. la siguiente novedad:

[...] a esta hora se dejó constancia del procedimiento de incautación de la siguiente mercancía corrijo la entrega ya que presentaron factura de compra y legalidad de los siguientes elementos: 10 pacas de leche en polvo de marca campestre cada una con 12 unidades, 36 unidades de rai, 11 docenas de crema dental Colgate, 1 paca de mayonesa. Lo anterior es entregado a la srta. Yoselin Elena Coronado Martínez c.c. [...], quien presentó lo descrito para constancia firma. YOSELIN CORONADO M. [...]

El abogado señaló que hacia las 3:00 p.m. del 23 de febrero de 2011, cuando supuestamente fue conducido el menor Daywuer Arlinson Hoyos Martínez con una mercancía a la Estación Quinta de Policía Ciudadela, se encontraban en servicio, entre otros, como comandante de guardia el patrullero Edinson Bastos Garcés, como comandante de vigilancia el intendente Eduard Montero del Valle, como centinela de la unidad policial el patrullero Luis Castro Serrano, y el demandante era el tripulante de la patrulla motorizada con las «siglas "5-3"», cuyo conductor era el patrullero Luis Ruiz Ariza.

El 25 de abril de 2011, la autoridad disciplinaria ordenó iniciar indagación preliminar y dispuso citar al quejoso para escucharlo en declaración. Esta persona rindió su testimonio el 19 de octubre de 2011 y dijo, entre otras cosas, que los hechos de la queja se los había contado su hijo, y que el patrullero de apellido Fonseca le arrebató a Daywuer Arlinson Hoyos Martínez su cartera y sacó los \$160.000.

Asimismo, al día siguiente (20 de octubre de 2011), se recibió la declaración jurada de Yoselin Coronado Martínez, hijastra del señor Oscar de Jesús Hoyos Rojas. Según el apoderado, esta persona firmó el Libro de Población como la receptora de la mercancía incautada y en su testificación, contradijo la versión del quejoso, porque, en relación con la forma en que su hermano entregó el dinero que le exigieron los policías que lo retuvieron, dijo que ella le llevó \$100.000 al joven Hoyos Martínez a la Estación, quien completó los \$160.000 con el dinero que tenía en su poder. En ese momento, él puso esa suma en una mesa y «FONSECA» la tomó y la contó en su presencia.

De acuerdo con el apoderado del demandante, en el procedimiento disciplinario también se recibió la declaración de Daywuer Arlinson Hoyos Martínez, pero según él, ese testimonio no fue ordenado legalmente. En todo caso, el abogado señaló que su versión de lo sucedido no era coherente con lo dicho por sus familiares y con las demás pruebas recaudadas. Adicionalmente, indicó que esas pruebas testificales no se tomaron en la sede de la Oficina de Control Disciplinario Interno, y en el expediente del trámite sancionatorio se podía observar que «los miembros de la familia HOYOS MARTÍNEZ», habían sido procesados por el delito de rebelión, lo que generaba dudas de su credibilidad porque, normalmente, la

ideología de estas personas los llevaba a sentir animadversión hacia los miembros de la fuerza pública.

A partir de lo precedente, se expidieron los actos sancionatorios en contra del señor José María Fonseca Samper, a quien se atribuyó responsabilidad disciplinaria por dos cargos. El primero por la falta gravísima prevista en el numeral 4 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006. Y el segundo por la falta grave señalada en el numeral 3 del artículo 39 de la Ley 1015 de 2006. Según el apoderado del demandante, solo quedó demostrada la imputación del último cargo referido pero, para él, a título de culpa gravísima y no de dolo, pues el demandante no trató de ocultar el procedimiento policial que originó la acción disciplinaria.

Finalmente, el abogado del demandante indicó que al momento de ser retirado de la Policía Nacional, su representado tenía el grado de subintendente y trabajaba en la Estación Quinta de Policía Ciudadela de Barranquilla.

Normas violadas y concepto de violación

Para la parte demandante, los actos administrativos sancionatorios acusados desconocieron las siguientes normas:

- Constitución Política de 1991: artículos 2, 6, 25, 29 y 125.
- Ley 734 de 2002: artículo 6.
- Ley 1015 de 2006: artículo 39 núm. 3.

La formulación del concepto de violación en la demanda se expresó en las siguientes causales de nulidad de los actos acusados²:

- Violación del derecho de audiencia y defensa.
- Falsa motivación.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Policía Nacional³

Pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda

El apoderado de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda.

Pronunciamiento frente a los hechos de la demanda

Del relato de los hechos presentado por el apoderado del demandante, el abogado de la Policía Nacional sostuvo que era cierto lo relacionado, de manera objetiva, con el trámite disciplinario y la expedición de las decisiones sancionatorias. En lo demás, referido a la valoración jurídica de esos sucesos, el apoderado de la entidad demandada aseguró que no eran ciertas las apreciaciones de la parte demandante.

² Los argumentos que desarrollan frente a estas causales de nulidad, en lo relativo a la apelación de la sentencia de primera instancia emitida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, serán profundizados en la resolución de los problemas jurídicos que se solucionarán al emitir el fallo.

³ Folios 625-640 del expediente.

Excepciones y pronunciamiento frente a las causales de nulidad y concepto de violación en la demanda⁴

El apoderado de la Policía Nacional propuso la excepción de inepta demanda, la cual fue resuelta desfavorablemente en la audiencia inicial⁵. Asimismo aseguró que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no podía constituirse en una instancia adicional al procedimiento disciplinario.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

En esta etapa del proceso, el apoderado de la Policía Nacional se pronunció con la reiteración de los argumentos de la contestación de la demanda⁶. La parte demandante aportó copia de una sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico, expedida en virtud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Horacio Ruíz Ariza, compañero del señor José María Fonseca Samper que fue sancionado junto con él por los mismos hechos⁷. En esa providencia se declaró la nulidad parcial de los actos acusados.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN PRIMERA INSTANCIA

No hubo pronunciamiento del Ministerio Público.

VI. SENTENCIA APELADA⁸

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del 16 de mayo de 2016, declaró la nulidad del artículo primero del acto sancionatorio del 9 de julio de 2013. Asimismo, la nulidad parcial de la decisión de segunda instancia del 21 de octubre de ese año, y la nulidad de la Resolución 04748 del 3 de diciembre siguiente, en lo relativo a la destitución e inhabilidad general de doce años que le fue impuesta al señor José María Fonseca Samper. También determinó que la sanción a la que debía ser acreedor el demandante era la de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis meses, e inhabilidad especial por ese mismo lapso, la que el *a quo* consideró que ya se había cumplido al momento de emitir el fallo.

Sobre el restablecimiento del derecho, el Tribunal ordenó que se cambiara el registro, en las bases de datos de la Policía Nacional y la Procuraduría General de la Nación, de la sanción inicialmente aplicada al señor Fonseca Samper, por la de suspensión e inhabilidad especial de seis meses. Igualmente, condenó a la entidad demandada a reintegrar al demandante al servicio activo en el grado que tenía en el momento de su retiro; además, a pagarle la suma indexada de los sueldos, prestaciones y demás emolumentos que dejó de percibir desde su destitución hasta que sea efectivamente reincorporado, con el descuento del periodo de suspensión. Lo anterior con la salvedad de que no procedía la deducción de lo que hubiere recibido por concepto de remuneración

⁴ Estas razones se abordarán en los problemas jurídicos de esta sentencia, en lo que tengan que ver con la apelación que se decide.

⁵ Folio 656-657 del expediente.

⁶ Folios 681-689 *ibidem*.

⁷ Folios 690-714 *ibidem*.

⁸ Folios 715-739 *ibidem*.

en otras actividades laborales, después de cumplir con la nueva sanción. Finalmente, el *a quo* no condenó en costas a ninguna de las partes.

Las declaraciones y condenas definidas en la sentencia de primera instancia se justificaron en lo siguiente:

- *Sobre el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa*

Después de hacer un recuento de las principales actuaciones del procedimiento disciplinario, el Tribunal Administrativo del Atlántico estimó que al señor José María Fonseca Samper se le respetó su derecho al debido proceso, y en ese sentido también el de audiencia y defensa, ya que el demandante tuvo conocimiento y oportunidad de controvertir las decisiones del trámite y las pruebas que se practicaron en él.

- *Respecto de la falsa motivación*

El Tribunal consideró que los actos acusados estaban viciados de falsa motivación porque su sustento probatorio no ofreció certeza, más allá de toda duda razonable, acerca de la comisión de la falta gravísima que le fue imputada al demandante, referida a la solicitud de dádivas para omitir el cumplimiento de sus funciones. En ese sentido, para el *a quo*, las inconsistencias y contradicciones en los testimonios que se practicaron en el procedimiento disciplinario, y los buenos antecedentes que tenía el entonces patrullero Fonseca Samper, le restaron contundencia a la hipótesis de los hechos esgrimida por la Policía Nacional.

Como fundamento de su tesis, el Tribunal señaló que dentro de las pruebas que tuvo en cuenta la autoridad disciplinaria para imputarle los dos cargos por los que fue sancionado el demandante, estaba el testimonio del señor Óscar de Jesús Hoyos Rojas, quien no presencié los hechos sobre los cuales declaró. De esa prueba, el *a quo* resaltó que lo dicho por ese testigo se contradijo con lo manifestado posteriormente por su hijastra, la señora Yoselin Coronado Martínez, en lo relativo a la forma en la que el entonces patrullero José María Fonseca Samper recibió la suma de \$160.000 como dádiva. Esto, por cuanto el primero sostuvo que el dinero le fue arrebatado a su hijo, y la segunda afirmó que el disciplinado lo tomó de una mesa, luego de que ella llegara al lugar donde estaba retenido su hermano y le entregara \$100.000 para completar lo que finalmente se le entregó al demandante.

Además de lo precedente, el Tribunal aseguró que no existía prueba de que el investigado se hubiera apropiado de la mercancía incautada, porque en el folio 146 del expediente se podía observar una anotación que acreditaba su entrega a la señora Yoselin Coronado Martínez, después de que ella presentara la factura de compra que certificaba su legalidad.

Por otro lado, el *a quo* sostuvo que si bien no se logró demostrar el primer cargo atribuido al señor Fonseca Samper, el segundo cargo sí se probó, a título de culpa gravísima, toda vez que el demandante erró al no informarle a su superior acerca del procedimiento de incautación de mercancía que originó la actuación disciplinaria. De esa manera, el Tribunal determinó que la sanción por esa falta grave era la que debía imponerse.

VII. RECURSO DE APELACIÓN⁹

⁹ Folios 750-768 *ibidem*. Estos argumentos se abordarán adelante, en el desarrollo del problema jurídico de esta sentencia.

La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico fue apelada únicamente por la parte demandada. Sus argumentos de inconformidad fueron esencialmente los mismos que expuso en su contestación y alegatos, entre los que estaba el cuestionamiento de la valoración probatoria realizada por el *a quo*. Adicionalmente se refirió a la condena, por concepto del restablecimiento del derecho, al pago de salarios, emolumentos y prestaciones sociales al señor José María Fonseca Pérez, la que consideró no podía superar el tope de 24 salarios mensuales.

VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante reiteró los argumentos que expuso durante el proceso¹⁰. La demandada hizo lo mismo¹¹.

IX. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado emitió su concepto¹² y pidió que se revocara la sentencia de primera instancia. Sus argumentos se expondrán en el desarrollo de los problemas jurídicos de esta providencia.

X. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 150 del CPACA¹³, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

2. BREVE RECUENTO DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Los cargos y la sanción disciplinaria

En la investigación que adelantó la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Barranquilla, en contra del señor José María Fonseca Samper, se le formularon dos cargos disciplinarios; por ambos, finalmente, el demandante fue sancionado. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre la formulación de cargos y el acto administrativo sancionatorio.

¹⁰ Folios 800-804 *ibidem*.

¹¹ Folios 810-813 *ibidem*.

¹² Folios 814-825 *ibidem*.

¹³ CPACA, art. 150: «Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]».

<p align="center">PLIEGO DE CARGOS DEL 8 DE MAYO DE 2013¹⁴</p>	<p align="center">ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO</p> <p align="center">DEL 9 DE JULIO DE 2013¹⁵, CONFIRMADO EN SEGUNDA INSTANCIA EL 21 DE OCTUBRE DE 2013¹⁶</p>
<p>Primer cargo:</p> <p>«[...] esta instancia considera que el investigado pudo haber vulnerado los preceptos del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, numeral 4, que a la letra dice: <u>“Solicitar o recibir directa o indirectamente dádivas o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, con el fin de ejecutar, omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones”</u>. [...] Anotando que se predica la probable vulneración normativa por parte del encartado únicamente en lo que respecta a la parte subrayada y en negrillas, toda vez, que la presunta conducta desplegada por el señor Subintendente JOSE MARÍA FONSECA SAMPER, se limita únicamente a <u>“Solicitar o recibir directamente dádivas para sí con el fin de omitir el ejercicio de sus funciones”</u>. Se aclara igualmente que se coloca la totalidad de la norma posiblemente infringida para evitar erróneas interpretaciones por posibles mutilaciones normativas, pero que se considera vulnera únicamente la parte resaltada con subrayas y negrillas». (Negrilla y subrayado propio del texto).</p> <p>Culpabilidad:</p> <p>La falta se imputó a título de dolo.</p>	<p>Se confirmó el cargo y la imputación a título de dolo.</p>

¹⁴ Folios 184-260 del expediente.

¹⁵ Folios 24-75 *ibidem*.

¹⁶ Folios 76-89 *ibidem*.

<p>Segundo cargo:</p> <p>«Conforme al análisis el material probatorio, allegado a la presente investigación disciplinaria y dadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los hechos que han dado lugar a poner en movimiento el aparato disciplinario, esta instancia considera que el investigado pudo haber vulnerado los preceptos del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, numeral 15, que a la letra dice: “<u>Dejar de informar, o hacerlo con retardo, los hechos que deben ser llevados a conocimiento del superior por razón del cargo o superior por razón del cargo o servicio</u>” [...] Anotando que se predica la probable vulneración normativa por parte del encartado únicamente en lo que respecta a la parte subrayada y en negrillas, toda vez, que la presunta conducta desplegada por el señor Subintendente JOSE MARÍA FONSECA SAMPER, se limita únicamente a”...<u>Dejar de informar los hechos que deben ser llevados a conocimiento del superior por razón del cargo...</u>”. Se aclara igualmente que se coloca la totalidad de la norma posiblemente infringida para evitar erróneas interpretaciones por posibles mutilaciones normativas, pero que se considera vulnerada únicamente la parte resaltada con subrayas y en negrillas». (Negrita y subrayado propio del texto).</p> <p>Culpabilidad:</p> <p>La falta se imputó a título de dolo.</p>	<p>Se confirmó el cargo y la imputación a título de dolo.</p>
<p>Decisión sancionatoria:</p> <p>«PRIMERO: Responsabilizar disciplinariamente al señor Subintendente JOSE MARIA FONSECA SAMPER [...] y en consecuencia imponer como sanción el correctivo disciplinario de DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL DE DOCE (12) AÑOS, por cuanto que sus conductas constituyen falta disciplinaria como quedó expuesto en la parte motiva de este fallo [...]».</p>	

3. CUESTIÓN PREVIA

Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁷, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia.

En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad pública sancionatoria que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

[...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]

Así pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que desde ya implica descartar los argumentos con los que se pretenda desconocer las amplísimas facultades de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el procedimiento disciplinario.

4. ASUNTO SOMETIDO A ESTUDIO

¹⁷ C.E., S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.

4.1. Problema jurídico¹⁸

¿Debe revocarse la sentencia de primera instancia porque los actos acusados no fueron expedidos con falsa motivación?

Tesis de la parte demandante

El apoderado de la parte demandante aseguró que la sentencia de primera instancia debía confirmarse, porque los actos acusados estaban viciados por su falsa motivación. Esta tesis la fundamentó en lo siguiente:

Según el abogado, la autoridad disciplinaria, al sancionar a su representado por la comisión de la falta gravísima prevista en el numeral 4 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, por solicitar o recibir dádivas en su beneficio para omitir el ejercicio de sus funciones, incurrió en falsa motivación porque se apoyó probatoriamente en la queja presentada por el señor Oscar de Jesús Hoyos Rojas, que no fue testigo directo de los hechos.

Asimismo, porque la declaración del joven Daywuer Hoyos Martínez no fue ordenada legalmente dentro del procedimiento disciplinario y lo dicho por su hermana, la señora Yoselin Coronado Martínez, en relación con la forma en la que se le habría entregado el dinero al entonces patrullero José María Fonseca Samper, se contradijo con lo expuesto por sus parientes.

De esa manera, para el apoderado, la duda que generaban esas versiones encontradas debió resolverse a favor de su representado, ya que no permitía tener certeza de la comisión de la falta. Frente a estos testimonios, también llamó la atención acerca del hecho de que no se recibieron en la sede de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Barranquilla, por lo que consideró que no se podían tener como pruebas, ya que esa situación representaba una vulneración del derecho de audiencia y defensa.

Además de lo anterior, el abogado señaló que con el Libro de Población se acreditó que el demandante y su compañero de patrulla no se apoderaron de la mercancía que transportaba Daywuer Arlinson Hoyos Martínez, ya que esta fue entregada a la señora Yoselin Coronado Martínez después de que les suministró la factura de su compra y se constató la procedencia legal de esos bienes. Según él, esto fue desatendido en los actos acusados, toda vez que en ellos se dijo que el procedimiento de incautación se realizó de forma incorrecta.

El apoderado también afirmó que lo único que se probó en el trámite sancionatorio fue que el demandante no le informó a su superior, el mayor Jorge Antolinez Rivera, acerca

¹⁸ Relacionados con el objeto de la apelación.

del procedimiento de incautación de la mercancía, lo cual para él se configuró en la falta grave señalada en el numeral 3 del artículo 39 de la Ley 1015 de 2006, pero no a título de dolo, sino con culpa gravísima. Esto por cuanto el entonces patrullero José María Fonseca Samper reportó los hechos que aquí se estudian a la central de policía, es decir, no los ocultó.

Tesis de la parte demandada

El abogado de la Policía Nacional sostuvo que la sentencia de primera instancia debía revocarse, porque el vicio de falsa motivación no afectó a los actos acusados. Su aseveración se fundamentó en las razones que se exponen a continuación:

Según el apoderado, en el acto sancionatorio de primera instancia se determinó que el señor José María Fonseca Samper cometió la falta gravísima que se le endilgó por haber exigido dinero para no realizar un procedimiento de incautación de alimentos. A partir de esto, resaltó que la modalidad de su conducta se adecuó al supuesto de hecho de la solicitud de dadas para omitir el cumplimiento de sus funciones (de acuerdo con el numeral 4 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006), y no al de haberlas recibido. En ese sentido, el abogado estimó que no era relevante definir si el demandante le arrebató el dinero al joven Daywuer Arlinson Hoyos Martínez o que lo hubiera tomado de una mesa porque ya estaba demostrada la petición indebida.

Además de lo precedente, el apoderado aseguró que existían otros hechos probados que eran indicadores de la hipótesis de la falta imputada al señor Fonseca Samper. Así, la omisión del demandante en informar a su comandante de Estación y a la Policía Fiscal y Aduanera acerca del procedimiento de incautación de la mercancía, el extenso periodo en el que estuvo retenido el menor Hoyos Martínez (entre las 3:00 p.m. y las 7:00 p.m.), y la escueta anotación que se dejó en el Libro de Población sobre ese asunto (no se indicó el número de la factura de los productos incautados y la cantidad que se devolvió), sirvieron para concluir que la conducta ilícita endilgada sí existió.

Por otro lado, el abogado de la Policía Nacional afirmó que los testimonios que se recibieron en la etapa de indagación preliminar sí fueron practicados en la sede de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Barranquilla, y que el hecho de no existir registros de la entrada de los declarantes a esas instalaciones, no quería decir que no estuvieron allí, porque las actas de las declaraciones señalaban lo contrario.

Asimismo, el apoderado sostuvo que en el momento en el que el señor José María Fonseca Samper fue vinculado al procedimiento disciplinario, esto es, cuando se le notificó la decisión de apertura de investigación, se le reconocieron sus derechos dentro del trámite, entre los cuales estaba el de solicitar o aportar pruebas, controvertirlas e intervenir en su práctica. De esa manera, los medios de prueba recolectados en la indagación preliminar, se convalidaron.

Tesis del Ministerio Público

La procuradora delegada aseveró que la sentencia de primera instancia debía revocarse, toda vez que los actos acusados no estaban viciados de falsa motivación por lo siguiente:

La representante del Ministerio Público estimó que, si bien existía contradicción entre el testimonio de la señora Yoselin Coronado Martínez y el del señor Óscar de Jesús Hoyos Rojas, respecto de la forma en que el patrullero Fonseca Samper recibió la dádiva de \$160.000, la declaración de la primera resultaba fidedigna y convincente para determinar la certeza de la comisión de la falta que se le imputó al demandante. Asimismo, consideró que el Tribunal Administrativo del Atlántico omitió tener en cuenta que la anotación en el Libro de Población de la Estación Quinta de Policía Ciudadela de Barranquilla sobre la entrega de la mercancía, no se correspondía con lo afirmado por el quejoso Hoyos Rojas acerca de la inexistencia de factura de compra de esos bienes, por lo que según la procuradora, dicho registro no se ajustaba a la realidad.

Del mismo modo, la procuradora delegada indicó que en el expediente disciplinario obraban los testimonios del señor Juan José López Reslen, conductor del taxi en el que se transportaba con la mercancía el menor Daywuer Arlinson Hoyos Martínez cuando fue interceptado y retenido por la patrulla de la que hacía parte el demandante, así como el de la madre del joven, Ludys Mabel Martínez Bolívar.

Así, la representante del Ministerio Público llamó la atención sobre lo sostenido por el primero de los testigos, quien afirmó que la retención del menor por parte de la Policía se dio a las 3:00 p.m. del 23 de febrero de 2011, y no a las 7 p.m., como se dejó anotado en la minuta de la Estación. Igualmente, en lo referido a la declaración de la señora Martínez Bolívar, resaltó que ella manifestó que dos días después de ocurridos los hechos, el subintendente Arnulfo Rafael Hernández Vargas fue hasta su lugar de residencia y le ofreció \$100.000 para «resolver el problema de unos compañeros que habían quitado una mercancía», y le pidió que no lo involucrara en esos sucesos pues él solo actuaba como intermediario de los policías que realizaron la incautación.

La procuradora también destacó que en el trámite disciplinario se probó la omisión del señor José María Fonseca Samper en informarle a su superior, el mayor Jorge Orlando Antolinez Rivera, sobre el procedimiento que realizó con la mercancía incautada. En esa línea, consideró que en el testimonio de ese oficial quedó claro que en esos eventos primero debía hacerse un inventario, el cual le correspondía firmar a la patrulla que conoció del asunto y a la persona que transportaba los bienes decomisados. Luego, si estos eran bebidas alcohólicas, se dejaban a disposición de la Oficina de Rentas Departamentales, y si eran otro tipo de elementos, como alimentos y electrodomésticos, se debían entregar a la Policía Fiscal y Aduanera para que ellos hicieran el trámite correspondiente ante la DIAN. De todo lo anterior, según el mayor, era necesario dejar las respectivas anotaciones.

Tesis de la Sala

La sentencia de primera instancia debe revocarse porque los actos acusados no están viciados de falsa motivación, ya que en ellos se demostró con certeza la falta gravísima que se le imputó al señor José María Fonseca Samper.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos (4.1.1).
- Alcances de la regla de exclusión probatoria en el procedimiento disciplinario (4.1.2).
- Criterios para la valoración racional de la prueba testimonial (4.1.3).
- Caso concreto (4.1.4).

4.1.1. La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó¹⁹:

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.

4.1.2. Alcances de la regla de exclusión probatoria en el procedimiento disciplinario

El último inciso del artículo 29 de la Constitución Política consagra que «es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». Esa regla de exclusión probatoria²⁰, tiene su reflejo en el Código Disciplinario Único, que en su artículo 140 señala que «la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente».

En ese sentido, el alcance esa regla fue definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-159 de 2002, donde dicha Corporación aseguró que ella no era de aplicación «sencilla ni mecánica», en la medida en que no toda irregularidad procesal que

¹⁹ C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.

²⁰ C.Const. Sent. T-916, sep. 18/2008: «[...] “la regla de exclusión en materia probatoria”, como ha sido denominada por esta Corporación, es un “remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso” [...].»

involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica, por sí misma, la afectación del debido proceso, ya que si se trata de irregularidades meramente formales, no quedan cobijadas por la previsión del inciso final del artículo 29 de la Carta.

Así, en materia disciplinaria, según lo anterior, la prueba se tomará como inexistente cuando con ella se afectaron las normas sustantivas que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o cuando se desconocieron formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad en el procedimiento sancionatorio²¹. Esto es así porque el derecho disciplinario, en el Estado Social de Derecho, también busca la buena marcha de la administración pública, y ella no puede funcionar bien cuando sus agentes actúan con impunidad luego de haber cometido una falta²².

4.1.3. Criterios para la valoración racional de la prueba testimonial

Uno de los medios de prueba más importantes en el marco de los procedimientos disciplinarios es el testimonio de terceros. A través de este, el juez o la autoridad que instruya un trámite sancionatorio puede reconstruir los hechos objeto de investigación, a partir de la narración que realice un testigo, distinto de la persona implicada, que haya tenido conocimiento de estos por haberlos percibido con sus sentidos²³. A pesar de que, con la divulgación del documento en sus diversas formas, la necesidad del testimonio se ha visto disminuida, aún es la prueba más frecuente en procesos de todo orden, y en ocasiones la única, sobre todo cuando se busca probar la comisión de actos ilícitos²⁴.

La prueba testimonial ofrece algunos peligros, a los cuales inevitablemente está sometida la justicia a la hora de valorarlos²⁵; los riesgos de error y falsedad son frecuentes y difíciles de descubrir, no obstante, no puede considerarse que el remedio a estos problemas consista en eliminar esta prueba, pues, salvo en el campo de los negocios jurídicos, «es un mal necesario»²⁶.

Conviene mencionar que otros medios de prueba también pueden ofrecer inseguridades: los documentos eventualmente no son auténticos, la confesión puede utilizarse con fines ilegales, los indicios suelen ser difíciles de apreciar y los peritos pueden equivocarse en sus dictámenes. En todo caso, la lectura realista de estas dificultades no debe condenar a la fatalidad; para morigerar estos riesgos respecto del testimonio, basta que el juez o la

²¹ C.Const. Sent. SU-159, mar. 6/2002: «La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita».

²² *Ibidem*.

²³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2017, pp. 27-28.

²⁴ *Ibidem*, pp. 80-81.

²⁵ «Un interesante experimento referido por MUSATTI (acerca de la fidelidad de la percepción de los hechos de los declarantes en una prueba testimonial); dio por resultado que de 36 sujetos, apenas 4 tuvieron una percepción fiel en un 90%, ninguno llegó a la fidelidad total y en conjunto apenas se llegó a un 68% de fidelidad». *Ibidem*, p. 84.

²⁶ *Ibidem*, p. 83.

autoridad disciplinaria lo pueda someter a una crítica rigurosa, técnica y científica, que considere tanto las condiciones subjetivas del testigo como las objetivas de cada caso²⁷.

La valoración del testimonio es la operación mental que realiza el juez o la autoridad con competencia para decidir en un procedimiento sancionatorio, que tiene como objetivo conocer el valor de convicción de este²⁸. La fuerza probatoria material, que se determina mediante ese ejercicio, depende de que el juez encuentre o no, en cada uno de los testimonios, y en su conjunto con los demás elementos de prueba, argumentos que le sirvan para formarse su convencimiento sobre los hechos que interesen al proceso²⁹.

Se resalta que, en el análisis de la prueba testimonial, es donde deben utilizarse con mayor rigor las reglas de la sana crítica³⁰. Desde la doctrina, se han hecho trabajos que buscan determinar criterios racionales para valorar este medio de prueba a partir de los desarrollos de la psicología del testimonio, de los cuales se resaltan cuatro, que pueden servirle a los jueces y operadores jurídicos en general, para acercarse a la estimación objetiva de la credibilidad de los declarantes a saber: La coherencia de los relatos, su contextualización, las corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas³¹. Estos parámetros, que desde ya se advierte que no pueden ser estudiados de manera aislada sino conjunta y comprensiva, se exponen a continuación.

- *La coherencia del relato*

La adecuada estructuración lógica del relato ha sido uno de los criterios más relevantes a la hora de valorar la credibilidad del testigo. En este caso, en materia punitiva, se exige una persistencia en la incriminación, esto es, que la declaración no se contradiga. A pesar de lo anterior, el hecho de que una persona exprese un relato coherente no es sinónimo automático de su veracidad, toda vez que las contradicciones pueden originarse en fallos naturales de la memoria del sujeto y, además, los testimonios falsos suelen presentarse de una manera continuamente estructurada y generalmente cronológica³².

De esta manera, si bien la coherencia de un testimonio no es un dato a tener en cuenta, por sí solo, a la hora de valorar su credibilidad, ello no quiere decir que sea inútil, porque puede servirle al juez si lo analiza conjuntamente con los otros parámetros probatorios que tiene a su disposición.

²⁷ *Ibidem*, p. 85.

²⁸ *Ibidem*, p. 238.

²⁹ *Ibidem*, p. 240.

³⁰ *Ibidem*, p. 265.

³¹ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 222-230.

³² *Ibidem*, p. 224: «[...] si el testimonio de un declarante tiene esas características, lo que abonaría su completa coherencia, tiene muchas posibilidades de ser falso, porque lo más probable es que haya preparado su declaración para exponerla en el momento del juicio. Para entendernos, su declaración es demasiado perfecta desde el punto de vista formal como para ser auténtica y, sobre todo, espontánea. Pero también es cierto que hay personas que se preparan su declaración, perfectamente veraz, para exponerla de la mejor forma ante el tribunal, con absoluta buena fe. Y en esos casos el testimonio habría de ser creíble, incluso cuando contenga falsas coherencias producto de la reconstrucción y reinterpretación de los recuerdos por parte del propio sujeto, como efecto del paso del tiempo».

- *La contextualización del relato*

La contextualización consiste en que el testigo describa datos del entorno espacial o temporal en el que tuvieron lugar los hechos acerca de los cuales declara. Así, si lo que manifiesta se inserta fácilmente en ese ambiente, ello puede configurarse en un indicio de su verosimilitud³³. En este punto, se reitera que este parámetro también puede ser distorsionado por la memoria, pero, si esos hechos ambientales son plausibles y son declarados de forma espontánea por el testigo, suele valorarse que es difícil que su declaración corresponda a una mentira.

- *Las corroboraciones periféricas*

Este criterio se refiere a que el relato de un testigo se vea corroborado por otros datos aportados al proceso que, indirectamente, acrediten la veracidad de la declaración. En ese sentido, esta pauta requiere que coincidan las diferentes declaraciones que varios sujetos hayan realizado sobre un mismo hecho, o que el testimonio del que se estudia su credibilidad, se reafirme con los indicios a través de los cuales se construyen presunciones que acreditan la hipótesis fáctica a probar³⁴.

- *La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante*

Finalmente, esta pauta consiste en que el testigo haga referencia a datos innecesarios que busquen favorecer a una de las opciones que se debaten en el proceso, o incluso al propio declarante. En este caso se trata, por ejemplo, de manifestaciones sobre el carácter o la intencionalidad de una de las partes, o justificaciones de las propias actuaciones o de la persona que se quiere beneficiar, las cuales van más allá de lo que se le haya preguntado al declarante. Estos detalles son indicadores de pérdida de objetividad del testigo que pueden conducir a la falsedad de sus afirmaciones³⁵.

4.1.4. Caso concreto

En el acto sancionatorio de primera instancia proferido en contra del señor José María Fonseca Samper se tuvieron en cuenta como pruebas de cargo frente a la falta gravísima que se le imputó, entre otros, los testimonios del quejoso Óscar de Jesús Hoyos Rojas, de su hijo, Daywuer Arlinson Hoyos Martínez, y de la hermana de este último, Yoselin Coronado Martínez³⁶. El primero fue testigo de referencia (o de oídas) de los hechos objeto de reproche disciplinario, y el segundo, y la tercera, fueron testigos presenciales de

³³ *Ibidem*, pp. 225-226: «[...] el hecho de que la persona recuerde qué hizo antes o después del hecho, o qué estaba escuchando, o qué programa de televisión estaba viendo, o simplemente que informe de la temperatura o luminosidad del lugar en el que sucedieron los hechos [...]».

³⁴ *Ibidem*, pp. 227-228: «[...] Con todo, este criterio posee riesgos evidentes. En primer lugar, en cuanto a lo subjetivo, el hecho de que los diferentes testimonios de varios declarantes no coincidan en estas circunstancias periféricas, no quiere decir que todos ellos mientan, y ni siquiera que mienta alguno de ellos, sino que recuerdan los hechos de modo distinto, como consecuencia del funcionamiento de la memoria [...] En segundo lugar, el hecho de que todos los testigos coincidan en este punto tampoco tiene por qué ser indicativo de verosimilitud. Al contrario, incluso sin mala fe de los declarantes acordando su testimonio, dependiendo de la manera en la que se haya hecho declarar a los diferentes sujetos [...] es posible que se haya inducido en todo un conjunto de declarantes una historia errónea que pase por ser auténtica. Y en tercer lugar, también es posible que las corroboraciones periféricas eviten darle importancia a la prueba del hecho principal, quedando indemostrado [...]».

³⁵ *Ibidem*, pp. 228-230.

³⁶ Folio 25 del expediente.

los sucesos, y sus declaraciones fueron la prueba directa o inmediata ³⁷ de la responsabilidad del demandante.

En la motivación de la sentencia apelada en este proceso, el Tribunal Administrativo del Atlántico no se refirió a la declaración del entonces menor de edad, Daywuer Arlinson Hoyos Martínez. Sobre ello, el *a quo* no expresó cuáles fueron las razones que lo llevaron a omitir la valoración de esa prueba, a pesar de que enunció el argumento del apoderado del demandante acerca de que ese testimonio no fue decretado en el procedimiento disciplinario y, por lo tanto, debía tomarse por inexistente.

En este punto, la Sala considera que la declaración del joven Daywuer Arlinson Hoyos Martínez sí debía valorarse al momento de fundamentar la decisión sancionatoria que se demanda en este proceso, porque los defectos que se presentaron con su incorporación al expediente disciplinario no tenían la vocación de comprometer la dimensión sustancial del derecho al debido proceso o a la defensa del señor José María Fonseca Samper. Esto es así por cuanto esa prueba, si bien no aparece formalmente decretada directamente por el jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía Metropolitana de Barranquilla³⁸ (sino que se incluyó según la citación de su auxiliar³⁹), fue practicada con la anuencia de este, ya que en el acta de su recepción aparece su firma⁴⁰.

De conformidad con lo anterior, desde el punto de vista sustancial, el testimonio del menor Hoyos Martínez estaba en la misma situación de las demás declaraciones que se recibieron en la etapa de indagación preliminar del procedimiento disciplinario, las cuales, en su momento, por no encontrarse determinados los sujetos que posteriormente iban a investigarse en el trámite sancionatorio, fueron practicadas sin la presencia de los disciplinados que, según lo disponía el artículo 91 de la Ley 734 de 2002⁴¹, a partir de su

³⁷ «[...] suele distinguirse la prueba directa o inmediata de la indirecta o mediata, según que el hecho objeto de la prueba sea o no el mismo hecho que se quiere probar y que constituye el tema de prueba, pero sin exigir que en el primer caso el hecho que se prueba sea el mismo hecho percibido por el juez. Se contempla el modo o la manera como el objeto de la prueba sirve para demostrar el hecho que quiere probarse: si directa o indirectamente.

Prueba *directa* es entonces aquella que presenta esa identificación, de tal modo que solo existe un hecho que es al mismo tiempo el objeto de ella y aquel cuya prueba se persigue; las pruebas directas resultan así más numerosas e incluyen los documentos, los testimonios y las confesiones, los dictámenes de peritos y las inspecciones judiciales, cuando versan sobre el hecho que desea probarse, es decir, medios de prueba que no son el mismo hecho por probar pero que lo demuestran directamente o recaen directamente sobre este. Prueba *indirecta* viene a ser, en cambio, la que versa sobre un hecho diferente al que se quiere probar o es tema de prueba, de tal manera que el segundo es apenas deducido o inducido del primero, por una operación lógica o el razonamiento del juez; por consiguiente, solo la prueba indiciaria o circunstancial [...] tiene siempre ese carácter [...]». DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, Tomo I, pp. 499-500.

³⁸ Folio 42 *ibidem*.

³⁹ Folio 43 *ibidem*.

⁴⁰ Folio 157 *ibidem*.

⁴¹ L. 734/2002, art. 91: «Calidad de investigado. La calidad de investigado se adquiere a partir del momento de la apertura de investigación o de la orden de vinculación, según el caso.

El funcionario encargado de la investigación, notificará de manera personal la decisión de apertura, al disciplinado. Para tal efecto lo citará a la dirección registrada en el expediente o a aquella que aparezca registrada en su hoja de vida. De no ser posible la notificación personal, se le notificará por edicto de la manera prevista en este código.

El trámite de la notificación personal no suspende en ningún caso la actuación probatoria encaminada a demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del disciplinado. Con todo, aquellas pruebas que se hayan practicado sin la presencia del implicado, en tanto se surtía dicho trámite de notificación, deberán ser ampliadas o reiteradas, en los puntos que solicite el disciplinado.

Enterado de la vinculación el investigado, y su defensor si lo tuviere, tendrá la obligación procesal de señalar la dirección en la cual recibirán las comunicaciones y de informar cualquier cambio de ella.

vinculación formal a la investigación podían pedir su ampliación o reiteración, lo cual, en el caso del demandante, no se hizo, con lo que se configuró su convalidación.

Ahora bien, después de la consideración precedente, la Sala estima que en la sentencia apelada se hizo una incorrecta valoración de los testimonios, y en general, de las pruebas que sirvieron para justificar la sanción que se le impuso al señor Fonseca Samper. Esta tesis se fundamenta en la ya vista exclusión indebida de la declaración de Daywuer Arlinson Hoyos Martínez, y en la comparación errada que hizo el *a quo* entre lo testificado por el señor Oscar de Jesús Hoyos Rojas y la señora Yoselin Coronado Martínez.

La Sala juzga errada esa comparación porque el quejoso, como se dijo previamente, era un testigo de referencia de los hechos que se investigaron, y respecto de ellos no se puede proceder del mismo modo que con el resto de testigos, dado que no han percibido directamente aquello sobre lo que declaran, sino que se lo han contado⁴². Así, lo mencionado sobre la forma en la que se consumó la falta disciplinaria por parte del señor Oscar de Jesús Hoyos Rojas debió ser descartado por la gran probabilidad de que ello no se correspondiera con la realidad⁴³, y no podía ser usado como parámetro de equiparación para efectos de determinar la coherencia de lo dicho por la señora Yoselin Coronado Martínez que sí presencié los hechos.

Así, entonces, lo relatado por la señora Coronado Martínez⁴⁴ fue coherente con lo dicho por su hermano⁴⁵, en relación con la forma en la que ella le llevó el dinero a la Estación de

La omisión de tal deber implicará que las comunicaciones se dirijan a la última dirección conocida». (Negrita fuera de texto).

⁴² NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 278.

⁴³ Cfr. L. 906/2004, art. 402: «Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo».

⁴⁴ Folios 154-155 del expediente: «PREGUNTADO: Según diligencia rendida por el señor HOYOS ROJAS OSCAR, ante este despacho manifestó que usted se acercó a la estación de Policía Ciudadela porque su hermano le habían quitado una mercancía. Manifieste al despacho que manifestar al respecto (sic). CONTESTÓ: Yo me acerqué a la estación porque recibí una llamada de mi hermana LUDYS HOYOS, porque tenían a mi hermano detenido con una mercancía, y como tenía como comunicarse con los papás, se necesitaba a un mayor de edad que respondiera por él, ya que era menor de edad. **Yo cojo un taxi y llego a la estación, al llegar a la estación mi hermano me dice que entremos a la oficina, uno de los policías me dice que si yo era quien traía la plata, entonces mi hermano dijo que yo traía la plata, yo solo llevaba eran 100.000 pesos, y se lo di a mi hermano, mi hermano completó la plata con 60.000 pesos que tenía en la cartera, entonces los policías arreglaron en mi presencia y con mi hermano que sí iban a recibir la plata que eran los 160.000 pesos, mi hermano colocó la plata en una mesa y FONSECA lo cogió y lo contó en mi presencia, también estaba HERNÁNDEZ y el policía que acompañaba a FONSECA** y dijeron que no iban a devolver toda la mercancía ya que habían radiado y todo el mundo en el CAI había visto la mercancía, los policías comenzaron a entregar la mercancía y la dividieron ellos se quedaron con una paca de RAI, con una caja de Colgate y con la leche en polvo que eran varias no me acuerdo la cantidad exacta pero eso más o menos sumó como 500.000 pesos, más con los 160.000 pesos que mi hermano les dio en mi presencia l policía que es blanquito, y luego el policía me dijo que esperara que tenía que firmar un libro donde constara que me estaba entregando todo, después esperamos un ratico dentro de la oficina y después salimos y fue cuando llegó el señor OSCAR en un carro, sacó la mercancía y nos fuimos para mi casa [...] PREGUNTADO: Manifieste al despacho qué tiempo duró usted en la estación de policía ciudadela. CONTESTÓ: Yo llegué más o menos como a las 05:00 PM, a la estación y 07:30 salimos de la estación cuando mi papá vino a buscarnos, duré allá como dos horas. PREGUNTADO: Según anotación que reposa dentro del expediente y firmada por usted, los policías manifiestan que le entregaron la mercancía completa y en relato anterior usted manifiesta que los policías se quedaron con la mitad de la mercancía, qué tiene que manifestar al respecto. CONTESTÓ: La verdad firmé sin leer, porque yo estaba preocupada era por mi hermano y es primera vez que me encuentro en mi situación, ellos me dijeron que firmara y yo firmé [...]». (Negrita fuera de texto).

Policía, la cantidad, y la manera en que fue entregado a los uniformados que estuvieron involucrados en el procedimiento de incautación. Además, en estas declaraciones, los testigos fueron coincidentes en lo relativo a la contextualización del entorno espacial y temporal de los sucesos narrados, no existieron detalles oportunistas en lo manifestado por estas personas y, adicionalmente, en el expediente disciplinario obraban otras pruebas que acreditaban algunos hechos indicadores a los cuales se refirió la representante del Ministerio Público en este proceso, que permitieron corroborar periféricamente lo dicho por los declarantes.

En lo relativo a esto último, en el testimonio de la señora Ludys Mabel Martínez Bolívar⁴⁶, madre del joven Hoyos Martínez, la declarante manifestó que dos días después de que ocurrieron los hechos que originaron la actuación sancionatoria, un uniformado, que se identificó con el apellido Hernández, fue hasta su residencia y habló con ella para tratar de

⁴⁵ Folios 156-157 *ibidem*: «PREGUNTADO: Según diligencia rendida por el señor HOYOS ROJAS OSCAR, ante este despacho manifestó que usted era la persona a quien presuntamente el policía de nombre FONSECA junto con otro policía lo trasladaron a la estación de Policía Ciudadela, donde le exigieron dinero para no incautarle una mercancía que usted transportaba en un taxi. Manifieste al despacho qué tiene que decir al respecto. CONTESTÓ: Ese día me bajé en la murillo con circunvalar debajo del puente, donde cogí un taxi, cerca habían dos policías que se encontraban en el velódromo, y estaban requisando a dos personas, ellos me vieron cuando me monté al taxi y subí la mercancía, el taxi iba normal y los policías me estaban persiguiendo y más o menos por los bloques de la ciudadela los policías detienen el taxi, los policías comenzaron a pitar, el taxista paró, y cuando me bajo los policías me preguntan que llevo, le dije que llevaba unas cajas de Colgate, RAI y leche en polvo, los policías me pidieron la factura, yo le dije que eso no tiene factura, y les dije a los policías que eso era para que mi mamá se rebuscara, los policías me dijeron que como era la vuelta, yo le dije que yo vengo pelado o sin plata, los policías me llevaron a la estación de policía la ciudadela, bueno llegamos a la estación y comenzaron a bajar la mercancía, yo me le metí en la mitad pero ellos me empujaron, la mercancía la bajaron y la metieron a un cuarto que era como de atención al ciudadano, ahí se encontraba HERNÁNDEZ y le dije que me colaborara, él me dijo que yo ahora hablo con ellos, los policías se demoraron como una hora y media para llegar, **cuando llegaron los policías ingresamos al cuartico y me dijeron que vamos a arreglar te vamos a colaborar y me estaban pidiendo 800.000 pesos, yo les dije eso es lo que vale la mercancía que traigo aquí, después los dos policías que me trajeron estaban hablando y nuevamente me pidieron fue 400.000 pesos, yo les dije que todavía era mucho, cuando dije así, los policías me dijeron que cuánto era que yo iba a dar, yo te puedo dar son 100.000 pesos, los dos policías se salieron del cuarto, después nuevamente entraron y me dijeron que arregláramos en 200.000 pesos y que les dejara la mitad de la mercancía, yo les dije nuevamente que no podía dar esa plata, yo les dije que podía darle 160.000 pesos, que era lo que yo podía darle, ya que tenía 60.000 en la cartera y mi hermana me iba a traer 100.000 pesos, y ellos me dijeron que les dejara una caja de Colgate de las pequeñas, una caja de RAI y tres pacas leches (sic), mi hermana llegó como a eso de las 06 de la tarde con la plata, ella entró y dentro de la oficina me dio la plata, me dio 100.000 pesos, y yo tenía 60.000, yo coloqué la plata en la mesa y el policía FONSECA fue quien la cogió y la contó en presencia de mi hermana, también se encontraba HERNÁNDEZ y el policía que era compañero de FONSECA, después cogieron la mercancía y la dividieron, quedándose con la caja de Colgate de las pequeñas, una caja de RAI y tres pacas de leche, mi papá llegó después entró y cogió la mercancía que me habían dejado y nos fuimos [...]».**

⁴⁶ Folios 152-153 *ibidem*: « PREGUNTADO: Según diligencia rendida por el señor HOYOS ROJAS OSCAR, rendida ante este despacho manifestó que el señor SI. HERNÁNDEZ, se acercó a su residencia y le ofreció 100.000 pesos con motivo de una mercancía que le habían quitado al joven DAYWER HOYOS. Manifieste al despacho que tiene al respecto (sic). CONTESTÓ: Eso como al segundo día después del 23 de febrero de este año, cuando le había quitado una mercancía a mi hijo, él se acercó a mi casa yo lo atendí en la puerta y me dijo que él venía a resolver un problema de unos compañeros que habían quitado una mercancía y él era el intermediario ya que conocía a mi hija, y me dijo que ya la mercancía no la podían devolver ya que eso lo había repartido pero que entre todos podían recoger 100.000 pesos y dármelo, yo le dije que mi mercancía costaba más, y a mi hijo le habían quitado plata 160.000 más la mercancía, que él era el intermediario y no lo metieran en ese problema porque él solo venía era a abogar por los compañeros, como yo le dije así y al no recibirle la plata se fue y me dijo que él iba a hablar con los policías para traer más plata, pero nunca más vino [...]».

evitar que los involucraran en una denuncia o queja por lo acontecido con su hijo. Según la testigo, el policía le ofreció cien mil pesos, pero ella rechazó esa oferta porque era muy baja.

Asimismo, el entonces comandante de la Estación de Policía a la que estaba adscrito el demandante, mayor Jorge Orlando Antolinez Rivera, en su declaración en el procedimiento disciplinario⁴⁷ manifestó que en los eventos de incautación de mercancías como las decomisadas al joven Daywuer Arlinson Hoyos Martínez, lo procedente era hacer un inventario de los bienes y reportar el asunto a la Policía Fiscal y Aduanera, lo que no cumplieron los uniformados involucrados en el ilícito, pues el único documento que diligenciaron fue la minuta del Libro de Población⁴⁸, donde dejaron una anotación que indicaba que a las 19:00 horas del 23 de febrero de 2011, la señora Yoselin Coronado Martínez reclamó la mercancía después de haber presentado la factura que daba cuenta de su legalidad.

En relación con esta anotación se destaca que no se consignó el número de la factura ni el nombre del establecimiento de comercio del cual provenía. Tampoco se dieron detalles acerca de cómo se dio el procedimiento de incautación, ni el tiempo que duró. Por lo anterior, en la medida en que de esa prueba dependía la hipótesis exculpatoria defendida por el señor José María Fonseca Samper y su defensa técnica, se considera que esta no fue demostrada, con lo que la Sala estima que el estándar de prueba que exige que la responsabilidad disciplinaria debe estar acreditada más allá de toda duda razonable se satisfizo.

En conclusión: La sentencia de primera instancia debe revocarse porque los actos acusados no están viciados de falsa motivación, ya que en ellos se demostró con certeza la falta gravísima que se le imputó al señor José María Fonseca Samper.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Al no encontrarse probada la causal de nulidad que según el Tribunal Administrativo del Atlántico afectó los actos acusados, la Subsección revocará la sentencia de primera instancia proferida el 16 de mayo de 2016 por esa Corporación.

Condena en costas en segunda instancia

⁴⁷ Folios 332-335 *Ibidem*: «PREGUNTADO: Diga al despacho según su experiencia y trayectoria en la policía nacional cuál es el procedimiento a llevar cuando se presentan casos de incautación de mercancías varias. CONTESTO: Primero hacer un inventario de la mercancía, dicho inventario debe ser firmado por la patrulla que conoce el procedimiento y la persona a quien se le incauta los elementos, posteriormente a esto, si son licores se deja a disposición de la oficina de rentas departamentales, y si es mercancía de otro tipo como alimentos y electrodomésticos se deja a disposición de la policía fiscal y aduanera para estos a su vez realcen (sic) el trámite para ser puesto a disposición de la DIAN, de todo ese procedimiento se deben hacer las respectivas anotaciones, las actas de incautación y dejar los antecedentes del procedimiento en el archivo de la estación».

⁴⁸ Folio 146 *ibidem*: «A esta hora y fecha se deja constancia o procedimiento de incautación de la siguiente mercancía corrijo de la entrega ya que fue presentaron factura de compra y legalidad de los sgtes elementos 10 pacas de leche polvo de la marca Campestre cada una con 12 unidades, 36 unidades de rai, 11 docenas de crema dental Colgate, 1 paca de mayonesa. Lo anterior es entregado a la srta Yoselin Coronado Martínez cc. [...] quien presentó lo descrito para constancia firma [...]».

Esta Subsección en providencia con ponencia del magistrado William Hernández Gómez⁴⁹, sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA– a uno «objetivo valorativo» –CPACA–.
- b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal [Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura].
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas [incluidas las agencias en derecho], la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁵⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, en la medida que conforme el ordinal 4 del artículo 365 del Código General del Proceso⁵¹, resulta vencida en el proceso y estas se causaron por la actuación procesal de su contraparte a través de apoderado.

⁴⁹ C.E., Sec. Segunda, Subsec A, Sent. 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), abr. 7/2016.

⁵⁰ CGP, art. 366. «LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:[...]

⁵¹ CGP, art. 365, num. 4: «Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: [...]

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias [...]

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

FALLA

Primero: Revocar la sentencia de primera instancia proferida el 16 de mayo de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico y, en su lugar, **denegar** las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor José María Fonseca Samper en contra de la Policía Nacional.

Segundo: Se condena en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante, por ser la vencida en la controversia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ