

CONTROL JUDICIAL INTEGRAL DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE CARÁCTER DISCIPLINARIO / DEBIDO PROCESO EN MATERIA DISCIPLINARIA

[E]sta Sección ha señalado que el control judicial que se haga en los procesos disciplinarios si bien ha de efectuarse con los parámetros dispuestos en la decisión judicial, también lo es, que el juez goza de amplias facultades para analizar y estudiar todas las actuaciones y etapas surtidas en el procedimiento disciplinario, los cuales, en todo caso, deben estar sujetas, según lo previsto en los artículos 320 y siguientes del Código General del Proceso, a los argumentos expuestos en el recurso de apelación. [...] [E]l control que debe ejercer el juez contencioso administrativo sobre los actos de la administración que sean de carácter disciplinario, debe ser un control integral, en la medida que la actividad de este «supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales». Ese juicio integral supone, en cuanto a las causales de nulidad, que el juez, en virtud de la primacía del derecho sustancial, puede y debe examinar causales conexas con derechos fundamentales a fin de optimizar la tutela judicial efectiva. Respecto a la valoración de las probanzas recaudadas en el proceso disciplinario, el aludido juicio integral lo habilita para estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria, porque solo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado. Con relación a los principios rectores de la ley disciplinaria, el juez está facultado para examinar el estricto cumplimiento de todos y cada uno de ellos dentro la actuación sancionatoria. Acerca del principio de proporcionalidad, de que trata el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, referido a que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y a la graduación prevista en la ley, cuando el juicio de proporcionalidad de la sanción sea parte de la decisión judicial, el juez puede, según lo ordenan el artículo 170 del CCA y el inciso 3 del artículo 187 del CPACA, estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas. En cuanto a la ilicitud sustancial, el juez está autorizado para realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de esta, al punto que, si el asunto lo exige, puede valorar los argumentos que sustenten la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado. [...] Son elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, entre otros «(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de *non bis in idem*, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la *reformatio in pejus*». [...] Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante

la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas».

TIPICIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA / ANTIJURIDICIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA / CULPABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

[E]l régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así las cosas, el que adelanta la investigación disciplinaria dispone de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas. [...] [E]n el derecho disciplinario, la antijuridicidad no se basa en el daño a un bien jurídico tutelado y/o protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público. [...] La relación de sujeción de los destinatarios de la acción disciplinaria con el Estado requiere la existencia de controles que operan a manera de reglas, cuya infracción, sin justificación alguna, consolida la antijuridicidad de la conducta [...] [E]n materia disciplinaria (...) no se señalan específicamente qué comportamientos exigen para su adecuación típica ser cometidos con culpa, de suerte que, por regla general, a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, lo que apareja que sea el juzgador disciplinario el que debe establecer cuáles tipos admiten la modalidad culposa, partiendo de su estructura. [...] Para la Sala, la conducta desplegada por el demandante se adecuó al tipo disciplinario previsto en el numeral 9 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 [...] La conducta delictiva que se consideró realizada por el actor se encuentra prevista en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000 (...) dentro del proceso se encuentra acreditado, con el material probatorio obrante dentro de la actuación disciplinaria, que el señor (...) como miembro de la Policía Nacional, se reunió con personas de una banda criminal “los botalones” junto con otros miembros de la policía, facilitándoles su desplazamiento por el lugar, y suministrándoles información acerca de cuándo la fuerza pública iba a hacer presencia en el lugar; es decir, que el demandante, valiéndose de su condición de agente de la Policía Nacional, facilitaba que esta banda criminal cometiera sus ilícitos con la complicidad que tenían entre sí para la comisión de los mismos, según lo estableció en su momento la Fiscalía General de la Nación y la Sijín - Policía Judicial. [...] El dolo en materia disciplinaria debe estar conformado por los siguientes elementos: el conocimiento de los hechos y de la ilicitud, y la voluntad.

[...] [E]l demandante tuvo conocimiento que su conducta de “facilitar a la banda criminal la realización de hechos delictivos”, constituía una infracción disciplinaria y aún así dirigió su actuar hacia la realización de esta. El operador disciplinario valoró el aspecto subjetivo de la conducta, tanto cognitivo como volitivo, y determinó que la conducta del demandante fue desarrollada a título de dolo, dada su condición y experiencia en el ejercicio del cargo.

VALORACIÓN PROBATORIA EN MATERIA DISCIPLINARIA / REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

[L]a 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 este. 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 proceso. Se resalta que, en el análisis de la prueba testimonial, es donde deben utilizarse con mayor rigor las reglas de la sana crítica. La doctrina, ha señalado que, para la valoración de la prueba testimonial, se deben tener en cuenta: La coherencia de los relatos, su contextualización, las corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas, los cuales deben ser analizados de manera conjunta. [...] [E]l hecho de que dicho testigo sea uno de los agentes de la policía involucrado en la investigación penal y judicializado por ello, no es *óbice* para restarle credibilidad al contenido de su relato, pues tampoco se observan en el acervo probatorio elementos de juicio que permitan concluir nada distinto a lo que dispuso el operador disciplinario. [...] [E]n materia disciplinaria el juez debe realizar la valoración del acervo probatorio de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en tal sentido, solo debe declarar la nulidad de las decisiones disciplinarias cuando encuentre que se vulneró el derecho al debido proceso, o bien porque se omitió realizar una valoración probatoria razonable, objetiva y adecuada, o porque la realizada en los mismos es manifiestamente contraria a la realidad y en el presente caso no se presentó ninguna de tales hipótesis fácticas (...) el testimonio del señor (...) se recaudó con sujeción a las formas propias de recepción de la prueba, (...) el demandante tuvo la oportunidad de tachar la declaración y no lo efectuó, además el relato del testigo muestra coherencia, contextualización y corroboración periférica que permite establecer que el actor recibió dinero de una banda antisocial por colaborarles con el suministro de la información para el funcionamiento de su actividad delictual, incurriendo de esta manera en infracción de los deberes que como servidor público le competen.

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 29 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 6 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 18 / LEY 1015 DE 2006 - ARTÍCULO 34 NUMERAL 9 / CPACA - ARTÍCULO 183 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., dos (2) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 68001-2333-000-2015-0774-01(2061-18)

Actor: ALDEMAR BERNATE PRADA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA. LEY 1437 DE 2011.

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el demandante **ALDEMAR BERNATE PRADA** contra la sentencia del 3 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA¹

El señor **ALDEMAR BERNATE PRADA**, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la Nación- Ministerio de Defensa - Policía Nacional, el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones

(i) La nulidad de la decisión disciplinaria de primera instancia del 3 de septiembre de 2013, mediante la cual fue declarado responsable disciplinariamente y se le impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 10 años para el ejercicio de cargos públicos.

¹ Folios 135 a 152

(ii). La nulidad de la decisión de segunda instancia del 3 de diciembre de 2013, que resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión inicial, proferida por la Dirección General de la Policía Nacional.

(iii). La nulidad de la Resolución 00888 de 6 de marzo de 2014 por medio de la cual se ejecutó la sanción disciplinaria.

(iv). A título de restablecimiento del derecho, solicitó las siguientes condenas:

- El reintegro al servicio activo de la Policía Nacional en el cargo que desempeñaba y grado que le corresponda, según su curso de promoción, sin solución de continuidad para todos los efectos legales y que así aparezca en su hoja de vida.
- El pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento en que se profiera la sentencia.
- Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 187, 192, y 195 del C.P.A.C.A.

1.2.- Fundamentos fácticos

En síntesis, las pretensiones se sustentan en los siguientes hechos:

(i). - El señor Aldemar Bernate Prada ingresó a la Policía Nacional como agente alumno el 5 de abril 1993, graduándose el 1 de octubre de 1999 como agente nacional.

(ii). Expuso que, mediante decisión sancionatoria del 3 de septiembre de 2013, el Jefe de Control Interno del Departamento de Policía Santander, le imputó la falta gravísima establecida en el numeral 9 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, en consecuencia, le impuso sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 10 años. Decisión que fue confirmada el 3 de diciembre de 2013 por la Dirección de la Policía Nacional.

(iii) Manifestó que la conducta suspuestamente infringida por la cual se sancionó al demandante, consistió en que el agente Aldemar Bernate Prada, cuando

prestaba los servicios como integrante de la sección de investigación criminal DESA-UBIC BARBOSA Santander, suministraba información a la organización delincinencial “los botolones”, con el fin de que estos pudiesen llevar a cabo el apoderamiento de hidrocarburos del tubo de Ecopetrol mediante una válvula ilegal instalada en jurisdicción del municipio puente nacional.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Como normas infringidas se invocaron las siguientes:

De la Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 21, 25, 26, 29, 53, 83, 90, 93, 123, 125, 209, 211, 218 y 222.

De orden legal: Artículos 3, 5, 11, 13, 15, 17, 18, 20, 34-9 de la Ley 1015 de 2006.

Al desarrollar el concepto de violación, expuso que los actos demandados vulneraron el debido proceso y el principio de legalidad al hacer una indebida tipificación de la conducta, toda vez que se le endilgó la conducta descrita en la ley como delito a título de dolo, cuando se cometa en razón de la función o del cargo, sin que existiera, dentro de la investigación disciplinaria una prueba real para ello, pues, se le endilgó la conducta de “suministrar información a la banda criminal “los botolones” que se dedicaba a hurtar hidrocarburos a través de una válvula ilegal que instalaban en el tubo de Ecopetrol, y que por dicha información cobraba dinero” pero basada en una única prueba testimonial, que constituyó “un testimonio totalmente inducido”, como quiera que éste se acogió al principio de oportunidad y colaboración con la justicia, configurándose de esta manera una errónea tipificación en la conducta y la violación al debido proceso.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA²

La Nación- Ministerio de Defensa - Policía Nacional contestó la demanda y se opuso a cada una de las pretensiones con sustento en los siguientes argumentos:

Manifestó que el proceso disciplinario se ajustó a lo previsto en las Leyes 1015 de 2006 y 734 de 2002, motivo por el cual no es cierto que se haya configurado una indebida tipificación de la conducta, toda vez que se demostró que contra el

² Folios 170 a 198

demandante se expidió la orden de captura No 0622901 del 18/08/2012 por su vinculación en los hechos investigados dentro del proceso penal radicado No 681960000239 2011 00089, realizándose la respectiva imputación de cargos e imponiéndole medida de aseguramiento privativa de la libertad, de esta manera, se configuraban los supuestos de hecho que contempla la falta gravísima, esto es, “realizar una conducta descrita en la ley como delito a título de dolo”.

Sostuvo que durante todo el trámite procesal de primera y segunda instancia dentro del proceso disciplinario se respetó el debido proceso, toda vez que se garantizó al disciplinado el ejercicio de los recursos legales, así como los principios de defensa y contradicción.

Rechazó el argumento dirigido a atacar la valoración de la prueba testimonial, pues estima que fue una valoración probatoria objetiva y concreta, respaldada en las restantes pruebas obrantes dentro de la actuación, que permitieron establecer la existencia de la responsabilidad disciplinaria del demandante.

Aseguró que el haber tenido buena conducta no exime al demandante de ser investigado disciplinariamente cuando de sus actuaciones u omisiones sea posible vislumbrar que ha atentado contra la disciplina policial, es así, que no puede ser admisible el argumento relacionado con el buen desempeño laboral para eximirlo de responsabilidad.

3. AUDIENCIA INICIAL³

El 28 de julio de 2015, el Tribunal Administrativo de Santander llevó a cabo la audiencia inicial en la cual definió que no había excepciones previas por resolver y fijó el litigio en los siguientes términos:

“... deberá determinarse si se vulneraron los presupuestos constitucionales, principalmente el principio de legalidad, al hacer una indebida tipificación de la conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, con ocasión del cargo que venía desempeñando el señor ALDEMAR BERNATE PRADA, y si se valoró o no el material probatorio incorporado a la investigación disciplinaria. En consecuencia, deberá determinarse si son nulos los actos administrativos. i) fallo disciplinario de primera instancia de fecha de 3 de septiembre de 2013, proferido por el jefe de oficina de Control Disciplinario Interno DESAN, radicado DESAN-2013-17 y ii) fallo disciplinario de segunda instancia de 3 de diciembre de 2013, proferido por el inspector

³ Folios 206 a 209.

4. LA SENTENCIA APELADA⁴.

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia proferida el 3 de noviembre de 2017, negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Con fundamento en el material probatorio recaudado dentro del proceso, el *a quo* consideró que las decisiones de primera y segunda instancia proferidas por el Inspector y el Director General de la Policía Nacional, respectivamente, no se encontraron viciadas de nulidad. En tal sentido, sostuvo que, aunque la responsabilidad disciplinaria es independiente y autónoma de la responsabilidad penal, en casos como el *sub judice*, el operador disciplinario, sin salirse de su competencia, debe efectuar un análisis del tipo penal en que “presuntamente” incurrió el servidor, y en el pliego de cargo soportarlo con las pruebas necesarias que respalde la comisión del delito.

Así pues, consideró que en el análisis y valoración jurídica de los cargos, el operador disciplinario señaló que el tipo penal “concierto para delinquir” se adecuaba a la actuación realizada por el demandante cuando se desempeñó como integrante de la seccional de Investigación Criminal UBIC BARBOSA, ya que suministraba información a la organización delincuencia “los botalones” para que estos evadieran las acciones de control de la fuerza pública y pudiesen llevar a cabo el apoderamiento de hidrocarburos de tubería de Ecopetrol mediante una válvula ilegal instalada en la jurisdicción del municipio del puente nacional, y precisamente para lograr ese actuar delincuencia, aceptó dinero por parte de alias “Boyaco” y “Cristofer”, contraprestación que fue recibida en el municipio de Barbosa para los meses de febrero y marzo de 2011, según lo indicó el patrullero Jhon Fredy Ariza Gonzalez.

Por consiguiente, al demandante se le endilgaron las conductas establecidas en la ley, con el debido sustento fáctico y jurídico.

Respecto a la valoración probatoria del testimonio, efectuada por el operador disciplinario, el tribunal sostuvo que se respetaron las reglas generales para la

⁴ Folios 260 a 267

recepción de la prueba testimonial, y el hecho de que el testigo Jhon Fredy Ariza Gonzalez reconociera que “*espera beneficios por colaborar con la investigación*” no es óbice para que sus declaraciones no se hubieran tenido en cuenta.

Concluyó que las decisiones disciplinarias fueron adoptadas, respetando las garantías del debido proceso y defensa del demandante, así como el estudio del material probatorio tanto documental como testimonial, estuvieron debidamente recaudadas dentro del trámite del proceso disciplinario, que da cuenta que la conducta desplegada por el demandante se enmarcó en la falta disciplinaria gravísima, establecida en el artículo 34 numeral 9 de la Ley 1015 de 2006.

5. RECURSO DE APELACION⁵

La parte demandante presentó oportunamente recurso de apelación en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se resumen a continuación:

(i). Insistió en los argumentos expresados en la demanda al reiterar que nunca cometió el delito de concierto para delinquir, y que, dentro del proceso disciplinario, su conducta no puede ser tipificada de esa manera, pues dentro de la investigación disciplinaria no existen pruebas determinantes para imponer la sanción.

(ii). Adujo que la única prueba que se tuvo en cuenta para imponer la sanción fue el testimonio del patrullero Jhon Fredy Ariza González, testimonio que es “inducido”, como quiera que éste solo busca obtener beneficios en su proceso, razón por la cual, el operador disciplinario no debió otorgarle valoración probatoria.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

Las partes, guardaron silencio.

7. EI MINISTERIO PÚBLICO.

⁵ Folios 274 a 279

El agente público, emitió concepto de fondo en el que solicitó confirmar la sentencia apelada, toda vez que de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso disciplinario, es claro y está probado que el actor recibió dinero de una banda antisocial por colaborarles con el suministro de la información para el funcionamiento de su actividad delictual.

Sostuvo que no hubo violación al principio de legalidad porque el demandante fue juzgado disciplinariamente conforme a normas previamente establecidas en el ordenamiento jurídico y que contenían, concreta y específicamente la conducta censurada al demandante. La tipificación de la conducta fue precisa y las normas citadas como infringidas concretan íntegramente la actuación señalada como ilícita.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁶, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

En el presente caso tan solo apeló la parte demandante, razón por la cual, la Sala se referirá a los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Ahora bien, esta Sección ha señalado que el control judicial que se haga en los procesos disciplinarios si bien ha de efectuarse con los parámetros dispuestos en la decisión judicial, también lo es, que el juez goza de amplias facultades para analizar y estudiar todas las actuaciones y etapas surtidas en el procedimiento disciplinario, los cuales, en todo caso, deben estar sujetas, según lo previsto en

⁶ «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».

los artículos 320 y siguientes del Código General del Proceso, a los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Ahora bien, sobre la finalidad del recurso de apelación, esta Subsección en sentencia del 9 de diciembre de 2019, rad. 2013 000664, expuso lo siguiente:

“Para esta Subsección, un «reparo concreto» sobre «la cuestión decidida» hace suponer que quien interpone el recurso de apelación efectuó una valoración siquiera mínima sobre la sentencia que se impugna y no que, por ejemplo, se repitan, sin ninguna consideración adicional, las razones que se presentaron en la demanda, las que por irremediable lógica tuvieron lugar mucho antes de la decisión adoptada.

Sobre esta especial exigencia, esta corporación ha sostenido lo siguiente⁷:

En los términos de la norma trascrita [artículo 320 del CGP], la Sala observa que el recurso de apelación presentado por la parte demandante **no formula algún reparo concreto** frente a la providencia de 17 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, ya que no discute el rechazo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por vencimiento del término de caducidad, sino que sus argumentos se refieren a la indebida escogencia del medio de control de la demanda y, por ende, solicita la remisión del expediente a esta Corporación, quien a juicio de la actora, es la competente para conocer de la demanda de simple nulidad.

Esta Corporación ha señalado que **es deber del recurrente señalar los motivos de inconformidad respecto de la providencia proferida en primera instancia**, pues dichos cuestionamientos serán objeto de análisis por el fallador de segunda instancia. [Negrillas fuera de texto].

En la providencia referida, se citó otro pronunciamiento de esta Subsección en el que se aborda un asunto similar⁸:

En efecto, la sustentación del recurso delimita el pronunciamiento de la segunda instancia, tal y como lo dispone el art. 357 del C de P.C., actualmente 328 del CGP, aplicable por remisión expresa del art. 267 del C.C.A. **Es así como las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación demarcan la competencia funcional del juez de segunda instancia. Por lo cual, si no existen dichas razones o motivos de discrepancia con la sentencia dictada, el recurso carece de objeto**, máxime en el caso en estudio, al apreciarse que los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación resultan incongruentes no solo frente a la sentencia proferida por el A quo, sino también respecto de las pretensiones de la demanda.

⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, Sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01126-01 (22532). Actor: Carolina Sánchez González. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Rad. 25000-23-25-000-2011-00376-01(0529-15)

Sobre la carga procesal de manifestar los motivos de inconformidad frente a la decisión de primera instancia y la relación con el tema de la litis, la Jurisprudencia ha advertido lo siguiente⁹:

“Según el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, la finalidad del recurso de apelación es que la providencia de primer grado sea revisada por el superior jerárquico del funcionario judicial que la profirió, para que en análisis de su legalidad la confirme, revoque o modifique. **De ahí la necesidad de que el recurso de apelación se sustente.** La sustentación es la oportunidad o el medio para que la recurrente manifieste los motivos de inconformidad **con la decisión**, pero en los aspectos que fundamentaron su posición, como demandante o como demandada, en el debate judicial, **y sobre los cuales el a quo se pronunció de manera adversa o simplemente no se pronunció.** El marco conformado por la sentencia y el recurso de apelación es el parámetro que limita la decisión judicial de segunda instancia.

Como lo señaló la jurisprudencia citada, **el superior no tiene la libertad de suponer otros motivos que a su juicio debieron ser invocados en contra de la decisión.** De acuerdo con lo anterior, **es evidente que el demandante no controvertió ninguno de los argumentos que motivaron la decisión de primera instancia (...).**”

En ese mismo sentido, en otro pronunciamiento precisó lo siguiente:

“que es necesaria la confrontación entre lo «decidido» y lo «impugnado», aspecto analizado en las sentencias referidas, obliga a que las valoraciones presentadas en el recurso de apelación sean diferentes a aquellas en que se soportó la demanda. En otras palabras, reproducir el texto de la demanda en el recurso de apelación, sin atender lo decidido por el *a quo*, significaría, contra toda lógica y buen juicio, como si no se hubiere proferido el fallo de primera instancia, entendiéndose de manera equivocada que la segunda instancia es una nueva oportunidad para examinar la demanda.

Es por ello que la doctrina, en cuanto a la motivación y debida fundamentación de los recursos, ha dicho lo siguiente:

Al estudiar las diversas clases de recursos se observa que todos deben ser motivados, es decir, que no basta el deseo de la parte de recurrir una determinada providencia, sino que debe indicar el porqué de su inconformidad debidamente fundamentada. [...]

Se encuentra así que si se interpone un recurso y no se sustenta dentro de la ocasión determinada por la ley procesal, igualmente será ineficaz el mismo, pues no podrá llegar a ser decidido. Ahora bien, las bases de la sustentación en veces, tal como sucede en los de apelación, casación, revisión y anulación, fijan el alcance del poder decisorio del juez pues queda limitado por las causales que se hayan alegado sin que le esté permitido ir más allá de ellas, mientras que en los restantes recursos, le dan una mayor amplitud a su análisis [...] [Negrillas fuera de texto].

⁹Sobre la finalidad del recurso de apelación ver sentencias del H. Consejo de Estado Sección Cuarta de 18 de marzo de 2001, Rad. 13683, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié y 25 de septiembre de 2006, Rad. 14968, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

Y lo anterior está conectado con la razón de ser de la apelación:

La natural reacción de una persona cuando se le resuelve desfavorablemente la controversia, así no sea de carácter judicial, se manifiesta en el deseo de desobedecer la decisión adoptada, porque tal como advierte el maestro Couture, motiva el sentimiento de rebelarse, de alzarse en contra de la determinación, en fin, de desconocerla. El recurso de apelación, en sentir del tratadista uruguayo, es “el instrumento técnico que recoge esa misma protesta. El alzarse por sublevarse se sustituye por la alzada por apelar. La justicia por mano propia se reemplaza por la justicia de un mayor juez”. Realmente es la apelación la forma civilizada de expresar el descontento frente a providencias que nos son lesivas y evitar sus efectos.

El artículo 320 del Código que indica los rasgos y fines característicos de la apelación dice: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”, de ahí que en virtud de ella será el juez de la primera instancia, a quo, quien habrá de decidir la manifestación de inconformidad presentada por una de las partes, o terceros habilitados por intervenir, contra una providencia judicial. [Negrillas fuera de texto].

Nada de lo anterior puede cumplirse si al apelante no esgrime una causal, no frente a lo que cree es su derecho, sino respecto de aquella inconformidad o descontento contra la providencia que fue adoptada en primera instancia, aspecto que es lo que delimita el actuar del ad quem frente a lo que ya ha sido resuelto.

Por las anteriores razones, esta Sala comparte lo que también ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre aquello denominado como el *thema decidendum* de la segunda instancia:

Como corolario de todo lo dicho, queda la afirmación de que el juez de segundo grado no es libre en la definición de los contornos de su competencia, ni puede concretar sin ataduras “qué es lo desfavorable al apelante”, para atraer una competencia de la que carece o desdeñar una que nítidamente le ha sido atribuida, no solo por la ley, sino por el acto procesal de parte que le transmite la desazón del litigante frente al fallo. Tal es el genuino sentido del principio *tantum devolutum quantum apelatum*, de este modo ya no es posible la apelación general (*appellatio generalis respectu causae non valet*), pues la exigencia legal de sustentación del recurso de apelación impide que hoy haya el tipo de apelación “*apud acta*” en el que bastaba con decir “*apelo*”. [Negrillas fuera de texto].

Con tal entendimiento, en el presente caso la Sala estructurará el problema jurídico, a partir de la causal de nulidad de violación del debido proceso por inadecuada valoración probatoria, toda vez que el apelante manifestó que, para tomar las decisiones disciplinarias, la entidad demandada solo tuvo en cuenta un testimonio “inducido” como fue la declaración del tercero Jhon Fredy Ariza.

2. Problema jurídico

De acuerdo con las razones de la impugnación, corresponde a la Sala establecer ¿si las decisiones disciplinarias demandadas, por las cuales se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 10 años para el ejercicio de cargos públicos al actor, por incurrir en la conducta establecida en el numeral 9, del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, vulneraron el debido proceso, o, por el contrario, se ajustan al ordenamiento jurídico?

La respuesta a esta pregunta dependerá de la solución de los siguientes problemas jurídicos asociados:

(i) ¿Los actos demandados violaron el debido proceso por error en la adecuación típica?

(ii) ¿Los actos administrativos demandados vulneraron el debido proceso por una indebida valoración de la prueba testimonial?

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: **(i)** el control integral del juez respecto de los actos administrativos disciplinarios; **(ii)** los elementos del debido proceso en materia disciplinaria, y **(iii)** análisis sustancial del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1. El juez contencioso administrativo y los actos administrativos de carácter disciplinario

Inicialmente, con el fin de decidir esta controversia, es pertinente hacer alusión al alcance del juicio de legalidad que el juez administrativo debe adelantar respecto de los actos administrativos de carácter disciplinario.

Al respecto, destaca la Sala que de conformidad con la **sentencia de unificación de 9 de agosto de 2016**¹⁰ proferida por la Sala Plena de esta corporación, el control que debe ejercer el juez contencioso administrativo sobre los actos de la administración que sean de carácter disciplinario, debe ser un control integral, en

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de agosto de 2016, radicado 1220-2011, demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruíz, demandada: Nación, Procuraduría General de la Nación.

la medida que la actividad de este «supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales»¹¹.

Ese juicio integral supone, en cuanto a las causales de nulidad, que el juez, en virtud de la primacía del derecho sustancial, puede y debe examinar causales conexas con derechos fundamentales a fin de optimizar la tutela judicial efectiva.

Respecto a la valoración de las probanzas recaudadas en el proceso disciplinario, el aludido juicio integral lo habilita para estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria, porque solo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado.

Con relación a los principios rectores de la ley disciplinaria, el juez está facultado para examinar el estricto cumplimiento de todos y cada uno de ellos dentro la actuación sancionatoria¹².

Acerca del principio de proporcionalidad, de que trata el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, referido a que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y a la graduación prevista en la ley, cuando el juicio de proporcionalidad de la sanción sea parte de la decisión judicial, el juez puede, según lo ordenan el artículo 170 del CCA¹³ y el inciso 3 del artículo 187 del CPACA¹⁴,

¹¹ Lo anterior supone tal como se considera en esta decisión, que «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».

¹² La Ley 734 de 2002 en los artículos 4 a 21 contempla los principios de legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, presunción de inocencia, celeridad, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, función de la sanción disciplinaria, derecho a la defensa, proporcionalidad, motivación, interpretación de la ley disciplinaria, aplicación de principios e integración normativa con los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia.

¹³ Artículo 170 del CCA modificado por el artículo 38 del Decreto 2304 de 1989. «Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de los Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar estas».

estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas¹⁵.

En cuanto a la ilicitud sustancial, el juez está autorizado para realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de esta, al punto que, si el asunto lo exige, puede valorar los argumentos que sustenten la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado.

3.2. De los elementos del debido proceso en materia disciplinaria

De manera reiterada, ha señalado esta Corporación¹⁶ que son elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, entre otros «(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de *non bis in idem*, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la *reformatio in pejus*»¹⁷.

.- De la violación del derecho fundamental al debido proceso.

Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002, disponen que el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las de carácter administrativo, e implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio.

¹⁴ Artículo 187 inciso 3 del CPACA. «Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas».

¹⁵ La sentencia de unificación al respecto determina que «El juez de lo contencioso administrativo está facultado para realizar un “control positivo”, capaz de sustituir la decisión adoptada por la administración, lo que permite hablar de “[...] un principio de proporcionalidad sancionador, propio y autónomo de esta esfera tan relevante del Derecho administrativo, con una jurisprudencia abundante y enjundiosa, pero de exclusiva aplicación en dicho ámbito.[...]”, lo cual permite afirmar que “[...] el Derecho Administrativo Sancionador ofrece en este punto mayores garantías al inculpado que el Derecho Penal [...]”». Ahora bien, cuando el particular demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo lo hace en defensa de sus intereses y no de la ley. En consecuencia, el juez debe atender la realidad detrás del juicio disciplinario administrativo puesto que “[...] si la esfera subjetiva se torna en centro de gravedad, el interés del particular adquiere un protagonismo que la ley no ha querido obviar, elevando al grado de pretensión, junto con la anulatória, a la solicitud de restablecimiento de la situación jurídica individual [...]”».

¹⁶ Al efecto, se reiteran y reproducen las consideraciones expuestas en las sentencias de 23 de septiembre de 2015 de la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación, radicado 11001-03-25-000-2010-00162-00(1200-10), actor: Ángel Yesid Rivera García, demandada: la Nación-Procuraduría General de la Nación y de 21 de junio de 2018, radicado: 25000 23 42 000 2013 06306 01 (4870-2015), accionante: Nancy Stella Marulanda Rodríguez, demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

¹⁷ Sentencia T-1034 de 2006, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto). En igual sentido se puede consultar sentencia C-310 de 1997, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz.

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el «conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas»¹⁸.

En orden a lo anterior, la Sala procede a analizar los cargos de nulidad atribuidos a las decisiones disciplinarias demandadas.

Así mismo, y por tratarse de aspectos importantes para igual propósito, la Sala ilustra de manera sucinta lo concerniente a la tipicidad, la antijuridicidad y la

¹⁸ Sentencia C- 341 de 4 de junio de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

culpabilidad en materia disciplinaria, en los siguientes términos:

En lo que se refiere a tipicidad, es pertinente señalar, como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos.

Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos¹⁹.

Así las cosas, el que adelanta la investigación disciplinaria dispone de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas.

Respecto a la antijuridicidad, que tiene que ver con el ilícito disciplinario, la Sala acoge la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de que, en el derecho disciplinario, la antijuridicidad no se basa en el daño a un bien jurídico tutelado y/o protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público²⁰. Por esto ha explicado que la valoración de la «lesividad» de las conductas que se han consagrado como faltas disciplinarias frente al servicio público es una tarea que compete al legislador, quien ha de realizar tal apreciación al momento de establecer los tipos disciplinarios en la ley; en tal medida, no compete a la autoridad disciplinaria que aplica la ley efectuar un juicio genérico de lesividad de las conductas reprochadas -lo que ya ha realizado el Legislador-sino efectuar un juicio de antijuridicidad basado en la infracción del

¹⁹ Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario ver -entre otras- las sentencias C-181/02, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²⁰ Se puede consultar la sentencia C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis.

deber funcional, la cual -se presume- genera de por sí un desmedro, legislativamente apreciado, sobre la función pública encomendada al servidor público disciplinado²¹.

La relación de sujeción de los destinatarios de la acción disciplinaria con el Estado requiere la existencia de controles que operan a manera de reglas, cuya infracción, sin justificación alguna, consolida la antijuridicidad de la conducta; sin que la ilicitud sustancial comprenda el resultado material, pues la ausencia de este no impide la estructuración de la falta disciplinaria.

En cuanto a los grados de culpabilidad (dolo o culpa), la jurisprudencia constitucional ha precisado que el legislador adoptó, dentro de su facultad de configuración en materia disciplinaria el sistema de *numerus apertus*, porque contrario a lo que sucede en materia penal, no se señalan específicamente qué comportamientos exigen para su adecuación típica ser cometidos con culpa, de suerte que, por regla general, a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, lo que apareja que sea el juzgador disciplinario el que debe establecer cuáles tipos admiten la modalidad culposa, partiendo de su estructura.²²

Así, en la sentencia T-561 de 2005²³, se indicó que «el juez disciplinario debe contar, al nivel de la definición normativa de la falla disciplinaria, con un margen de apreciación más amplio que el del juez penal, que le permita valorar el nivel de cumplimiento, diligencia, cuidado y prudencia con el cual cada funcionario público ha dado cumplimiento a los deberes, prohibiciones y demás mandatos funcionales que le son aplicables; ello en la medida en que es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento²⁴».

4. Análisis del caso concreto

Como **motivo de censura** la parte demandante planteó que los actos demandados violaron el debido proceso puesto que se le desconocieron las

²¹ Al respecto se puede estudiar la sentencia C-393-2006, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

²² Sentencia C-155 de 2002, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

²³ MP: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

²⁴ Sentencia T-1093 de 2004, MP Dr. Manuel José Cepeda espinosa.

garantías procesales por error en la adecuación típica y por una indebida valoración de la prueba testimonial ya que se trató de un testimonio inducido.

Por su parte, la entidad demandada sostuvo que durante todo el trámite procesal de primera y segunda instancia surtido dentro del proceso disciplinario sí se garantizó el debido proceso del actor y la valoración de la prueba testimonial fue objetiva y concreta, respaldada en las otras pruebas recaudadas dentro de la actuación disciplinaria, las cuales permitieron establecer la existencia de la responsabilidad del demandante.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Santander, negó las pretensiones de la demanda por considerar que los actos acusados no incurrieron en vicio de nulidad, dado que no se vulneró el debido proceso, ni el principio de legalidad en la adecuación típica, teniendo en cuenta que la valoración probatoria efectuada por el operador disciplinario sobre la prueba testimonial estuvo acorde a las reglas generales para la recepción de la prueba testimonial.

Para resolver la controversia, la Sala tendrá en cuenta el material probatorio obrante dentro del proceso, cuya autenticidad no fue objetada por las partes, el cual permite tener como acreditados los siguientes supuestos fácticos:

4.1. Hechos demostrados:

a). Vinculación del demandante al Ministerio de Defensa - Policía Nacional:

De acuerdo con el extracto de la hoja de vida del señor Aldemar Bernate Prada ingresó como agente alumno el 5 de abril de 1993 y como agente de la Policía Nacional el 21 de septiembre de 1993. (folio 119 cuaderno principal).

Para la fecha de los hechos el demandante Aldemar Bernate Prada se encontraba desempeñando el cargo de agente, y era integrante de la seccional de investigación criminal del Departamento de la Policía de Santander.

b). Informativo DESAN-2013-17- CLASE Investigación formal: En el informativo se indicó que mediante oficio No 6389 de 13 de agosto de 2012, el MY Carlos García Suarez, Jefe de la Seccional de Investigación Criminal Santander, puso en conocimiento del Comandante de la Policía de Santander, que dentro de la

investigación adelantada contra una organización delincuenciales dedicada a la extracción ilegal de hidrocarburos, se logró la identificación de las personas que hacen parte de la misma, entre ellos algunos miembros de la policía nacional, PT Jhon Fredy Ariza, PT, el cual fue llamado por la Fiscalía Única Especializada de San Gil a rendir indagatoria, y dicha diligencia, el señor Jhon Fredy Ariza dio información de algunas personas que integran la organización entre las que se incluye el demandante Aldemar Bernate Prada. (Expediente administrativo allegado en medio magnético).

c). Actuaciones del proceso disciplinario.

i) Auto de apertura de indagación preliminar: El 15 de septiembre de 2012 el jefe de la Oficina de Control interno Disciplinario ordenó vincular al demandante, cuya notificación se realizó el 27 de noviembre de 2012, por presuntamente incurrir en la falta prevista en el artículo 34. Faltas Gravísimas. numeral 9 de la Ley 1015 de 2006. (Expediente administrativo allegado en medio magnetico)

ii) La apertura de la investigación disciplinaria: Mediante auto de 11 de febrero de 2013, la Policía Nacional, ordenó la apertura de investigación disciplinaria contra el señor Aldemar Bernate Prada, en la que se resolvió (i) abrir investigación disciplinaria, (ii) y ordenó tener como pruebas todos y cada uno de los medios probatorios allegados en la indagación preliminar, así mismo, decretó la práctica de otras pruebas. (Expediente administrativo allegado en medio magnetico).

iii) Pliego de Cargos: El 24 de abril de 2013, la entidad demandada Policía Nacional formuló el pliego de cargos al agente Aldemar Bernate Prada, así: Cargo único: El señor Agente Aldemar Bernate Prada, presuntamente infringió el contenido de la Ley 1015 de 2006, en su artículo 34. Faltas Gravísimas. Numeral 9. “Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo (...)”

Lo anterior, por cuanto el señor Aldemar Bernate Prada, cuando se desempeñaba como integrante de la seccional de la investigación criminal UBIC BARBOSA, suministraba información a la organización delincuenciales “los botalones” para que estos evadieran las acciones de control de la fuerza pública, y pudieran llevar a

cabo el apoderamiento de hidrocarburos del tubo de Ecopetrol mediante una válvula ilegal instalada en la jurisdicción del municipio de Puente Nacional.

iv) Decisión disciplinaria de primera instancia (Fls. 23 a 65): El Ministerio de Defensa - Policía Nacional, - Inspección General - Departamento de Policía de Santander mediante providencia de 3 de septiembre de 2013, declaró responsable disciplinariamente al señor Aldemar Bernate Prada, por incurrir en la conducta prevista en el artículo 34. Faltas Gravísimas. Numeral 9. “Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo” de la Ley 1015 de 2006, por lo que le impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 10 años para el ejercicio de cargos públicos.

Después de referirse al acervo probatorio recaudado concluyó en alguno de sus apartes lo siguiente:

“En razón a que el señor agente suministraba información a la organización delincriminal “los botalones” para que estos evadieran las acciones de control de la fuerza pública y pudiesen llevar a cabo el apoderamiento de hidrocarburos del tubo de Ecopetrol, mediante una válvula instalada en la jurisdicción del municipio de Puente Nacional, razones por las cuales fue vinculado al proceso penal No 681906000239201100089, profiriéndose la orden de captura No 0622901 de 17 de agosto de 2012, obviando su deber como servidor público, máxime como policía llamado garante de derechos y libertades.

v). La apelación y la decisión de segunda instancia: La apoderada del señor Aldemar Bernate Prada presentó recurso de apelación en el que manifestó que la única prueba que existe en el expediente es el testimonio del patrullero Jhon Fredy Ariza, el cual fue influenciado y ordenado por el Mayor Carlos Andrés García Suárez, jefe de la Seccional, razón por la cual considera que dicho testimonio no debe ser valorado.

vi) Decisión de segunda instancia. (folios 66 a 118): La Dirección General de la Policía Nacional – Inspección Delegada Región Cinco, mediante providencia de 3 de diciembre de 2013, confirmó la decisión anterior por considerar que los argumentos expuestos por el recurrente carecen de asidero jurídico pues no cuentan con un plexo dogmático que lleven a desvirtuar la decisión de primera instancia.

Lo anterior por considerar, que no “existe ni el más mínimo interés por el cual el señor PT Jonh Fredy Ariza, tomó la decisión de aseverar que recibió sumas dinerarias de parte de integrantes del grupo delincencial los botalones para permitirles su accionar en la jurisdicción del Municipio de Barbosa y que para llegar a ese acuerdo se desarrollaron una serie de reuniones con estos antisociales de las cuales tuvieron parte activa los señores PT Marin Rincón y AG Bernate Prada, de tal suerte que sobre ello no existe la menor duda, luego entonces no adentraremos en los argumentos ya ampliamente debatidos por el a quo en el entendido que realizó un análisis integral, pormenorizado al testimonio Jhon Fredy Ariza” (folio 111).

d). Pruebas en el proceso disciplinario

.- Versión libre del señor Jhon Fredy Ariza Gonzalez. Llevada a cabo el 26 de octubre de 2012, (folios 36 a 40 – expediente administrativo en magnetico). Transcripción en lo pertinente:

“PREGUNTADO: como quiera que ya ha sido notificado sobre el motivo de la investigación y que se le ha puesto de presente el presente el proceso radicado bajo el numero DESAN.2012-99, qué puede decir al despacho respecto de los investigados. **CONTESTÓ:** la razón de mi presencia en esta oficina es mi deseo de colaborar con respecto a esa investigación, como también lo estoy haciendo en el proceso penal, adelantado por la Fiscalía Única Especializada de San Gil (...) en el cual me ofrecieron el principio de oportunidd (...). La única colaboración que necesitaban de nosotros era no meternos con ello porque de todas formas nosotros ya estábamos untados al recibir un millón de pesos, además hicieron entrega de dos celulares uno lo cogió MARIN y el otro BERNATE que era supuestamente para brindar cualquier infromación y nos dijeron que no iban a realizar ningun acto delictivo ya que ellos se iban a financiar por medio de una extracción de hidrocarburos en jurisdicción del municipio de Puente Nacional y que para ello ya tenían todo cuadrado con la policía de Puente Nacional (...) **PREGUNTADO** diga al despacho en qué consistió la participación en estos hechos por parte de (...) AG BERNATE PRADA ALDEMAR. **CONTESTÓ** la de MARIN Y BERNATE simplemente era no meterse con ellos, no realizar ninguna acción policial ni judicial en contra de ellos (los botalones), en si quedarse como si nada estuviera pasando y según lo manifestado por esa banda que la actuación de mi sargento Palacios era la misma, no realizar ningún operativo, aunque si se conocía el sitio de donde se estraía(sic) el combustible, (...) (sic en toda la cita)²⁵.

e). Pruebas documentales:

²⁵ Expediente administrativo allegado en medio magnético (folios 36 a 40)

.- Informe de la Policía Nacional sobre “OPERACIÓN ODIN LOS BOTALONES FASE 1, que dio como resultado la captura de varios de los integrantes incluidos, algunos miembros de la Policía Nacional, entre ellos el demandante Aldemar Bernate Prada. (folios 9- 14 expediente administrativo – cd).

.- **Orden de captura:** A folio 28 del expediente administrativo allegado en medio magnético, se observa la orden de captura del demandante No 0622901 del 17 de agosto de 2012.

.- **Informe fiscal:** La Fiscalía General de la Nación – Fiscal Único Especializado de San Gil, certificó que bajo el código único de investigación 68190600239201100089 se adelanta investigación penal contra Aldemar Bernate, miembro de la Policía Nacional por los delitos de concierto para delinquir agravado apoderamiento de hidrocarburo. (folios 333. Expediente administrativo medio magnético).

4.2. Análisis sustancial

Primer problema jurídico

(i). ¿Los actos demandados violaron el debido proceso del actor por error en la adecuación típica?

El demandante manifestó que la entidad demandada incurrió en un error en la adecuación típica, al considerar que no se encuentra incurso en la falta gravísima contemplada en el artículo 34 numeral 9 de la Ley 1015 de 2006, que dispone:

Artículo 34: son faltas gravísimas las siguientes:

Numeral 9

“Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo”.

Lo anterior, porque el operador disciplinario adecuó la presunta conducta delictiva de “concierto para delinquir” y en el proceso disciplinario, la prevista en el numeral

9 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, sin especificar qué delito fue el que cometió.

Para la Sala, la conducta desplegada por el demandante se adecuó al tipo disciplinario previsto en el numeral 9 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, por las siguientes razones:

(i). En primer lugar, de la lectura del pliego de cargos, se advierte con claridad que la entidad demandada expresó que la conducta atribuible al señor Aldemar Bernate Prada consistió en que mientras prestaba su servicio como integrante de la seccional de investigación criminal UBIC BARBOSA, suministraba información a la organización delincuenciales “los botalones” para que estos evadieran las acciones de control de la fuerza pública, además de facilitar su movilización por esa jurisdicción, decisión que encuentra respaldo en el material probatorio obrante dentro de la actuación, toda vez que la Fiscalía General de la Nación, profirió orden de captura el 17 de agosto de 2012 No 0622901 contra el demandante Aldemar Bernate Prada el 17 de agosto de 2012 por los delitos de concierto para delinquir, apoderamiento de hidrocarburos, porte ilegal de armas de uso personal.(folio 28 – expediente administrativo CD).

(ii). En segundo lugar, destaca la Sala que los elementos normativos de la conducta típica descritos en la falta imputada al actor, son: 1) un verbo rector consistente en **realizar** una conducta descrita en la ley como **delito**; 2) que esta haya sido cometida a título de **dolo**; y 3) que la conducta sea con ocasión o como consecuencia de la función o cargo.

(iii). La conducta delictiva que se consideró realizada por el actor se encuentra prevista en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000²⁶, que dispone: «Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta y ocho (108) meses.».

(iv). En efecto, dentro del proceso se encuentra acreditado, con el material probatorio obrante dentro de la actuación disciplinaria, que el señor Aldemar Bernate Orada, como miembro de la Policía Nacional, se reunió con personas de una banda criminal “los botalones” junto con otros miembros de la policía,

²⁶ Código Penal.

facilitándoles su desplazamiento por el lugar, y suministrándoles información acerca de cuándo la fuerza pública iba a hacer presencia en el lugar; es decir, que el demandante, valiéndose de su condición de agente de la Policía Nacional, facilitaba que esta banda criminal cometiera sus ilícitos con la complicidad que tenían entre sí para la comisión de los mismos, según lo estableció en su momento la Fiscalía General de la Nación y la Sijín - Policía Judicial.

(vi). En tal medida, el operador disciplinario consideró que la conducta realizada por el señor Aldemar Bernate Prada lo fue a título de dolo, por cuanto conociendo que su actuar constituía una clara violación al régimen disciplinario, propendió a su realización.

(vi). El dolo en materia disciplinaria debe estar conformado por los siguientes elementos: el conocimiento de los hechos y de la ilicitud, y la voluntad. Respecto a ello, la doctrina ha precisado lo siguiente:

El dolo se considera como la intención deliberada que tiene el funcionario investigado de desatender el ordenamiento o el ánimo que lo embarga de quebrantar la norma, de causar un daño, o de actuar de manera contraria al interés general o al buen servicio público, de lo cual tiene conocimiento dada su formación su experiencia, las particulares funciones que le han sido asignadas o por haber sido advertido de la incorrección de su proceder o de la falta de cumplimiento de condiciones fijadas en la Ley, las que debía tener en cuenta y aplicar especialmente²⁷.

Elemento volitivo, el cual significa la actitud consciente del agente que desea, que quiere, que anhela situarse al margen del derecho disciplinario. Es la actitud que cristaliza un querer jurídicamente importante matizado en un comportamiento contrario a la ley. El elemento volitivo implica que lo conocido tiene que ser deseado, querido o voluntario.

Elemento subjetivo, el cual se representa en el juicio práctico de la razón que surge como consecuencia del querer realizar la conducta típica y antijurídica (antijuridicidad sustancial). Es la materialización de la acción u omisión típica a la cual no se encuentra exclusión de responsabilidad²⁸.

(vii) Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado entiende el dolo como la intención y el deseo de incurrir en una conducta jurídicamente reprochable, para lo cual ha precisado²⁹:

De manera crítica debe decirse que, según se indica en el acto sancionatorio,

²⁷ Régimen Disciplinario. Fernando Brito Ruiz. Página 183.

²⁸ La Culpabilidad en el derecho disciplinario. John Harvey Pinzón Navarrete. Página 102.

²⁹ Auto de 13 de mayo de 2014, radicación No. 2014-03799, demandante: Gustavo Petro Urrego, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

el señor Gustavo Francisco Petro Urrego “conocía los hechos”, y “quería que las empresas del Distrito asumieran, a como diera lugar, la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá”. La expresión transcrita implica que el ente disciplinario no solamente valoró negativamente las motivaciones que el señor Petro Urrego expuso a lo largo del trámite disciplinario, sino que, tal expresión califica la conducta como un mero capricho del actuar. Para el despacho se evidencia que dicha valoración no contiene la entidad suficiente para convencer objetivamente de la intención que motivó la actuación del agente y permita atribuir el dolo como título más gravoso de culpabilidad en materia de responsabilidad disciplinaria.

Además, ese “querer” que se manifiesta en el acto como elemento que determina la voluntad del sujeto disciplinado, obedece en el caso concreto, a una interpretación y valoración de la conducta por parte de la autoridad administrativa, en la que no se tuvieron en cuenta otros elementos que permitieran razonablemente determinar el grado de culpabilidad del agente y la gravedad de la falta imputada, como lo sería el haber analizado las causas que motivaron dicho actuar, entre ellas, la adopción de una política pública por parte del alcalde a través de la inclusión de la población recicladora en la prestación del servicio público de aseo.

(...)

De manera similar, sobre la segunda falta que se imputó a título de dolo, expresó que el análisis de culpabilidad se sustentó en el “querer”, lo que no evidencia por sí solo la “voluntad para realizar u omitir el deber o la prohibición”. Por tal motivo, no se encuentra plenamente acreditado que el Alcalde Mayor de Bogotá, haya desplegado la conducta imputada de manera voluntaria, con la unívoca e inequívoca intención de desconocer sus deberes funcionales y transgredir el ordenamiento jurídico.

De lo expuesto, se colige que uno de los elementos estructurales de la falta disciplinaria prevista en el numeral 9 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, que le fue endilgada al actor “Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo”, fue precisamente el actuar con dolo. En ese orden, la descripción que tipifica el legislador parte del actuar doloso del sujeto disciplinable, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo.

Por lo anterior, el operador disciplinario tenía la obligación de acreditar que el agente, **i)** tuvo la intención y la voluntad de reunirse con varias personas para la realización de delitos, pues en su versión libre no lo desmintió y tampoco existen pruebas que permitan desvirtuar el hecho, y **ii)** tuvo el conocimiento de que al ejecutar dicha acción se encontraba incurso en un delito establecido en el Código Penal y en una falta disciplinaria contenida en la Ley 1015 de 2006, y aun así, no hizo nada para evitarlo.

En ese orden, en el presente caso, si se demostró la adecuación típica de la conducta realizada por el actor, motivo por el cual no está llamado a prosperar el motivo de apelación, consistente en la atipicidad de la conducta, razón suficiente para confirmar la sentencia apelada.

De otra parte, no sólo se demostró la adecuación típica y la antijuridicidad de la conducta, sino la culpabilidad del actor, en la modalidad dolosa, pues el demandante tuvo conocimiento que su conducta de “facilitar a la banda criminal la realización de hechos delictivos”, constituía una infracción disciplinaria y aún así dirigió su actuar hacia la realización de esta. El operador disciplinario valoró el aspecto subjetivo de la conducta, tanto cognitivo como volitivo, y determinó que la conducta del demandante fue desarrollada a título de dolo, dada su condición y experiencia en el ejercicio del cargo.

Segundo problema jurídico.

(ii) ¿Los actos administrativos demandados vulneraron el debido proceso por una indebida valoración de la prueba testimonial?

Al respecto, esta Sección ha sostenido con fundamento en la doctrina que 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 sentidos³⁰. 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 ilícitos³¹

En esa oportunidad se sostuvo que 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 este. La fuerza probatoria material, que se determina mediante ese ejercicio, depende de que el juez encuentre o no, en cada uno de los testimonios,

³⁰ DEVIS ECHANDÍA. op. cit. Tomo II, pp. 27-28.

³¹ Sentencia del 18 de noviembre de 2019, Sección Segunda del Consejo de Estado. Rad. 2013-06840.

y en su conjunto con los demás elementos de prueba, argumentos que le sirvan para formarse su convencimiento sobre los hechos que interesen al proceso³². Se resalta que, en el análisis de la prueba testimonial, es donde deben utilizarse con mayor rigor las reglas de la sana crítica³³.

La doctrina, ha señalado que, para la valoración de la prueba testimonial, se deben tener en cuenta: La coherencia de los relatos, su contextualización, las corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas³⁴, los cuales deben ser analizados de manera conjunta.

Frente al particular, esta Subsección³⁵ se ha pronunciado de la siguiente manera:

“.- 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, o 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, porque los testimonios falsos suelen presentarse de una manera continuamente estructurada y generalmente cronológica³⁶; además, las contradicciones pueden originarse en fallos naturales de la memoria del sujeto.

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.

.- 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 verosimilitud³⁷. 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

³² DEVIS ECHANDÍA. op. cit. Tomo II, pp. 27-28. p. 240

³³ DEVIS ECHANDÍA. op. cit. Tomo II, pp. 27-28 p. 265.

³⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 222-230.

³⁵ Sentencia del 18 de noviembre de 2019, Sección Segunda del Consejo de Estado. Rad. 2013-06840. 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».

³⁶ Ibidem.

³⁷ 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 [...]».

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 probar³⁸.

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 afirmaciones³⁹.

De lo anterior, se colige que el testimonio del patrullero Jhon Fredy Ariza González se encontró coherente y no presentó inconsistencias frente a la narración de los hechos, toda vez que de su contenido se concluye que efectivamente el demandante suministraba información a la organización delincriminal “los botalones” para que estos evadieran las acciones de control de la fuerza pública y pudiesen llevar a cabo el apoderamiento de hidrocarburos de tubería de Ecopetrol mediante una válvula ilegal instalada en la jurisdicción del municipio de Puente Nacional, y precisamente para lograr ese actuar delincriminal, aceptó dinero por parte de alias “Boyaco” y “Cristofer”, contraprestación que fue recibida en el municipio de Barbosa para los meses de febrero y marzo de 2011.

Así las cosas, el hecho de que dicho testigo sea uno de los agentes de la policía involucrado en la investigación penal y judicializado por ello, no es *óbice* para restarle credibilidad al contenido de su relato, pues tampoco se observan en el

³⁸ 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 [...]».

³⁹ Ibidem, pp. 228-230.

acervo probatorio elementos de juicio que permitan concluir nada distinto a lo que dispuso el operador disciplinario, por el contrario, se encuentra, el informe rendido por la Policía Nacional, que arrojó la investigación **OPERACIÓN ODIN** que dio como resultado la captura de varios integrantes de la banda delincencial los Botalones y algunos integrantes de la Policía Nacional, incluido el demandante Aldemar Bernate Prada.

En efecto, en materia disciplinaria el juez debe realizar la valoración del acervo probatorio de acuerdo con las reglas de la sana crítica⁴⁰, en tal sentido, solo debe declarar la nulidad de las decisiones disciplinarias cuando encuentre que se vulneró el derecho al debido proceso, o bien porque se omitió realizar una valoración probatoria razonable, objetiva y adecuada, o porque la realizada en los mismos es manifiestamente contraria a la realidad y en el presente caso no se presentó ninguna de tales hipótesis fácticas, toda vez que el testimonio del señor Jhon Fredy Ariza González se recaudó con sujeción a las formas propias de recepción de la prueba, igualmente, el demandante tuvo la oportunidad de tachar la declaración y no lo efectuó, además el relato del testigo muestra coherencia, contextualización y corroboración periférica que permite establecer que el actor recibió dinero de una banda antisocial por colaborarles con el suministro de la información para el funcionamiento de su actividad delictual, incurriendo de esta manera en infracción de los deberes que como servidor público le competen.

De lo expuesto, se concluye que no se configuraron ninguno de los vicios esgrimidos por la parte demandante contra la decisión sancionatoria disciplinaria de destitución, razones por las cuales la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Condena en costas.

Respecto de la condena en costas considera la Sala que no hay lugar a condenar en atención a lo dispuesto en el numeral 8.º del artículo 365 del Código General

⁴⁰ Ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como “la capacidad del juez para darle a las pruebas la mayor o menor credibilidad, según su conexión con los hechos a demostrar y su capacidad de convencimiento” y en virtud de la cual “el juez goza de cierta libertad a la hora de apreciar el mérito probatorio de los medios de convicción, no debiendo sujetarse, como en el sistema de la tarifa legal, a reglas abstractas preestablecidas e indicadoras de la conclusión a la que se debe arribar, en presencia o en ausencia de determinada prueba” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 10 de marzo de 2005, expediente 27946.

del Proceso⁴¹, toda vez que no se demostró su causación, dado que aunque el recurso de apelación interpuesto no prosperó, la entidad demandada no intervino en la segunda instancia.

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 y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 3 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Aldemar Bernate Prada contra la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con sustento en las consideraciones que se dejaron expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de dos (2) de abril de dos mil veinte (2020).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

⁴¹ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

MG/MARG