

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Generalidades. Causales. Su análisis excluye aspectos fácticos, procedimentales y probatorios

El artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, antes de la derogatoria de que fue objeto por el artículo 2 de la Ley 954 de 2005, disponía que el recurso extraordinario de súplica procedía contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado. La única causal para la procedencia de este recurso, consistía en la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea. Por consiguiente, el recurso extraordinario de súplica fue concebido como un instrumento procesal en defensa de la Constitución y de la ley y, por ende, de la seguridad jurídica, pues el ordenamiento jurídico exige del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo un grado importante de certeza jurídica, igualdad en el trato jurídico y un correcto entendimiento del derecho objetivo, en tanto que su ámbito de aplicación se reserva a la violación directa de normas sustanciales. (...) Dentro de las causales que pueden invocarse en el recurso extraordinario de súplica se distinguen aquellas que se refieren a la aplicación de las normas jurídicas (falta de aplicación e indebida aplicación) y, en particular, aquella que está encaminada a controlar la interpretación judicial de las diversas disposiciones normativas (interpretación errónea). La falta de aplicación se presenta cuando el fallador omite aplicar la norma que correspondía. Por su lado, la aplicación indebida se configura cuando el juez aplica normas que no eran las pertinentes al caso objeto de decisión. Y, por último, la interpretación errónea se da cuando el juez elige acertadamente la norma pero le atribuye un significado que no es correcto. (...) Así las cosas, el análisis del recurso de súplica excluye el estudio de los aspectos fácticos del proceso y los preceptos de carácter procedimental o probatorio. Tampoco son objeto de pronunciamiento los planteamientos subjetivos que eventualmente se expongan, ni es posible discutir hechos o juicios de valor relacionados con los elementos de prueba que se hayan aducido y analizado en el curso del proceso. Es requisito esencial del recurso de súplica la indicación precisa de la norma sustancial supuestamente infringida por la sentencia objeto de la impugnación y la exposición clara de los motivos sobre los cuales se edifican los cargos, sin que sean admisibles las acusaciones de carácter general al contenido del proceso, ni la invocación general de las leyes o estatutos para formular los cargos. Para su procedencia también es necesario que exista relación de causalidad entre el vicio denunciado y la sentencia misma. Por ende, las consideraciones jurídicas del fallador que no constituyan el soporte de la decisión son intrascendentes en el recurso de súplica.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 194 / LEY 954 DE 2005 - ARTICULO 2

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Concepto de causal de interpretación errónea / INTERPRETACION ERRONEA - Causal del recurso extraordinario de súplica: concepto

Tradicionalmente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha señalado que la interpretación errónea se configura cuando se aplica la norma pertinente al caso y se acude a un entendimiento equivocado de ésta.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto de interpretación errónea, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 6 de septiembre de 1999, Rad. S-025.

ACCION DISCIPLINARIA - Unificación de jurisprudencia sobre prescripción / ACCION DISCIPLINARIA - El plazo legal de prescripción no considera la vía

gubernativa / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA - Unificación de jurisprudencia / SANCION DISCIPLINARIA - Tesis acerca de cuándo debe entenderse impuesta: Unificación de jurisprudencia sobre prescripción de la acción / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Prospera por interpretación errónea de normas sobre prescripción de la acción disciplinaria / VIA GUBERNATIVA - Actuación distinta a la actuación administrativa

La Sala comienza el análisis partiendo de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el manejo del tema de la prescripción de la acción sancionatoria acerca de cuándo debe entenderse "impuesta la sanción", que no ha sido unánime. En efecto, sobre el particular existen tres tesis: a) Se entiende ejercida la potestad disciplinaria cuando se produce la decisión que resuelve la actuación administrativa sancionatoria. b) Para que se considere "impuesta" la sanción es necesario no solo que el acto sancionatorio primigenio se expida, sino también que se notifique. c) Debe haberse expedido el acto sancionatorio, resuelto todos los recursos que se propusieron, y notificado las decisiones sobre éstos. (...) Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración. Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto. La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada. Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias. En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984. (...) La prosperidad del cargo propuesto impone infirmar la sentencia del 25 de julio de 2002 y, consecuentemente, emitir sentencia de reemplazo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre las posiciones jurisprudenciales sobre la prescripción de la acción disciplinaria, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 13 de noviembre de 2003, Rad. 7767, MP. Gabriel Mendoza Martelo; Sección Cuarta, sentencia de 15 de noviembre de 2007, Rad. 15015, MP. Héctor Romero Díaz; Sección Segunda, sentencia de 12 de mayo de 2005, Rad. 4430-03, MP. Jesús María Lemos Bustamante; Sección Segunda, auto de 6 de abril de 2007, Rad. 0662-06.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Se excluye de decisión en Sala Plena a los consejeros de la sección o subsección que profirió la sentencia recurrida / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Cambio de jurisprudencia: Se excluye de Sala Plena a la subsección del Consejo de Estado que profirió la sentencia recurrida y no a la sección completa a la que pertenece

Esta providencia se profiere por la totalidad de los integrantes de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que asistieron a la presente sesión, con excepción, de los miembros de la Subsección B, de la Sección Segunda, por ser ésta la Subsección que profirió la sentencia suplicada. Esta postura representa una variación jurisprudencial en relación con lo observado anteriormente por la Sala Plena Contenciosa en casos similares, y se funda en lo que para la época de interposición de los recursos extraordinarios (año 2002) preveía el artículo 194 del C.C.A., como la modificación que le introdujo el artículo 57 de la ley 446 de 1998, según el cual, los miembros de la sección o subsección falladora estarán excluidos de la decisión. En el sub examine, la sentencia que se suplicó, se reitera, la profirió la Subsección B, de la Sección Segunda, la misma que se sustrajo de participar en la decisión.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00442-01(S)

Actor: ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO

Demandado: EJERCITO NACIONAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 numeral quinto del C.C.A., procede la Sala Plena del Consejo de Estado, a resolver el recurso de súplica propuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2003 por la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, toda vez aunque competía su decisión a la Sala Transitoria de Decisión 2B, mayoritariamente ésta, en sesión de el 5 agosto de 2008, consideró que por

importancia jurídica del tema central a definir, tratado indistintamente por las Secciones, su decisión debía corresponder a la Sala Plena.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A.- PRETENSIONES

El señor ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO por intermedio de apoderado judicial, presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que es nula la Resolución número 13 del cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995) proferida por el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos, en cuanto por medio de su artículo Primero resolvió: “Destituir al Brigadier General Alvaro Hernán Velandia Hurtado, identificado con la cédula de ciudadanía 17.051.154 de Bogotá, en su calidad de Coronel del Ejército Nacional cuando se desempeñaba como Comandante del Comando Operativo de Inteligencia y Contrainteligencia del Batallón Charry Solano, hoy Brigada XX del Ejército Nacional con sede en Bogotá, por su conducta oficial desde el 30 de agosto de 1987 hasta el 26 de julio de 1990, de conformidad con las razones expuestas en esta resolución” y en cuanto a los artículos Cuarto a Noveno de la misma Resolución, ambos inclusive, en tanto afectan o puedan afectar al Brigadier General ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO.

SEGUNDA. Que es igualmente nula la Resolución número 16 del diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995) proferida también por el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos, en cuanto por medio de su artículo Primero resolvió no reponer y en su lugar confirmar la Resolución 13 del 5 de julio de 1995 y en cuanto por medio de su artículo Segundo ordenó cumplir lo dispuesto en la parte resolutoria de la decisión del 5 de julio de 1995, en tanto afectan o pueden afectar al Brigadier General ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO.

TERCERA. Que es igualmente nulo el Decreto número 1504 de fecha once (11) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco expedido por el señor Presidente de la República, con la firma del señor Ministro de la Defensa Nacional, en cuanto por medio de su artículo primero dispuso: “Destituir, esto es, separar en forma absoluta de la Fuerzas Militares, al Brigadier General Alvaro Hernán Velandia Hurtado, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.051.154 de Bogotá, Código Militar N° 6393209, quien desempeña actualmente el cargo de Comandante de la Tercera Brigada del Ejército”.

CUARTA. Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones y a título de restablecimiento de los derechos de mi representado, que los actos impugnados violaron, se declare que no ha habido solución alguna de continuidad en los servicios prestados a las Fuerzas Militares por el señor ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO entre la fecha de su destitución o separación absoluta del servicio activo de las Fuerzas Militares y aquella en que se produzca su reintegro o reincorporación al servicio activo de las Fuerzas Militares, y así se ordene al Ministerio de Defensa Nacional, para que lo haga constar en la hoja de vida de mi poderdante.

QUINTA. Que también como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos impugnados e igualmente a título de restablecimiento de los derechos de mi representado que los actos acusados vulneraron, se ordene el REINTEGRO al servicio de las Fuerzas Militares del señor ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO, con el máximo Grado que corresponda, dentro del Escalafón de Oficiales Superiores en servicio activo del Ejército Nacional, habida cuenta de la declaratoria a que se refiere la petición cuarta precedente.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PETICION QUINTA. Que también como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos impugnados e igualmente a título de restablecimiento de los derechos de mi representado que los actos acusados vulneraron, se ordene EL REINTEGRO al servicio de las Fuerzas militares del señor ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO, con el Grado de Mayor General en servicio activo del Ejército Nacional, habida cuenta de la declaratoria a que se refiere la petición cuarta.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PETICION QUINTA. Que también como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos impugnados e igualmente a título de restablecimiento de los derechos de mi representado que los actos acusados vulneraron, se ordene EL REINTEGRO al servicio de las Fuerzas Militares del señor ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO, con el Grado de Mayor General en servicio activo del Ejército Nacional, que él ostentaba cuando fue destituido o separado en forma absoluta del servicio activo de la Fuerzas Militares.

SEXTA. Que igualmente como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos impugnados, y así mismo a título de restablecimiento de los derechos de mi poderdante que ellos desconocieron, se condene a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL) a pagar al señor ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO o a quien sus derechos represente, la totalidad de los haberes (sueldos, primas de servicio, primas de navidad, primas de orden público, de antigüedad, de clima, etc.) que en todo tiempo devengue un Oficial Superior en servicio Activo de las Fuerzas Militares del máximo Grado que corresponda, dentro del Escalafón de Oficiales Superiores en servicio activo del Ejército Nacional, entre la fecha de su destitución o separación absoluta del servicio activo de las Fuerzas Militares y aquella en que se produzca su reintegro o reincorporación efectivos a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PETICION SEXTA. Que igualmente como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos impugnados, y así

mismo a título de restablecimiento de los derechos de mi poderdante que ellos desconocieron, se condene a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL) a pagar al señor ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO o a quien sus derechos represente, la totalidad de los haberes (sueldos, primas de servicio, primas de navidad, primas de orden público, de antigüedad, de clima, etc.) que en todo tiempo devengue un Oficial Superior de las Fuerzas Militares que ostente el Grado de Mayor General en servicio activo del Ejército Nacional, entre la fecha de su destitución o separación absoluta del servicio activo de las Fuerzas Militares y aquella en que se produzca su reintegro o reincorporación efectivos a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PETICION SEXTA. Que igualmente como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos impugnados, y así mismo a título de restablecimiento de los derechos de mi poderdante que ellos desconocieron, se condene a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL) a pagar al señor ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO o a quien sus derechos represente, la totalidad de los haberes (sueldos, primas de servicio, primas de navidad, primas de orden público, de antigüedad, de clima, etc.) que en todo tiempo devengue un Oficial Superior de las Fuerzas Militares que ostente el Grado de Brigadier General en servicio activo del Ejército Nacional, entre la fecha de su destitución o separación absoluta del servicio activo de las Fuerzas Militares y aquella en que se produzca su reintegro o reincorporación efectivos a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

SEPTIMA. Que igualmente como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos impugnados y a título de restablecimiento de los derechos que ellos vulneraron al señor ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO, se condene a la Nación –Procuraduría General de la Nación y Ministerio de Defensa Nacional- SOLIDARIAMENTE, a reparar los daños extrapatrimoniales que los mencionados actos causaron y continúan causando a mi poderdante, así:

A)- Los daños o perjuicios morales subjetivos, los cuales se estiman en la suma de pesos colombianos que, en la fecha de la sentencia, equivalgan a la cantidad de MIL QUINIENTOS GRAMOS ORO, según certificación sobre el valor del gramo de oro que expida el Banco de la República;

B)- Los daños o perjuicios correspondientes a la alteración de las condiciones de existencia de mi poderdante, los cuales se estiman en la suma de pesos colombianos que, en la fecha de la sentencia, equivalgan a la cantidad de MIL QUINIENTOS GRAMOS ORO, según certificación que sobre el valor del gramo de oro expida el Banco de la República.

OCTAVA. Que todos los pagos que se ordenaren hacer a favor de mi poderdante o de quien sus derechos represente, le sean cubiertos en moneda de curso legal en Colombia, debidamente actualizados con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.

NOVENA. Que se ordene comunicar la sentencia que ponga término al presente proceso, al señor Presidente de la República, a los señores Ministros de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional, al señor

Procurador General de la Nación, a los señores Comandantes de las Fuerzas Armadas y del Ejército y a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, para los efectos que correspondan a sus respectivas competencias.

DECIMA. Que se disponga dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al presente proceso, en la forma y términos señalados por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.”.

B.- LOS HECHOS

El demandante expuso como fundamento de las pretensiones, en síntesis, los siguientes hechos:

1°. El Alcalde Municipal de Guayabetal (Cundinamarca) el día 12 de septiembre de 1987, practicó el levantamiento del cadáver de una mujer “NN” de aproximadamente 35 años de edad, sin tomar la mínima precaución de realizar la diligencia de necrodactilia para establecer la identidad de la víctima.

2°. Que, el médico rural del citado municipio practicó necropsia médico legal al referido cadáver el día 13 de septiembre del mismo año, y encontró que la causa de la muerte fue un "trauma encefalocraneano por proyectil de arma de fuego".

3°. Que, por estos hechos, el señor Alfonso Bautista, padre de la señorita Nydia Erika Bautista, presentó queja el 25 de septiembre de 1987 por su desaparición, ante la Procuraduría Segunda Delegada para la Policía Judicial. La Procuraduría quien asumió la investigación preliminar, luego de un año de indagaciones ordenó el archivó de las diligencias, porque el cuerpo técnico de esta dependencia informó que no fue posible identificar la N.N. al no haberse podido tomar la necrodactilia respectiva.

4°. Precisó que, la Ley 4 de 1990, que reorganizó la Procuraduría General de la Nación, creó la Oficina de Investigaciones Especiales del organismo de control. Esta dependencia, el 16 de mayo de 1990, dispuso desarchivar las diligencias hasta entonces adelantadas respecto del referido cadáver y practicó durante varios años numerosas diligencias y pruebas adicionales dentro de la respectiva investigación.

5°. Que, para el 26 de Julio de 1990, la Oficina de Investigaciones Especiales adelantó diligencia de exhumación del cadáver. Como consecuencia de ésta, y de informes complementarios, así como del reconocimiento de algunas prendas de vestir, concluyó que los restos correspondían a los de Nydia Erika Bautista.

6°. Sostuvo que, en el mes de enero de 1991, el señor Bernardo Alfonso Garzón, ex suboficial de las Fuerzas Armadas, ahora prófugo de la justicia, rindió testimonio ante la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación. En esa diligencia realizó serias acusaciones contra el Sargento Viceprimero Julio Roberto Ortega Araque y contra el ahora demandante, pues trató de involucrarlos en la retención, desaparición y posterior homicidio de Nydia Erika Bautista.

7°. Después de practicado el testimonio referido, el Juzgado Segundo de Instrucción Penal Militar expidió orden de captura contra Bernardo Alfonso Garzón por abandono de las filas militares.

Por su parte, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría profirió providencia en la que acogió lo manifestado en el citado testimonio y, en consecuencia, comisionó a uno de los agentes del Ministerio Público para que ubicara a Bernardo Alfonso Garzón a fin de que ratificara y ampliara lo dicho en la declaración inicial.

8°. Dijo que, las numerosas diligencias adelantadas por la Oficina de Investigaciones especiales de la Procuraduría General de la Nación tampoco arrojaron luces ni evidencias que permitieran establecer con certeza la participación de funcionarios públicos en la retención, desaparición y posterior muerte violenta de Nydia Erika Bautista, lo que ocasionó, el archivo de la investigación mediante providencia No. 2161 del 2 de septiembre de 1992.

9°. El 1° de febrero de 1994, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, nuevamente, ordenó el desarchivo de la investigación y adelantó nuevas diligencias tendientes a establecer diversos hechos. En esa misma fecha, remitió, por competencia, las respectivas

actividades a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos.

10°. Mediante oficio del 3 de marzo de 1994, la Procuraduría para los Derechos Humanos informó al señor Alvaro Hernán Velándia Hurtado que en su contra había abierto investigación disciplinaria para aclarar su posible participación respecto de la retención, desaparición y homicidio de Nydia Erika Bautista. Los cargos formulados al demandante quedaron concretados en el Pliego de Cargos N° 017 de esa misma fecha.

11. Argumentó que, para la fecha de formulación del pliego de cargos el demandante se desempeñaba como Comandante de la Decimasexta Brigada del Ejército Nacional con sede en Yopal (Casanare). En esa época ostentaba el grado de Brigadier General de las Fuerzas Militares, grado al que había ascendido el 1 de diciembre de 1992.

12. Dentro del término concedido para el efecto, el demandante presentó los respectivos descargos con el propósito de desvirtuar los cargos formulados. Insistió en que la acción disciplinaria había prescrito y solicitó la práctica de varias pruebas.

13. Mencionó que, el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos negó la práctica de las pruebas pedidas por el demandante, pues consideró que eran inconducentes e impertinentes. A la par, decretó otras pruebas de oficio. Oportunamente interpuso recurso de reposición contra esa decisión, recurso que fue resuelto de forma desfavorable en lo concerniente al decreto de las pruebas solicitadas y en lo relacionado con la solicitud de declaración de la prescripción de la acción sancionatoria. De otro lado, accedió a la solicitud de negar de plano la práctica de una nueva exhumación del cadáver.

14. Con intervención de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría practicó algunas pruebas decretadas, entre ellas, “un dictamen o experticio médico-técnico” el día 13 de febrero de 1995 del cual no dio traslado al demandante quien, por esa razón, “no tuvo oportunidad de pedir

que fuera adicionado, aclarado o complementado, ni tampoco pudo objetarlo por error grave”.

15. Señaló que, el 5 de julio de 1995, el Procurador Delegado para los Derechos Humanos profirió la Resolución N° 13, mediante la cual, en única instancia, determinó destituir al Brigadier General Alvaro Hernán Velandia Hurtado en su calidad de Coronel del Ejército Nacional cuando ocupaba el cargo como comandante del Comando Operativo de Inteligencia y Contrainteligencia Charry Solano, hoy Brigada XX del Ejército Nacional con sede en Bogotá. La anterior decisión tuvo como sustento la participación del demandante en los hechos relacionados con la desaparición y muerte de la señora Nydia Erika Bautista, ocurridos entre el 30 de agosto de 1987 y el 26 de julio de 1990.

16. Para la época en que fue expedida la Resolución 13 de 1995 el demandante desempeñaba el cargo de Comandante de la Tercera Brigada del Ejército Nacional.

17. Mediante Resolución N° 016 de 1995, que resolvió los recursos de reposición interpuestos por el demandante y el Sargento Viceprimero Julio Roberto Ortega Araque, contra la Resolución N° 13 de 1995, fue confirmado el acto inicial. En dicha resolución se informó que contra esa decisión no procedía recurso alguno.

18. Que, el demandante impetró acción de tutela por violación del debido proceso, toda vez que el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos pretendió obtener la ejecución de las anteriores resoluciones por medios ilegales, antes de que la última decisión fuera legalmente notificada y hubiese quedado en firme.

19. En primera instancia, la acción de tutela fue decidida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en forma favorable al demandante, decisión que fue confirmada, en segunda instancia, por el Consejo de Estado.

20. Precisó que, el Gobierno Nacional expidió el 11 de septiembre de 1995 el

Decreto 1504, en cuyo artículo primero dispuso destituir al Brigadier General Alvaro Hernán Velandia Hurtado en forma absoluta de las Fuerzas Militares. Con esta decisión el Gobierno Nacional pretendió dar cumplimiento a las decisiones contenidas en las Resoluciones 13 y 16 del 5 y 19 de julio de 1995 respectivamente, ambas proferidas por el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos.

Que, Para la fecha de publicación del anterior decreto, el demandante se desempeñaba como Comandante de la Tercera Brigada del Ejército con sede en Cali.

21. Concluyó que los actos que se impugnan son abiertamente inconstitucionales e ilegales y han causado serios daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales al demandante. De no haber mediado la inconstitucional, ilegal e injusta sanción de que fue objeto, el demandante habría continuado prestando sus servicios como Comandante de la Tercera Brigada del Ejército con el grado de Brigadier General hasta cuando hubiere sido considerado su nombre para ascender al grado de Mayor General en el mes de diciembre de 1996.

Que además, los actos impugnados significaron para el demandante la sustancial alteración de sus normales condiciones de existencia, pues incluso tuvo que trasladarse de Cali a Bogotá y conseguir residencia y educación para sus hijos, situación que conllevó la realización de “difíciles gestiones” en esa época del año.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 20 de junio de 1999, denegó las pretensiones de la demanda. Argumentó, en síntesis, lo siguiente:

1°. Sostuvo que en la demanda se afirma que los cargos endilgados por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos tuvieron como sustento la conducta desarrollada el 30 de agosto de 1987. Que el régimen aplicable era el vigente para la época de los hechos, esto es, el previsto en el Decreto Ley 1776 de 1979, que rigió hasta el 9 de enero de 1989, en especial, en

lo que tiene que ver con la prescripción de la acción y con la facultad sancionatoria disciplinaria, que, para ese entonces, era de 6 meses y se contaba a partir del día en que se cometió la falta. Sostiene el demandante que como la falta que se le imputó ocurrió el 30 de agosto de 1987, la prescripción se consumó el 1º de marzo de 1988 y, por tanto, los actos fueron expedidos por fuera de ese término.

Que, la demanda plantea que la misma conclusión se obtendría de aceptarse la tesis de la "consumación" que sostiene la Procuraduría, que llevaría a contar la prescripción a partir del 26 de julio de 1990. Alega que en este último caso, la normatividad que le sería aplicable al alto oficial sería la contenida en el Decreto Ley 85 de 1989, que en su artículo 108 elevó el término de prescripción a un año contado a partir de la comisión de la falta.

Que, aunque se aceptara, en gracia de discusión, que la normatividad aplicable no es la anterior sino la contenida en las normas generales, artículos 12 de la Ley 25 de 1974 y 6 de la Ley 13 de 1984, a juicio del demandante, igualmente, habría operado la prescripción quinquenal de este régimen debido a que los hechos ocurrieron el 30 de agosto de 1987 y la notificación en debida forma de la providencia sancionatoria solo se cumplió el 18 de agosto de 1995, por lo cual aún aplicando la tesis de la Procuraduría, la prescripción habría ocurrido el 27 de julio de 1995, porque para entonces la providencia sancionatoria no había sido legalmente notificada al actor.

2º. El Tribunal consideró que para determinar si se ha producido el fenómeno prescriptivo de la acción disciplinaria era necesario precisar cuál fue la falta disciplinaria que se imputó al actor, cuál fue la norma que la tipificó y cuál fue la fecha en que aquella se cometió. Lo primero según el Tribunal, se averigua consultando el pliego de cargos formulado al actor, que, valga la pena aclarar, debe estar en consonancia con los actos sancionatorios.

Respecto a la norma que tipificó la falta, sostuvo que como en rigor fue el Decreto 0085 de 1989 el estatuto legal bajo el cual se amparó la falta endilgada al demandante, la prescripción debe regirse por esa normatividad, no obstante que puedan existir argumentos a favor de la tesis que en materia de prescripción proclama que debe aplicarse la Ley 25 de 1974 y su Decreto Reglamentario 3404 de 1983.

3°. En este sentido, dijo que el término prescriptivo respecto de las faltas que regula el Decreto 0085 de 1989 se encuentra establecido en los artículos 108 y 205, que fija dicho plazo en el término de un año, salvo que se trate de faltas constitutivas de mala conducta o contra el honor militar, en cuyo caso la prescripción será de tres años.

En cuanto a la fecha en que se cometió la falta, esto es, la del encubrimiento, que es, en esencia, una de las conductas que se imputan al demandante, sostuvo que como el actor no cumplió con el deber de poner en conocimiento de las autoridades competentes y de sus superiores la conducta atribuida a sus subalternos, quienes fueron sindicados directamente de haber desaparecido, ocultado y dado muerte a Nydia Erika Bautista, tal omisión no tuvo límite en el tiempo y, por ello, no puede establecerse en el pasado una fecha precisa y concreta que permita concluir que la falta, que evidentemente es continuada, tuvo un acto final.

4°. Que en este caso, no opera el fenómeno prescriptivo cualquiera que sea el término de prescripción que se pretenda aplicar, pues si la falta endilgada es continua y se dio la circunstancia de no haber sido descubierta sino al finalizar la investigación disciplinaria, es claro que ni antes ni durante el proceso fue determinado el punto de partida para el cómputo del término prescriptivo.

Si bien es cierto que la Resolución N° 13 de 1995 invoca como fundamento jurídico, entre otros, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada en Belén do Pará (Brasil) en junio de 1994, la que en ese momento no había sido ratificada por el Congreso, esa circunstancia no afecta la validez del acto, por cuanto, en primer lugar, no constituye el único fundamento jurídico de la decisión y, de otro lado, es claro que en el ordenamiento jurídico interno la desaparición forzada de personas puede encuadrarse como atentado a derechos fundamentales consagrados en la Constitución y, además, como delito.

5°. Expuso que, era cierto que la Ley 4 de 1990 no se ocupó de tipificar o calificar las faltas disciplinarias puesto que no es un Código Disciplinario sino el Estatuto Orgánico de la Procuraduría General de la Nación. Si se admite, en gracia de

discusión, que el juzgador disciplinario invocó como fundamento de la decisión dicha ley, al no ser la única norma citada el acto no deviene ilegal, más aún si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 24-6 del Decreto 3404 de 1983, según el cual la actuación es inválida solo cuando la totalidad de las disposiciones citadas como infringidas en el pliego de cargos no son aplicables al acusado.

6° Estimó que, no se genera la nulidad invocada por el actor por la supuesta falta de competencia de la Delegada, con fundamento en el artículo 62 de la Ley 4 de 1990, de acuerdo con el cual las averiguaciones disciplinarias que al entrar en vigencia la citada ley se hallaren en las Procuradurías Delegadas, Regionales y Oficinas Seccionales, cuyas competencias eran modificadas, continuarían su trámite hasta el fallo respectivo en los despachos en que se adelantaban, pues sólo hasta el 3 de marzo de 1994 se dispuso la apertura formal de la investigación disciplinaria contra Alvaro Hernán Velandia, fecha en la que, indudablemente, la competencia para decidir el asunto en cuestión estaba radicada en cabeza de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos en los términos de la propia Ley 4 de 1990.

7°. Que, ciertamente la Constitución de 1991 radicó en cabeza del Procurador General de la Nación el ejercicio del poder disciplinario, función que debe desempeñar de conformidad con los parámetros consagrados en la ley. Y como la nueva estructura del órgano sólo fue establecida hasta la expedición de la ley 201 de 1995, era obvio que hasta que dicha norma entrara en vigencia, la norma aplicable era la Ley 4 de 1990.

8°. Por otra parte el Tribunal dijo que no compartía la opinión del demandante en el sentido de que no pudiera decretarse la separación absoluta de las Fuerzas Militares, pues el artículo 144 del Decreto 1211 de 1990 no restringe la aplicación de esa medida y, por tanto, también resulta predicable en otros eventos previstos en la ley.

9°. Sobre el particular, sostuvo que las Fuerzas Militares se hallan sometidas a dos regímenes disciplinarios: El que ejerce la Procuraduría General de la Nación de conformidad con el artículo 277-6 de la Constitución Política y el que ejercen los superiores militares de conformidad con las competencias asignadas en los correspondientes estatutos disciplinarios (Decreto 085 de

1989).

Para el A quo en el presente caso, se trató del primer evento, lo que le permitió afirmar que el poder disciplinario de la Procuraduría prevalece en aquellos eventos en los que asume el conocimiento de un caso en particular, circunstancia que ocasiona que también primen las normas que regulan la facultad disciplinaria de dicho órgano de control sobre aquellas que se predicen de los superiores militares en el ámbito interno de los cuarteles. Que la prevalencia hay que entenderla no solo respecto de la competencia, sino también en relación con el procedimiento y el castigo de las faltas, por lo que, en este orden de ideas, la Procuraduría podía ordenar la destitución del disciplinado.

10°. Aunado a los anteriores argumentos, dijo que la destitución, entendida como el acto de separar en forma absoluta de las Fuerzas Militares a uno de sus miembros, tiene como consecuencia natural la supresión de los grados y honores que distinguen a los miembros activos de las fuerzas militares.

11°. En relación con el ataque del demandante a algunas de las pruebas recogidas en el proceso disciplinario, en particular, las relativas a los testimonios rendidos por el señor Mauricio Arturo Gómez Carvajal y por el señor Bernardo Alfonso Garzón, el Tribunal consideró que no podía afirmarse que en la valoración de estos testimonios se hubieran olvidado las reglas de la sana crítica, pues el demandante no demostró en que pudo faltar el juzgador disciplinario a los dictados de la sana crítica, ni tampoco se evidencia que el examen de la prueba testimonial realizada por la Procuraduría contradiga dichas reglas.

Estimó además, que tampoco le asistía razón al demandante en cuanto cuestionó la prueba testimonial al argumentar que no fue contradicha, pues él oportunamente la conoció y en el proceso tuvo a su disposición los recursos que la ley procesal consagra en orden a que se corrigieran los errores en los que, a su juicio, hubiera podido incurrir el juzgador.

12°. En relación con la incongruencia existente entre las imputaciones

contenidas en el pliego de cargos y las resoluciones sancionatorias, el Tribunal concluyó que esa incongruencia es más aparente que real. Que, por tanto, ninguno de los cargos formulados en la demanda estaba llamado a prosperar pues carecían de fundamento sólido.

3. LA SENTENCIA SUPPLICADA

La Sección Segunda, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, mediante sentencia del 23 de mayo de dos mil dos (2002), revocó la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, decisión que se fundamentó, en resumen, en los siguientes argumentos:

1°. Adujo que el 5 de julio de 1995, el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos profirió la Resolución N° 13 por medio de la cual destituyó al Brigadier General Alvaro Hernán Velandia Hurtado, en su calidad de Coronel del Ejército Nacional, cuando se desempeñaba como Comandante del Comando Operativo de Inteligencia y Contrainteligencia, por el conocimiento y aprobación de la retención, desaparición y posterior homicidio de Nydia Erika Bautista. Esta decisión fue debidamente notificada y contra ella se interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto mediante Resolución N° 16 del 19 de julio de 1995, que confirmó integralmente la decisión inicial.

El 21 de julio de 1995, la Procuraduría dejó constancia acerca de las múltiples gestiones que realizó para enviar y efectuar la respectiva notificación de la Resolución N° 16 de 1995 a los implicados y a sus apoderados. Esa oficina certificó que la citada providencia había sido comunicada a los interesados y que, en consecuencia, la Resolución N° 16 de 1995 había quedado en firme dentro del término legal.

Sin embargo, los disciplinados interpusieron acción de tutela el día 27 de julio de 1995 para lograr la notificación personal de la citada Resolución N° 16 y, tanto en primera como en segunda instancia, lograron obtener decisión favorable a sus pretensiones. En cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia, se notificó personalmente la resolución a los interesados y por ello obra una nueva constancia de ejecutoria de la Resolución N° 13 del 5 de julio de 1995, expedida el

29 de agosto de 1995.

2°. Sostuvo que la Procuraduría Delegada partió de la base de que la desaparición de la señora Nydia Erika Bautista permaneció desde el 30 de agosto de 1987 hasta el 26 de julio de 1990, fecha en la cual cesó el ocultamiento a que fue sometida la víctima y la zozobra para los familiares, pues en esa fecha el cadáver fue encontrado e identificado. Por esa razón, sólo a partir de esa fecha, empieza a contar el término de prescripción de cinco años contemplado en el artículo 12 de la Ley 25 de 1974, pues fue el día en que terminó la desaparición forzada.

Señaló, que en el fallo acusado de primera instancia se consideró por parte del Tribunal que no había operado la prescripción por cuanto el comportamiento omisivo del Coronel Velandia fue indefinido en el tiempo.

No obstante lo anterior, dijo que la titularidad de la acción disciplinaria que corresponde al Estado, aún la ejercida preferentemente por la Procuraduría General de la Nación, está sujeta a límites temporales. Que, por consiguiente, es necesario determinar cuál es la normatividad aplicable en lo referente a la prescripción de la acción disciplinaria que ejerció la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, habida cuenta que el sujeto pasivo era un Coronel de las Fuerzas Militares.

En este sentido, adujo que no compartía la tesis de la imprescriptibilidad propuesta por el A quo, pues no es aceptable que las faltas disciplinarias puedan ser investigadas en cualquier tiempo. Por el contrario, compartió las afirmaciones de la Procuraduría relativas a que "por tratarse de una conducta de ejecución permanente, que implica un constante o prolongado ocultamiento de la víctima y genera una situación de incertidumbre sobre su paradero, sólo en la medida en que la persona aparezca viva o muerta empieza a contarse el término de prescripción". Por ello, aunque la desaparición forzada de Nydia Bautista se produjo el 30 de agosto de 1987, sólo cuando se identificó su cadáver, esto es, el 26 de julio de 1990, comenzó a contar el término de prescripción de la facultad sancionatoria.

Que, en ese orden de ideas, a 26 de julio de 1990 estaba vigente la Ley 25 de

1974 "por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y Régimen Disciplinario y se dictan otras disposiciones", en cuyo artículo 12 dispuso que la acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta.

Respecto a la normatividad aplicable en cuanto a la prescripción de la acción disciplinaria que ejerció la Procuraduría para los Derechos Humanos cuando se trata de un coronel de las Fuerzas Militares, dijo que el artículo 114 del Decreto 1776 de 1979 "por el cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las fuerzas Militares", dispone que la facultad para imponer sanciones disciplinarias prescribe a los seis meses que se contarán a partir del momento en que se cometió la falta, a excepción de aquellas que constituyen causal de mala conducta, respecto de las cuales prescribe en doce meses. Este término prescriptivo se eleva al doble cuando son tres o más los infractores y se trate de faltas cometidas conjuntamente.

Que el artículo 108 del Decreto 0085 de 1989 "por el cual se reforma el reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares" señala que la facultad para imponer sanciones prescribe en un año contado a partir del momento en que se cometió la falta, a excepción de aquellas que constituyen causal de mala conducta, respecto de las cuales la acción disciplinaria prescribe a los tres años. El término prescriptivo se eleva al doble cuando fueren tres o más los infractores y se trate de faltas cometidas conjuntamente. El artículo 219 del mismo decreto determina que éste rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares adoptado por el Decreto 1776 de 1979.

Que, la Ley 4 de 1990 "por la cual se reorganiza la Procuraduría General de la Nación, en el artículo 22, literal b) asignó a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos la función de adelantar y decidir, en única instancia, la acción disciplinaria por la participación en actos que configuren genocidios, torturas y desapariciones de personal, en los que incurran, en ejercicio de sus funciones, miembros del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares, Policía Nacional, funcionarios o personal de los organismos adscritos o vinculados a esas instituciones.

Que el artículo 6 de la Ley 13 de 1984 "por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama ejecutiva del Poder Público en lo Nacional y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de carrera administrativa", dispuso que la acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, término dentro del cual deberá igualmente imponerse la sanción.

Con fundamento en el anterior marco normativo, determinó que no puede aceptarse que cuando se inició el proceso disciplinario contra el demandante hubiese operado el fenómeno de la prescripción de la acción correspondiente, pues a 5 de enero de 1990, fecha en la que empezó a regir la Ley 4 de 1990, la señora Nydia Erika Bautista todavía se encontraba desaparecida y, por tanto, la Procuraduría era competente para asumir la investigación sobre su desaparición.

Argumentó que no es de recibo la tesis del demandante conforme a la cual la prescripción era la señalada por el Decreto 1776 de 1979 dado que el objeto de la investigación consistía en aclarar la conducta del inculpado por hechos ocurridos el 30 de agosto de 1987, porque la conducta imputada se prolongó hasta el 26 de julio de 1990, fecha en la que la norma invocada ya había sido derogada por el Decreto 0085 de 1989.

Dijo que tampoco era aplicable el artículo 108 del Decreto 0085 de 1989, norma especial dirigida a los miembros de las Fuerzas Militares, que fija el término de prescripción de la acción disciplinaria en un año contado a partir del momento en que se cometió la falta, lo que equivale a decir que la prescripción ocurrió un año después del 26 de julio de 1990. Sustentó esta posición diciendo que lo que quiso el legislador fue aclarar que no existe fuero especial para los militares en el caso de las acciones disciplinarias relativas a actos que configuran genocidios, torturas y desapariciones de personas. Que se trata de una competencia ni siquiera prevalente, sino exclusiva, otorgada por la ley directamente a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, competencia que implica la total aplicación de sus normas, sin remisión a los Estatutos Especiales.

Que el anterior argumento explica por qué la prescripción de la acción debe

regirse por las normas ordinarias y no por las especiales, por cuanto para este tipo de faltas los militares no se rigen por los estatutos especiales, pues la competencia le está atribuida de forma expresa y directa a la Procuraduría. Por ello, la norma aplicable era el artículo 12 de la Ley 25 de 1974, vigente para la época, que fijaba en 5 años el término de prescripción, con las modificaciones del artículo 6 de la Ley 13 de 1984.

Una vez aceptada la competencia de la Procuraduría para investigar y sancionar esta clase de faltas y que el término de prescripción aplicable era el de cinco años, entró a examinar si la Procuraduría respetó dicho término. Sobre el particular, expuso lo siguiente:

Consideró que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional plasmada en sentencia C-244 de 1996, el vencimiento del plazo de 5 años significa para las entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, de dictar la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria. El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica. Si el Estado no ejerce su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor de exigir una pronta definición de su conducta.

Para el Ad quem, en el presente caso, el procedimiento disciplinario era de única instancia pero la decisión estaba sujeta a recurso de reposición y, por consiguiente, la actuación debió concluir antes del 26 de julio de 1995. El asunto se definió en tiempo mediante Resolución 13 del 5 de julio de 1995, decisión que fue recurrida y posteriormente confirmada por la Resolución 16 del 19 de julio de 1995, que fue dictada todavía en tiempo. Pero como no se notificó en debida forma, los interesados interpusieron acción de tutela en protección del derecho constitucional al debido proceso, que les fue favorable, razón por la cual la sentencia solo quedó ejecutoriada el 25 de agosto de 1995, es decir, una vez vencido el término de prescripción de la acción disciplinaria.

Que tan cierta era la anterior afirmación, que el propio autor de la resolución, en

oficio del 3 de agosto de 1995, informó al Comandante General de las Fuerzas Militares que la Resolución 16 del 19 de julio de 1995 se encontraba suspendida y debía notificarse personalmente a los implicados. Significa lo anterior que la citada resolución quedó ejecutoriada por fuera del período quinquenal de prescripción y que, en consecuencia, cuando la Procuraduría Delegada impuso la sanción de destitución había perdido competencia para sancionarlo.

Que en este mismo sentido, se había pronunciado la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia del 11 de marzo de 1999, al resolver un caso similar, en la que se dijo: "si la providencia se dicta por fuera de ese término o aunque se produce dentro del mismo, se notifica en fecha posterior a su vencimiento, es incuestionable que opera el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria".

Con base en lo anterior reiteró que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 13 de 1984, dentro del término de cinco años no solo debe tramitarse la acción disciplinaria sino imponerse la sanción, lo que implica resolver los recursos interpuestos y notificar en debida forma la decisión, dado que, de conformidad con los artículos 44 y 45 del C.C.A., las decisiones que ponen término a una actuación administrativa se notifican y la principal forma de notificación es la personal, ya que la notificación por edicto solo procede cuando no pueda realizarse aquella.

Afirmó que en el expediente está suficientemente probado que la notificación del acto se surtió por dos edictos, el segundo de los cuales se desfijó el 25 de agosto de 1995, razón suficiente para concluir que la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos notificó la decisión sancionatoria por fuera de los términos de prescripción, circunstancia violatoria del debido proceso, pues, para esa fecha, carecía de competencia para imponer la sanción y, en consecuencia, aquella no poseía eficacia jurídica y por tanto no podía ser ejecutada.

Las anteriores consideraciones sirvieron de fundamento para que la Sección Segunda de esta Corporación revocara el fallo del a quo y, en su lugar, declarara la nulidad de los actos acusados, y el restablecimiento del derecho invocado por el actor y, en consecuencia, ordenó al Ministerio de Defensa que reintegrara al

demandante al cargo de Brigadier General que ostentaba cuando fue separado del servicio activo de las Fuerzas Militares.

No accedió a la solicitud de reintegro al máximo grado del escalafón de oficiales en servicio activo del Ejército Nacional, ni al grado de Mayor General, con el argumento de que en el Ejército los ascensos requieren el cumplimiento de ciertos requisitos y no basta el simple transcurso del tiempo.

Igualmente, determinó que el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones y la totalidad de los haberes que le correspondían desde la fecha de la separación absoluta del servicio activo de las Fuerzas Militares y aquella en que se produzca su reintegro, estarán a cargo de la Procuraduría General de la Nación. Tampoco accedió a la pretensión relacionada con el reconocimiento de daños y perjuicios de orden moral porque, como lo había reiterado esta Corporación, los perjuicios morales deben probarse, requisito que no se cumplió en el caso objeto de estudio.

3. LOS RECURSOS DE SUPLICA

La sentencia de segunda instancia de 23 de mayo de 2002 que profirió la Sección Segunda, Subsección B fue suplicada por la parte demandada -Procuraduría General de la Nación- por intermedio del Procurador General Encargado, en calidad de representante legal y apoderado judicial de la entidad y por la Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado. Igualmente, el Jefe de la Oficina Jurídica de la demandada, a través de apoderado impetró éste recurso extraordinario.

Respecto al recurso extraordinario de súplica que interpuso la apoderada de la Procuraduría, mediante auto del 12 de diciembre de 2002, emanado de la Sección Segunda -Subsección B de esta Corporación, se decidió no considerarlo por estimarse que en ningún caso puede actuar al mismo tiempo más de un apoderado de la misma entidad.

Del recurso presentado por el Procurador General de la Nación Encargado

Primer cargo. Interpretación errónea de los artículos 12 de la Ley 25 de 1974 y 6 de la Ley 13 de 1984 que regulan la prescripción de la acción disciplinaria.

El Procurador sostuvo que el fallo de segunda instancia reconoció que el término de prescripción de la acción disciplinaria comenzó a contarse a partir del 26 de julio de 1990. Que, además, dicho plazo se rigió por los artículos 12 de la Ley 25 de 1974 y 6 de la Ley 13 de 1984. Y que, la resolución sancionatoria de única instancia fue proferida el 5 de julio de 1995, y el recurso de reposición interpuesto contra dicho acto fue resuelto el 19 del mismo mes y año.

Agregó que los elementos señalados son suficientes para considerar que la prescripción de la acción disciplinaria no tuvo ocurrencia, toda vez que los cinco años del término prescriptivo sólo se cumplían el 26 de julio de 1995, es decir, después de ejecutoriada la decisión sancionatoria el 19 del mismo mes. Que, en consecuencia, se incurrió en interpretación errónea de las normas que gobiernan la materia, pues se les otorgó un alcance desde la perspectiva literal, sistemática e histórica que no tenía.

Adujo que se desconoció el artículo 6 de la Ley 13 de 1984, pues la providencia que se suplica se basó en una decisión anterior de la Sección Segunda de esta Corporación, en la que si bien, se dijo que la sanción debe aplicarse dentro del término de cinco años, so pena de prescripción, se le dió un alcance más allá de lo que dijo la respectiva decisión e incluso de la norma, pues se argumentó que la sanción no solo debe producirse dentro de ese término, sino que además dentro de dicho plazo deben interponerse los recursos por vía gubernativa, resolverlos y notificarlos, cosa que la disposición en cita no comprende.

Que, por el contrario, la citada disposición dispone que la acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, término dentro del cual deberá imponerse la sanción, lo que, a su entender, significa que la producción del acto administrativo de castigo interrumpe la prescripción sin importar su notificación o no.

Sostuvo que el fallo acusado no acató lo prescrito en los artículos 62 y 64 del C.C.A. “en su perfecto alcance”. Según el primero de ellos, los actos

administrativos quedan en firme, entre otras hipótesis, cuando contra ellos no proceda ningún recurso. Ello significa que cuando se profirió el acto que resolvió el recurso de reposición, esa decisión quedó en firme porque contra ella no cabía ningún recurso y, por ende, la notificación que no se produjo dentro de ese término no servía para nada distinto que para informar al interesado desde cuándo le corría el término para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin que tal ausencia, *per se*, implicara que esa decisión no podía cumplirse, pues ya estaba en firme y, por tanto, el implicado podía ser retirado del servicio.

Consideró que no puede aducirse que la falta de notificación era violatoria del debido proceso del disciplinado con el argumento de que esa omisión implicaba que el demandante no podía ejercer el derecho de defensa. O que más aun, la decisión no notificada le era irresistible y no le quedaba más camino que someterse a sus designios, pues no tenía vía administrativa que agotar.

Que en ese mismo sentido, el artículo 64 del C.C.A. consagra que concluido el procedimiento administrativo el acto queda en firme y la administración puede ejecutarlo sin que medie otro procedimiento.

Adujo que al haber mencionado, vía cita jurisprudencial, el fenómeno de la caducidad y, por ende, al haber hecho referencia al artículo 38 del C.C.A., se originó el dislate del fallo al pretender incluir la notificación de la decisión en el propio acto que interrumpe la prescripción, con desconocimiento de lo prescrito en el artículo 6 de la Ley 13 de 1984, que es norma especial y que, por tanto, es aplicable al presente caso con exclusión de otras.

Concluyó que basta el simple acto administrativo que impone la sanción para entender interrumpido el lapso prescriptivo. Y que, en ese orden de ideas, la falta de notificación hace inejecutable la decisión pero no restringe ni limita garantía alguna del administrado. Este es el sentido de los artículos 44 y 45 del C.C.A., que establecen la forma de notificación personal y la subsidiaria por edicto, que, a su juicio, fueron interpretados erróneamente al afirmar que sin “notificación se ha vencido el término para proferir la decisión”.

Que aunado a lo anterior, las conductas deben ser investigadas, acusadas y eventualmente sancionadas dentro de cierto tiempo, sin que dicho plazo incluya el

relativo al agotamiento de la vía gubernativa, pues éste ya no tiene que ver con el deber de diligencia de la administración sancionadora o del órgano de control, sino con la carga que tiene el investigado de presentarse a juicio e interponer los recursos que sean del caso.

Además, dijo que, un entendimiento distinto de la materia conllevaría a sostener que quien más recurra y se esconda a la autoridad que lo investiga, puede salir indemne frente a la administración que lo juzga. Igual es el sentido del artículo 136 del C.C.A., según el cual, el término para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se cuenta desde la notificación del último acto, diligencia que sirve para contar la caducidad de la acción contenciosa, pero no el término de prescripción de la sanción, fenómenos enteramente distintos.

Es verdad irrefutable que los actos administrativos quedan en firme cuando contra ellos no procede ningún recurso según el inciso 1º del artículo 62 del C.C.A. Según esta norma, la firmeza del acto administrativo se da cuando se profiere la decisión que resuelve los recursos, más no cuando esta se notifica.

Las normas del Código Contencioso Administrativo, que se citan, son de carácter sustancial y no procesal, no solo por encontrarse en la parte primera del mismo sino además porque se refieren a la interposición de las acciones, materia que no es propia del derecho procesal.

De igual manera, sostuvo que, el antecedente contenido en la sentencia del 11 de marzo de 1999, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, es cuestionable pues sin explicación señala que la notificación de un acto debidamente ejecutoriado hace parte del debido proceso y del derecho de defensa.

Por otra parte el Procurador consideró que para interrumpir el lapso prescriptivo bastaba la expedición del acto administrativo sancionatorio “sin más ni más”, pues la norma sólo hace referencia a la imposición de la sanción y no a la notificación de decisión que la contenga. Que en aplicación de las reglas de hermenéutica que enseñan que donde el legislador no distingue no le es dable hacerlo al intérprete, ese es el sentido que debe dársele a la norma aludida. No obstante, respecto de la norma en cuestión, cabe la interpretación que el acto de imposición de la sanción es complejo, pues involucra las

decisiones que se tomen a propósito de los recursos de reposición o apelación que tuviesen cabida, lo cual resulta razonable. Pero de allí a exigir la notificación como ingrediente de una decisión ejecutoriada es hacerle decir a la ley lo que no dice ni inspira.

La falta de notificación de una decisión ejecutoriada afecta los actos posteriores pero no la respectiva decisión, lo que significa que no comienzan a correr los términos de caducidad de la acción de restablecimiento del derecho pero jamás compromete el acto anterior.

También puso de presente que, según la sentencia C-244 de 1996, la prescripción se materializa cuando ha transcurrido el lapso prescriptivo sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le pone fin a la actuación disciplinaria.

Que, en ese orden de ideas, las leyes especiales indican que los actos procesales que interrumpen el avance del término de prescripción no requieren de notificación alguna. En la sentencia citada, la Corte Constitucional mencionó que la defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos, que fue precisamente lo que se hizo en el proceso contra el Brigadier General Velandia Hurtado.

Para concluir, con este cargo, adujo que el juez administrativo interpretó las normas de forma errónea y en contra del espíritu constitucional y de los valores que surgen del bloque de constitucionalidad, pues la comunidad internacional y la Carta Política propenden por la "imprescriptibilidad" de las acciones penales cuando se trate de graves violaciones a los Derechos Humanos, como ocurre con la desaparición forzada y, por tanto, surge la necesidad y el compromiso internacional de implementar institutos más flexibles sobre la prescripción. La sentencia acusada recurre a una interpretación que facilita en grado extremo y sin apoyo legal la prescripción de faltas graves contra los derechos humanos, situación que no está conforme con las directrices del derecho internacional humanitario.

Segundo Cargo. Falta de aplicación de una norma sustancial.

Consideró que se dejó de aplicar el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, obligatorio de acatar según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 13 de 1984.

La norma dejada de aplicar dispone que “para todos los efectos legales a que haya lugar, se entenderá agotada la vía gubernativa, cuando las providencias o actos respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo decimotercero –apelación o reposición-, o estos recursos se han decidido, ya se trate de providencias o actos definitivos, o de trámite si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le ponga fin o hagan imposible la continuación”.

De manera que la decisión de única instancia, fallo definitivo que decidió directamente el asunto debatido, se profirió el día 5 de julio de 1995 y el recurso de reposición interpuesto contra tal acto administrativo se resolvió el 19 del mismo mes y año, esto es, se puso fin a la actuación administrativa sin posibilidad alguna de continuación, toda vez que resolvió sobre todos los extremos de la litis, con lo que el fallo adquirió ejecutoria el último día mencionado, lo que hace presumir de derecho, como lo dispone la norma en cita, que allí se agotó la vía gubernativa.

Del recurso presentado por la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado

Primer Cargo. Adujo que la sentencia objeto del recurso de súplica violó los artículos 62, 64 y 65 del C.C.A. que consagran las normas sustanciales sobre los elementos y propiedades del acto administrativo, pues consideró que la Resolución N° 16 del 19 de julio de 1995, por la cual se resolvió el recurso de reposición presentado contra la Resolución N° 13 del 5 de julio de 1995, sólo quedó ejecutoriada el 25 de agosto de 1995 dada la notificación por edicto, y una vez vencido el término de prescripción de la acción disciplinaria, la Procuraduría impuso al actor la sanción de destitución cuando ya había perdido competencia para sancionarlo.

Sostuvo que en el presente caso había que distinguir entre el acto de imposición, la firmeza, la ejecutoria, la notificación y la efectividad de la decisión, todos estos conceptos diferentes.

La imposición de la sanción recae en el contenido de la Resolución N° 13 del 5 de julio de 1995, confirmada por la Resolución N° 16 del 19 de julio de 1995, las cuales fueron proferidas antes del 25 de julio de 1995, fecha en la que se cumplían los 5 años para que operara la prescripción, pues el 26 de julio de 1990 fue la fecha en la cual se tuvo la certeza de que el cadáver exhumado era de la señora Nydia Erika Bautista.

Lo que significa que la Procuraduría al confirmar la destitución impuesta, lo hizo de manera oportuna y no podía declarar la prescripción, por cuanto al momento de estudiar las razones de la impugnación, aún no se habían cumplido los 5 años, y por ende, no había perdido la competencia.

En cuanto a la firmeza del acto que impuso la sanción, sostuvo que ella se produjo el 19 de julio de 1995 cuando se expidió la última resolución que resolvió la reposición, pues no cabía recurso alguno contra este acto, dado que como la Ley 13 de 1984 no decía nada al respecto el artículo 62 del C.C.A. le era aplicable al presente asunto.

Entonces se puede decir que la ejecutoria de un acto administrativo consiste en la posibilidad que tiene la administración para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial. Y ésta se adquiere cuando los actos quedan en firme conforme a lo previsto en el artículo 62 del C.C.A.

Respecto a la ejecutoria del acto señaló que de acuerdo al artículo 66 del C.C.A., una vez los actos proferidos por la Procuraduría cobraron su firmeza, gozaban de carácter ejecutorio y lo mantenían porque no se daba ninguna de las razones previstas en el artículo 66 del C.C.A. para perderla.

Con relación a la notificación del acto que resolvió el recurso de reposición confirmando la sanción de destitución, dijo que es una actuación externa del acto demandado que no puede afectarlo, si se tiene en cuenta que se trataba de la notificación de un acto que puso fin a la vía gubernativa, por cuanto ya contra el no cabía recurso.

Si bien es cierto, la Procuraduría no intentó desde un principio de manera subsidiaria la notificación por edicto, de todas maneras, en gracia de

discusión, el disciplinado si se dio por notificado por conducta concluyente (Art. 48 del C.C.A.), el día 25 de julio de 1995, antes de cumplirse el término de los cinco años para la operancia de la prescripción, pues otorgó poder el 25 de julio de 1995 para que su apoderado iniciara y tramitara acción de tutela, a efectos de que se le notificara en legal forma la Resolución N° 16 de julio 19 de 1995, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 13 del 5 de julio de 1995.

En lo tocante a la efectividad de la decisión, argumentó que ella se efectuó a través del Decreto 1504 del 11 de septiembre de 1995 expedido por el Presidente de la República en cumplimiento de las decisiones de la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos que destituyó y separó de manera absoluta del cargo al demandante, antes de los 5 años de que trata el numeral 3 del artículo 66 del C.C.A.

Al haber quedado en firme y cobrado ejecutoria la Resolución N° 16 el día 19 de julio de 1995 que confirmaba la Resolución N° 13 del 5 de julio de 1995, tales actos eran suficientes por si mismos para que la administración pudiera ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento, aún contra la voluntad del afectado, de acuerdo con lo previsto por el Art. 64 del C.C.A.

De manera que las resoluciones acusadas fueron expedidas antes de darse los 5 años de la prescripción de que trata el artículo 6 de la ley 13 de 1984, y por tanto, la administración tenía competencia para imponer la sanción disciplinaria la que no podía ser declarada nula como lo hizo el Ad quem, pues la notificación efectuada de manera posterior a la fecha de expedición del acto sancionatorio es un hecho independiente a la firmeza y ejecutoria del acto que resolvió el recurso de reposición.

Segundo Cargo. Argumentó que existe violación directa del artículo 6 de la Ley 13 de 1984, al dar un alcance no contenido en la norma y exigir que el acto administrativo que impone la sanción disciplinaria deba también ser notificado dentro del término de los 5 años.

Sostuvo que, la sentencia del Ad quem también incurrió en la vulneración del artículo 29 de la Constitución Política por inaplicación, debido a que se

le exigió a la administración un deber que no le señala la ley dentro del procedimiento administrativo disciplinario como es el de notificar la decisión dentro del término de los 5 años.

La obligación de imponer la sanción dentro de los 5 años, contenida en el citado artículo 6, no comprende la de notificar la decisión, interpretación que concuerda con el artículo 10 de la misma ley, que separa el acto de imposición de la sanción, del acto de notificación.

De aceptarse la interpretación contenida en la sentencia, debería concluirse que la imposición de la sanción no se dio con el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición sino con el acto de notificación.

La sentencia no podía exigir que la notificación del acto se hiciera dentro de los 5 años, so pena de nulidad del acto que impone la sanción, pues ese no es el alcance del artículo 6 de la Ley 13 de 1984.

Tercer Cargo. Violación de los artículos 29, 83 y 228 de la Constitución Política.

Adujo que la sentencia no solamente desconoció lo previsto en los artículos 62, 64 y 66 del C.C.A., al interpretar erróneamente el artículo 6 de la Ley 13 de 1984 e inaplicar el artículo 29 de la Constitución Política, sino que, además, desconoció los principios de la buena fe y la prevalencia de la ley sustancial de rango constitucional.

Al exigir la sentencia de segunda instancia que la notificación de la Resolución N° 16 del 19 de julio de 1995 debía hacerse antes del 26 de julio del mismo año, so pena de nulidad del acto administrativo, puso en manos del disciplinado el manejo del término de prescripción, pues si el demandante no convino en presentarse personalmente ante la Procuraduría para efectos de la notificación personal dentro de los 5 días siguientes a la comunicación, la administración tenía que haber agotado el procedimiento de la notificación por edicto. Así, es claro que era imposible notificar la decisión final antes del 26 de julio de 1995, como lo exigió la sentencia, pues el demandante no facilitó la notificación personal.

El fallo acusado, al concluir que la Resolución 16 del 19 de julio de 1995 quedó ejecutoriada después de vencerse los 5 años, desconoció el principio de la buena fe en cuanto que avaló la conducta evasiva y dilatoria del actor que lo único que

pretendía era que transcurrieran los 5 años para que operara la prescripción de la acción disciplinaria.

Igualmente, consideró que el fallo acusado hizo prevalecer la forma sobre el derecho sustancial, pues el demandante, en efecto, tenía conocimiento de la Resolución N° 16 desde el 25 de julio de 1995. La notificación por edicto no es un derecho en si mismo sino una diligencia subsidiaria cuando el administrado no acude ante la administración a notificarse personalmente. El demandante instaura una tutela para que se le notifique personalmente del acto que había confirmado la sanción impuesta. Entonces, ¿Por qué no se presentó ante la administración para notificarse de dicho acto en lugar de instaurar la tutela?

Cuarto Cargo. Violación de los artículos 163 y 164 del Decreto 1211 de 1990 y 16 de la Ley 446 de 1998.

Consideró que la sentencia acusada, en los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 de la parte resolutive violó, por falta de aplicación, los citados artículos que, en general, reconocen la asignación de retiro, pues no tuvo en cuenta que el demandante ha venido gozando de esa asignación. Que, de esa forma, si declaró que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, desapareció el supuesto de hecho que le daba derecho al actor a recibir la asignación de retiro y, por ende, desconoció lo previsto en las normas citadas.

La sentencia acusada ha debido condenar a la entidad demandada a pagar la diferencia que hubiere dejado de recibir el demandado por concepto de salarios y prestaciones, pues ese sería realmente el valor del perjuicio ocasionado con la destitución que declaró nula, dado que a pesar de la desvinculación, el demandante recibió la asignación de retiro, de la cual había sido beneficiario. Por esa razón, el perjuicio no debió liquidarse como si no hubiera recibido suma alguna. Una decisión contraria a lo dicho, constituye enriquecimiento sin causa en detrimento del patrimonio público, dado que para todos los efectos no hubo solución de continuidad. La sentencia acusada dejó sin causa las sumas recibidas por asignación de retiro, cuyo presupuesto fáctico precisamente era el retiro. Por esta misma razón también se violó el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

4. ALEGATOS

No obran en el expediente alegatos de las partes.

II. CONSIDERACIONES

En ejercicio de la facultad que otorga el artículo 130 del C.C.A., subrogado por el artículo 38 de la ley 446 de 1998, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por la importancia jurídica que reviste el presente asunto, procede a decidir los recursos extraordinarios de súplica interpuestos por el Procurador General de la Nación Encargado y la Procuradora Delegada ante esta Corporación, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado de fecha 23 de mayo de 2002.

Cuestión previa

El entonces Consejero de Estado Dr. Ramiro Saavedra Becerra manifestó su impedimento para conocer del recurso extraordinario de súplica (causal 2ª art. 150 C.P.C.). Sobre el punto no se pronunciará la Sala porque se retiró de la Corporación el 20 de agosto de 2009 por vencimiento de período.

Del recurso extraordinario de súplica.-

El artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, antes de la derogatoria de que fue objeto por el artículo 2 de la Ley 954 de 2005, disponía que el recurso extraordinario de súplica procedía contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado. La única causal para la procedencia de este recurso, consistía en la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea.

Por consiguiente, el recurso extraordinario de súplica fue concebido como un instrumento procesal en defensa de la Constitución y de la ley y, por ende, de la seguridad jurídica, pues el ordenamiento jurídico exige del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo un grado importante de certeza jurídica, igualdad en el trato jurídico y un correcto entendimiento del derecho objetivo, en tanto que su ámbito de aplicación se reserva a la violación directa de normas sustanciales.

Al Seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹, el Consejo de Estado ha considerado que las normas sustanciales son reglas de derecho positivo que atribuyen derechos subjetivos², esto es, aquellas *"cuyo contenido sea la declaración, creación, modificación, o extinción de relaciones jurídicas concretas"*³. Por eso mismo, *"es el contenido de una norma y no su ubicación en los códigos sustantivos lo que determina su naturaleza sustancial"*⁴.

Dentro de las causales que pueden invocarse en el recurso extraordinario de súplica se distinguen aquellas que se refieren a la aplicación de las normas jurídicas (falta de aplicación e indebida aplicación) y, en particular, aquella que está encaminada a controlar la interpretación judicial de las diversas disposiciones normativas (interpretación errónea). La falta de aplicación se presenta cuando el fallador omite aplicar la norma que correspondía. Por su lado, la aplicación indebida se configura cuando el juez aplica normas que no eran las pertinentes al caso objeto de decisión. Y, por último, la interpretación errónea se da cuando el juez elige acertadamente la norma pero le atribuye un significado que no es correcto.

Lo anterior, significa que por vía del recurso extraordinario de súplica solo es procedente alegar la violación directa de la ley, esto es, cuando el fallador incurre en error respecto de la existencia, validez y alcance de la disposición jurídica sustancial que gobernó la litis, al inaplicarla, aplicarla en forma indebida o interpretarla equivocadamente. De este modo, la actividad del juez que resuelve el recurso de súplica se restringe a realizar la confrontación objetiva y directa de la sentencia que se suplica con la norma de derecho que sirvió de fundamento especial al fallo o con la que no se tuvo en cuenta, sin consideración al aspecto probatorio.

Así las cosas, el análisis del recurso de súplica excluye el estudio de los aspectos fácticos del proceso y los preceptos de carácter procedimental o probatorio. Tampoco son objeto de pronunciamiento los planteamientos subjetivos que eventualmente se expongan, ni es posible discutir hechos o juicios de valor relacionados con los elementos de prueba que se hayan aducido y analizado en el curso del proceso.

¹ Sentencias del 24 de octubre de 1975 y 19 de mayo de 1937.

² Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 4 de diciembre de 2000 expediente numero S-216.

³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 20 de enero de 1995 expediente numero 4305.

⁴ Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 27 de noviembre de 1994 expediente numero 5-184.

Es requisito esencial del recurso de súplica la indicación precisa de la norma sustancial supuestamente infringida por la sentencia objeto de la impugnación y la exposición clara de los motivos sobre los cuales se edifican los cargos, sin que sean admisibles las acusaciones de carácter general al contenido del proceso, ni la invocación general de las leyes o estatutos para formular los cargos. Para su procedencia también es necesario que exista relación de causalidad entre el vicio denunciado y la sentencia misma. Por ende, las consideraciones jurídicas del fallador que no constituyan el soporte de la decisión son intrascendentes en el recurso de súplica.

Precisado el alcance del recurso extraordinario de súplica, procede la Sala a pronunciarse respecto de los cargos propuestos por el Procurador General de la Nación Encargado y la Procuradora Segunda Delegada, contra la sentencia del 23 de mayo de 2002, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación.

De la determinación de los cargos propuestos.-

La Sala advierte que el primer cargo propuesto por el Procurador General de la Nación Encargado, que, en términos generales, es el mismo propuesto como segundo cargo por la Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, están llamados a prosperar. En consecuencia, esta Corporación se abstendrá de pronunciarse de los demás cargos consignados en los respectivos recursos extraordinarios de súplica contra la sentencia de segunda instancia.

Tanto el primer cargo planteado por el Procurador General de la Nación Encargado, como el segundo cargo propuesto por la Procuradora Segunda Delegada se refieren a la interpretación errónea de los artículos 12 de la Ley 25 de 1974 y 6 de la Ley 13 de 1984, que regulan el tema de la prescripción de la acción disciplinaria.

Los citados artículos, a la letra dicen:

“Ley 25 de 1974. Por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y Régimen Disciplinario, y se dictan otras disposiciones”.

"Artículo 12. La acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta".

Ley 13 de 1984, "por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo Nacional y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Carrera Administrativa".

"Artículo 6. Prescripción de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, término dentro del cual deberá igualmente imponerse la sanción".

Los recurrentes consideran que "imponer" la sanción, como lo exige la norma, no significa que se debe expedir y notificar incluso el acto que resuelve todos los recursos gubernativos. En tal sentido estiman equivocada la tesis jurisprudencial que sostiene la Sección Segunda en el fallo que suplican.

Sostienen que tal interpretación excede la previsión que el mandato normativo consagra.

Se hace necesario entonces "cuándo" debe entenderse impuesta la sanción, como quiera que la interpretación al respecto determinará la manera de establecer si la facultad sancionatoria en materia disciplinaria se ejerció o no de forma oportuna.

La Sala comienza el análisis partiendo de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el manejo del tema de la prescripción de la acción sancionatoria acerca de cuándo debe entenderse "impuesta la sanción", que no ha sido unánime. En efecto, sobre el particular existen tres tesis:

- a) Se entiende ejercida la potestad disciplinaria cuando se produce la decisión que resuelve la actuación administrativa sancionatoria⁵.
- b) Para que se considere "impuesta" la sanción es necesario no solo que el acto sancionatorio primigenio se expida, sino también que se **notifique**.
- c) Debe haberse expedido el acto sancionatorio, resuelto todos los recursos

⁵ C.E. Sentencia del 25-07-91, Exp. 1476, Actor: Alvaro Restrepo Jaramillo.

que se propusieron, y notificado las decisiones sobre éstos.

Revisado el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, a continuación se destacan apartes de dos fallos de las Secciones Primera y Cuarta de esta Corporación, los cuales, en relación con la prescripción de la acción sancionatoria, han sostenido:

Sección Primera:

“De la norma transcrita (Art. 38 C.C.A.) no infiere la Sala, como lo hace la actora, que la facultad sancionatoria se extiende hasta el acto que agotó la vía gubernativa, sino que basta que se haya expedido y notificado dentro de dicho lapso el acto principal a través del cual se impone la sanción. Por lo demás, la Administración no sólo profirió el acto principal sino que resolvió el recurso de reposición y negó la concesión del recurso de apelación, actos estos que notificó dentro del término de los tres años a que alude el artículo 38 del C.C.A.. En consecuencia, como los hechos que dieron lugar a la sanción tuvieron ocurrencia el 14 de febrero de 1995 y el acto principal se expidió el 18 de marzo de 1996, notificado el mismo día al apoderado de la actora (folio 29 vuelto del cuaderno de anexos), no operó el fenómeno de la caducidad sancionatoria, por lo que el cargo en estudio no tiene vocación de prosperidad.”⁶

Por su parte, la Sección Cuarta de esta Corporación, en relación con la prescripción de la facultad sancionatoria de la administración, manifestó:

" Lo primero que observa la Sala es que la Resolución Sanción IPC-RS-024 de 9 de marzo de 2001 fue notificada el 12 de marzo de ese año, y ésta es la fecha que debe tenerse en cuenta para efectos de la contabilización de la prescripción y no la fecha en que adquiere firmeza por la decisión del recurso, pues, la facultad sancionatoria se ejerce en el momento en que se impone la sanción, independientemente de que se interpongan o no los recursos o que se revoque posteriormente al decidirlos. En consecuencia, al menos desde la sanción por no declarar marzo de 1996, no se encuentra prescrita. En segundo lugar, es carga de la demandante demostrar que por enero y febrero de 1996 las sanciones estaban prescritas, pues, aunque la Administración afirma que el formulario oficial de declaración de azar y espectáculos fue adoptado por la Resolución 019 de 12 de marzo de 1996, su falta de prueba dentro del proceso, impide determinar concretamente las fechas de vencimiento y si preveía algo en relación con los meses señalados. Tampoco se probó que existiera otra regulación al respecto que se pudiera considerar para establecer el inicio del término de la prescripción. Así las cosas, la demandante no desvirtuó la legalidad de los actos administrativos, por lo que se denegarán las pretensiones de la demanda, previa la revocatoria de

⁶ Consejo de Estado. Sección Primera. C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación: 7767. Fecha: 03/11/13.

la sentencia apelada⁷.”

A su turno la posición imperante de la Sección Segunda sobre este aspecto ha sido reiterativa en el sentido de afirmar que la imposición de la sanción supone no sólo la expedición del acto inicial sino la resolución y la **notificación** de la decisión que decide los recursos respectivos. Al respecto ha argumentado en los siguientes términos:

*"El libelista, por conducto de apoderado, pretende la nulidad de los actos mediante los cuales las Procuradurías Provincial de Sincelejo y Departamental de Sucre sancionaron disciplinariamente al actor con destitución del cargo e inhabilidad para el desempeño de cargos públicos por el término de dos años y negaron la prescripción de la acción disciplinaria. El actor sostiene que la acción disciplinaria estaba prescrita porque a 25 de agosto de 1999 no se había notificado en legal forma el fallo de segunda instancia ni a él ni a su apoderado, razón por la cual se incumplió el procedimiento que sobre notificación de autos y fallos señala la Ley 200 de 1995 y, por ende, la decisión de segunda instancia no se encuentra ejecutoriada, como quiera que el 18 de julio de 1999 se cumplieron los cinco años de haberse consumado el hecho motivo de la investigación, lo que hacía imperativo decretar la prescripción y por lo tanto ya no era procedente solicitar el cumplimiento de la sanción de destitución. Si bien es cierto que la falta disciplinaria se produjo en vigencia de la Ley 13 de 1984, también lo es que conforme al artículo 176 del anterior Código Disciplinario Unico el procedimiento para adelantar la notificación es el previsto en esta norma. El principio de publicidad tiende a garantizar el debido proceso, es una herramienta de control de la actividad pública y un medio para preservar la transparencia y razonabilidad de las decisiones estatales, a menos que tales actuaciones se encuentren sometidas a reserva. De acuerdo con lo analizado, la Sala concluye que el proveído de segunda instancia, de acuerdo con el artículo 85 de la Ley 200 de 1995, debió notificarse personalmente al interesado y en caso de que no compareciese debió acudirse a la notificación por edicto, tal como lo contempla el artículo 87 ibídem, lo que lleva a rechazar incluso la notificación por conducta concluyente. Si la ley ha establecido una forma determinada de notificación no le es dable a quien está en la obligación de realizarla proceder de modo distinto porque en tal caso, sin lugar a equivocaciones, está violando el mandato legal, máxime si se tiene en cuenta que el proveído objeto de análisis contenía una decisión tan grave para el implicado como era su destitución y la consecuente inhabilidad para ejercer funciones públicas. **Operó por lo tanto la prescripción de la acción disciplinaria debido a la omisión de la Procuraduría Provincial de Sincelejo en realizar debidamente la notificación de la decisión de segunda instancia**, razón por la cual la autoridad administrativa de primera instancia no podía legalmente ordenar la ejecución de la sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos.⁸ (Resaltado fuera de texto).*

⁷ C.E. Sec. 4ª, Sentencia del 15-11-07, Exp. N° 15015, C.P. Héctor J. Romero Díaz.

⁸ Consejo de Estado. Sentencia Sección Segunda. M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante. RADICACION: 4430-03. FECHA: 05/05/12.

En otro pronunciamiento se reiteró:

"Pues bien, si la parte actora realmente se desvinculó del empleo el 24 de diciembre de 1999, como lo afirma la Procuraduría General, y las sanciones que le fueron impuestas tienen como fundamento conductas anteriores a diciembre 21 de 1999, que continuaron produciendo efectos posteriores -según su criterio-, aún en la situación mas desfavorable para el servidor público sancionado, la acción disciplinaria prescribiría en cinco años desde esta última fecha relevante (para diciembre 21 de 2004 o para dic. 24/99, cuando dejó ese empleo según la P. G. N.). En este orden de ideas, se observa que como el Auto del 22 de febrero de 2005, cuarto y último acto acusado (con el cual culmino o termina la decisión disciplinaria proferida respecto de la situación disciplinaria al Actor) le fue notificado, personalmente a su apoderado, el 25 de febrero de 2005, resalta que la ACCION DISCIPLINARIA HABIA PRESCRITO ya fuera teniendo en cuenta el Art. 30 de la Ley 734 de 2002 o el Art. 34 de la Ley 200 /95 (que regía cuando la comisión de los hechos que dieron lugar a la acción disciplinaria). En ambas normas se tiene en cuenta un término de CINCO AÑOS, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto; por lo cual debe concluirse que la Procuraduría General de la Nación desde cuando notificó la 2ª providencia de la decisión disciplinaria sancionatoria, (compuesta por los 4 actos a que se ha hecho referencia), lo hizo por fuera del término de prescripción de los cinco años, incurriendo con ello en violación del debido proceso porque para esa época carecía de competencia para imponer la sanción En consecuencia, para ese momento -conforme a lo expresado- la entidad había perdido competencia para imponer la sanción pertinente por la operancia del fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria".⁹

Hecho el recorrido jurisprudencial, por las diferentes tesis sostenidos por la Corporación, sobre la actuación que representa imponer la sanción, es necesario, determinar cuál es el alcance de la expresión "interpretación errónea", principal reparo de los recurrentes en el *sub-lite*.

Tradicionalmente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha señalado que la interpretación errónea se configura cuando se aplica la norma pertinente al caso y se acude a un entendimiento equivocado de ésta. Al Respecto, ha dicho lo siguiente:

"La interpretación errónea de la norma sustancial, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, consiste en un error acerca del contenido de la norma, y se presenta cuando siendo la norma correspondiente al caso en controversia, el juez la entiende equivocadamente y así la aplica, es decir, se le da a la norma un

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto. Radicación 0662-06. Fecha: 06-04-07.

sentido o alcance que no le corresponde. A diferencia de la falta de aplicación, la interpretación errónea supone necesariamente que los preceptos hayan sido aplicados".¹⁰

Por su parte, en la obra "Técnica de Casación Civil", el tratadista Hernando Morales define de la siguiente manera la interpretación errónea:

"En este caso no se trata de existencia o subsistencia de una norma, sino del error en su contenido. El juez dentro de sus funciones, muchas veces tiene que decidir sobre el pensamiento latente de la norma, a fin de llegar a una aplicación recta. Por lo tanto, debe inquirir su sentido sin desviaciones o errores. La Corte corrige estos, subrayando el exceso o el defecto cometido en la hermenéutica del tribunal.

(...)

La interpretación es necesaria muchas veces porque los textos legales pueden nacer oscuros o dudosos, o porque nacen claros, pero luego se enturbian por el trascurso del tiempo, el cambio de las costumbres, el avance de la ciencia, las mutaciones sociales.

(...)

"La Corte dice: (...) Tiene el organismo jurisdiccional que decidir cual es el pensamiento latente en la norma, como medio único de poder aplicarla con rectitud; y ha de inquirir su sentido sin desviaciones ni errores, pues cuando en ellos se incurre, la casación pretende corregirlos, poniéndolos de relieve y subrayando la insuficiencia en el juicio, o el exceso cometido al formularlo. Y la censura de la sentencia por este concepto específico, no podrá hacerse de otro modo que poniendo de manifiesto el desconocimiento de las normas o principios interpretativos que al juez se ofrecieron"¹¹ (...).

Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena, CP Dr. Delio Gomez, Sentencia S-025 del 6 de septiembre de 1999.

¹¹ Técnica de Casación Civil, Hernando Morales M. Primera Edición. Ediciones Lerner, Págs. 183-185.

Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

En este orden de ideas, en el *sub examine* es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa. Por el

contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria.

La prosperidad del cargo propuesto impone infirmar la sentencia del 25 de julio de 2002 y, consecuentemente, emitir sentencia de reemplazo.

III. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Recurso de apelación del demandante

El demandante sustentó de la siguiente forma el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca:

1. Es una realidad procesal indiscutible que en su contra se formularon cargos por hechos que ocurrieron, supuestamente, el 30 de agosto de 1987, lo cual implica que los términos de prescripción de la acción sancionatoria estaban gobernados por el artículo 114 del Decreto Ley 1776 de 1979, estatuto disciplinario especial y propio de las Fuerzas Miliarenses vigente para esa época. En esos términos, la acción disciplinaria prescribió el 1 de marzo de 1988, es decir, una vez consumado el lapso prescriptivo de seis meses que consagra esa norma.
2. En gracia de discusión, de aceptarse que las faltas disciplinarias endilgadas se consumaron sólo el 26 de julio de 1990, se tendría que la norma aplicable en ese momento era el Decreto 0085 de 1989, según el cual el término de prescripción de las acciones disciplinarias era de un año. Bajo esa óptica, la prescripción habría operado el 27 de julio de 1991.
3. Bajo la hipótesis de que la norma aplicable era la Ley 25 de 1974, que consagra un término de prescripción de cinco años, también la acción estaba

prescrita en razón a que el acto demandado se expidió el 19 de julio de 1995, pero la notificación se surtió tan solo el 18 de agosto del mismo año. Es decir, por fuera del término de prescripción.

4. En vez de haber declarado prescrita la acción disciplinaria, el A quo consideró que se le investigó disciplinariamente por "encubrimiento", lo cual, a su juicio, carece de respaldo probatorio, y cambia el cargo que la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos propuso en la investigación disciplinaria. Agregó que el encubrimiento es un delito tipificado en el Código Penal cuyos elementos no se configuran en el caso del Brigadier General Velandia.

5. El Tribunal no estudió ni analizó las normas infringidas citadas en los cargos décimo tercero y décimo cuarto y dejó de considerar que el 2 de septiembre de 1992 la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación había ordenado el archivo del expediente por falta de pruebas. No obstante, casi tres años después, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, con base en el mismo material probatorio, formuló cargo, pues consideró que la declaración de Bernardo Alfonso Garzón Garzón constituía un testimonio que ofrecía serios motivos de credibilidad. Que, esta disparidad de posiciones, sin razón alguna, no llamó la atención del Tribunal Administrativo del Valle.

6. El punto central del asunto tiene que ver con la prueba de la autoría de los hechos. Que, en ese sentido, es preciso determinar si, como lo afirma la Procuraduría, además de la declaración de Bernardo Alfonso Garzón Garzón, existen otras pruebas que vinculen a miembros de las Fuerzas Militares con la falta imputada y que confirmen la declaración de Garzón. Que el Tribunal del Valle del Cauca se abstuvo, ligera y sospechosamente, de constatar las pruebas, pues, a su juicio, ninguna de ellas permite vincular a miembro alguno de la fuerza pública con los hechos denunciados y mucho menos al Brigadier General Alvaro Hernán Velandia.

7. Las pruebas son insuficientes y no establecieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar del conocimiento y aprobación de los hechos por parte del Brigadier General Velandia, ni cómo éste supo de la desaparición de la señora Bautista.

En cuanto lo afirmado por el a quo en el sentido de que el comportamiento omisivo no ha tenido un límite final y que la falta es continua, el recurrente invocó el artículo 320 del Código Penal según el cual, la conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida. Citó disposiciones del Código Penal relacionadas con la prescripción en caso de delitos como el encubrimiento o la omisión de denuncia. Agregó que como no existe normatividad expresa en el derecho administrativo disciplinario sobre el particular, es necesario recurrir a la legislación penal. Que resulta entonces contraria a derecho la afirmación contenida en la sentencia en el sentido de afirmar que "ese comportamiento omisivo no ha tenido un límite final".

9. Cualquiera que sea el estatuto disciplinario aplicable, bien sean los propios de las Fuerzas Militares contenidos en los Decretos 1776 de 1979, 0085 de 1989 o los generales de las Leyes 25 de 1974 y 13 de 1984, la facultad sancionatoria disciplinaria en cabeza del Estado se encontraba más que prescrita para cuando quedaron ejecutoriados los actos proferidos por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos.

10. Sostuvo finalmente que ningún comentario le mereció al A qua el cargo según el cual la Procuraduría aplicó el régimen ordinario de prescripción de la acción disciplinaria contenido en las Leyes 25 de 1974 Y 13 de 1984 y no el régimen especial de las Fuerzas Militares contenidos en los Decretos Leyes 1776 de 1979 Y 0085 de 1989, con lo cual, a su juicio, vulneró el principio de especialidad de las normas.

Recurso de apelación del Procurador Delegado ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Retornó todos los planteamientos expuestos en el Concepto 018 de marzo 5 de 1997, y consideró, que los argumentos contenidos en ese concepto permiten establecer la prescripción de la sanción impuesta por los actos acusados, fenómeno extintivo que amerita la nulidad de los mismos.

Consideraciones de la Sala

La Sala entiende que son tres los motivos principales de reparo que los apelantes formularon contra la sentencia de primera instancia. En primer lugar, el que tiene que ver con el tema de la prescripción de la acción disciplinaria. En segundo lugar, el relacionado con la norma aplicable al caso objeto en estudio. Y, por último, el que hace alusión a la valoración impartida a las pruebas, que llevó a determinar que el Brigadier General Alvaro Hernán Velandia sí tuvo conocimiento de la desaparición de la señora Nydia Erika Bautista pese a lo cual omitió informar acerca de esta situación a sus superiores.

Prescripción de la acción disciplinaria y normatividad aplicable al caso concreto

La sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría tuvo origen en la desaparición de Nydia Erika Bautista la cual se produjo el 30 de agosto de 1987 y se mantuvo hasta el 26 de julio de 1990, fecha en la que se encontró e identificó su cadáver. Esto significa que sólo a partir de ese momento -26 de julio de 1990- puede afirmarse que empezó a correr el término de prescripción de la acción disciplinaria al establecerse su muerte, porque antes existía conducta omisiva de ejecución continuada y, por tanto, sin punto de referencia para iniciar conteo del término prescriptivo de la facultad sancionatoria disciplinaria.

Al Brigadier General Alvaro Hernán Velandia se le formuló el siguiente cargo:

“Usted en su condición de Comandante de la Compañía de Operaciones Especiales adscrita a la Brigada XX de Inteligencia y Contrainteligencia del Ejército, tuvo conocimiento de la retención, desaparición y posterior homicidio de la señora Nydia Erika Bautista de Arellano, aprobando tales procedimientos los cuales fueron presuntamente ejecutados por sus subalternos, quienes previa ubicación y seguimiento de la señora Bautista desde el almacén Carulla hasta su lugar de residencia ubicada en la urbanización Casablanca, etapa 33 de esta ciudad, en las horas de la noche y aprovechando que se encontraba sola la tomaron por la fuerza y la introdujeron en un vehículo Suzuki SJ410, señalado por el testigo presencial Mauricio A. Gómez, el cual tomó rumbo a Bosa, versión que coincide con la del informante quien manifiesta que la joven luego de retenida fue conducida a una finca ubicada en la localidad de Soacha donde permaneció dos días y luego llevada al sector de Quebradablanca en donde fue ultimada y abandonado su cadáver, inhumano como N.N. exhumado e identificado mucho tiempo después específicamente el 26 de julio de 1990”.

En la Resolución N° 13 del 5 de julio de 1995 expedida por el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos, mediante la cual se falló el

proceso disciplinario e impusieron las respectivas sanciones disciplinarias, se consignó que el actor, como Comandante del Comando Operativo de Inteligencia y Contrainteligencia del Batallón Charry Solano, conoció y aprobó los hechos constitutivos de reproche y omitió el deber de informar a sus superiores sobre la retención y el paradero de Nydia Erika Bautista y que, además, el cadáver de la desaparecida, fue inhumado como N.N. el 12 de septiembre de 1987 y exhumado e identificado mucho tiempo después, esto es, el 26 de Julio de 1990.

La Sala reitera que para el caso objeto de estudio, dada la naturaleza de ejecución continuada de la conducta, desaparición forzada, el término de prescripción para la imposición de la sanción empieza a correr a partir del momento en el que es encontrado y se identifica el cadáver de la señora Nydia Erika Bautista, pues sólo a partir de entonces se tiene certeza plena acerca de su paradero.

Así lo ha determinado tanto la doctrina internacional como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sección Tercera¹² de esta Corporación. Esta última, precisó los alcances de la desaparición forzada y del término de caducidad que se predica de esa conducta, de la siguiente forma:

“La desaparición forzada de personas es considerada tanto en la legislación, doctrina y en la jurisprudencia nacional e internacional como delito de lesa humanidad por cuanto involucra además de los derechos fundamentales de la víctima, la convivencia social, la paz y la tranquilidad del género humano¹³.

Dicha conducta se encuentra proscrita por normas de carácter internacional ratificadas por Colombia, como es el caso del artículo 2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional¹⁴, realizado en Ginebra el 8 de junio de 1977, el cual fue incorporado a la legislación interna a través de la Ley 171 del 1994; y del artículo 75 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 a través del cual se regula lo referente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales¹⁵, instrumento que no aprobó la Comisión Especial Legislativa el 4 de Septiembre de 1991¹⁶.

¹² C.E. Secc. 3ª, Auto del 19-07-07, C.P. Enrique Gil Botero.

¹³ Al respecto véase la Sentencia de 22 de abril de 2004, expediente radicado al No. 12.240.

¹⁴ 12 Protocolo II.

¹⁵ Protocolo I.

¹⁶ La Corte Constitucional declaró exequible el Protocolo I, mediante sentencia C-574 de 1992. Posteriormente, se expidió la ley 11 de 1992, aprobatoria del mismo convenio, pero la Corte Constitucional, en sentencia C-88 de 1993 la declaró inexecutable por considerar que “tanto el Congreso como el Presidente de la República

(....)

Al respecto, la doctrina ha reconocido que dicho carácter continuado proviene de la naturaleza misma de la desaparición, como quiera, que ésta deviene de varios actos que **comienzan con la desaparición y finalizan al encontrarse el paradero de la víctima**, por lo cual se extiende en el tiempo, al respecto la Tratadista Sonya Parayre explica:

"El fenómeno de las desapariciones forzadas en varios actos lesivos desde el momento de la desaparición **hasta el encuentro del paradero de la víctima**. Esta compartimentación tiene relevancia por el papel del tiempo en la consumación del delito y la competencia *ratio temporis*, ya que si el Estado ha violado en varios momentos, a partir de varios actos, los derechos de la persona humana en cuestión, las consecuencias siguen en el tiempo..."¹⁷ (negrilla de la Sala).

En igual sentido la Corte Constitucional, en la sentencia C-580 de 31 de julio de 2002, al pronunciarse de oficio sobre la constitucionalidad de la ley 707 de 28 de noviembre de 2001, por medio de la cual se aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, manifestó:

" ... este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que "no" (sic) se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. **Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales**¹⁸. En esa medida, la conducta de desaparición

desbordaron sus competencias constitucionales al pretender expedir -el primero- y sancionar -el segundo- leyes sobre materias que, sustraídas expresamente de los procedimientos ordinarios de actuación de tales poderes, el Constituyente sometió a un especialísimo proceso de gestación, tal como el previsto en el artículo 58 transitorio respecto de los tratados y convenios internacionales que, al momento de entrar a regir la nueva Carta Política ya hubiesen sido aprobados por una de las dos Cámaras. En esas condiciones, mal podían el Senado y el Presidente de la República hacer caso omiso del mandato constitucional citado, y proseguir con el trámite de aprobación y de expedición de la referida ley. Dicho proceder comporta ostensible trasgresión a la disposición transitoria No. 58 de la Carta".

¹⁷ La Desaparición Forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Revista IIDH. Vol 29.1999. pag. 29 a 67.

¹⁸ Así mismo, dice el numeral 2º del artículo 17 de la Declaración 47/133: "2. Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos." Por su parte, el artículo 2º del mencionado Pacto dice:

"3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de la libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancia.¹⁹ "(negrilla de la Sala).

En efecto, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, se tiene que la desaparición forzada es un delito de carácter continuado, que se encuentra constituido por un conjunto de actos que se extienden en el tiempo. Se inicia con la Privación de la libertad de la víctima, continua con la negativa de los victimarios de reconocer su realización y con su ocultamiento y finaliza con la liberación del retenido o con el conocimiento de su Paradero, en el estado en que se encuentre" ..

En el presente caso la conducta endilgada al disciplinado en tanto conoció, aprobó y omitió informar la retención y desaparición de Nydia Erika sólo pudo ser concretada por la autoridad cuando fue encontrado e identificado su cadáver, es decir, el 26 de julio de 1990. En consecuencia, es esta fecha la referencia para el conteo del término de prescripción de la imposición de la sanción disciplinaria.

Establecida la fecha a partir de la cual ha de contarse el término de prescripción de la facultad sancionatoria, es necesario que se analice cuál era el régimen aplicable para la época, esto es, en julio de 1990.

La Ley 4ª del 5 de enero de 1990 reorganizó la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación y asignó funciones a sus dependencias. Le otorgó a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos la competencia para adelantar y decidir la acción disciplinaria por la participación en actos que configuren genocidios, torturas y desapariciones de personas, en que incurran en ejercicio de sus funciones los miembros del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, los funcionarios o personal de los organismos adscritos o vinculados a esas instituciones y los demás empleados y funcionarios públicos (art. 22 literal b), investigación a llevarse a cabo regida por la regulación disciplinaria ordinario o general, y no por la especial

-
- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
 - b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
 - c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

¹⁹ En tal sentido, el artículo 26 del Código Penal establece que "[I]a conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado."

dispuesta para las Fuerzas Militares. Esto, en consideración a la naturaleza y entidad de la conducta atribuida, calificada como de *lesa humanidad*.

En este punto resulta pertinente señalar que la Corte Constitucional al conocer y decidir la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra algunos artículos de la Ley 4 de 1990 y declarar parcialmente inexecutable el artículo 22, en lo que respecta a la expresión “única instancia”, aclaró que los miembros de la Fuerza Pública carecen de fuero disciplinario. Al respecto de este tema se pronunció en los siguientes términos:

“... en efecto, la Corte considera que la norma regula una distribución funcional de competencias, con base en la materialidad de la falta disciplinaria, en vez de tomar en cuenta el tipo de servidor público. Esto en manera alguna vulnera la Carta, puesto que, como se ha reiterado, los miembros de la Fuerza Pública no tienen ningún fuero disciplinario, y la ley puede regular la distribución de competencias de las investigaciones disciplinarias con base en múltiples criterios, como la naturaleza y la gravedad de la falta, el tipo de servidor público, el lugar de ocurrencia del hecho, etc...”.

Este régimen disciplinario lo constituía para la época -26 de julio de 1990, la Ley 25 de 1974 *"Por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y Régimen Disciplinario y se dictan otras disposiciones"*, que establecía en su artículo 12 lo siguiente: "la acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta".

Con apoyo legal en esta regulación la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos aprehendió la investigación disciplinaria contra el Brigadier General Alvaro Hernán Velandia en consideración a que al oficial se le endilgaba la comisión de una de las conductas previstas en la ley 4 de 1990, esto es, participar, por su actitud omisiva frente a las actuaciones de sus subalternos, en la desaparición de una persona.

Por consiguiente, quedando bajo la competencia de esta Procuraduría Delegada, la normatividad que gobernaba correspondía a la consagrada en la ley 25 de 1974, modificada por la ley 13 de 1984.

Con fundamento en lo anterior, es claro que en el presente caso la regulación legal aplicable a la investigación no podía ser la que regía la investigación disciplinaria contra los miembros de las Fuerzas Militares, porque en el *sub examine* el reproche que se le atribuyó al señor Velandia Hurtado, está incluido en

el artículo 22 literal b) de la ley 4 de 1990, de naturaleza especial y diferente, a cargo privativamente de la Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos.

De manera que, el término de prescripción aplicable en el sub-lite es el de cinco años, razón por la cual corresponde ahora definir si la sanción se impuso dentro de ese tiempo. El cómputo del plazo de los 5 años para imponer la sanción se inicia a partir del 26 de julio de 1990, día éste en que se encontró y se identificó el cadáver de la desaparecida, el término que fenecía, entonces, el 26 de julio de 1995.

En este lapso es preciso imponer la sanción, entendiendo por tal verbo rector expedir y notificar el acto principal, esto es, aquel mediante el cual se concluye la actuación con la atribución de responsabilidad al investigado pero no se exige su firmeza porque la norma no lo prevé así, razón por la cual imponerle la condición de ejecutoria al acto sancionatorio principal que decidió la actuación administrativa disciplinaria significa ir más allá de lo que el legislador quiso al consagrar el artículo 12 de la ley 25 de 1974 modificado por el artículo 13 de la ley 13 de 1984. La decisión sobre los recursos que se interpongan contra el acto sancionatorio primigenio corresponde ya no a la actuación administrativa propiamente dicha sino a la definición sobre el agotamiento de la vía gubernativa.

En el caso *sub examine*, el día 5 de julio de 1995, el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos profirió la Resolución N° 13, que como conclusión de la actuación administrativa disciplinaria, impuso sanción de destitución al Brigadier General del Ejército Nacional señor Hernán Velandia Hurtado. Este acto administrativo sancionatorio le fue notificado personalmente el 6 de julio de 1995 y luego, vía definición del recurso de reposición, confirmado por Resolución N° 16 del 19 de julio de 1995, acto igualmente proferido dentro del término de los 5 años. La notificación de esta última providencia se produjo mediante edicto desfijado el 18 de agosto de 1995. Surge de manera incontestable entonces que el acto que realmente impuso la sanción, el que concluyó la actuación administrativa, la resolución 13 del 5 de julio de 1995, proferida por el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos, se dictó y se notificó dentro del término de 5 años fijado por la Ley. Tal situación

es razón suficiente que impone considerar ejercida oportunamente la potestad sancionatoria de la Procuraduría General de la Nación.

En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa.

Esta posición unificada no aplica respecto de investigaciones en otras materias que se regulen por regímenes especiales.

- Falta de valoración del material probatorio

Sobre este punto encuentra la Sala que no le asiste razón al demandante cuando afirma que el fallo del A quo omitió referirse a varias normas del Código de Procedimiento Civil en materia probatoria con relación a los cargos décimo tercero y décimo cuarto de la demanda, que tratan sobre las declaraciones de los señores Bernardo Garzón Garzón y Mauricio Arturo Gómez Carvajal.

Si se observa el acápite 2.7.9., de la sentencia del 20 de junio de 1997, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, es claro que, el A quo sí analizó el material probatorio que obraba en el expediente, en especial, aquél relacionado con el cargo referido a la veracidad de las declaraciones de los señores Garzón y Gómez, que el apelante tilda de tendenciosas. Y aunque el fallo del Tribunal no hizo mención explícita a dichas normas del Estatuto Procesal Civil a las que se refiere el recurrente, en forma implícita sí aludió a ellas en el siguiente sentido:

"La razón básica en la que el actor fundamenta su ataque a las declaraciones de Bernardo Garzón Garzón y Mauricio Arturo Gómez Carvajal que sirvieron al ente acusador para sustentar probatoriamente los cargos formulados, es la de que en su valoración no se procedió conforme al sistema de la sana

crítica que gobierna la valoración del testimonio. La del primero también porque en su exposición, según su concepto, no expresó la razón de su dicho como lo exigen las normas procesales, porque no fue controvertida ya que le fue denegado el careo que oportunamente solicitó y porque se trataba de un testigo sospechoso dadas las circunstancias de que era perseguido por la justicia y se hallaba prófugo. La del segundo la cuestiona por falta de ratificación y porque al deponer incurrió en inconsistencias. (...) Pues bien, si se examinan con atención los razonamientos que hizo la Procuraduría como fundamento de la decisión que tomó en contra del actor, no puede afirmarse con mucha contundencia como lo hace el demandante, que en el caso hayan sido olvidadas las reglas de la sana crítica en la valoración de los testimonios y que los testigos no hayan dado razón de la ciencia de su dicho: porque la realidad contradice esos asertos. La sana crítica exige que el juzgador se forme libremente el convencimiento, guiado solamente por los principios de la lógica y las máximas de la experiencia; por lo que al formarse su convencimiento el juzgador de ninguna manera puede desconocer tales principios ni las enseñanzas que deja el diario vivir, lo que se llama la experiencia. Aquí, ni el demandante demostró en que pudo faltar el juzgador disciplinario a los dictados de la sana crítica; ni el examen de la prueba testimonial realizado por la Procuraduría evidencia atropello a las reglas del correcto pensar; su juicio es razonable y puede enmarcarse dentro del concepto de lo justo. Por ello, su conclusión de dar credibilidad a los testimonios cuestionados es acertada y debe ser mantenida.

Tampoco asiste razón al demandante en cuanto cuestiona la prueba testimonial argumentando que no fue contradicha. Hay que decirle que oportunamente la conoció y que en el proceso tuvo a su disposición los recursos que la ley procesal consagra en orden a que se corrijan los errores en los que hubiera podido incurrir el juzgador; y que no hizo adecuado uso de esos recursos, por lo que las situaciones creadas con la actuación se consolidaron. Concretamente, en cuanto hace al careo que solicitó en miras a enfrentarse al testigo Garzón Garzón, hay que recordarle que si bien el funcionario investigador denegó esa prueba (auto de junio 9/94, al folio 273, cuad. 3°), el puso de manifiesto su conformidad con la decisión al no haber recurrido en ese aspecto del auto en mención (recurrió, pero su disconformidad solo la expresó en lo relativo a la materia de la prescripción, según escrito visto al folio 292 ib).

Falta hacer referencia a la tacha de sospecha formulada por el actor al testigo Garzón Garzón, por motivos ya expresados. En los términos del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, es sospechoso el testigo que en concepto del juez se encuentra en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. En el caso de Garzón, según puede verse del cargo que se analiza, la sospecha que expresa el demandante se funda en sus antecedentes, que sin entrar en indagaciones, en gracia del debate se los va a tener por ciertos. Amerita ello el rechazo del testimonio? En concepto del Tribunal no, porque otras pruebas afianzan su credibilidad: el hecho de que varias de las informaciones que dio hubieran podido ser confirmadas y el indicio que emerge en contra del actor (debido a su alto cargo en Inteligencia Militar debió conocer las actividades de sus subalternos; o cuando tuvo conocimiento de la desaparición de Nydia Erika y de que se culpaba del hecho a sus tropas debió adelantar la correspondiente investigación) hacen creíble su testimonio".

Se impone entonces confirmar el fallo de primera instancia que negó la prosperidad de las pretensiones del accionante, como quiera que censuras planteadas no tienen vocación de prosperidad.

Esta providencia se profiere por la totalidad de los integrantes de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que asistieron a la presente sesión, con excepción, de los miembros de la Subsección B, de la Sección Segunda, por ser ésta la Subsección que profirió la sentencia suplicada. Esta postura representa una variación jurisprudencial en relación con lo observado anteriormente por la Sala Plena Contenciosa en casos similares, y se funda en lo que para la época de interposición de los recursos extraordinarios (año 2002) preveía el artículo 194 del C.C.A., como la modificación que le introdujo el artículo 57 de la ley 446 de 1998, según el cual, los miembros de la sección o subsección falladora estarán excluidos de la decisión. En el *sub examine*, la sentencia que se suplicó, se reitera, la profirió la Subsección B, de la Sección Segunda, la misma que se sustrajo de participar en la decisión.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- INFIRMASE la sentencia dictada por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado el 23 de mayo de 2002, mediante la cual revocó la sentencia proferida el 20 de junio de 1997 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el Brigadier General ALVARO HERNAN VELANDIA HURTADO contra la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Defensa Nacional.

SEGUNDO.- CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 20 de junio de 1997 que denegó las pretensiones de la demanda.

Devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE y CUMPLASE

RAFAEL E. OSTAU LAFONT PIANETA
Presidente
Salva el voto

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BARCENAS**

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Aclara el voto

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Salva el voto

ENRIQUE GIL BOTERO
Salva el voto parcial

WILLIAM GIRALDO GIRALDO
Ausente

**GUSTAVO EDUARDO GOMEZ
ARANGUREN**

**MYRIAM GUERRERO DE
ESCOBAR**

**MARIA NOHEMI HERNANDEZ
PINZON**

FILEMON JIMENEZ OCHOA

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
Salva el voto

HECTOR J. ROMERO DIAZ
Aclara el voto

MARTHA SOFIA SANZ TOBON
Salva el voto parcial

MAURICIO TORRES CUERVO
Aclara el voto

**ALFONSO MARIA VARGAS
RINCON**
Aclara el voto

**MARCO ANTONIO VELILLA
MORENO**

**LUIS RAFAEL VERGARA
QUINTERO
Aclara el voto**

**MERCEDES TOVAR DE HERRAN
Secretar  General**