

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - Recuento normativo / DELITO DE PECULADO - La inhabilidad para ejercer funciones públicas es temporal / SUBROGADO PENAL - Pena de ejecución condicional / SEPARACION TEMPORAL DEL CARGO - Al habersele concedido el subrogado penal / SEPARACION ABSOLUTA DEL SERVICIO - Por condena o arresto por delito doloso

De la lectura armónica de las normas anteriormente relacionadas es claro que la inhabilidad para ejercer funciones públicas para el delito de peculado es temporal, como quiera que cesa en el mismo momento en que se da por terminada la pena principal. Como es sabido, los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los individuos que han sido condenados a estas penas, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador y obedecen a una política criminal orientada a la mitigación y la humanización de la sanción punitiva. En efecto en el marco del estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada, esto significa que si los mismo fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el mas restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado. Que teniendo en cuenta la necesidad de orientar la ejecución de la pena hacia la resocialización, el legislador colombiano ha considerado que si un condenado, dada la características de hecho punible y sus rasgos personales, no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir con su condena, mediante mecanismos que, sin dejar de ser eficaces, comparten una menor aflicción. El artículo 54 del Decreto 1791 señala que el retiro es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar el servicio. El retiro de los oficiales se hará por decreto del Gobierno y el de nivel ejecutivo, suboficiales y agentes, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Director General de la Policía Nacional. El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales y en los demás grados en los casos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, no superar la escala de medición del Decreto de evaluación del desempeño o muerte. Así las cosas, como ya se señaló el artículo 66 del Decreto 1791 de 2000, establece la separación absoluta del servicio activo de la Policía Nacional cuando hay sentencia ejecutoriada al personal condenado a pena de prisión o arresto por delitos dolosos; y la separación temporal. Artículo 67 ibídem, cuando la persona es condenada a la pena de arresto o prisión por delitos culposos.

FUENTE FORMAL: LEY 522 DE 1999 / LEY 1417 DE 2010 / LEY 200 DEL 1995 / DECRETO 1791 DE 2000

RETIRO TEMPORAL DE OFICIAL - Puede eventualmente volver hacer parte de la institución / RETIRO TEMPORAL - La separación del servicio debe ser temporal / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Toda persona debe ser juzgada conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa / DEBIDO PROCESO - Vulneración

Que de la lectura de las normas que contemplan las causales de separación absoluta y temporal del servicio, es claro que cuando el oficial o suboficial sea

separado en forma absoluta no podrá volver a pertenecer a la Policía Nacional, mientras que en el retiro temporal la separación será en forma temporal por un tiempo igual al de la condena, es decir que el funcionario puede eventualmente volver a hacer parte de la Institución. De lo anteriormente relacionado es claro para esta Corporación que si bien es cierto, mediante la Resolución 01333 del 28 de mayo de 2002, acto demandado, al señor Julio Hernández Martínez Castillo, se le condenó a la pena principal de doce (12) meses de prisión, como autor del delito de peculado por uso, concediéndole el beneficio de ejecución condicional, también lo es que su retiro del servicio debía ser de manera temporal y no absoluta, pues la norma que le era aplicable a su caso era el artículo 68 del Decreto 1791 de 2000 y no el 66 como erradamente lo señaló el Director General de la Policía Nacional al proferir el acto de separación del servicio del actor. Que dadas las circunstancias del sub examine, realizar una interpretación como la que hizo la demandada atenta contra el principio de favorabilidad establecido en el artículo 29 de la Constitución Política que dispone que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Que la parte demandada al expedir el acto acusado vulneró de manera flagrante el derecho al debido proceso del peticionario por cuanto omitió darle aplicación al principio de favorabilidad en la medida que dispuso de manera errada separarlo de manera absoluta del cargo cuando como ya se dijo debió disponer la separación temporal del servicio del Sargento Segundo Julio Hernando Martínez Castillo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1791 DE 2000 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / LEY 153 DE 1987 – ARTICULO 44

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - La nulidad del acto administrativo no determina el restablecimiento del derecho o la reparación, por cuanto penden de las circunstancias demostradas en el proceso

En esta dimensión, el restablecimiento depende del título jurídico del derecho a recomponer y la reparación del daño queda condicionada a que sus elementos estructurales sean adecuadamente demostrados por las pruebas de la actuación. Sobre el título jurídico del derecho por restablecer, en el caso que nos ocupa, es claro que ante la ruptura de la relación laboral, es decir la separación del ejercicio de la actividad, sustrae de supuesto, y por consiguiente de título al derecho que se pretende restablecer, de tal suerte que mal puede el juez administrativo practicar una especie de “automatismo” con que en algunas oportunidades se entiende la acción descrita por el artículo 85 del C.C.A. en cuanto a que una vez decretada la nulidad del acto administrativo, mecánicamente deba procederse a un supuesto restablecimiento en el derecho. Lo anterior significa que el deber principal del juez comienza en dilucidar la posición jurídica de las partes en función no sólo de un dispositivo de derecho positivo, sino en forma integral en perspectiva de la totalidad de los principios del orden constitucional, de lo contrario sería probable que las decisiones judiciales fueran simplemente legales y no justas. En esta pretensión, los efectos anulatorios de los actos administrativos, deben obligatoriamente modularse por el juez para establecer si el directo beneficiado con la decisión de anulación se encuentra o no en posición protegida por el derecho, dado que

una situación marginal al derecho, lógicamente le resta juridicidad a los efectos protectores derivados de la decisión anulatoria. Este planteamiento implica que en su esencia la parte actora en la impugnación de actos administrativos demuestre no sólo la ilegalidad del acto que demanda, sino la situación protegida por el derecho en que se encuentra, que es sin lugar a duda el supuesto sustancial sobre el que se construyen las consecuencias reparatorias y restitutorias originadas en la decisión de anulación. Esta visión garantiza la identidad del derecho con la justicia evitando resultados oportunistas y contraevidentes al funcionamiento objetivo de normas simplemente positivas.

**FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -
ARTICULO 85**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil once (2011).

Radicación número: 19001-23-31-000-2002-01430-01(1472-10)

Actor: JULIO HERNANDO MARTÍNEZ CASTILLO.

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 25 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1.- El señor Julio Hernando Martínez Castillo, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, para que se declare la nulidad de la Resolución No 013333 del 28 de mayo de 2002, proferida por el Director General de la Policía Nacional, por medio de la cual se decidió retirarlo en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la parte demandada su reintegro al cargo de Suboficial, como Sargento Segundo de la Policía Nacional, en el mismo lugar, cargo y funciones que desempeñaba en el momento del retiro, o mejores posiciones acorde a la jerarquía de los suboficiales y de conformidad con la Ley; a que se declare que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo que venía desempeñando, desde la fecha en que se produjo su separación definitiva hasta cuando sea reintegrado; a pagar todos los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, vacaciones y demás emolumentos de carácter laboral, dejados de percibir por motivo del acto administrativo demandado y a pagar los intereses corrientes y moratorios de conformidad con los artículos 177 y 178 del C.C.A y la sentencia C- 188 de 1999.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Como argumentos sustentatorios de las suplicas de la demanda, el señor Julio Hernando Martínez Castillo manifestó los siguientes hechos:

Que se desempeño por más de diez años como miembro activo de la Policía Nacional, adscrito al Departamento de Policía del Cauca; que al momento de su retiro ostentaba el cargo de Sargento Segundo y devengaba un salario mensual de 1'188.855.59; que fue separado en forma absoluta de su cargo, con fundamento en el artículo “69” (sic), numeral 3º del Decreto 1791 de 2000, norma que facultaba al Director General de la Policía Nacional a separar del cargo en forma absoluta o temporal, cuando se trate del nivel ejecutivo, suboficiales y agentes.

Que producto de una investigación penal en su contra, el juzgado Penal Militar del Cauca el 15 de diciembre de 2000, profirió sentencia de fondo, posteriormente confirmada por el Tribunal Superior Militar el 3 de diciembre de 2001, condenándolo a una pena principal de 12 meses de prisión, por el delito de peculado por uso, concediéndole el beneficio de condena de ejecución condicional a su favor.

Que al ser condenado por un delito doloso, fue separado en forma absoluta de su cargo como suboficial de la Policía Nacional, desconociendo el subrogado que se le había concedido, a saber, el de la condena en ejecución condicional, conducta que en su parecer hizo injusta la decisión adoptada por la parte demandada.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Señaló como normas violadas los artículos 1°, 2°, 13, 25, 29 y 209 de la Constitución Política; artículo 5° de la Ley 57 de 1887, 31 del Código Civil, artículo 68 inciso 1° del Decreto 1791 de 14 de septiembre de 2000.

Que en el presente caso se observa la ostensible vulneración del Estado de Derecho, pues en la Resolución acusada se aplicó íntegramente el artículo 66 del Decreto 1791 de 2001, desconociendo abiertamente el artículo 68 inciso 1° ibidem, el cual establece que al proferirse un fallo penal condenatorio y si el sancionado recibe el beneficio de la condena en ejecución condicional, la separación del personal de la Institución Armada será sólo temporal, más no en forma absoluta del servicio.

Que a pesar de que la Ley garantiza que al concederse el beneficio de la condena en ejecución condicional, no se separe absolutamente de la Institución Armada, en el sub examine se desconoció tal prerrogativa, como quiera que se omitió al policial seguir vinculado a la fuerza pública una vez cumplida la sanción penal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada se opuso a las pretensiones del libelo y propuso las excepciones de presunción de legalidad del Acto Administrativo y la Innominada o Genérica. Manifestó que la resolución acusada goza de presunción de legalidad, toda vez que fue proferida por el Director General de la

Policía Nacional, en cumplimiento de un fallo penal debidamente ejecutoriado, de conformidad con el artículo 66 del Decreto 1791, razón por la cual procedía el retiro en forma definitiva del actor, y no en forma temporal como se pretende en la demanda.

Que de la lectura de la norma anteriormente mencionada, es claro que, el personal que sea condenado por sentencia ejecutoriada la pena principal de prisión o arresto, por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, por delitos dolosos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional y no podrá volver a pertenecer a la misma.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, mediante providencia de 25 de marzo de 2010, declaró la nulidad de la Resolución N°. 01333 de 28 de mayo de 2002, proferida por el Director General de la Policía Nacional, por medio del cual se decidió separar al actor en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional y ordenó a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional reintegrarlo al cargo que venia desempeñando o a uno de superior categoría y a pagarle todos los salarios y prestaciones dejadas de recibir desde el momento en que se cumplió la pena por la cual fue condenado hasta que se produzca el reintegro efectivo, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., ajustándolos con base en el índice de precios al consumidor y declarando que no existió solución de continuidad.

Manifestó que si bien es cierto, el artículo 66 del Decreto 1791 de 2000, señala que cuando una persona vinculada a la Institución Policial, es condenada por sentencia ejecutoriada, a pena principal de prisión por un delito doloso, es procedente la separación en forma absoluta de la Policía, también lo es que no se puede dejar de lado que el mismo Decreto en el artículo 68, señaló que cuando al condenado se le hubiere concedido el subrogado de la condena de ejecución condicional, la separación del cargo no será de carácter absoluta sino temporal y equivalente al tiempo físico de la condena.

Que al encontrarse probado que al actor se le concedió el subrogado penal de la ejecución condicional, no había lugar a separarlo en forma absoluta de su cargo, sino únicamente en forma temporal, razón por la cual tiene derecho a ser reintegrado al mismo cargo, una vez transcurrido el término determinado para la condena.

Señalo que lo anterior es relevante en la medida que la separación definitiva del cargo tiene que estar acorde con el tipo de delito cometido y la sanción que se ha impuesto, toda vez que el Decreto 1791 del 2000, está en concordancia con los principios del derecho penal, según los cuales, el subrogado penal de la condena de ejecución condicional está diseñado para evitar que las personas sean encarceladas cuando han cometido delitos cuya sanción penal es mínima y por política penitenciaria, se ha visto la necesidad de evitar que las personas ingresen al recinto carcelario.

Que el subrogado o sustituto penal de la condena de ejecución condicional tiene por propósito evitar el ingreso a la cárcel, y una vez se cumplan las sanciones impuestas por el Juzgador en la sentencia de condena, se de por cumplida la sanción penal. Situación que se ve reflejada en el hecho de que el artículo 66 del Decreto 1791 de 2000, recoge la hipótesis fáctica del retiro absoluto del policial que ha sido condenado sin recibir el beneficio de la condena de la ejecución condicional, lo que quiere decir que ha cometido un delito de gravedad y por tal razón no se ha podido aplicar el sustituto penal.

Que como quiera que en el presente caso, la acción que llevó a la condena del policial fue el peculado por uso, es claro que su separación del cargo debía ser temporal y no absoluto como efectivamente se hizo, motivo por el cual el acto acusado debe ser declarado ilegal por falsa motivación en la medida que no se tuvo en cuenta que la condena impuesta al policial contaba con el beneficio de la ejecución condicional.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada apela oportunamente la providencia del A Quo y solicita su revocatoria. Señala que la resolución demandada fue proferida por el Director General de la Policía en cumplimiento del fallo que se profirió en el proceso penal que por el delito de peculado por uso se le siguió ante la Justicia Penal Militar, el mismo que al ejecutar el retiro, se encontraba debidamente ejecutoriado y por tal razón se hacia apenas lógico que se diera aplicación al contenido del artículo 66 del Decreto 1791 de 2000 y no en forma temporal como lo entendió el A quo.

Que el mencionado artículo es claro al señalar que el personal que sea condenado por sentencia ejecutoriada a la pena principal de prisión o arresto, por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, por delitos dolosos será separado en forma absoluta de la Policía Nacional y no podrá volver a pertenecer a la misma, razón por la cual debe presumirse la legalidad del acto administrativo.

Afirma que el acto que ordenó el retiro del uniformado señor Julio Hernando Martínez Castillo, del servicio activo de la Institución, no vulneró los derechos fundamentales que se aluden en la demanda, por cuanto es la misma carta política la que faculta al legislador para establecer otras causales de retiro del servicio de servidores públicos, distintas a las establecidas por el artículo 125 de la Constitución, sin que ello implique vulneración del principio de estabilidad laboral.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si el retiro del servicio activo del señor Julio Hernando Martínez Castillo, dado que se le concedió el subrogado

penal de la condena de ejecución condicional, debía realizarse de manera temporal y no absoluta como se hizo.

Para llegar a una decisión respecto del caso objeto de estudio, se realizará el siguiente análisis:

El Juzgado Penal Militar del Cauca mediante providencia del 15 de diciembre de 2000, confirmada posteriormente por el Tribunal Superior Militar por sentencia del 3 de diciembre de 2001, condenó al Sargento Segundo Julio Hernando Martínez a la pena principal de 12 meses de prisión, por el delito de peculado por uso, concediéndole el **beneficio de ejecución condicional**.

Respecto de la condena de ejecución condicional el artículo 71 de la Ley 522 del 12 de agosto de 1999, Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia, dispuso:

“En la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia, el Juez podrá, de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- 1. Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión.*
- 2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario.*
- 3. Que no se trate de delitos contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor, en bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional, contra la seguridad de la Fuerza Pública o de inutilización voluntaria.”*

El artículo 182 ibidem, Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia, dispone frente al delito de peculado:

“El que respecto a bienes del Estado o empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, custodia o tenencia se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa de lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal impuesta.” (negrillas de la Sala)

A su vez, la Ley 200 de 28 de julio de 1995, por la cual se adopta el Código Disciplinario Único, señala en el numeral 22 del artículo 41, que esta prohibido nombrar o elegir para el desempeño de cargos públicos, a personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión.

El artículo 43 ibidem, dispone:

“Otras inhabilidades. Constituyen además, inhabilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos salvo que estos últimos hayan afectado la administración pública.”

De la lectura armónica de las normas anteriormente relacionadas es claro que la inhabilidad para ejercer funciones públicas para el delito de peculado es temporal, como quiera que cesa en el mismo momento en que se da por terminada la pena principal.

Por su parte, el artículo 68 del Decreto 1791 de 2000, “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, norma especial y aplicable al caso concreto, señala:

“SEPARACIÓN POR SENTENCIA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL. Al personal que se le hubiere concedido el subrogado penal de condena de ejecución condicional, se le separara en forma temporal, por un lapso igual al tiempo físico de la condena.

Igualmente será separado en forma temporal el personal al que se le hubiere impuesto como sanción accesoria por la comisión de delitos culposos la interdicción de derechos y funciones públicas, por el tiempo que determina la sentencia.” (negrillas de la Sala)

Como es sabido, los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los individuos que han sido condenados a estas penas, siempre y cuando cumplan los requisitos

establecidos por el legislador y obedecen a una política criminal orientada a la mitigación y la humanización de la sanción punitiva. En efecto, en el marco del Estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser *necesaria, útil y proporcionada*; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado.

Que teniendo en cuenta la necesidad de orientar la ejecución de la pena hacia la resocialización, el legislador colombiano ha considerado que si un condenado, dada las características del hecho punible y sus rasgos personales, no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir con su condena, mediante mecanismos que, sin dejar de ser eficaces, comporten una menor aflicción.

Que el artículo 68 del Decreto 1791 de 2000, norma especial y aplicable al caso objeto de estudio, es claro en señalar que al personal que se le hubiere concedido el subrogado penal de condena de ejecución condicional, se le separará **en forma temporal, por un lapso igual al tiempo físico de la condena, sin hacer distinción respecto de si este beneficio recaía sobre delitos culposos o dolosos.**

Se observa a folio 8 del expediente la Resolución N°.01333 del 28 de mayo de 2002, por la cual se separa en forma absoluta del servicio activo al actor, como Suboficial de la Policía Nacional, acto que dispone:

“ Que el Tribunal Superior Militar, mediante sentencia del 3 de diciembre de 2001, la cual quedó ejecutoriada el 1º de febrero de 2002, confirmó la providencia del 15 de diciembre de 2000, proferido por el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía del Cauca, mediante la cual condenó al Sargento segundo JULIO HERNANDO MARTINEZ CASTILLO, a la pena principal de doce (12) meses de prisión, como autor del delito de peculado por uso, concediéndole el beneficio de ejecución condicional;

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 66 del Decreto 1791 de 2000, el personal que resulte condenado por la Justicia Penal Militar o la Ordinaria, a la pena principal de prisión o arresto por la comisión de delitos dolosos, será separado en forma absoluta de la institución;

Que el Jefe de Grupo de Talento Humano del Departamento de Policía Cauca, mediante oficio N°. 995 del 9 de mayo de 2002, informa que el citado uniformado se encuentra laborando en esa Unidad;

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Separar en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional al Sargento segundo JULIO HERNANDO MARTINEZ CASTILLO, C.C. N° 15'813.122, quien presta sus servicios en el Departamento de Policía Cauca.” (negrillas de la Sala)

El artículo 54 del Decreto 1791 señala que el retiro es la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar el servicio. El retiro de los oficiales se hará por decreto del Gobierno; y el del nivel ejecutivo, suboficiales y agentes, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Director General de la Policía Nacional. El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales y en los demás grados en los casos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, no superar la escala de medición del Decreto de evaluación del desempeño o muerte.

Por su parte, el artículo 66 del Decreto 1791 de 2000, “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”, preceptúa:

“SEPARACIÓN ABSOLUTA. El personal que sea condenado por sentencia ejecutoriada a la pena principal de prisión o arresto, por la justicia penal Militar o por la Ordinaria, por delitos dolosos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional y no podrá volver a pertenecer a la misma.”

El artículo 67 del mismo decreto dispone:

“SEPARACIÓN TEMPORAL. El personal que sea condenado a pena principal de arresto o prisión por delitos culposos, será separado en forma temporal de la Policía Nacional, por un tiempo igual al de la condena, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

PARAGRAFO. Quien sea separado temporalmente no tiene derecho a devengar sueldos, primas ni prestaciones sociales, ni ese lapso se considerará como de servicio para ningún efecto.

El Decreto 1791 de 2000, estatuto de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía define que *“La formación integral del*

profesional de policía, estará orientada a desarrollar los principios éticos y valores corporativos, promover capacidades de liderazgo y servicio comunitario para el eficiente cumplimiento de las funciones preventiva, educativa y social. En tal virtud, los contenidos programáticos harán particular énfasis en el respeto por los derechos humanos, para el ejercicio de las libertades públicas y la convivencia pacífica de los residentes en el territorio colombiano.”

Precisado lo anterior, es del caso señalar que el retiro de los funcionarios de dicha institución radica en la necesidad de exigir una mayor pulcritud en el comportamiento de los miembros de la policía dada su misión relacionada con el mantenimiento, entre la sociedad civil, de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales y la convivencia pacífica. (C.P art. 218). Al respecto debe tomarse en cuenta que la labor de la Policía es esencialmente preventiva e implica un contacto más directo con la ciudadanía, lo que obliga a extremar las medidas tendientes a proteger a la población civil.

Entonces, es claro que los requisitos de permanencia en la Policía Nacional son más exigentes en el marco de la política de moralización de la institución, sometida en los últimos años a un complejo proceso de reestructuración, dentro del que figuran como unos de sus principales derroteros los de rescatar la credibilidad de la ciudadanía en la institución y fortalecer el compromiso ético de sus miembros¹.

Así las cosas, como ya se señaló el artículo 66 del Decreto 1791 de 2000, establece la separación absoluta del servicio activo de la Policía Nacional cuando hay sentencia ejecutoriada al personal condenado a pena de prisión o arresto por **delitos dolosos**; y la separación temporal, artículo 67 ibídem, cuando la persona es condenada a la pena de arresto o prisión por **delitos culposos**.

Que de la lectura de las normas que contemplan las causales de separación absoluta y temporal del servicio, es claro que cuando el oficial o

¹ Ver “La Institución- organización - e identidad corporativa” página institucional de la Policía Nacional. www.policia.gov.co

suboficial sea separado en forma absoluta no podrá volver a pertenecer a la Policía Nacional, mientras que en el retiro temporal la separación será en forma temporal por un tiempo igual al de la condena, es decir que el funcionario puede eventualmente volver a hacer parte de la Institución.

Mediante la Sentencia C-421 de 2002², la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 66 del Decreto 1791 de 2000, precisando que la finalidad que el legislador persigue al incluir el arresto por delitos dolosos como causal de separación de la carrera en la Policía Nacional, radica en la necesidad de exigir una mayor pulcritud en el comportamiento de los miembros de la Policía, dada su misión relacionada con el mantenimiento, entre la sociedad civil, de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales y la convivencia pacífica.

En sentir del señor Julio Hernando Martínez Castillo su retiro del servicio activo se realizó de manera errónea, pues dado que se le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, su separación del servicio debía realizarse de manera temporal y no absoluta como se hizo.

De lo anteriormente relacionado es claro para esta Corporación que si bien es cierto, mediante la Resolución 01333 del 28 de mayo de 2002, acto demandado, al señor Julio Hernández Martínez Castillo, se le condenó a la pena principal de doce (12) meses de prisión, como autor del delito de peculado por uso, concediéndole el beneficio de ejecución condicional, también lo es que su retiro del servicio debía ser de manera temporal y no absoluta, pues la norma que le era aplicable a su caso era el artículo 68 del Decreto 1791 de 2000 y no el 66 como erradamente lo señaló el Director General de la Policía Nacional al proferir el acto de separación del servicio del actor.

Que dadas las circunstancias del sub examine, realizar una interpretación como la que hizo la demandada atenta contra el principio de favorabilidad establecido en el artículo 29 de la Constitución Política que dispone que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al

² Sentencia C-421 del 28 de Mayo de 2002.M.P. Álvaro Tafur Galvis.

acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y que en materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Que tal y como lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional³ el principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto. Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sobre este punto señaló que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.

Lo anterior, también encuentra sustento en el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, por la que se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887, toda vez que señala que en materia penal la ley favorable ó permisiva prefiere en los juicios a la odiosa ó restrictiva, aún cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.

Que la parte demandada al expedir el acto acusado vulneró de manera flagrante el derecho al debido proceso del peticionario por cuanto omitió darle aplicación al principio de favorabilidad en la medida que dispuso de manera errada separarlo de manera absoluta del cargo cuando como ya se dijo debió disponer la separación temporal del servicio del Sargento Segundo Julio Hernando Martínez Castillo.

³ Sentencia C-592 del 9 de julio de 2005. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis.

Ahora bien, establecido lo anterior es del caso precisar que la separación del cargo, bien sea definitiva o temporal implica como su nombre lo indica una cesación en la obligación de la prestación del servicio y por ende una ruptura del vínculo laboral existente, razón por la cual mal puede pretender el peticionario que se le reintegre al cargo que venía desempeñando o a otro superior o que se declare que no ha existido solución de continuidad y que por ende se cancelen todas las acreencias dejadas de percibir, cuando la separación del cargo, bien sea definitiva o temporal implica como ya se precisó una ruptura del vínculo laboral existente.

Entonces en el caso sub examine La decisión desde el punto de vista de su contenido que adoptará la Sala es del tipo de condicionadas que suele emplearse de antaño en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes⁴ y que recientemente comenzó a aplicarse respecto de actos administrativos en Francia⁵.

La acción de nulidad contra los actos administrativos, descrita en el artículo 85 del C.C.A., además de suponer la posibilidad de invalidar el acto cuestionado, le otorga al petente la capacidad de reclamar el restablecimiento en el derecho y la reparación de los daños que el acto administrativo declarado nulo haya podido ocasionar. Estos tres elementos, que se integran en la acción, por su misma estructura guardan independencia, en tanto entre sí operan en condición a la realidad probatoria que el proceso ofrezca, claro está, sin desconocer que los efectos del restablecimiento del derecho y reparación del daño, sólo emergen como posibilidad jurídica cuando prospera la declaratoria de invalidez del acto. Con esta concreción, lo que queremos subrayar es que, la nulidad del acto administrativo, no necesariamente determina el restablecimiento en el derecho o la reparación por cuanto que estos dos últimos componentes penden de las circunstancias demostradas en el desarrollo de la

⁴ Cfr. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro, Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana, en Revista Estudios Socio-jurídicos, Facultad de Jurisprudencia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Vol. 2, No. 1, marzo de 2000, p. 9 y ss.

⁵ LE CONSEIL D'ÉTAT, Arrêt d'assemblée du 14 mai 2004 (Assoc. AC! et autres) Vid. BOULOUIS, Nicolas et COURRÉGES, Anne, Passé et avenir des annulations contentieuses-Le Conseil d'État module dans le temps les effets d'une annulation, en La lettre de la justice administrative, Numéro 4, juillet 2004, en www.conseil-etat.fr

causa.

En esta dimensión, el restablecimiento depende del título jurídico del derecho a recomponer y la reparación del daño queda condicionada a que sus elementos estructurales sean adecuadamente demostrados por las pruebas de la actuación. Sobre el título jurídico del derecho por restablecer, en el caso que nos ocupa, es claro que ante la ruptura de la relación laboral, es decir la separación del ejercicio de la actividad, sustrae de supuesto, y por consiguiente de título al derecho que se pretende restablecer, de tal suerte que mal puede el juez administrativo practicar una especie de “automatismo” con que en algunas oportunidades se entiende la acción descrita por el artículo 85 del C.C.A. en cuanto a que una vez decretada la nulidad del acto administrativo, mecánicamente deba procederse a un supuesto restablecimiento en el derecho.

Lo anterior significa que el deber principal del juez comienza en dilucidar la posición jurídica de las partes en función no sólo de un dispositivo de derecho positivo, sino en forma integral en perspectiva de la totalidad de los principios del orden constitucional, de lo contrario sería probable que las decisiones judiciales fueran simplemente legales y no justas. En esta pretensión, los efectos anulatorios de los actos administrativos, deben obligatoriamente modularse por el juez para establecer si el directo beneficiado con la decisión de anulación se encuentra o no en posición protegida por el derecho, dado que una situación marginal al derecho, lógicamente le resta juridicidad a los efectos protectores derivados de la decisión anulatoria. Este planteamiento implica que en su esencia la parte actora en la impugnación de actos administrativos demuestre no sólo la ilegalidad del acto que demanda, sino la situación protegida por el derecho en que se encuentra, que es sin lugar a duda el supuesto sustancial sobre el que se construyen las consecuencias reparatorias y restitutorias originadas en la decisión de anulación. Esta visión garantiza la identidad del derecho con la justicia evitando resultados oportunistas y contraevidentes al funcionamiento objetivo de normas simplemente positivas.

Entonces la sentencia interpretativa que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos retirando del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada y concluyendo la imposibilidad de atender en forma favorable las pretensiones resarcitorias formuladas en el escrito de demanda.

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

F A L L A

CONFÍRMASE el numeral 1° de la sentencia proferida el 25 de marzo de 2010, por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso instaurado por el señor Julio Hernando Martínez Castillo contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, que dispone:

“1. DECLARASE la nulidad de la Resolución N°. 01333 del 28 de mayo de 2002, proferido por el Director General de la Policía Nacional, por medio del cual se decidió separar al actor de forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional”

DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PÚBLIQUESE Y CÚMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Ref: 19001 23 31 000 2002 01430 01 (1472-10) Actor: JULIO HERNANDO MARTÍNEZ CASTILLO