

CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA - No es una tercera instancia / PROCESOS DISCIPLINARIOS - Presunción de legalidad / CODIGO DISCIPLINARIO UNICO - Protección de las garantías constitucionales del investigado

Según el diseño Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, lo que no excluye que algunas entidades puedan ejercer directamente esa función como es el caso que hoy distrae la atención de esta Sala, en que se acusan los actos producidos por la Policía Nacional en uso de la potestad disciplinaria a ella atribuida. No obstante en ambos casos, la actividad de la administración, cuando ella expresa su vocación correccional está sometida al control judicial que ejerce la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A pesar de ellos, el control judicial de la potestad disciplinaria no se ejerce de cualquier modo, sino que conoce limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de acierto que blinda los actos de la Administración, cuando ella se expresa en el ejercicio de la competencia correccional y disciplinaria, pues en el proceso disciplinario, está ordenado que se cite a la parte supuestamente agraviada, quien por lo mismo es sujeto esencial en el juicio correccional. Se refiere el Consejo de Estado a que la competencia disciplinaria derivada de la Constitución y la ley, se ejerce de manera minuciosamente reglada dentro del procedimiento fijado para el juicio disciplinario. Como puede verse, es propio de esta actividad específica de la administración, que ella sea cumplida con estricta sujeción al Código Disciplinario Único, expresión del legislador que se ocupa en detalle y minuciosamente de regular la protección de las garantías constitucionales básicas del inculpado, es decir un código que ampara el derecho de defensa, la publicidad, la contradicción de la prueba, el derecho a presentar alegaciones, así como la posibilidad de una doble instancia y en general que el acto final por el que se impone un castigo, no sea simplemente el fruto de la actividad genérica de la Administración, sino el resultado de la participación del propio afectado, a quien el legislador, mediante las formas consagradas en Código Disciplinario Único, entrega las herramientas necesarias para contener los desvíos en que pudiera incurrir la autoridad en el ejercicio de esa competencia sancionatoria.

PROCESO DISCIPLINARIO Y PENAL - Diferencia / ABSOLUCION EN EL PROCESO PENAL - No implica la exoneración en el proceso disciplinario

A juicio del Consejo de Estado, el bien jurídico protegido por la acción disciplinaria es distinto del que es propio del proceso penal. En efecto, aunque la investidura oficial es relevante, los tipos penal y disciplinario son distintos en su estructura básica, y por lo mismo la absolución penal no implica necesariamente la exoneración en el proceso correccional. El bien jurídico protegido por la norma penal es más amplio y genérico, pues se hallan involucrados los valores e intereses de toda la sociedad. Por el contrario, el interés protegido por la acción disciplinaria es institucional, es decir más reducido en su ámbito, pues en el caso de la Policía Nacional, priman las exigencias de transparencia, confiabilidad propias del manejo interno de la institución para responder a lo que la sociedad espera de ella. Además, el reconocimiento de que el legislador puede consagrar tipos disciplinarios y tipos penales para sancionar la conducta de los funcionarios público, muestra por sí solo la distinta naturaleza y la independencia de las actividades penal y correccional.

PRUEBA TRASLADADA - Criterio / PRUEBA TRASLADADA - Debe obrar en copia auténtica en el expediente disciplinario / PRUEBA QUE NO FUE TACHADA POR LA PARTE CONTRARIA - Puede ser objeto de traslado legal / PRINCIPIO DE CONTRADICCION - Fundamento de la prueba trasladada

Cuando la prueba se produce en un proceso penal, allí debió ser decretada y oportunamente practicada, por lo que cualquiera de los investigados tuvo la posibilidad de oponerse a la misma, tachándola o repudiándola por adolecer de los requisitos de ley, todo en ejercicio del derecho de defensa y contradicción. De conformidad con las normas transcritas, lo fundamental en materia de prueba trasladada, es que ella haya sido autenticada en el despacho de origen, y de modo singular que se haya producido en el proceso de origen con audiencia de la parte contra quien se utiliza, exigencia que tiene como fundamento que se cumpla el principio de contradicción. De este modo, si el hoy demandante participó en el proceso penal, de tal modo que allí obtuvo la absolución, la prueba originada en ese proceso cumple con el requisito de contradicción previa que es esencial para que pueda valorarse en el proceso de destino.

FUENTE FORMAL: LEY 200 DE 1995 - ARTICULO 124 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 63001-23-31-000-2004-00151-01(0639-10)

Actor: HECTOR JAVIER RIVERA BLANDON

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia proferida el 19 de noviembre de 2009, por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la cual esa autoridad negó las pretensiones de la demanda incoada por Héctor Javier Rivera Blandón contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional.

LA DEMANDA

HÉCTOR JAVIER RIVERA BLANDÓN en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Quindío declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- El fallo proferido el 5 de septiembre de 2001 por el Comandante del Departamento de Policía del Quindío, por medio del cual, entre otras determinaciones, ordenó la destitución del demandante por *"aparecer responsable de violar el Decreto 1789-00, Artículo 37, numeral 11, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído."* En el mismo acto le impuso la sanción de inhabilidad para ejercer cargos públicos durante cinco años.
- El proveído expedido el 18 de septiembre de 2003, por el Director General de la Policía Nacional, mediante el cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el fallo de 5 de septiembre de 2001, confirmando las sanciones impuestas.

Como consecuencia de la nulidad de los actos acusados, el demandante solicitó a título de restablecimiento del derecho:

- Se ordene el reintegro del demandante al cargo de Agente de la Policía Nacional.
- Se disponga que no existió solución de continuidad en el desempeño del cargo, desde la fecha en que se produjo la destitución, hasta el día en que se produzca el reintegro efectivo del demandante.
- Se condene a la entidad a cancelar en beneficio del actor, todos los sueldos, primas, subsidios, vacaciones, bonificaciones, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, como si hubiese estado en el ejercicio del cargo, sumas que deben venir acompañadas de la respectiva indexación.
- Que la demandada dé cumplimiento a la Sentencia, en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Las pretensiones de la demanda están soportadas en los siguientes hechos:

El demandante se desempeñaba en el cargo de Agente de la Policía Nacional, hasta el día en que fue retirado del servicio, en cumplimiento de los actos administrativos que hoy son objeto de la impugnación.

El actor, durante el tiempo que laboró en la institución, se destacó por el cumplimiento estricto de sus deberes, por ello recibió felicitaciones por parte de la entidad; además durante los últimos 10 años no fue sancionado disciplinariamente.

Para época de los hechos que se le imputaron al actor, éste se desempeñaba como Secretario de la Oficina del Grupo de Admisión del Departamento de Policía Quindío, siendo su inmediato superior el intendente José Jhon Tabares Pardo, quien era coordinador del citado grupo.

En aquel entonces, siguiendo órdenes de su jefe o superior, por varias ocasiones, le correspondió hacer muchas cotizaciones ante profesionales de la medicina, sobre exámenes de laboratorio para jóvenes aspirantes a ingresar a la Policía Nacional.

Expuso que por las irregularidades que venía cometiendo su jefe inmediato, las cuales él ignoraba, fue vinculado a un proceso disciplinario, donde lo declararon responsable de haber cometido falta gravísima, al tenor de lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 37 del Decreto No. 1798 de 2000. En consecuencia, se le sancionó con destitución del cargo, en abierta violación del debido proceso y del derecho defensa.

Indica que los actos administrativos acusados son violatorios de la Constitución y las leyes, concretamente, en los apartes a que se refieren al retiro o destitución del actor. Insiste en que los actos acusados fueron falsamente motivados.

Agrega, que por los mismos hechos, por los que fue destituido el demandante, la Justicia Penal Militar lo investigó penalmente, no obstante, fue absuelto de los cargos de concusión que se le imputaron en primera y

segunda instancia, por no existir pruebas que demostraran su responsabilidad en los hechos investigados.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, el artículo 29.

Del Decreto No. 1798 de 2000, el artículo 37 numeral 11.

A juicio del demandante, hubo total inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio disciplinario. La responsabilidad disciplinaria en su contra, se dedujo de unas simples copias informales de dos testimonios que se trajeron como pruebas de un proceso penal militar. Insiste en que esas pruebas no fueron ratificadas conforme a la ley en el proceso disciplinario. En conclusión, alega que no se respetó el derecho de defensa y que las pruebas con las que se le declaró responsable

disciplinariamente, no ofrecían certidumbre plena, por el contrario, eran dubitativas y si fueran analizadas en su contexto no eran suficientes para declarar la responsabilidad disciplinaria.

Prosigue el demandante, afirmando que si en el proceso penal militar seguido en su contra, lo absolvieron de los mismos cargos que tuvieron los “jueces” disciplinarios para destituirlo, cobra fuerza el argumento de que las pruebas no eran suficientes para hallar la responsabilidad disciplinaria. Centra su explicación en que si un Tribunal con las mismas pruebas absolvió, porque no aceptar, que en el proceso disciplinario hubo un error.

Depreca la nulidad por falsa motivación, con apoyo en los siguientes argumentos:

Se dio por demostrado que el actor incurrió en falta gravísima al tenor del numeral 11 del artículo 37 del Decreto No. 1798 de 2000, sin que existiera plena prueba en los hechos investigados y que a él se le imputaron, a pesar de lo dicho, no explica las razones de su afirmación.

Agrega que la Justicia Penal Militar, en la sentencia que absolvió al demandante por el punible de concusión, le sirve como soporte para demostrar que si no hubo la prueba para condenar allí, tampoco la había como soporte del fallo disciplinario.

Alega que en las decisiones disciplinarias, se invocaron motivos o hechos probatorios que no tipifican el precepto legal aplicado, *“lo que viene a constituir error de hecho y de derecho, lógico es deducir que hubo falsa motivación, lo cual indica que los actos acusados violan el principio de legalidad al que deberían estar sujetos...”* todos los órganos de la administración pública.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El Ministerio de Defensa, Policía Nacional, en su oportunidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para ello invocó los siguientes argumentos (Fl. 97 a 103):

A juicio del demandante se infringió el artículo 37 numeral 11 Decreto No. 1798 de 2000, por cuanto en los fallos de las dos instancias lo hallaron responsable a título de dolo, encaminado a violar las leyes, normas y reglamentos, en el ejercicio de su condición de Secretario de la Oficina de Admisiones de la Policía Nacional. Sin embargo, aclara la parte demandada que precisamente se le endilgó al demandante por que: *u ••• pidió dinero a los Señores FERNANDO VALENCIA FLOREZ - Médico Radiólogo y SANDRA MERCEDES ZULETA, Técnica en Electroencefalografía, argumentando que serían utilizados para un agasajo a unos superiores y gastos logísticos para el proceso de incorporación, concretando en el caso de la señora SANDRA MERCEDES un valor de \$5.000.00 por cada examen”.*

Argumenta entonces la parte demandada que los fallos de las dos instancias se ajustan a las normas aplicables y la sanción se acompasa con lo esclarecido mediante el acervo probatorio que reposa en el proceso disciplinario.

Pone de presente que al actor le corresponde la carga de la prueba de demostrar la inexactitud o falsedad de los fallos, para lo cual cita los artículos 168 del C.C.A y 177 del C.P .C.

Agrega que en el proceso que cursó en contra del demandante, se respetó el debido proceso, pues fue juzgado con arreglo a leyes preexistentes, por el juez disciplinario competente y observando la plenitud de las formas del juicio.

Concluye que en el proceso disciplinario no se vulneraron las garantías, porque el actor agotó allí las instancias, se le proporcionó la oportunidad de defensa y tuvo a disposición los recursos de ley, pues se le notificó el pliego de cargos, se le permitió

solicitar la práctica de pruebas, se le notificó la sanción en forma legal, se le advirtió sobre los recursos que podía emplear, recursos que fueron presentados y tramitados, al punto que existió una segunda instancia en la cual se confirmó la sanción.

Finalmente agrega que en el proceso disciplinario no violó el principio de igualdad, habida cuenta que la solicitud de destitución se le puede aplicar a cualquier miembro de la entidad demandada bajo el régimen disciplinario y cuando se considere que la falta investigada afecta el "*prestigio institucional*", observancia de formas de la cual viene la legitimidad de la autoridad.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la sentencia de 19 de noviembre de 2009, negó las pretensiones de la demanda, providencia que está soportada en las siguientes consideraciones (Fls. 140 a 168):

El actor argumenta contra de los actos administrativos sancionatorios, con base en que las pruebas trasladadas del proceso penal militar al proceso disciplinario, no cumplieron con los requisitos de contradicción, previstos en el régimen aplicable para que sean tenidas como válidas en el juicio disciplinario.

Conforme a lo probado dentro del plenario, hubo dos procesos contra el hoy demandante, uno de carácter penal y otro de índole disciplinario; la prueba testimonial cuestionada se trasladó del proceso penal militar al proceso disciplinario, concretamente de aquél se trajeron las declaraciones de la doctora Sandra Mercedes Zuleta Gil (encargada de realizar las electroencefalografías) y del doctor Fernando Valencia Florez (Médico Radiólogo); profesionales de la salud encargados de realizar exámenes médicos a los aspirantes a ingresar a la Policía Nacional; éstas pruebas son las que se cuestionan en la demanda por no reunir los requisitos de validez.

Consideró que los testimonios referidos fueron puestos en conocimiento del disciplinado, garantizando así su derecho a la contradicción, el cual no fue ejercido en la oportunidad legal, esto es, en la etapa de descargos.

Para el Tribunal es importante ver que el demandante participó en el proceso penal, donde se practicaron las pruebas trasladadas. En consecuencia, la parte contra quien se opone las pruebas impugnadas tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, señalado en el artículo 29 de la Constitución Política y en el artículo 97 del Decreto No. 1798 de 2000.

En cuanto a la valoración probatoria, según el *a quo*, fue efectuada por el Juez natural, los testimonios llevaron a éste a la certeza de la tipificación de la falta contenida en el numeral 11 del artículo 37 del Decreto No. 1798 de 2000, notoriamente diferente a la tipificación del delito de concusión investigado por la Justicia Penal Militar que contiene otros ingredientes normativos e interpretativos.

En su criterio, las pruebas supuestamente desestimadas para el hallazgo de la responsabilidad penal, se utilizaron válidamente para la tipificación de una falta disciplinaria gravísima de acuerdo al régimen correccional de la Policía Nacional, lo cual no es violatorio de ninguna norma toda vez que como se ha analizado los regímenes sancionatorios guardan total independencia por los fines que cada uno de ellos persigue. Por lo tanto, consideró el Tribunal que no se vulneraron las normas superiores que denuncia la censura.

A juicio de la primera instancia, tampoco existe falsa motivación de los actos administrativos acusados, en razón a que las pruebas que determinaron la decisión sancionatoria, consistente en la destitución del actor y toda la investigación disciplinaria adelantada por el Juez natural, preservaron coherencia y razonabilidad con lo decidido. La valoración fáctica y jurídica hecha en los fallos disciplinarios, guarda total conexión con la consecuencia de derecho deducida en contra del sujeto disciplinado, es decir, las pruebas que soportan la decisión impugnada existieron válidamente en el proceso y eran indicativas de la existencia de la falta disciplinaria.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, impugnación que sustentó con base en los siguientes argumentos (Fls. 171 a 173):

Invoca, la precariedad de las pruebas testimoniales en que se fundamentó el retiro del actor de la Policía Nacional, si no fuera por la apreciación errónea de ellas y la ausencia de tipificación de la falta, no se hubieran proferido los actos acusados a través de la demanda, por ello insiste en el control de los actos administrativos que equivocadamente le destituyeron del cargo, para lo cual debe tenerse en cuenta que en el fallo de primera instancia se sigue incurriendo en los mismos yerros de apreciación de las pruebas y con base en estas se da por cierto la tipificación de la falta que originó la destitución del actor de la Policía Nacional, mediante los actos administrativos acusados; entonces, es procedente que sea el *ad - quem*, quien haga el análisis detallado de tales pruebas y decida lo que en derecho corresponda, ya que ellas no resisten el más mínimo análisis, ni llevan a deducir la responsabilidad grave que generó que el actor fuera retirado del servicio activo de la Policía Nacional. Alega que del testimonio del médico Fernando Valencia Flórez, en el cual se comentó de la posibilidad de un almuerzo para los superiores que venían de Bogotá, lo que no ocurrió, no constituye una efectiva solicitud u obtención de la dádiva ni obtención del lucro. Con ello, no se infringe norma alguna, ya que para la deducción de la responsabilidad disciplinaria efectivamente debe solicitarse u obtenerse el provecho de la ilicitud, lo cual no ocurrió. Además, el actor ningún beneficio obtuvo con ello.

En cuanto a la declaración de la médica Sandra Mercedes Zuleta, afirma el demandante, que este testimonio es dubitativo y aislado del anterior, que carece de otro respaldo probatorio, no obstante la declarante haber dicho en su versión que se dio cuenta de ello el doctor Mogollón y la secretaria Liliana Rave, pero ni en la justicia penal militar, ni en el proceso disciplinario se practicaron las declaraciones de estas personas, para verificar la autenticidad del supuesto cargo a que hace alusión la deponente en su declaración.

Así mismo señala el demandante, que de la declaración de la médica Sandra Mercedes Zuleta que no se podía desprender responsabilidad alguna en contra del disciplinado, ya que de ese simple dicho se colige que lo hecho por inculpado fue llevar una razón de su superior Tabares, o sea, actuó como "*mandadero*" de éste y no a título personal, lo cual descarta la norma que se aplicó, pues para que

ella se tipifique, el autor debe solicitar u obtener la dádiva o el lucro del producto ilícito a título personal por su gestión, lo cual no aconteció porque él no solicitó, ni obtuvo nada, tampoco se benefició por su gestión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó la confirmación de la Sentencia, para hacer tal ruego, se apoyó en los siguientes argumentos (Fls. 216 a 220):

Observó el Ministerio Público que los testimonios de Natasha Gutiérrez Vásquez, Luz Dary Aguirre, Edwin Urrego, Enrique Londoño, no acusan al actor de haber solicitado ningún dinero. Empero del testimonio de Juan Carlos Barrera Sánchez, Fernando Valencia Flórez y Sandra Mercedes Zuleta Gil, sí demuestran que el accionante cometió la falta estipulada en el numeral 11 del artículo 37 del Decreto No. 1798 de 2000, norma que en su texto expresa como falta: *"Solicitar o recibir dádivas o cualquier otra clase de lucro proveniente directa o indirectamente del usuario del servicio, del funcionario, empleado de su dependencia o cualquier persona que tenga interés en el resultado de su gestión"*, como lo sostuvo el *a quo*, pues el inculpado no tenía por qué solicitar colaboración para el supuesto agasajo o almuerzo o a sus superiores, ni pedir \$ 5.000 pesos por cada examen que practicaba la señora Zuleta, dado que si lo que quería era obtener una rebaja para los presuntos aspirantes a patrulleros, este no era el conducto regular para tal efecto.

La falta disciplinaria, como se dijo en los fallos respectivos fue cometida a título de dolo, y está sustentada en las pruebas trasladadas del proceso penal militar al disciplinario.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que se ha planteado en la demanda, y del cual se ocupa ahora la Corporación, consiste en examinar la legalidad de los actos emitidos por el Director General de la Policía Nacional, por medio de los cuales declaró responsable disciplinariamente al demandante.

Para resolver esta controversia, abordará la Sala el estudio de los siguientes aspectos: **1.-** Sobre la función constitucional atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo que atañe al control judicial de la potestad disciplinaria.; **2.-** Sobre la independencia entre los regímenes Disciplinario y Penal **3.-** Si el traslado de la prueba se hizo cumpliendo las exigencias legales y hubo una adecuada valoración probatoria.

Con el fin de resolver el problema expuesto, la Sala resalta la existencia de los siguientes documentos y pruebas acerca de los hechos:

- Se allegaron copias de las siguientes providencias proferidas por la entidad demandada; el fallo de 5 de septiembre de 2001, por el cual se declaró responsable disciplinariamente al demandante (Fls. 38 a 58); la providencia de 18 de septiembre de 2003, que desata el recurso de reposición interpuesto contra el fallo de primera instancia (Fls. 60 a 82) y el acta de notificación al demandante del último proveído (Fl. 85)

- Se aportó copia de toda la actuación adelantada, por la entidad en el trámite disciplinario (cuatro cuadernos de 1 a 219; 1 a 313; 1 a 274 y 1 a 107 folios).

1.- Sobre la función constitucionalmente atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo que atañe al control judicial de la potestad disciplinaria.

Según el diseño Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, lo que no excluye que algunas entidades puedan ejercer directamente esa función como es el caso que hoy distrae la atención de esta Sala, en que se acusan los actos producidos por la Policía Nacional en uso de la potestad disciplinaria a ella atribuida. No obstante en ambos casos, la actividad de la administración, cuando ella expresa su vocación correccional está sometida al control judicial que ejerce la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A pesar de ellos, el control judicial de la potestad disciplinaria no se ejerce de cualquier modo, sino que conoce limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia. Al respecto, la Sala se permite evocar lo dicho en el fallo de 3 de septiembre de 2009¹ en la cual se dejó establecida:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005. Actor Diego Luís Noguera Rodríguez contra la Nación -Procuraduría General de la Nación.

“De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso.

Bajo esta perspectiva, el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción.

Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario, se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba producida con violación al debido proceso, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad fundamental para el ejercicio del derecho de defensa.

Entonces, en línea de principio puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U.”.

Todo lo anterior implica que en la sede Contenciosa Administrativa, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, cuando el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más

preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si la producción y la valoración de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley.

A pesar de lo dicho, no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de acierto que blindo los actos de la Administración, cuando ella se expresa en el ejercicio de la competencia correccional y disciplinaria, pues en el proceso disciplinario, está ordenado que se cite a la parte supuestamente agraviada, quien por lo mismo es sujeto esencial en el juicio correccional. Se refiere el Consejo de Estado a que la competencia disciplinaria derivada de la Constitución y la ley, se ejerce de manera minuciosamente reglada dentro del procedimiento fijado para el juicio disciplinario. Como puede verse, es propio de esta actividad específica de la administración, que ella sea cumplida con estricta sujeción al Código Disciplinario Único, expresión del legislador que se ocupa en detalle y minuciosamente de regular la protección de las garantías constitucionales básicas del inculpado, es decir un código que ampara el derecho de defensa, la publicidad, la contradicción de la prueba, el derecho a presentar alegaciones, así como la posibilidad de una doble instancia y en general que el acto final por el que se impone un castigo, no sea simplemente el fruto de la actividad genérica de la Administración, sino el resultado de la participación del propio afectado, a quien el legislador, mediante las formas consagradas en Código Disciplinario Único, entrega las herramientas necesarias para contener los desvíos en que pudiera incurrir la autoridad en el ejercicio de esa competencia sancionatoria.

Puestas las cosas de este modo, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa del modo activo y determinante en la construcción de la decisión cuando ella se expresa en su fase represiva, intervención del imputado que se expresa mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, por vía de los recursos internos del proceso. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria ejercida a la luz del Código de la materia, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional que se adelanta con la participación plena del sancionado. Por ello, cuando el asunto se traslada, y emerge el momento de control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor está en capacidad de erosionar el fallo disciplinario, dotado como el

que más, de la presunción de legalidad y acierto, todo desde luego sin perjuicio de la evaluación que se haga en cada caso concreto.

2.- En lo que atañe a la independencia de las acciones disciplinaria y penal.

Previamente a resolver se hace necesario acudir a lo que al respecto han dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, de modo especial en la Sentencia C-720 de 2006, expresó:

“Separación entre las ramas del poder público. [proceso disciplinario - Diferencias con el proceso penal] 5. Para explicar la presunta violación del artículo 113 de la Carta Política, la demandante manifiesta que la norma impugnada permite que la administración –disciplinaria- incurra en contradicciones en relación con las determinaciones judiciales tomadas en el curso de un proceso penal, en el que también se evalúa si se realizó objetivamente la descripción típica consagrada en la ley.

Como se ha explicado en esta providencia, el proceso penal y el disciplinario atienden a naturaleza, materia y finalidades diferentes, sin que exista mérito para considerar que el procesado en ambas instancias por una misma conducta resulta inculcado dos veces por un mismo hecho o sancionado más de una vez por la misma conducta.

(...)

5.2. La diferencia en cuanto a la naturaleza, principios, características y finalidad de los procesos penal y disciplinario, puede llevar a que por un mismo hecho: i) se condene penalmente y se sancione disciplinariamente a la misma persona, ii) se le condene penalmente y se le absuelva disciplinariamente, iii) se le absuelva penalmente y se le sancione disciplinariamente, o iv) se le absuelva penal y disciplinariamente.

En todas estas hipótesis se habrá tramitado tanto el proceso penal como el disciplinario, sin que haya mérito para considerar que por tal razón se ha violado el principio non bis in ídem, pues, como se ha explicado, se trata de juicios que atienden a razones y fines diferentes, los cuales pueden dar lugar a decisiones similares o divergentes.

De esta manera queda desvirtuado el cargo formulado por la ciudadana Sandra Vanegas Leño, según el cual la norma demandada atenta contra la separación entre las ramas del poder público (C.Po. art. 113), pues, como quedó explicado, la rama judicial y la autoridad disciplinaria pueden conocer de manera autónoma respecto de una misma conducta, sin que por tal razón se vulnere el principio non bis in ídem.

“(...) cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados

también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales”.

A su vez, esta Corporación en la decisión de 6 de febrero de 1997 se pronunció en los siguientes términos²:

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

Y en el mismo sentido, el Consejo de Estado dejó sentado³

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

² Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Magistrada Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas. Radicación número: 11369. Actor: Angélico Bustos Peña. Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Referencia: Autoridades Nacionales Apelación Sentencia

³ Consejo de Estado. Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, Sentencia de 31 de enero de 2002. Radicación número: 27001-23-31-000-2193-01(440-99). Actor: JULIO CESAR BENAVIDES RAMIREZ. Demandado. Incora.

consideró, a diferencia, que había mérito para aplicar la sanción. Las pruebas aportadas al proceso penal no pueden entenderse en el mismo contexto que las allegadas al disciplinario”.

Puestas en esta dimensión las cosas, carece de razón el demandante cuando plantea que la suerte del proceso penal determina la suerte del proceso disciplinario, y que por tanto si allá hubo absolución o si terminó por prescripción, por ejemplo, lo mismo debe acontecer en el proceso disciplinario. No es cierto, como sugiere el demandante, que la absolución tomada en un proceso

penal comunique sus efectos al proceso disciplinario, como si este fuese un apéndice de aquel, o como si operara una especie de prejudicialidad.

A juicio del Consejo de Estado, el bien jurídico protegido por la acción disciplinaria es distinto del que es propio del proceso penal. En efecto, aunque la investidura oficial es relevante, los tipos penal y disciplinario son distintos en su estructura básica, y por lo mismo la absolución penal no implica necesariamente la exoneración en el proceso correccional. El bien jurídico protegido por la norma penal es más amplio y genérico, pues se hallan involucrados los valores e intereses de toda la sociedad. Por el contrario, el interés protegido por la acción disciplinaria es institucional, es decir más reducido en su ámbito, pues en el caso de la Policía Nacional, priman las exigencias de transparencia, confiabilidad propias del manejo interno de la institución para responder a lo que la sociedad espera de ella. Además, el reconocimiento de que el legislador puede consagrar tipos disciplinarios y tipos penales para sancionar la conducta de los funcionarios público, muestra por sí solo la distinta naturaleza y la independencia de las actividades penal y correccional.

Puestas en esta dimensión las cosas, la presunción de legalidad de los actos de la administración no ha sido desvirtuada lo que conduce al fracaso de las pretensiones de la demanda.

3.- Acerca de la prueba trasladada.

Como la demostración del hecho investigado en el proceso disciplinario, viene asentada sobre la prueba trasladada, es menester recordar que el artículo 124 de la Ley 200 de 1995 establece:

“ARTICULO 124. PRUEBA TRASLADADA. Las pruebas obrantes válidamente en un proceso judicial, administrativo o disciplinario, podrán trasladarse al proceso disciplinario en copia autenticada y se apreciarán de

acuerdo con las reglas preexistentes, según la naturaleza de cada medio probatorio

De la misma manera el artículo 185 del C. P. C. Señala que:

"las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia autentica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella".

Así pues, cuando la prueba se produce en un proceso penal, allí debió ser decretada y oportunamente practicada, por lo que cualquiera de los investigados tuvo la posibilidad de oponerse a la misma, tachándola o repudiándola por adolecer de los requisitos de ley, todo en ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

De conformidad con las normas transcritas, lo fundamental en materia de prueba trasladada, es que ella haya sido autenticada en el despacho de origen, y de modo singular que se haya producido en el proceso de origen con audiencia de la parte contra quien se utiliza, exigencia que tiene como fundamento que se cumpla el principio de contradicción. De este modo, si el hoy demandante participó en el proceso penal, de tal modo que allí obtuvo la absolución, la prueba originada en ese proceso cumple con el requisito de contradicción previa que es esencial para que pueda valorarse en el proceso de destino.

Los testimonios fueron producidos en el proceso penal, con audiencia allí del inculpado, y debidamente trasladados al proceso disciplinario, en el cual además se pusieron en su conocimiento por si quería reclamar su ratificación, cosa que efectivamente no hizo. Dichos testimonios fueron adecuadamente valorados, siguiendo las reglas de la sana crítica y en su contenido revelan la incriminación en contra del hoy demandante.

Entre otras cosas, se acusa que el demandante pidió una suma de dinero para un supuesto agasajo, hecho que él acepta, aunque justifica haber sido mandado por un superior, mandato que nunca se demostró. La explicación intentada por el inculpado resulta inverosímil, pues si fuera cierto que se proyectaba un agasajo, lo que por sí es censurable desde el punto de vista disciplinario, resulta inverosímil que la colecta se hiciera exigiendo una proporción de cada examen, pues nada tendría que ver el valor del dicho ágape con el número de exámenes realizados. Lo que acaba de comentarse, sólo a manera de ejemplo, muestra la razonabilidad de las conclusiones derivadas por la autoridad disciplinaria, y el despropósito de la

demanda, que solo busca una nueva valoración de la prueba según sus particulares intereses.

Con apoyo en los anteriores argumentos, es del caso confirmar la sentencia del Tribunal en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub sección "B", administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la Sentencia proferida el 19 de noviembre de 2009, por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la cual esa autoridad negó las pretensiones de la demanda incoada por Héctor Javier Rivera Blandón contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA