

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., nueve (9) de julio de dos mil quince (2015).

REF: EXPEDIENTE No. 110010325000201200189 00
No. INTERNO: 0777-2012
ACTOR: JOSÉ LIBARDO MORENO RODRÍGUEZ
AUTORIDADES NACIONALES
INSTANCIA: ÚNICA - DECRETO 01 DE 1984.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 22 de julio de 2014, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor José Libardo

Moreno Rodríguez contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional¹.

ANTECEDENTES².

José Libardo Moreno Rodríguez por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho estipulada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó que se declare la nulidad de los Fallos de Primera³ y Segunda⁴ Instancia mediante los cuales le imponen y confirman, respectivamente, una sanción de destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por 14 años, contados a partir de la ejecutoria del fallo, por infringir el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006⁵ a título de dolo; y, la Resolución No. 00248 del 7 de febrero de 2011, proferida por el Director General de la Policía Nacional, mediante la cual ejecutó los anteriores actos administrativos, y en consecuencia, lo separó en forma absoluta del servicio activo de dicha institución⁶.

¹ Mediante Auto de 22 de mayo de 2012, esta Corporación avocó conocimiento del presente proceso y admitió la demanda (folios 226 a 231).

² Visible a folios 2 a 7.

³ Proferido por el Jefe (e) de la Oficina de Control Disciplinario Interno COSEC3 el 17 de agosto de 2010.

⁴ Expedido por la Inspectora Delegada Especial de la Policía Metropolitana de Bogotá el 10 de diciembre de 2010.

⁵ Remitido al artículo 209 del Código Penal.

⁶ “(...) Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. **Modificado por el art. 5, ley 1236 de 2008.** El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5). Expresión subrayada declarada Exequible mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-876 de 2011. (...)”.

⁶ Dicho acto administrativo dispuso lo siguiente:

A título de restablecimiento del derecho solicitó, el reintegro a la Policía Nacional al cargo que venía desempeñando u otro cargo de igual o superior categoría o, al grado que ostenten sus compañeros de curso y antigüedad al momento del reintegro sin solución de continuidad; reconocer el pago de todos los salarios y prestaciones sociales compatibles con el reintegro, causados desde la fecha del retiro hasta la fecha en que se materialice su reintegro, con los correspondientes mejoras, intereses moratorios e indexación a que hubiere lugar; dar cumplimiento a los artículos 176 a 178 del C.C.A.; y, condenar en costas a la parte demandada.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS⁷:

Señaló el demandante que prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 14 de marzo de 2005, fecha que ingresó a realizar el curso de aspirante a Patrullero y del cual egresó como Patrullero de la Escuela Nacional de Carabineros mediante Resolución No. 04852 del 1º de diciembre de 2005.

Expresó que el 22 de julio de 2009 el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno COPER 3, abrió indagación preliminar en su contra por

"(...)ARTICULO 1º Retirar del Servicio Activo de la Policía Nacional por Destitución, al señor Patrullero José Libardo Moreno Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.913.530. Así mismo el citado policial se encuentra inhabilitado para ejercer cargos públicos por el término de catorce (14) años, de conformidad con lo dispuesto en el fallo de primera instancia de fecha 17 de agosto de 2010, emitido por el Jefe (E) Oficina Control Disciplinario Interno del Comando Operativo de seguridad Ciudadana Tres y providencia de segunda instancia del 10 de Diciembre de 2010, proferido por la Inspectora Delegada Especial de la Policía Metropolitana de Bogotá.

(...)"

⁷ Folios 5 a 12.

la queja que presentó la señora Consuelo Rodríguez en la cual manifiesto, inicialmente, que en el mes de mayo de 2008, supuestamente, había intentado violar a su hija de 11 años de edad, pero como no lo logró entonces conquistó a su otra hija de 15 años. Tiempo después, en la diligencia de ampliación y ratificación señaló que, un día domingo en el mes de mayo del mismo año “manoseo” a su hija mayor Laura Alexandra Tibaquicha de 16 años de edad y que posteriormente “(...) *comenzó a ver mucha confianza entre JOSÉ y su hija mayor y entonces le dijo a ella que cuando se le entregara a un hombre lo hiciera a alguien que la valorara, que él hablaba delante de su hija con las novias, que cuando ella se dio cuenta ellos ya tenían relaciones (...)*”.

Anotó que el 14 de septiembre de 2009 Laura Alexandra Tibaquicha Rodríguez de 17 años de edad rindió declaración en la cual manifestó que había asistido a la diligencia porque la mamá puso una denuncia en contra suya⁸ por la relación de noviazgo que habían tenido a escondidas; que su mamá le había contado que su hermana había sido manoseada por él; que durante los diez meses que perduró la relación sentimental mantuvieron relaciones sexuales cotidianamente y que él nunca la obligo a eso; finalmente dijo que ella no sabía si efectivamente él había abusado de su hermana.

Afirmó que el 14 de diciembre de 2009 se abrió investigación disciplinaria en su contra teniendo como fundamento la ampliación de queja y la declaración de Laura Alexandra.

⁸ Entiéndase, en contra del señor José Libardo Moreno Rodríguez.

Sostuvo que 9 de Abril de 2010 rindió declaración la menor Angie Marcela Tibaquicha, quien manifestó que el 11 de octubre de 2008 ella estaba acostada en la cama de la mamá y como a las siete y media había llegado “(...) *José Libardo se sentó en la cama y empezó a tocarla, que ella le dijo que no, entonces él le dijo que un poquito, que ella se levantó de la cama, se bajó al primer piso y le contó a la mamá, que a esa hora estaba oscuro, que solamente se veía la luz del televisor, que la mamá le hizo el reclamo y él le hacía señas que no le dijera (...)*”.

Resaltó que el 9 de abril de 2010 rindió declaración de versión libre en la cual expuso que en febrero de 2008, a raíz de su traslado, se fue a vivir la casa de su abuela donde también vivía su tía la señora Consuelo Rodríguez, que el trato con ellas era muy bueno hasta el día en que comenzaron a tratarse de una manera especial con su prima Laura Alexandra de 16 años de edad, con quien manutuvo una relación de noviazgo a escondidas y donde mantuvieron relaciones íntimas pero con el consentimiento de ella. Además señaló “(...) *QUE ÉL SIEMPRE JUGABA CON SUS PRIMAS. QUE SE HACÍAN COSQUILLAS PERO NO MÁS. QUE ÉL NUNCA LA TOCO. QUE TODO SE DEBIÓ A QUE SU TÍA SE ENTERÓ QUE ÉL TENÍA UNA RELACIÓN DE NOVIAZGO CON LAURA ALEXANDRA. QUE SU TÍA FORMULÓ LA QUEJA FUE POR HABER TENIDO LA RELACION CON LAURA. QUE LO QUE DICE LA MENOR ANGIE NUNCA SUCEDIÓ YA QUE DE HABER SIDO ASÍ DE INMEDIATO ELLA HUBIERA COLOCADO LA QUEJA. QUE LA QUEJA LA COLOCO ELLA PARA TOMAR REPRESALIAS EN SU CONTRA (...)*”.

Arguyó que la menor Angie Marcela Tibaquicha señaló en otra declaración que “(...) *ese día JOSÉ subió a la habitación y le empezó a tocar la vagina y los senos (...).*”.

Manifestó que el 28 de junio de 2010 se profirió pliego de cargos en su contra por haber incurrido, presuntamente, en el numeral 10 del artículo 34 de Ley 1015 de 2006, esto es, por “(...) *incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como: Franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio, o en su hospitalización. Dicha conducta es la contemplada en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), el cual establece que: “(...) El que realizare actos sexuales diversos al del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años. (...).*” Lo anterior se fundamentó en que ese presunto acto de tocar la vagina y los senos en que pudo incurrir el disciplinado, está considerado como sexual, dada la especial característica de zona erógena que tiene la vagina y los senos en una mujer, de tal suerte que con su contacto, puede despertar reacciones físicas en una menor de 11 años, al estar ubicada en una parte del cuerpo susceptible de excitación sexual, pese a la corta edad.

Relató que el 17 de agosto de 2010 se profirió Fallo de Primera Instancia en el cual se le responsabilizó disciplinariamente por infringir el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 a título de dolo, bajo el argumento de que la menor Angie Marcela Tibaquicha había sido contundente cuando precisó

que hubo contacto íntimo sobre sus genitales; por ende, fue sancionado con la destitución y 14 años de inhabilidad para ejercer cargos públicos.

Comentó que el 10 de diciembre de 2010 el inspector Delegado de la Policía Metropolitana de Bogotá profirió Fallo de Segunda Instancia en el cual confirmó la anterior providencia y, que por medio de la Resolución No. 00248 del 7 de Febrero de 2011 el Director General de la Policía Nacional ejecutó la sanción disciplinaria, y en consecuencia, ordenó su retiro de la institución.

Enunció que desde todo punto de vista los actos acusados son violatorios del debido proceso y del derecho de defensa, primero, porque no existe prueba que demuestre la real ocurrencia de los hechos, y segundo, debido a que se incurrió durante la investigación en varios yerros procesales.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 125, 209 y 218; Código Contencioso Administrativo, artículos 3, 34, 84 y 85; Código Único Disciplinario, artículos 6 y 94; Leyes 640 de 2001; 1015 de 2006, artículos 3º, 5º, 7º, 11, 16, 18 y 20; 1395 de 2010 y 1395 de 2010.

El demandante consideró que los actos impugnados están viciados de nulidad por los siguientes cargos:

Apreciación indebida de las pruebas.

Manifestó que la señora Consuelo Rodríguez en la queja rendida el 10 de Octubre de 2008, afirmó que él intentó violar a su hija de 11 años de edad, pero que calló por no dañar su hoja de vida y para que no fueran a rechazar a su hijo que estaba adelantando las diligencia para ingresar a la Policía Nacional; en tal sentido, el Operador Disciplinario vulneró el artículo 128 de la Ley 734 de 2002⁹, como quiera que para evaluar en debida forma las pruebas allegadas al proceso, en especial lo dicho por la quejosa, debió ordenar pruebas que permitieran establecer si era cierto o no lo dicho por ella, ya que con ello justifica el hecho de no haber denunciado en su momento el supuesto hecho y por el contrario lo que se observa es un afán de venganza de causarle un daño al disciplinado por el hecho de haber sostenido una relación amorosa con la hija mayor.

Enunció que no se tuvo en cuenta, las incongruencias que presentó la mencionada señora, inicialmente en la queja y posteriormente en la declaración que rindió el 14 de septiembre de 2009, específicamente en “(...) *el supuesto hecho ocurrió entre las 7 u 8 de la mañana de un día domingo en el mes de mayo del año anterior, que ella se encontraba en la cocina con su hija mayor de nombre LAURA ALEXANDRA de 16 años de edad y su señora madre, después afirma que ese mismo día ella le comentó eso a su hija*

⁹ “(...) **Artículo 128. Necesidad y carga de la prueba.** Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.
(...)”.

mayor, LAURA, de lo cual se deduce que es falsa su afirmación de los supuestos hechos, dice también que ella después se enteró de las relaciones que tenía su hija con su sobrino, y fue ahí donde comenzó a vengarse de su sobrino, más aún si se tiene en cuenta lo que ésta le dijo a MORENO que lo hacía por haberse metido con LAURA ALEXANDRA (...)."

Irregularidades en los fallos acusados.

Consideró que se le violó su derecho de defensa y de contradicción de la prueba, ya que el 22 de septiembre de 2009, ocho días después de haber sido practicadas las pruebas, le fue notificada la apertura de la indagación preliminar, sin que hubiese podido intervenir durante la diligencia.

También destacó que cuando se produjo el pliego de cargos se incurrió en yerros procesales gravísimos que afectaron los mencionados derechos, habida cuenta que los Operadores Disciplinarios desbordaron su facultad disciplinaria para invadir la esfera de la jurisdicción penal, porque no realizó la descripción material de la conducta conforme lo ordena el Código Disciplinario Único; además, en el concepto de violación el verbo rector no cumplió con los presupuestos del pliego de cargos "(...) *pues se enrostró como verbo rector en contra del investigado el VERBO RECTOR de la norma penal, esto es, **REALIZAR**, cuando realmente para no incurrir en un grave defecto fáctico debió endilgar el verbo rector de la norma disciplinaria, o sea el contemplado en el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, que es el de **INCURRIR** (...)"*; al respecto indicó que, el analizar la conducta

frente al verbo rector contemplado en el tipo penal, no aplica en materia disciplinaria.

Añadió que pliego de cargos se debe elaborar con sumo cuidado, en el sentido de precisar de manera clara y concreta la falta que se imputa, a efectos de no atentar contra el debido proceso y el derecho de defensa¹⁰.

Reiteró que en el Fallo de Primera Instancia se incurrió en los mismos yerros procesales que en el pliego de cargos, como quiera que copió el pliego de cargos en lo que tiene que ver con el tipo penal consagrado en el artículo 209 del Código Penal y la fundamentación para éste tipo penal, en especial el análisis que hace de la descripción típica y del verbo, para luego concluir que el acto que realizó fue lujurioso en la medida en que despertó sus apetitos sexuales.

Anotó que el juicio disciplinario es independiente de la demostración del dolo o la culpa en el proceso penal, siendo aquí donde radica la diferenciación entre una y otra responsabilidad, ya que si la conducta típica y la culpabilidad fueran la misma cosa en el derecho penal y en el disciplinario, y estos dos derechos fueran de igual naturaleza, resultaría, en primer lugar, que no tendría por qué haber dos normatividades legales tratando un único asunto, y

¹⁰ *Corte Constitucional, Tutela T-1034 de 2006.*

"(...) lo anterior no significa que el tallador en materia disciplinaria pueda actuar de manera discrecional en la adecuación típica de las conductas de los servidores públicos investigados a los tipos sancionadores porque en todo caso su actividad hermenéutica está sujeta a distintos límites derivados, por una parte, del contenido material de las disposiciones disciplinarias y por otra parte de los principios y reglas que rigen la interpretación de los preceptos jurídicos en las distintas modalidades del derecho sancionador. dentro de los cuales se destaca precisamente el principio que prohíbe la interpretación extensiva de los preceptos que configuran faltas disciplinarias, aspecto que será abordado a continuación con más profundidad. (...)"

en segundo lugar, se estaría sancionando dos veces por una misma conducta, vulnerándose con ello el principio del non bis in ídem; aunado a ello, es claro que la falta disciplinaria se configura porque se infringen deberes funcionales establecidos con el fin de mantener o preservar la disciplina y la buena marcha de la administración, entre tanto, el delito cuando se vulneran bienes jurídicos que protegen la sociedad, se constata la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico sin justa causa.

Alegó que solo obran declaraciones de una menor que al parecer es influenciada por su madre para que lo sindique de hechos que no ha cometido, los cuales son fruto del ánimo revanchista en su contra por el hecho de haber tenido relaciones con la hija mayor de la quejosa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada, a través de su apoderada, se opuso a las pretensiones de acuerdo con los siguientes argumentos¹¹:

Indicó que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no es una tercera instancia para dirimir procesos disciplinarios, por cuanto éstos están en cabeza de la Procuraduría General de la Nación en ejercicio del poder preferente, así como de las demás instituciones públicas a través de las Oficinas de Control Disciplinario, por lo cual no cualquier alegato puede ser de conocimiento, ni cualquier tipo de error está en la capacidad de cuestionar

¹¹ Folios 263 a 272.

el Fallo disciplinario. Al respecto el Consejo de Estado ha señalado¹² que el control que ejerce dicha Jurisdicción no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

Expresó que al revisar el proceso disciplinario adelantado al señor José Libardo Moreno Rodríguez no se presentó desviación de poder y que el acto administrativo fue expedido por autoridad competente con fundamento en situaciones factico jurídicas que corresponden la verdad de lo acontecido, de hecho, en el transcurso de la investigación se allegaron las pruebas que le dieron la certeza al juez disciplinario para aplicar la sanción de destitución e inhabilidad general.

Aseveró que la conducta asumida por el demandante, por la cual le fue impuesto el correctivo de destitución e inhabilidad general, estuvo apartada del postulado constitucional relativo a que las autoridades están estatuidas para proteger a todos los habitantes de Colombia en su vida, honra, bienes, al momento en que se demostró que incurrió en la conducta endilgada por el Operador Disciplinario, y con ello, infringió el deber funcional¹³.

Al respecto precisó que, en el derecho disciplinario no hay un bien jurídico protegido en estricto sentido, que tenga que verse afectado con la conducta desplegada por el servidor público, pues se trata de la infracción de deberes, por cuanto la relación especial de sujeción con el Estado requiere de

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente No 11001032500020050011300. No. Interno: 4980-2005. Actor Diego Luis Noguera Rodríguez, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹³ Ley 734 de 2002, ARTÍCULO 5o. ILICITUD SUSTANCIAL. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

controles que operan a manera de reglas de conducta, sin que la ilicitud sustancial comprenda el resultado material, pues la falta de éste no impide la estructuración de la falta disciplinaria.

Anotó que en el presente caso no se evidenció falsa motivación porque está probado que los hechos ocurrieron, que la falta disciplinaria se encuentra tipificada en la Ley 1015 de 2006 y que fue debidamente motivada por el Operador Disciplinario.

Consideró que dicha autoridad hizo uso de la normatividad que se encontraba vigente durante toda la actuación disciplinaria, de ahí que no hay lugar a cuestionar el procedimiento adelantado y menos, cuando todas las actuaciones le fueron notificadas, permitiéndole con ello una participación activa en el proceso, es más, los argumentos que expuso se contestaron oportunamente, por lo tanto, sus derechos se encuentran garantizados y materializados.

Afirmó que al actor le corresponde demostrar la inexactitud o falsedad de los Fallos Disciplinarios y del Acto de Ejecución que no demandó¹⁴, según lo dispone los artículos 168 del C.C.A¹⁵ y 177 del C. P. C.¹⁶, situación que no

¹⁴ Sic, el actor si demandó el acto de ejecución.

¹⁵ "(...) **ARTICULO 168. PRUEBAS ADMISIBLES.** En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración. (...)".

¹⁶ "(...) **ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

demostró en el presente caso. De igual modo, los actos administrativos cuestionados gozan de la denominada presunción de legalidad, por estar ajustados a la Constitución Política y a la Ley.

Finalmente, en cuanto a las excepciones solicitó decretar todas las que se establezcan dentro del proceso, lo anterior de conformidad con el artículo 164 del C.C.A; tener en cuenta que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es una tercera instancia para dirimir las controversias; y cosa juzgada, en razón a que el proceso disciplinario culminó con el Fallo de Segunda Instancia, contra el cual no procedía ningún recurso, por lo cual quedó ejecutoriado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término probatorio, tanto el actor como la entidad demandada presentaron alegatos de conclusión, con fundamento en los siguientes argumentos:

El Ministerio de Defensa – Policía Nacional¹⁷:

Indicó que los actos acusados son actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad, por haber sido expedidos, por un lado, de acuerdo

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba. (...)”.

¹⁷ Folios 336 a 347

al ordenamiento jurídico bajo el principio de legalidad, y por otro, por autoridad competente; adicionalmente, se encuentran ajustados a la Constitución y la Ley, por lo cual, la carga de la prueba de la ilegalidad la tiene la parte actora, situación que no ha demostrado, lo que quiere decir que el actor no cumplió con la carga que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de probar los supuestos fácticos en que apoya su petición.

Estipuló que el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Comando de Seguridad Ciudadana No. 1 de la Policía Metropolitana de Bogotá, adoptó la decisión de iniciar una investigación disciplinaria otorgando el trámite del procedimiento consagrado en la Ley 734 de 2002, por considerar que se encontraban satisfechos los requisitos para ello; efectivamente estaba ante la presencia de un hecho que había sido informado por un miembro de la Policía Nacional en ejercicio de sus funciones, el presunto autor se encontraba perfectamente individualizado, se constató su vinculación a la institución como uniformado perteneciente al Nivel Ejecutivo.

Consideró que al existir una certeza en la realización de la conducta disciplinaria por parte del actor, sobra de por sí, el resultado de una investigación penal, toda vez que en atención al derecho disciplinario se basa en la recolección, práctica y valoración del material probatorio de acuerdo a las reglas de la sana crítica y la experiencia, situación y elementos aplicados para la toma de la decisión emitida mediante el fallo disciplinario para este caso. Además no se puede desconocer que tanto la acción disciplinaria como

la penal son independientes una de la otra y sus resultados pueden ser diferentes.

Dijo que el deber funcional, principio estipulado en los artículos 218 de la Constitución Política, 55 de la Ley 734 de 2002 y 4º de la Ley 1015 de 2006, exige que el funcionario que es Policía cuente con unas calidades especiales tanto personales como profesionales que garanticen el cumplimiento de los fines y funciones del Estado Social de Derecho, porque de lo contrario se tornaría ineficaz dicha garantía.

Destacó que el señor José Libardo Moreno Rodríguez, en su calidad de investigado en el proceso disciplinario, contó con la oportunidad procesal de ejercer su derecho de defensa y contradicción, pues el Operador Disciplinario le garantizó el debido proceso y derecho de defensa. Por esta razón no puede ahora pretender el actor, utilizar la jurisdicción Contencioso Administrativa, para obtener un fallo favorable cuando éste tuvo la oportunidad procesal de interponer y sustentar el recurso de apelación en sede administrativa, el cual fue conocido en segunda instancia y fallado confirmado el de primera.

Parte demandante¹⁸.

Adujo que la sanción disciplinaria que le fue impuesta, es desde todo punto de vista caprichosa y arbitraria, pues no existía prueba que demostrara la

¹⁸ Folios 350 a 354.

real ocurrencia de la falta así como su responsabilidad, tal como lo ordena el artículo 142 de la Ley 734 de 2002¹⁹, ya que las pruebas arrimadas al expediente disciplinario no fueron valoradas en la forma como lo exige el artículo 141 ibídem²⁰, lo cual generó un sin número de incongruencias.

Anotó que los Operadores disciplinarlos incurrieron en sendos yerros jurídicos que afectaron no solo el debido proceso y el derecho de defensa del investigado, sino que también desconocieron la estructura del proceso disciplinario y atentaron en contra de la correcta administración de justicia, ya que desbordaron la facultad disciplinaria otorgada por la Ley e invadieron la esfera de la jurisdicción penal.

Precisó que la conducta por la cual fue sancionado, se adelanta el proceso Penal No. 11001600004920108990, que cursa en el Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento de la Ciudad de Bogotá, al cual no quisieron concurrir como testigos las señora Consuelo de las Mercedes Rodríguez, ni su hija Laura Alexandra Tibaquicha Rodríguez, ni mucho menos la víctima, *“(...) para lo cual manifestaron al Juez de conocimiento que se acogían a la excepción del deber de declarar, contemplado en el artículo 385 de la Ley 906 de 2004, lo cual fue aceptado por el Juez de Conocimiento; siendo así como la última audiencia celebrada fue la del día 25 de marzo de 2014; lo*

¹⁹ “(...) **Artículo 142. Prueba para sancionar.** No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

(...)”.

²⁰ “(...) **Artículo 141. Apreciación integral de las pruebas.** Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta. (...)”.

cual demuestra claramente que el hecho no tuvo ocurrencia y que la señora madre de la menor se arrepintió de continuar haciendo daño a una persona que no cometió hecho alguno (...)."

Destacó que en el dictamen pericial que practicó la Psicóloga Alicia Osorio Gallo, se concluyó que existía una "(...) manipulación por parte de CONSUELO DE LAS MERCEDES sobre los criterios de ANGIE MARCELA, magnificando el contexto de los hechos, motivada por un aumento en su nivel de ansiedad asociado a su rol de madre y a la amenaza que percibió sobre la integridad de su hija. Se vislumbra ambigüedad en las posiciones de ANGIE MARCELA, con respecto a los hechos vio circunstancias que motivan el proceso que nos ocupa, no con ello descartando la suscrita la existencia o no de los mismos, sino percibiendo las versiones como exaltadas narraciones que pueden alejarse tendencialmente de los hechos reales, dando oportunidad al imaginario a interpretar con exageración (...)."

CONSIDERACIONES

Antes de entrar a efectuar cualquier razonamiento por parte de la Sala, es necesario afirmar en cuanto a la denominada excepción genérica, que no se observa hecho o circunstancia alguna que permita enervar las pretensiones del libelo y omitir el estudio de los cargos de la demanda.

Ahora bien, referente al argumento que expuso la entidad demandada sobre la cosa juzgada, específicamente, en cuanto a que no procedía recurso

alguno ni mucho menos podía iniciarse la presente acción, y que el proceso disciplinario feneció con el Fallo de Segunda Instancia, es necesario traer a colación la Sentencia de la Corte Constitucional T-382 de 1995²¹, pues allí se estableció en forma clara y sucinta la diferencia que existe entre cosa juzgada administrativa y cosa juzgada judicial, veamos:

“(...) la cosa juzgada administrativa se distingue de la cosa juzgada judicial por dos aspectos esenciales: a) se trata de una inmutabilidad estrictamente formal -no material- en el sentido de que nada impide que el acto que tiene estabilidad en sede administrativa sea después extinguido por el órgano judicial; y b) porque siempre se admite la revocación favorable al administrado.” (Lo subrayado es de la Sala).

Visto lo anterior, nada impide que el acto que tiene estabilidad en sede administrativa sea después estudiado y posteriormente extinguido por el órgano judicial.

Adicionalmente, es necesario que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil²² para que se configure la cosa juzgada judicial. Siendo así, en el presente caso no se encuentra probado que en sede judicial se hubiesen presentado las situaciones previstas en el citado artículo, pues no se allegó ni siquiera sumariamente

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-382 de 31 de agosto de 1995, Referencia: 68030, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²² “(...) **Artículo 332. Cosa juzgada.** La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)”

referencia de sentencia o de proceso judicial en el que se haya tramitado o se esté estudiando un asunto similar.

En lo que tiene que ver con que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es una tercera instancia para dirimir las controversias, se deberá indicar que, ésta no corresponde a una excepción de mérito, en razón a que no se basa en hechos nuevos en los que se sustenta la demanda y que tenga además, la capacidad de enervar las pretensiones, por lo que entonces, al ser un mero argumento de la defensa, se desatará junto con el fondo del asunto.

En atención a lo expuesto, la Sala declarará no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Problema Jurídico.

Consiste en determinar si los actos administrativos demandados suscritos por el Jefe (e) de la Oficina de Control Disciplinario Interno COSEC3 y la Inspectora Delegada Especial de la Policía Metropolitana de Bogotá, que declararon responsable al señor José Libardo Moreno Rodríguez, y en consecuencia, lo sancionaron con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por 14 años, quebrantaron el debido proceso y el derecho de defensa al momento en que no valoraron las pruebas como correspondía, o en su defecto, si se desbordó la facultad disciplinaria para invadir la esfera de la jurisdicción penal.

De la vinculación laboral del actor.-

De acuerdo con el Extracto de Hoja de Vida visible a folio 314, cuaderno 4, se evidencia que el señor José Libardo Moreno Rodríguez ingresó como Alumno del Nivel ejecutivo de la Policía Nacional el 14 de marzo de 2005 y fue retirado por destitución el 28 de febrero de 2011.

De la actuación disciplinaria.-

El 10 de octubre de 2008 la señora Consuelo Rodríguez interpuso queja en contra del Patrullero José Libardo Moreno Rodríguez en la cual señaló lo siguiente (folio 3, cuaderno 2):

“(...) que tiene un sobrino en la policía de nombre PT JOSÉ LIBARDO MORENO RODRIGUEZ quien se encontraba laborando en chapinero, fue trasladado a la para la Estación de Policía de Engativá y como yo vivo en Villa Gladys el PT JOSÉ fue hasta nuestra casa a solicitarnos que lo dejáramos vivir con nosotros, a mediados del mes de mayo mi sobrino intentó violar a mi hija de 11 años. Por miedo de que le dañaran la hoja su hoja de vida y además, mi hijo se encontraba haciendo papeles para ingresar a la Policía callé para que no fuera impedimento y lo fueran a rechazar por la conducta de su primo, como no pudo violar a mi hija de 11 años conquistó a mi hija de 15 años pero ninguno nos habíamos dado cuenta, hasta el día de ayer que fui a acariciar a mi hija y ella me trató de ocultar algo, le insistí en varias veces que me dejara ver lo que tenía oculto y se negaba, la cogí a la fuerza y le pedía ayuda a mi madre para poderle quitar lo que tenía y me llevé la gran sorpresa que tenía una carta de

amor escrita por mi sobrino, al enterarnos de lo que estaba pasando llame a mi cuñado y le comente lo que estaba pasando y su única respuesta fue que él no podía hacer nada y se lo llevó de la casa.

(...)”.

El 22 de julio de 2009 el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno COPER 3 resolvió ordenar la apertura de la indagación preliminar por las presuntas conductas irregulares cometidas por el Patrullero José Libardo Moreno Rodríguez, que fueron manifestadas por la señora Consuelo Rodríguez (folios 8 a 11, cuaderno 2).

El 14 de septiembre de 2009 la señora Consuelo de las Mercedes Rodríguez al ampliar la queja interpuesta en contra del señor José Libardo Moreno Rodríguez señaló que, se ratificaba en lo expuesto; para el efecto indicó que:

“(...) no tengo la fecha exacta más o menos en mayo del año pasado me levante un domingo con mis dos hijas, era un domingo como a las 07 y 08 de la mañana, estaba yo abajo en la cocina con mi mami y mi hija mayor LAURA ALEXANDRA TIBAQUICHA RODRÍGUEZ, de 16 años en ese entonces, y mi hija menor ANGIE MARCELA TIBAQUICHA de 11 años se quedó mirando televisión en mi cama, legó el sujeto ese infeliz JOSÉ LIBARDO, nos saludó en la cocina y se subió directo a mi pieza, llegó uniformado porque acababa de llegar el servicio esta mañana, él vivía allí porque era sobrino mío, se acostó al lado de mi hija y empezó a manosearla, mi hija le dijo no JOSÉ respéteme, y él le dijo no un poquito un poquito, ella se levantó y se fue para donde yo estaba en el primer piso y me dijo “mami me cogió mi cuca” o sea le cogió la vagina

(...)”.

El 14 de septiembre de 2014 la menor Laura Alexandra Tibaquicha Rodríguez señaló en la declaración que rindiera lo siguiente:

“(...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si usted tiene conocimiento que supuestamente el señor PT JOSÉ LIBARDO MORENO RODRÍGUEZ manoseo a su hermana de 11 años de nombre ANGIE MARCELA. CONTESTADO: Si señor, la verdad no se mucho solo que me contó mi mamá, que ella estaba viendo televisión en la cama de mi mamá y él llegó de hacer turno y se le metió en la cama a la niña y empezó a tocarla, no recuerdo cuando fue eso. PREGUNTADO. Sírvase manifestar al despacho su relación fue antes o después de esos hechos. CONTESTADO: Eso fue antes (...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho cuanto tiempo sostuvo usted una relación amorosa con el señor PT. MORENO RODRÍGUEZ. CONTESTADO: Como diez meses desde antes y después de los hechos como un mes y las cosas quedaron así non hemos terminado. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si durante esos hechos ustedes sostuvieron relaciones sexuales. CONTESTADO: Si señor eran cotidianas. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si él la obligaba a tener relaciones con usted. CONTESTADO: No señor. (...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si usted habiendo tenido una relación con MORENO RODRÍGUEZ cree que el haya abusado o tocado a su hermana CONTESTADO: Si creo que sí (...).”

El 14 de diciembre de 2009 el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno COPER resolvió abrir investigación disciplinaria en contra del Patrullero José Libardo Moreno Rodríguez a fin de determinar si la conducta cometida es constitutiva de falta disciplinaria (folios 31 a 33, cuaderno 2).

El 9 de abril de 2010 la menor Angie Marcela Tibaquicha Rodríguez al rendir la declaración ante la anterior autoridad administrativa, señaló que (folios 42 y 43, cuaderno 2):

“(...) PREGUNTADO: Sírvase decir al Despacho si sabe el motivo de la presente diligencia, de ser positiva su respuesta por favor haga al Despacho un breve resumen de los hechos que le constan el pasado 11-10-2008 CONTESTÓ: Ese día yo estaba acostado en la cama de mi mami como a las 07:30 de la mañana y llegó JOSÉ y él empezó a tocarme el cuerpo, en la vagina y yo le dije que quieto JOSÉ y él me dijo pero un poquito, un poquito no más, entonces yo me baje de la cama y me fui para el primer piso donde estaba mi mami lo que JOSÉ me estaba haciendo, es que la alcoba de mi mami queda en el tercer piso, es que a esa hora estaba oscuro, solamente se veía la luz del televiso, cuando le conté a mi mami ella se subió a reclamarle y como mi mami me estaba mirando el me hacía señas con la cabeza y con la mano que no le dijera, nos bajamos con mi mami para la cocina. (...) EN ESTE ESTADO DE LA DILIGENCIA EL DESPACHO LE CONCEDE LA PALABRA AL SEÑOR PT. MORENO RODRÍGUEZ JOSÉ LIBARDO PARA QUE SI ES SU DESEO PUEDA PREGUNTAR, QUIEN MENCIONÓ QUE SI. PREGUNTADO: Angie por favor informe si alguien le está diciendo que dijera las cosas que está diciendo hoy. CONTESTÓ: No, no señora eso me quedó en la mente y no se me va a borrar usted me tocó mi vagina NO MÁS PREGUNTAS (...).”

El 9 de junio de 2010 la menor Angie Marcela Tibaquicha Rodríguez en la diligencia de exposición que rindiera ante el Defensor de Familia se ratificó en lo anterior (folio 60, cuaderno 2).

El 28 de junio de 2010 el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno COPER resolvió formular pliego de cargos en contra del señor José Libardo

Moreno Rodríguez, ya que se presumía que había incurrido en la falta que se encuentra tipificada en el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, la cual hace referencia a *“(...) Incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito, que empañe o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la Institución, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como: Franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio, o en hospitalización (...)”*. La conducta descrita en la Ley como delito en que pudo incurrir es el establecido en el artículo 209 del Código Penal, el cual establece que *“(...) El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) (folios 64 a 80, cuaderno 2).*

El 12 de julio de 2010 el señor José Libardo Moreno Rodríguez a través de su apoderado, presentó los descargos e indicó que no se había presentado la conducta disciplinaria endilgada (folios 83 a 90, cuaderno 2).

A través del Fallo de Primera Instancia proferido por el Jefe (e) de la Oficina de Control Disciplinario Interno COSEC3 de 17 de agosto de 2010, se resolvió sancionar al señor José Libardo Moreno Rodríguez²³, en su condición de Patrullero de la Policía Nacional, con la destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por 14 años. Lo anterior, porque se demostró que infringió el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, el cual remite al artículo 209 del Código Penal, esto es, *“(...) (e)l que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de*

²³ A título de dolo.

catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años (...)” (folios 115 a 146, cuaderno 2).

Mediante el Fallo de Segunda Instancia de 10 de diciembre de 2010 suscrito por la Inspectora Delegada Especial de la Policía Metropolitana de Bogotá, se confirmó el Fallo de Primera Instancia, pues se comprobó que efectivamente existió una violación del deber funcional al momento en mantuvo el demandante un comportamiento irregular (folios 162 a 170, cuaderno 2).

Por medio de la Resolución No. 00248 de 7 de febrero de 2011 el Director General de la Policía Nacional, al ejecutar la sanción impuesta, resolvió retirarlo del servicio activo de la Policía Nacional e inhabilitarlo por el término de 14 años para ejercer cargos públicos (folios 175 y 176, cuaderno 2). Del citado acto se notificó el 28 de febrero de 2011 (folio 177, cuaderno 2).

De las pruebas aportadas al expediente disciplinario

A folios 291 a 308 se encuentra el dictamen que rindió la Psicóloga Alicia Osorio Gallo y que le fue practicado a la menor Angie Marcela Tibaquicha Rodríguez en aras a demostrar si *“(...) ha sido manipulada por su señora madre (...)”*.

LOS CARGOS.

Apreciación indebida de las pruebas.

Señaló el demandante, de un lado, que no se valoraron como correspondía las pruebas allegadas, sobre todo las declaraciones que rindió la señora Consuelo Rodríguez en donde se evidencian diversas incongruencias entre la queja y la ampliación de la misma; y de otro, que el Operador Disciplinario debió ordenar pruebas que permitieran establecer si era cierto o no lo dicho por ella, ya que era evidente su afán de venganza por haber mantenido una relación amorosa con la hija mayor de la quejosa.

Por su parte la entidad demandada señaló en cuanto a ese cargo propuesto, que en el transcurso de la investigación se allegaron las pruebas que le dieron la certeza al juez disciplinario para aplicar la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 14 años.

Ahora bien, la garantía de la presunción de inocencia aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y, por consiguiente, también en materia disciplinaria, en la medida en que se encuentra consagrada en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política y reiterada por el artículo 9º de la Ley 734 de 2002, que establece: *“Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla”*.

De esta forma, como lo ha establecido la Corte Constitucional²⁴, quien adelante la actuación disciplinaria deberá conforme a las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona, está establecida como disciplinable; se encuentra efectivamente probada; y, que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria. Sólo después de superados los tres momentos, la presunción de inocencia queda desvirtuada, como expresión de las garantías mínimas dentro de un Estado Constitucional.

En el *sub-lite* se observa, una vez revisadas las providencias disciplinarias, que son múltiples los elementos de prueba que llevaron a los Juzgadores Disciplinarios a establecer la responsabilidad subjetiva del señor José Libardo Moreno Rodríguez, todos estos concluyentes y suficientemente indicativos de su participación.

Entre éstas se encuentran las mismas declaraciones que rindieran las menores Angie Marcela y Laura Alexandra Tibaquicha Rodríguez de donde se concluye que efectivamente el señor José Libardo Moreno Rodríguez se propasó con la primera de las citadas al momento en que le acarició sus partes íntimas. En tal sentido, no hay necesidad de cuestionar lo manifestado por la señora Consuelo Rodríguez cuando fue la implicada, quien de una manera contundente, explicó lo ocurrido.

En efecto, si en gracia de discusión se admitiera que la señora Consuelo Rodríguez se contradijo en las declaraciones que expusiera, lo cierto es que

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-969 de 2009.

la menor Angie Marcela Tibaquicha Rodríguez fue concluyente al atribuir la responsabilidad del demandante en los hechos disciplinados, cuando señaló que *“(...) (e)se día yo estaba acostada en la cama de mi mami como a las 07:30 de la mañana y llegó JOSÉ LIBARDO entro a la alcoba de mi mami y se sentó en la cama y el empezó a tocarme el cuerpo, en la vagina y yo le dije quieto JOSÉ y él me dijo pero un poquito, un poquito no más, entonces yo me baje de la cama y me fui para el primer piso donde estaba mi mami y le conté lo que JOSÉ me estaba haciendo (...)”*

Tampoco se puede desconocer que la misma Laura Alexandra Tibaquicha Rodríguez, con quien había mantenido el demandante una relación sentimental, sin ser conocedora presencial de los hechos objeto de investigación, se atrevió a señalarlo como responsable cuando en su declaración indicó que si creía que había abusado o tocado a su hermana.

Sea la oportunidad para decir, que si era la intención del señor José Libardo Moreno Rodríguez rebatir lo expuesto por la menor Angie Marcela Tibaquicha Rodríguez, debió probar a través de otros elementos probatorios, como por ejemplo el dictamen pericial, que efectivamente estaba siendo coaccionada por su madre.

A propósito de lo anterior, si bien en la presente instancia se practicó y allegó dicho dictamen, en el cual la Psicóloga Alicia Osorio Gallo concluyó que se *“(...) vislumbra ambigüedad en las posiciones de ANGIE MARCELA, con respecto a los hechos y/o circunstancias que motivan el proceso que nos ocupa, no con ello descartando la suscrita la existencia o no de los mismos, sino percibiendo las versiones como exaltadas narraciones que pueden*

alejarse tangencialmente de los hechos reales, dando oportunidad al imaginario de interpretar con exageración (...)”, debe tenerse en cuenta que no se le puede otorgar el valor probatorio que merece, en la medida en que esta Jurisdicción no es una tercera instancia que sirva para mejorar la prueba, pues el objeto es examinar la legalidad de la investigación disciplinaria adelantada, en este caso, por el Jefe (e) de la Oficina de Control Disciplinario Interno COSEC3.

Cabe anotar que, al señor José Libardo Moreno Rodríguez se le brindó la oportunidad de rebatir lo expuesto por la menor Angie Marcela Tibaquicha Rodríguez en la declaración que rindiera el 9 de abril de 2010, sin embargo por más de que le preguntó quién la estaba presionando para afirmar que él había sido quien abusó de ella, la menor se mantuvo en lo dicho y el demandante no indagó más sobre el particular.

Nótese que el Operador Disciplinario no podía tomar otra decisión distinta a la ya conocida, como quiera que todos los elementos probatorios que obraban en el expediente conducían a declarar responsable al señor José Libardo Moreno Rodríguez por los hechos materia de investigación; de hecho, a pesar de que el disciplinado debía demostrar que en ningún momento había cometido falta por la cual fue sancionado; lo cierto es que, primero, no aportó ningún elemento probatorio que lo exculpara de responsabilidad alguna, tan es así, que en los descargos solo pidió tener como pruebas que se oficiara la Unidad de Reacción Inmediata de Engativá “(...) *para que informe cuál ha sido el trámite dado al Oficio No. 514 del 12 de abril de 2010, por medio del cual se puso en conocimiento de la instancia penal la queja impetrada por la señora Consuelo de las Mercedes Rodríguez (...)*”, y segundo, debió rebatir mediante los mecanismos idóneos las pruebas

que se estaban encausando en su contra, situación que no evidenció a lo largo del plenario.

Así las cosas, si bien es cierto la queja la interpuso la madre de la menor de manera tardía, también lo es que Angie Marcela Tibaquicha Rodríguez confirmó bajo la gravedad de juramento, sin vacilaciones y sin reproche u objeción alguna que hubiese podido realizar de acuerdo al artículo 138 de la Ley 734 de 2002²⁵, que el señor José Libardo Moreno Rodríguez se había propasado con ella; adicionalmente no se puede pasar por alto el grado de familiaridad que existían entre el demandante con la quejosa y la implicada, como para creer que se está mintiendo sobre los hechos narrados e investigados.

En virtud de lo anterior se puede concluir que, no hay duda de que tanto el Operado Disciplinario de Primera Instancia como el de Segunda contaron con las pruebas suficientes para sancionar al señor José Libardo Moreno Rodríguez, por cuanto los elementos de juicio recaudados fueron suficientes para considerarlo responsable de haber tocado las partes íntimas de la menor Angie Marcela Tibaquicha Rodríguez cuando tan solo tenía 11 años de edad.

De esta manera, sin entrar más en el debate que sobre la responsabilidad disciplinaria se surtió en sede administrativa, es evidente que la entidad demandada no desconoció la presunción de inocencia, pues en las providencias sancionatorias explicaron las razones por las cuáles el actor

²⁵ “(...) **Artículo 138. Oportunidad para controvertir la prueba.** Los sujetos procesales podrán controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria. (...)”.

debía ser sancionado y se dejó consignada la valoración probatoria que para el efecto llevó a cabo.

Tampoco se puede sostener que le fue violado al señor José Libardo Moreno Rodríguez su derecho de defensa, como quiera que durante el transcurso de la actuación disciplinaria se le notificaron las decisiones adoptadas por la administración advirtiéndole los recursos que podía interponer en contra de esas determinaciones, además se le respetó el derecho a solicitar y controvertir pruebas, tanto es así, que al momento en que lo notificaron del Auto que ordenó la Apertura de la Investigación Disciplinaria se le advirtió²⁶ que tenía derecho a acceder a la investigación, a designar un defensor, a ser oído en versión libre, a solicitar o a aportar pruebas, a rendir descargos y a impugnar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.

No es ajeno a esta Corporación que la autoridad disciplinaria cuando realiza la valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica, en procura de establecer tanto la existencia de la falta, como la responsabilidad de implicado y su grado de culpabilidad, por motivos ya plasmados, goza de un margen más flexible que el que le corresponde desplegar al operador judicial, para la misma tarea frente al ilícito penal y la responsabilidad de la persona imputada, bajo los parámetros de una libertad razonada, fundada en la lógica y en la experiencia, que en nada difiere de la persuasión racional, que le permita acreditar, más allá de toda duda razonable, la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado, que se traduce en el logro de la certeza exigida

²⁶ En la diligencia de notificación personal sobre la apertura de investigación disciplinaria y comunicación de pruebas realizada el 22 de septiembre de 2009 y en la diligencia de notificación sobre la Investigación Formal COPEC3-2009-116 surtida el 18 de febrero de 2010 (visible a folios 29 y 35 cuaderno 2, respectivamente).

en el artículo 142 del C.D.U.²⁷, y esa tarea la realizó en debida forma la entidad demandada.

En ese orden de ideas se debe afirmar, que ésta no es la instancia para reabrir un debate en torno a la etapa probatoria, la cual fue agotada en debida forma durante el proceso disciplinario, ya que no se evidencia una irregularidad que afecte el derecho al debido proceso del demandante, ni mucho menos garantías esenciales a un juicio justo y objetivo como son la presunción de inocencia y la imparcialidad que deben orientar la actuación de todo ente investigador.

Vale anotar para finalizar, que el disciplinado debió alegar en cuanto al presente cargo, fue la conveniencia de una prueba en particular que determinara la toma de la decisión, o en su defecto, la inobservancia de un medio probatorio de tal importancia que sirviera como para debatir la supuesta culpabilidad del disciplinado; aspectos que no se evidencian al fundamentar el presente cargo; adicionalmente, la simple divergencia en cuanto a la apreciación probatoria que se pudo haber presentado en la queja y en la aplicación de la misma, no constituye en este caso una vía que conlleve violación del debido proceso, pues, no se advirtió pugna abierta con los principios de la lógica, con las máximas de la experiencia o con las reglas de la apreciación razonada de la prueba. Es decir, que al ser apreciada en conjunto bajo las reglas de la sana crítica, tanto la prueba favorable como la

²⁷ “(...) Artículo 142. Prueba para sancionar. No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.
(...)”.

desfavorable, no existe un fin diverso al que arribar, porque la falta gravísima existió y el responsable fue el accionante.

Por las anteriores razones este cargo invocado no está llamado a prosperar.

Irregularidades en los fallos acusados.

El demandante objetó algunas situaciones en particular que evidentemente violaron su derecho de defensa y contradicción, la primera, que solo hasta el 22 de septiembre de 2009, ocho días después de haber sido practicadas las pruebas, le fue notificada la apertura de la indagación preliminar, sin que hubiese podido intervenir durante la diligencia; segunda, que los Operadores Disciplinarios desbordaron su facultad disciplinaria para invadir la esfera de la jurisdicción penal; y tercera, que solo obran declaraciones de una menor influenciada por su madre para que lo sindique de unos hechos que no cometió.

La apoderada de la entidad demandante sostuvo, ante tales afirmaciones, que los actos acusados son actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad, por haber sido expedidos, por un lado, de acuerdo al ordenamiento jurídico bajo el principio de legalidad, y por otro, por autoridad competente, por ende, no hay lugar a cuestionar el procedimiento adelantado y menos, cuando todas las actuaciones le fueron notificadas, permitiéndole con ello una participación activa en el proceso.

En cuanto al primero de los reproches planteados por el apoderado del señor José Libardo Moreno Rodríguez relacionado con la notificación de la apertura de la investigación preliminar, la Sala debe señalar que tal argumento no es de recibo, en la medida que si bien solo se le notificó hasta el 22 de septiembre de 2009 el Auto de notificación de la investigación preliminar, esto es, cuando ya se había practicado la ratificación de la queja que rindió la señor Consuelo de las Mercedes Rodríguez y la declaración de la joven Laura Alexandra Tibaquicha Rodríguez, no es menos cierto que en dicha diligencia no solo se le puso de presente tales pruebas, sino que también se le brindó la oportunidad de designar defensor, ser oído en versión libre, solicitar pruebas y controvertirlas e intervenir en su práctica, entre otros, derechos que en ningún momento ejerció sino solo hasta el momento en que intervino en la declaración que rindiera la menor Angie Marcela Tibaquicha Rodríguez y en la versión libre que rindió, en la cual, dicho sea de paso, no solicitó ninguna prueba que demostrara su inocencia sobre los hechos objeto de investigación.

Respecto del segundo argumento elevado, en el que considera que se desbordó la facultad disciplinaria para invadir la esfera de la jurisdicción penal se debe indicar que en el principio de tipicidad reposan unas de las mayores diferencias con el Derecho Penal, de ahí que la Corte Constitucional ha sostenido que en materia disciplinaria, el cumplimiento de las exigencias propias de este principio, no tiene el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por razón de la naturaleza de las conductas que se reprimen, los bienes jurídicos protegidos, la finalidad de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se

producen frente a los asociados²⁸. Por ello la Corte destacó como principales diferencias relacionadas con el principio de tipicidad en materia disciplinaria, respecto del derecho penal delictivo: *“(i) la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las normas disciplinarias, y (ii) la amplitud que goza el fallador disciplinario para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias en los procedimientos sancionatorios”*²⁹.

Consecuente con lo anterior, ha expuesto en reiteradas decisiones el Tribunal Constitucional que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento normativo, compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que, sin vulnerar los derechos de los procesados, permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos³⁰, sumado que, diverso a lo que ocurre en materia penal, la antijuridicidad en materia disciplinaria no implica la existencia de un daño o lesión, sino el mero incumplimiento injustificado del deber funcional³¹.

²⁸ Se puede consultar, por mencionar algunas, las sentencias de la Corte Constitucional C-404 de 2001 y C-818 de 2005.

²⁹ Ver sentencia T-1093 de 2004.

³⁰ Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario ver -entre otras- las sentencias C-181/02, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-948 de 2002, MP Dr. Álvaro Tafur Galvis.

³¹ Los deberes funcionales están relacionados con aspectos de movilidad laboral en el sector

En tal sentido, vale la pena decir que, no es condición *sine qua non* que exista una previa decisión dentro de un proceso penal que halle responsable al investigado disciplinariamente, pues, como lo ha precisado en profusos pronunciamientos nuestro Tribunal Constitucional, entre ambos procesos existen diferencias en cuanto a la naturaleza, principios, características y finalidad, a tal punto que unos mismos hechos pueden conllevar a que: 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 efecto, si bien el principio de tipicidad, como otro componente más del derecho al debido proceso, es íntegramente exigible en el derecho disciplinario, el mismo se aplica con una mayor flexibilidad y menor rigurosidad en este ámbito, como quiera que, contrario a lo que sucede en el campo penal, “(...) *la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad (...)*”³². Y el origen esencial de esta característica del derecho disciplinario se origina en la naturaleza misma de las normas disciplinarias, en la medida que éstas suelen carecer de complementos y autonomía, y se hace necesario remitirse a otras preceptivas en donde se

público: ingreso, permanencia y retiro del servicio; faltas temporales; situaciones administrativas; encargos, traslados, incorporación, reincorporación, reubicación, reintegros, etc.

³² Ver sentencia C-404 de 2001, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, posición reiterada en sentencia C-818 de 2005, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

encuentren regulados en concreto los deberes, funciones, obligaciones o prohibiciones para los diferentes servidores públicos, teniendo en cuenta los cargos y ramas del poder público a los que pertenezcan.³³

Por ello, *“la jurisprudencia constitucional ha encontrado que las principales diferencias existentes entre la tipicidad en el derecho penal y en el derecho disciplinario se refieren a (i) la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las normas disciplinarias, y (ii) la amplitud de que goza el fallador disciplinario para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias en los procedimientos sancionatorios”*³⁴.

La primera diferencia, atinente a la manera de definir la tipicidad de la conducta por medio de la remisión a normas complementarias, que implica un método conocido por la doctrina y la jurisprudencia como el de las normas o tipos abiertos, que consiste precisamente *“en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras”*³⁵; y la misma Corte ha sostenido en su jurisprudencia, que las razones constitucionales que justifican la validez de los tipos en blanco o abiertos en materia disciplinaria, se hallan en la necesidad de salvaguardar el principio de eficiencia de la función pública administrativa, contemplado en el artículo 29 de la Carta Política.

³³ Ver al respecto las Sentencias C-244 de 1996, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz; C-564 de 2000, MP Dr. Alfredo Beltrán Sierra; C-404 de 2001 y C-181 de 2002, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

³⁴ Consultar sentencia C-030 de 2012, MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, por mencionar una de tantas.

³⁵ Sentencia C-404 de 2001.

La segunda disparidad del derecho disciplinario respecto del derecho penal, y que se deriva de la primera, hace referencia a la amplitud hermenéutica con que cuenta la autoridad disciplinaria al instante de interpretar y aplicar la norma disciplinaria; de ahí que la doctrina constitucional ha aceptado que el investigador disciplinario dispone de un espacio más dilatado para determinar si la conducta objeto de reproche se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos disciplinarios respectivos³⁶. Sin que ello lo habilite para asumir posturas arbitrarias en dicho proceso de adecuación y valoración.

De lo esbozado, para la Sala es transparente que la entidad demandada en su rol de autoridad disciplinaria interna, no le correspondía -para asumir la decisión tomada- esperar que existiera una previa decisión judicial, que calificara el tipo de ilícito penal, ni mucho menos que condenara al disciplinado en razón del mismo; muchos menos que el operador disciplinario tuviera la carga de establecer de manera expedita el tipo penal en concreto en que incurría el actor y si se cumplían todas y cada una de las exigencias del mismo; simplemente le correspondía, como en efecto lo hizo en el caso materia de controversia, constatar que con ocasión de su cargo y abusando del mismo, el hoy demandante realizó objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito, sancionable a título de dolo.

Resulta acertado indicar adicionalmente que no se le ha vulnerado el principio *non bis in ídem* al señor José Libardo Moreno Rodríguez, como erradamente lo indicó en el concepto de violación; porque si bien se trata de situaciones que

³⁶ Ver, entre otras, sentencias C-124 de 2003, MP Dr. Jaime Araujo Rentería y C-818 de 2005, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

en términos generales podrían ser similares, no son iguales, amén de otras aristas; para lo cual -y previo a realizar un rápido contraste entre la actuación disciplinaria adelantada por la institución accionada y la archivada por la Procuraduría, es pertinente hacer una sucinta alusión a dicho principio y cómo opera-.

Ha dicho la Corte Constitucional que este principio, como uno de los componentes del debido proceso, tiene aplicabilidad en los eventos en que exista, de una parte, *identidad de sujeto, objeto y causa* y, de la otra, que se trate de procesos de naturaleza sancionatoria similares.³⁷

Adicionalmente el Tribunal Constitucional ha anotado que el constituyente colombiano prefirió una consagración de este principio, según el cual la prohibición no está dirigida exclusivamente a una doble sanción, sino a ser "juzgado" dos veces, lo que realmente se ajusta a los fundamentos del mismo, ya que la seguridad jurídica y la justicia material se verían afectadas, no sólo en razón de una doble sanción, sino por el hecho de tener una persona que soportar trámites y/o juicios sucesivos por el mismo hecho.³⁸

Ahora, para ilustrar cuándo existe identidad de sujeto, objeto y causa, la Corte Constitucional en sentencia C-244 de 1996³⁹, acude a lo que expuso la Corte Suprema de Justicia en providencia del 22 de noviembre de 1990, en la que ésta señala: "La identidad en la persona significa que el sujeto inculpatado

³⁷ Con relación al tema se puede consultar las siguientes sentencias: C-554 del 30 de mayo de 2001, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández; C-088 del 13 de febrero de 2002, MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett; C-393 del 24 de mayo de 2006, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil, por citar algunas.

³⁸ Ver, entre otras, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁹ MP Dr. Carlos Gaviria Díaz.

debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole. La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo... Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza. La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos”.

En lo que corresponde a que se trate de procesos de naturaleza sancionatoria similares, obedece a que cuando se adelanta, por ejemplo, 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.⁴⁰

Hecho el anterior apunte, al analizar lo acreditado en este proceso, se puede concluir que no se requiere de un exhaustivo análisis para detectar que, si bien existe identidad en el sujeto disciplinado, se trata de dos procesos de distinta naturaleza, como lo es el disciplinario, y otro el penal.

⁴⁰ Al respecto se puede revisar, entre otras, la sentencia C-762 de 2009, MP Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Ahora, el hecho de que el Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento, quien adelantó la investigación penal en contra del señor José Libardo Moreno Rodríguez por el Delito de actos sexuales abusivos con menos de 14 años, haya anunciado que el tipo del fallo es absolutorio, de ningún modo alguno afecta la decisión disciplinaria, precisamente por las anotaciones que se hicieron anteriormente, esto es, la responsabilidad disciplinaria es independiente de la penal.

Es que **en materia disciplinaria se traslada la descripción de la conducta contenida en el Código Penal, pero sólo en cuanto a la descripción objetiva**, sin otros componentes del ilícito penal, y analizada la prueba regularmente allegada e incorporada, decretada y practicada, bajo las reglas de la sana crítica, y en el presente caso lo único cierto -sin asomo de duda- es que el disciplinado desplegó objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito habida cuenta que en su calidad de servidor de la Policía le correspondía brindar protección en la vida, honra, creencias y libertades de la niña Angie Marcela, concretamente en su formación sexual, pues de acuerdo con el material probatorio que obrar en el proceso disciplinario se comprobó que realizó actos sexuales con menor de 14 años, con lo cual se afectó la función pública mediante un comportamiento asumido en una situación administrativa de franquicia.

Finalmente, en cuanto al tercer y último argumento que propone el actor dentro de este cargo, relacionadas con que solo obran declaraciones de una menor que al parecer es influenciada por su madre para que lo sinde de hechos que no ha cometido, la Sala debe señalar que si bien es cierto el artículo 128 de la Ley 734 de 2002 estipula la regla conforme la cual en el

campo del proceso disciplinario, “la carga de la prueba corresponde al Estado”, también es cierto, que el Operador disciplinario en desarrollo de esa labor encontró, se insiste, de acuerdo al material probatorio que reposaba en el expediente, que en efecto el señor José Libardo Moreno Rodríguez incurrió en la falta disciplinaria tipificada en el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006.

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

FALLA

PRIMERO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por el señor el señor José Libardo Moreno Rodríguez contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y UNA VEZ EN FIRME ESTE PROVEÍDO, ARCHÍVENSE LAS PRESENTES DILIGENCIAS. CÚMPLASE.

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



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE