



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

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2015-05934-01 (1102-2018)
Actor: EFRAÍN CALDERÓN GUAYARA
Accionado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA– POLICÍA NACIONAL.
Trámite: DOBLE INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011
Asunto: SANCIÓN DESTITUCIÓN / ESTABLECER SI NO FUE VALORADO
EL MATERIAL PROBATORIO / DETERMINAR SI SE DESBORDÓ LA
FACULTAD DISCIPLINARIA.
Decisión: NIEGA PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 15 de febrero de 2019¹, 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 15 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio del cual denegó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Efraín Calderón Guayara en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y sus fundamentos²

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³, el señor Efraín Calderón Guayara, a través de

¹ Informe visible a folio 321.

² Visible a folios 143 a 153 del expediente.

³ Ley 1437 de 2011, "(...) Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...)"

apoderada judicial⁴, solicitó la nulidad de los fallos sancionatorios del 26 de noviembre de 2014 y 20 de marzo de 2015, proferidos en primera y segunda instancia respectivamente, por el Jefe de Control Disciplinario Interno COSEC 3 y el Inspector Delegado Especial de la Policía Metropolitana de Bogotá, mediante los cuales fue sancionado con destitución e inhabilidad general por el término de 10 años.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, el apoderado de la parte demandante solicitó: i) el reintegro sin solución de continuidad al servicio activo de la Policía Nacional al grado y cargo que le corresponda por antigüedad dentro del escalafón policial; ii) el pago de todos los salarios, prestaciones y demás emolumentos desde el momento de su desvinculación y hasta cuando sea reintegrado, debidamente indexados; iii) el pago de 40 SMLMV por concepto de perjuicios morales, \$25.000.000 por daño emergente y \$10.000.000 por lucro cesante; iv) la exclusión del antecedente disciplinario de su hoja de vida; y v) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por la apoderada de la parte demandante, así:

El señor Efraín Calderón Guayara estuvo vinculado en el nivel ejecutivo de la Policía Nacional en el grado de Patrullero desde el 15 de enero de 2002⁵ hasta el 7 de mayo de 2015, fecha en que fue retirado del servicio por parte del Director General de la Policía Nacional en virtud de la sanción que le había sido impuesta por parte del Jefe de la Oficina de Control Interno del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana No. 3, quien mediante fallo disciplinario de 26 de noviembre de 2014 tomó la determinación de sancionarlo con destitución e inhabilidad general por el término de 10 años, decisión que fue confirmada por el Inspector Delegado Especial de la Policía Metropolitana de Bogotá por medio del fallo disciplinario de segunda instancia del 20 de marzo de 2015.

Lo anterior por cuanto, el 7 de octubre de 2014 fue sorprendido el señor Efraín Calderón Guayara en el parqueadero de la Décima Estación de Engativá al lado de la motocicleta Suzuki DF-200 que tenía asignada «*identificada con las siglas 17-5824*», mientras adelantaba el segundo turno de servicio, con una manguera, el tanque de

⁴ La abogada Nubiola Andrea Molina Ospina.

⁵ Tal y como se evidencia en el Acta de Posesión que obra a folio 179 del expediente.

la gasolina abierto y con una maleta negra en el piso que contenía un recipiente de plástico y, en su interior, un líquido que por sus características se deducía que correspondía a la misma gasolina.

Por este suceso, en la investigación disciplinaria que se le adelantó al disciplinado por el procedimiento verbal⁶, se le endilgó el siguiente cargo: incurrir en la comisión de una conducta descrita por la ley como delito, cuando se encuentre en franquicia; tipo disciplinario que fue complementado con el artículo 397 del Código Penal, esto es, peculado por apropiación⁷.

1.2. Normas vulneradas y concepto de vulneración

El apoderado de la parte demandante estimó como infringidas las siguientes disposiciones: Constitución Política, artículos 1, 2, 25, 29, 84, 85 y 86; Leyes 734 del 2002⁸, artículo 128 y Ley 1285 de 2009⁹.

Como concepto de violación la apoderada del actor señaló que los actos acusados estuvieron viciados por el cargo que se pasan a exponer:

Quebrantamiento del debido proceso y derecho de defensa. Por cuanto los operadores disciplinarios al fundamentar los actos acusados tuvieron en cuenta ciertas pruebas que no fueron allegados al proceso disciplinario, tales como, la motocicleta de siglas 17-5824, la maleta, el galón que contenía la gasolina y la manguera con la que, aparentemente, se extrajo dicho líquido. Aunado a ello, tampoco existió experticio alguno para efectos de establecer si el líquido hallado era gasolina, si pertenecía o había sido extraído de la mencionada motocicleta y si la extracción la realizó el disciplinado; hechos que son necesarios para determinar su responsabilidad.

En tal sentido, es evidente que se está contrariando el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, que cual dispuso que, *“(t)oda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben*

⁶ Previsto en el Libro IV, Título XI, artículos 175 y siguientes de la Ley 734 del 2002.

⁷ “Por la cual se expide el Código Penal.

(...)”

Artículo 397. Peculado por apropiación. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones (...).”

⁸ “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

⁹ “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”.

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”.

2. Contestación de la demanda

El Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a través de apoderado, dentro de la oportunidad procesal se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respondió a los hechos de la demanda, y refutó el cargo con los siguientes argumentos¹⁰.

Precisó que el operador disciplinario actuó conforme a los principios del ordenamiento jurídico, dio estricto cumplimiento a los requisitos establecidos en la Ley 734 de 2002 para proferir la decisión y respetó los derechos y garantías de los sujetos procesales, como quiera que, estableció las razones y motivos por los cuales fue sancionado el demandante, toda vez que existe prueba en donde se demostró su responsabilidad y por ende le fue impuesto un correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad por 10 años.

En efecto, al valorar el expediente disciplinario se puede constatar que existen suficientes pruebas que permiten concluir que el señor Efraín Calderón Guayara incurrió en la conducta disciplinaria reprochada, tan es así que existe grabación fílmica que al ser valorada en su conjunto con las demás pruebas, demuestran la existencia del hecho irregular.

Destacó que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en señalar que la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria son un ejercicio de la autonomía funcionalmente conferida al servidor público que tiene el poder disciplinario, el cual, para el caso en concreto, ha sido reflejada a través de la exposición de los motivos de la decisión adoptada por cada uno de ellos, en donde se evidencia, además, el análisis sobre la falta cometida, la fundamentación de la graduación de la sanción y la calificación de la falta, todo ello atendiendo cada uno de los lineamientos trazados en la norma disciplinaria.

3. La sentencia apelada¹¹.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección C, mediante sentencia de 15 de noviembre de 2017 denegó las pretensiones de la demanda. Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos:

¹⁰ Visible a folios 184 a 205 del expediente.

¹¹ Folios 254 a 265 del expediente.

Anotó que los actos administrativos acusados no se fundaron en pruebas inexistentes, por el contrario, se basaron en el análisis y valoración íntegro de los distintos medios de prueba decretados y practicados, en esencia documentales y testimoniales, los cuales siempre conoció el investigado y su apoderada, tan es así que ejerció su derecho de contradicción, conforme consta en los interrogatorios que se les realizó a los testigos, en los descargos y los alegatos de conclusión.

Agregó que el Mayor de la Policía, Jorge Enrique Ávila Silva, quien se encontraba en ejercicio de sus funciones, en sus informes y en el libro de población de la Estación dejó constancia del hecho de haber preguntado más de una vez al señor Efraín Calderón Guayara, del porqué tenía el tanque de la gasolina abierto y en el piso había una maleta negra con un recipiente y una manguera con olor a gasolina; sin embargo él se negó a contestar y posteriormente solo manifestó que tenía problemas económicos y familiares.

Del análisis integral y meticuloso de las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso disciplinario, queda en evidencia que el demandante sí cometió la falta disciplinaria gravísima establecida en el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, esto es, incurrir en la comisión de una conducta descrita en la ley como delito mientras se encontraba en flagrancia, en concordancia con el artículo 397 del Código Penal, el cual tipifica el delito de peculado por apropiación, toda vez que en su calidad de servidor público, se apropió en provecho suyo o de un tercero, de bienes del Estado, cuya custodia le fue confiada por razón o con ocasión de sus funciones.

En ningún momento le fue quebrantado el debido proceso y el derecho de defensa al señor Efraín Calderón Guayara, puesto que, de un lado, la decisión de la administración se basó en pruebas decretadas y practicadas dentro de la actuación; y de otro, se efectuó una valoración conforme a las reglas de la sana crítica y bajo los postulados constitucionales y legales.

4. El recurso de apelación¹².

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, por los motivos que se exponen a continuación:

¹² Folios 276 a 286 del expediente.

Expresó estar inconforme con la sentencia proferida por el *a-quo*, por cuanto es evidente que no se efectuó un análisis integral de las pruebas que obran en el proceso porque, i) si los elementos materiales, como lo son, la maleta, la manguera y el galón de gasolina, no se encuentran dentro del proceso disciplinario, no se puede afirmar que se encontraba extrayendo la gasolina; ii) no se efectuó un análisis a la motocicleta a la cual aparentemente se le había sustraído dicho líquido para efectos de determinar qué cantidad de combustible tenía para el momento de los hechos; iii) en la grabación de los videos no se evidencia que el disciplinado salga de las instalaciones con algún objeto; y, iv) el Mayor de la Policía Jorge Enrique Silva Ávila señaló categóricamente que no había visto al disciplinado sustraer líquido alguno.

En tal sentido, es evidente que no fue apreciada de manera integral las pruebas que obran dentro del proceso disciplinario, puesto que los fallos disciplinarios están basados en apreciaciones de pruebas inexistentes y en apreciaciones erróneas de pruebas existentes.

No se evidencia en los videos que responsabilizaron al disciplinado, que hubiese sacado o llevado consigo la maleta en donde se encontraba la gasolina, como tampoco se observa que ingresara con este elemento al momento en que parqueo la motocicleta que le había sido asignada; quiere decir entonces, que las apreciaciones realizadas por el *a-quo* son simples especulaciones.

Finalmente consideró que el ente investigador disciplinario no valoró la providencia del 8 de octubre de 2014, por medio de la cual la Fiscalía 359 Seccional lo dejó en libertad puesto que no se demostró su responsabilidad.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico.

Atendiendo los argumentos planteados por la parte demandante corresponde a la Sala establecer:

- i) Si los actos administrativos por medio de los cuales fue sancionado el señor Efraín Calderón Guayara con destitución e inhabilidad por el término de 10 años para desempeñar cargos públicos, presuntamente se

encuentran viciados de falsa motivación por cuanto fueron analizadas las pruebas de manera errónea y no fueron allegados todos los elementos probatorios que demostrarían su responsabilidad.

- ii) Si es posible que se hubiese desbordado la facultad disciplinaria al momento en que no se tuvo en cuenta la providencia proferida por la Fiscalía General de la Nación, en la cual fue exonerado de responsabilidad.

2.1. RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON LA FALSA DE MOTIVACIÓN POR LA FALTA DE VALORACIÓN PROBATORIA.

Dado que el apoderado del demandante manifestó que se incurrió en falsa motivación por cuanto no existió una valoración adecuada de las pruebas que se allegaron al proceso disciplinario, la Sala, considera necesario para resolver este cargo, abordar los siguientes temas: i) la falsa motivación; ii) la prueba como garantía del debido proceso en el proceso disciplinario; y, iii) el análisis del cargo.

i) Falsa motivación.

Ésta ha sido entendida como el deber que tienen todas las autoridades de expresar las razones que conducen a la toma de una determinada decisión o a la expedición de un acto, la motivación de las decisiones judiciales y administrativas se proyecta como una manifestación y garantía del derecho fundamental al debido proceso que prevé el artículo 29 Constitucional.

El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. Siendo el proceso disciplinario un trámite de naturaleza administrativa, es claro que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas. Sobre el particular, el doctor Carlos Mario Isaza Serrano ha dicho:

“(...) El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con la observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos del Código Disciplinario y de la ley que

*establezca la estructura y organización del ministerio público (...)*¹³.

ii) De la prueba como garantía del debido proceso en el proceso disciplinario.

El Código Contencioso Administrativo en su artículo 84, actualmente el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estipuló como causal de anulación del acto administrativo el desconocimiento del derecho de audiencias o defensa, la cual tiene su origen en el artículo 29 de la Constitución Política¹⁴, que estableció la garantía fundamental del debido proceso.

Al respecto el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa ha definido el debido proceso, como aquel sistema amplio de garantías que procura, a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas, y en esa medida dentro de la variedad de elementos que lo materializan, se hallan los de ofrecer y producir pruebas y obtener decisiones fundadas o motivadas con arreglo a las pruebas legalmente obtenidas y valoradas conforme a las reglas de la lógica y la sana crítica¹⁵.

Es por lo anterior que, la actividad de producción y valoración de la pruebas en las actuaciones administrativas o jurisdiccionales, se encuentran sujetas a reglas normativas que deben ser acatadas como garantía del derecho de defensa y del debido proceso, de manera que tienen que ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica porque, como ha de recordarse, las pruebas conducen, a través de la objetividad y de la abstracción, al establecimiento de aquellas realidades que han de conducir al juez o al operador disciplinario a sentenciar en uno u otro sentido.

¹³ Carlos Mario Isaza Serrano. Teoría General del Derecho Disciplinario: Aspectos históricos, sustanciales y procesales. Segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009, Pág. 255.

¹⁴ "(...) **ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

(...)".

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo: Acto Administrativo, Tomo II, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2006.

La Corte Constitucional ha destacado la importancia de las pruebas en todo procedimiento, pues ha manifestado que solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial. De hecho, en sentencia C-1270 de 2000, dicha Corporación se refirió al alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas, en el escenario de los conflictos propios del derecho laboral:

"(...) 3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

3.3. Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas (...) ¹⁶".

Es así como la actividad probatoria en sus distintas etapas, desde la obtención hasta la valoración de la prueba que servirá de fundamento a la imposición de una sanción disciplinaria, no debe ser ajena a lo establecido al artículo 29 de la Constitución Política, ni mucho menos a lo dispuesto en los artículos 128 y siguientes de la Ley 734 de 2002¹⁷.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1270 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁷ *"(...) 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. Artículo 129. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a*

Justamente, es importante recordar que la autoridad disciplinaria cuenta con una potestad de valoración probatoria amplia, que le habilita para determinar, en ejercicio de discrecionalidad razonada, cuándo obran en un determinado proceso disciplinario suficientes pruebas como para forjarse la certeza y convicción respecto de la ocurrencia –o no ocurrencia- de determinados hechos.

Dicho de otra manera, fue voluntad del Legislador el dotar a las autoridades que ejercen la potestad disciplinaria, de una facultad de valoración y apreciación probatoria –o facultad de libre formación del conocimiento del operador disciplinario- que incluye el poder para determinar cuándo se ha logrado recaudar un nivel de pruebas suficiente como para concluir con certeza y convicción que se pudo haber cometido una falta.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha definido que el defecto fáctico tiene lugar *“cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)”*¹⁸, bajo ese contexto indicó que existían dos dimensiones de éste, uno negativo y el otro positivo. El primero tiene lugar cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y

demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio.

Artículo 130. Medios de prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.

Artículo 131. Libertad de pruebas. La falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.

Artículo 132. Petición y rechazo de pruebas. Los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes. Serán rechazadas las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

(...)

Artículo 140. Inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.

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.

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.

(...)

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-567 de 1998.

caprichosa o simplemente omite su valoración¹⁹, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente; y el segundo, se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes para la definición del caso, que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión.

Sin embargo, indistintamente del tipo de "dimensión" que se cometa, es evidente que cuando no se realiza un juicio valoratorio integral de la prueba, se incurre en una irregularidad en la actividad probatoria, la cual atenta no solo el derecho de defensa, sino también el debido proceso, ya que se infringen principios, garantías, derechos y deberes, previstos en la ordenamiento constitucional y legal, que rigen los actos probatorios y las pruebas en sus etapas de solicitud, decreto, práctica, valoración e impugnación de las mismas.

iii) Análisis del cargo.

Según el apoderado del disciplinado, los actos acusados se encuentran viciados de falsa motivación en la medida en que no fue apreciada de manera integral las pruebas que obran dentro del proceso disciplinario puesto que, de un lado, los fallos disciplinarios están basados en apreciaciones de pruebas inexistentes, tales como la manguera, el galón de la gasolina y la maleta; y de otro, se demostró su responsabilidad a través de simples especulaciones.

En virtud de lo anterior, la Sala, relacionará algunas de las pruebas que sirvieron de sustento para proferir los fallos sancionatorios y, finalmente, abordará cada uno de los planteamientos que esbozó en su defensa el apoderado del demandante.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-239 de 1996.

"(...)

cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria (...)"

De las pruebas que sirvieron de fundamento para imponer la sanción.

a) El 31 de enero de 2014 el señor Efraín Calderón Guayara recibió de parte de la Dirección Administrativa y Financiera de la Policía Nacional, la motocicleta Suzuki DR200 de siglas 17-5824 en condiciones generales buenas.²⁰

b) A folios 13 y 14 del expediente se encuentra copia del libro de población en donde se dejó constancia de la siguiente novedad:

"(...) Se deja constancia de la captura del Sr. PT Efraín Calderón Guayara (...) quien labora en la estación de policía Engativá asignado al CAI Quirigua y quien había realizado el segundo turno de vigilancia y siendo las 14:45 horas fue sorprendido al lado de las motocicletas en el parqueadero interno donde la motocicleta de siglas 17-1824 de color verde limón se encuentra con la tapa del tanque abierto y en el piso hay una maleta negra con un tarro de plástico de color blanco y/o transparente y en su interior un liquido de características similares a la gasolina (...)"

c) De acuerdo con el Acta de incautación de 7 de octubre de 2014 se evidencia que el señor Jorge Enrique Silva Ávila había confiscado *"(...) una maleta con un tarro blanco cuyo interior hay un liquido de color y olor característico a gasolina y una manguera transparente con olor a gasolina (...)"*²¹.

d) El 8 de octubre de 2014 el Subcomandante de la Estación de la Policía de Engativá informó al Comandante de dicha estación que²²:

"(...) el día 07/10/14 a las 14:35 horas aproximadamente con el señor Patrullero Calderón Guayara Efraín perteneciente a la primera sección de vigilancia del CAI Quirigua y quien había realizado el segundo turno, momentos en los cuales se encontraba en el parqueadero de motocicletas de la Estación de Engativá en una actitud sospechosa por lo cual me dirijo hacía donde estaba él, al llegar al sitio donde se encontraba estaba al lado de la motocicleta Suzuki DF200 color verde limón siglas 17-1824 la cual está asignada al CAI Quirigua y al señor patrullero en mención, es de anotar que el tanque de la gasolina de la motocicleta estaba abierto y en el piso se encontraba una maleta negra cuyo interior había un tarro de plástico blanco y/o transparente con un liquido en su interior de color y olor con características a gasolina, de la misma forma fue hallado en el piso una manguera transparente con olor a una sustancia similares a la gasolina; al preguntarle al señor patrullero qué actividad realizaba este no mencionaba nada, por lo cual vuelvo a preguntarle y no manifiesta nada, acto seguido a realizar la lectura de los derechos de capturado e informándole que está incurriendo en la posible conducta de peculado.

En base (sic) a lo anterior proceso a cerrar el tarro de plástico, recojo la manguera e ingreso a la Estación para realizar la respectiva documentación, es de anotar que

²⁰ Visible a folio 27 del expediente.

²¹ Visible a folio 11 del expediente.

²² Visible a folio 6 de expediente.

el señor patrullero me menciona que tiene problemas económicos y familiares, por lo cual le indico que eso no significa que deba actuar de esa forma. (...).

e) El 23 de octubre de 2014 el señor Efraín Calderón Guayara, dentro del proceso que se adelantó en su contra rindió la siguiente versión libre²³:

*"(...) llegué a la estación creo yo que a las 14:35 o 14:40 que llegó a la estación de policía dejó la moto en el parqueadero de vehículos de la estación y me dirijo al armerillo a entregar la pistola que tengo asignada, llegué al armerillo y entregué la pistola, me devuelvo al parqueadero ya que en el baúl de la moto tenía un gatorade guardado, como yo vivo ahí mismo en la estación, tengo un habitación en el segundo piso entonces descanso ahí cuando tengo primer turno, porque yo vivo lejos en el sector e Usme con mis padres, al llegar al parqueadero observo que el tanque de la moto está abierto, o sea como entrepuerto encima del tanque, me dirijo hacia la moto, me hago al lado de la moto cuando observo en el piso una maleta negra cuyo interior tiene un galón y una manguera de repente llega un vehículo Volkswagen negro con vidrios polarizados, me sorprende porque llegó bastante rápido lo subió encima del andén, lo movió varias veces hasta que lo parqueó me sorprendí porque el parqueadero de vehículos queda por detrás de la estación, yo vi normal y cuando se bajo mi Mayor del carro, no sabía que era él, se bajo una persona del carro y cerró la puerta duro y me empezó a gritar "oiga, qué está haciendo patrullero" me gritó, yo mire para ambos lados sorprendido porque no pensé que me estuviera hablando a mí y me dijo "oiga si usted que está haciendo", yo le contesté "nada mi Mayor" yo agarré el bolso y la manguera y le dije mi Mayor mire lo que está pasando acá y lo olí y tenía olor a gasolina y le mostré a él, mi Mayor no se qué está pasando acá, él me lo quitó de las manos y me dijo "eso hijueputa lo pillé robándose la gasolina" y yo quedé sorprendido, y le dije pero como así que robándome la gasolina y antes lo estoy levantando y se lo estoy mostrando para que usted se de cuenta de lo que está pasando y me dijo "que va hijueputa ladrón" (...) le dije si yo fuera ladrón le hubiera salido corriendo a esconderme y no lo que hice que agarré eso del piso y le mostré y le conté lo que estaba pasando, me llevó al lado del carro de él y me dijo "chino le voy a colaborar, me dijo firmeme el acta de incautación y le paso el informe a disciplina que allá le colaboran y no pasa nada y me dijo ya y se va para su casa", le dije "usted no debe hacer esto mi Mayor", le conté vengo de una calamidad la de mi abuelo y le comenté que por eso mi padre estaba hospitalizado en el Hocén, el señor EFRAÍN CALDERÓN SÁNCHEZ (...) **PREGUNTADO.** Manifestó usted en esta declaración haber tomado o cogido la supuesta maleta que contenía el presunto tarro con gasolina, sírvase informar al despacho si ya que usted tomó dichos elementos puede informar al despacho más o menos qué cantidad de líquido o presuntamente gasolina contenía dicho tarro que usted encontró cerca de su motocicleta. **CONTESTADO:** en el momento que lo levanté del piso la maleta estaba abierta tomé el galón y la manguera al momento de mostrarle a mi Mayor vi una cantidad aproximada de dos galones más o menos. (...).*

f) El 28 de octubre de 2014 el señor Jorge Enrique Silva Ávila rindió su declaración en relación con los hechos objeto de investigación, de la siguiente manera²⁴:

*"(...) **PREGUNTADO.** Teniendo en cuenta el informe suscrito por usted fechado 08/10/2014, y dirigido al señor Comandante de la Décima Estación de Policía, en*

²³ Visible a folios 42 a 47 del expediente.

²⁴ Visible a folios 51 a 57 del expediente.

donde pone en conocimiento la novedad acaecida para el 07 de octubre del año en curso y que involucra al señor Patrullero CALDERÓN GUAYARA EFRAÍN, adscrito al CAI Quirigua. Haga un relato claro y detallado de todo cuanto sepa y le conste de los hechos puestos en conocimiento mediante oficio signado por usted tal como se evidencia a folio 1 del cuaderno original e. **CONTESTO:** Ese día llegué a la estación de Policía en mi vehículo particular, solo estacioné en el parqueadero delantero de la estación cuando me iba a bajar vi un policía parado donde se parquean las motos de la estación, espere a que se retirara el policial de ese lugar pasaron un tiempo prudencial al ver que el muchacho no se quitaba y siempre daba la espalda hacia el vehículo donde yo estaba, decidí bajarme de mi vehículo y caminar hacia el frente de donde estaba él al llegar a donde se encontraba el señor Patrullero, encontré que estaba al lado de la motocicleta con el tanque de la gasolina abierto en el piso estaba una maleta de color negro con un tarro plástico dentro del mismo destapado, una manguera transparente y en cuyo interior del tarro y en la manguera había un líquido con olor y color característicos a la gasolina por lo cual procedí a preguntarle al muchacho qué estaba haciendo el cual no respondió nada y tras varias preguntas optó por contestarme que era que él tenía problemas económicos que se le había muerto un abuelo y procedí a decirle al muchacho que ingresáramos a la estación, cogí la maleta y la manguera, tape el tarro y le dije a él que cerrara el tanque de la gasolina y le dije que fuéramos al comando de estación a hablar con mi coronel, al no encontrar a mi coronel y al señor patrullero tener una actitud grosera y desafiante y al él no justificar la tenencia de esta gasolina o de este líquido procedí a leerle los derechos del capturado y a dejarlo a disposición de la autoridad competente (Fiscalía) para que fuera esta entidad que resolviera la situación a la cual yo estaba dejando en conocimiento. **PREGUNTADO:** De acuerdo con su respuesta anterior por favor indique al despacho si tiene conocimiento si la tapa del tanque de la gasolina de las motocicletas como la que tiene asignada el señor Patrullero CALDERÓN GUAYARA, se abre con alguna llave. **CONTESTADO:** Pues la moto de él tenía las llaves puestas en el tanque de la gasolina, por eso fue por lo que yo le dije a él que cerrara el tanque él mismo. (...) **PREGUNTADO:** Teniendo en cuenta que usted no podía observar la actividad que realizaba el uniformado qué hizo que usted se dirigiera hasta donde él se encontraba. **CONTESTADO:** Porque él no se retiraba de ahí, porque no es normal que un policía después de entregar turno se quede en la motocicleta sin hacer nada y tenga el tanque de la moto abierto, tenga una manguera en el piso, tenga un tarro dentro de una maleta con una sustancia líquida con olor y color característicos a la gasolina, siempre que llega uno o siempre que se termina un turno lo primero que se hace es parquear o dejar estacionada la motocicleta, ir a entregar armamento y retirarse a descansar, el señor patrullero ya había entregado armamento en el momento en que yo lo encontré al lado de la motocicleta, por eso su actitud se me hizo un poco rara y no normal a la del resto de los policiales. (...).

g) El 29 de octubre de 2014 el señor Jesús Darío Cortés Contreras, quien se desempeñaba para el momento de los hechos materia de investigación como Oficial de Vigilancia, señaló que:

“(...) **PREGUNTADO:** A folio 13 del expediente obra fotocopia de la minuta de vigilancia para segundo turno del 07/10/2014, en donde en la casilla correspondiente al señor Patrullero EFRAÍN CALDERÓN GUAYARA, inicialmente aparece como permiso calamidad entre paréntesis y después apoyo bancos, recuerda usted si para esa fecha el señor CALDERÓN GUAYARA fue dispuesto como apoyo al sector bancario en alguna misión específica, de ser así indique cual. **CONTESTADO:** ese día él se presentó de un permiso que tenía por calamidad por la muerte de un familiar, entonces fue ubicado en el sector bancario de la transversal 94 desde la 82 a la 84 para que cubriera las revistas al banco Davivienda y al banco caja social que son los que históricamente han sufrido

hechos de taquillazos. Ese pedazo es realmente como doscientos trescientos metros de distancia por mucho. En este estado de la diligencia el despacho le concede el uso de la palabra a la señora Defensora de Confianza para que interroge al declarante quien manifiesta no tener preguntas por realizar (...)”.

h) El 12 de noviembre de 2014 en la audiencia disciplinaria que se llevó a cabo en contra del demandante, fueron allegados ciertos elementos probatorios, dentro de los cuales se encuentra la relación de tanqueo de la motocicleta identificada con las siglas 17-5824, como se demuestra a continuación²⁵:

FECHA	SIGLA	KILOMETRAJE	VOLUMEN	COMBUSTIBLE
1/10/14 14:35:12	175824	106164	G 1,500	CORRIENTE
2/10/14 16:37:07	175825	106165	G 1,500	CORRIENTE
5/10/14 14:21:40	175826	106166	G 1,500	CORRIENTE
7/10/14 7:17:12	175827	106167	G 1,500	CORRIENTE
9/10/14 14:46:49	175828	106168	G 1,421	CORRIENTE
10/10/14 7:24:21	175829	106169	G 1,500	CORRIENTE
12/10/14 15:00:11	175830	106170	G 1,500	CORRIENTE
13/10/14 9:35:44	175831	106171	G 1,500	CORRIENTE
15/10/14 7:34:03	175832	106172	G 1,500	CORRIENTE
16/10/14 13:00:56	175833	106173	G 1,500	CORRIENTE
18/10/14 7:21:16	175834	106174	G 1,500	CORRIENTE
19/10/14 22:34:57	175835	106175	G 1,500	CORRIENTE
21/10/14 6:59:03	175836	106176	G 1,500	CORRIENTE

i) El 12 de septiembre de 2016 el apoderado de la entidad demandada allegó un disco compacto en donde reposa i) la totalidad del expediente disciplinario que le fue adelantado al señor Efraín Calderón Guayara; y, ii) los videos e imágenes de la Estación de Policía de Engativá del día de los hechos objeto de investigación.

²⁵ Visible a folios 63 a 65 del expediente.

Pues bien, al valorar el anterior material probatorio que obra en el expediente se encuentra probado y no es objeto de debate que el señor Efraín Calderón Guayara se encontraba laborando como Patrullero de la Policía Nacional en la Estación de Quirigua (Bogotá) y que le fue iniciada una investigación disciplinaria por cuanto el 7 de octubre de 2014, siendo aproximadamente las 2 y 30 de la tarde fue sorprendido por el superior a cargo, el Mayor Jorge Enrique Silva Ávila, aparentemente sustrayendo la gasolina de la moto que tenía a su cargo, luego de haber terminado con su turno de trabajo.

También es cierto que por esta irregularidad le fue iniciada una investigación disciplinaria y posteriormente fue sancionado el señor Efraín Calderón Guayara por cuanto se le encontró responsable de haber cometido la falta gravísima descrita en el numeral 10º del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, esto es, incurrir en la comisión descrita en la ley como delito, mientras que se encontraba en situación administrativa de franquicia, en concordancia con el artículo 397 del Código Penal, el cual tipifica el tipo penal de peculado por apropiación²⁶.

Ahora bien, el recurrente expresó en el recurso de apelación que los fallos disciplinarios estuvieron sustentados en pruebas que debieron allegarse, como es el caso de la maleta en donde se encontraba el tanque con el combustible que presuntamente estaba extrayendo, sin embargo para la Sala tal argumento no es de recibo, dado que existen otros elementos probatorios que demuestran que lo que había en dicha maleta era un galón de gasolina, prueba de ello es la declaración del mismo disciplinado quien señaló “(...) me hago al lado de la moto cuando observo en el piso una maleta negra cuyo interior tiene un galón y una manguera (...)”; adicionalmente se encuentra el Acta de Incautación en donde se dejó señalado que se había confiscado “(...) una maleta con un tarro blanco cuyo interior hay un liquido de color y olor característico a gasolina y una manguera transparente con olor a gasolina (...)”²⁷.

²⁶ “(...) **ARTICULO 397. PECULADO POR APROPIACION.** <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. (...)”.

²⁷ Visible a folio 11 del expediente.

Al respecto vale la pena mencionar que el legislador dotó al operador disciplinario de una facultad de valoración y apreciación probatoria «*libre convicción*» que incluye el poder para determinar cuándo se ha logrado recaudar un nivel de pruebas suficiente como para concluir con certeza y convicción que se pudo haber cometido una falta.

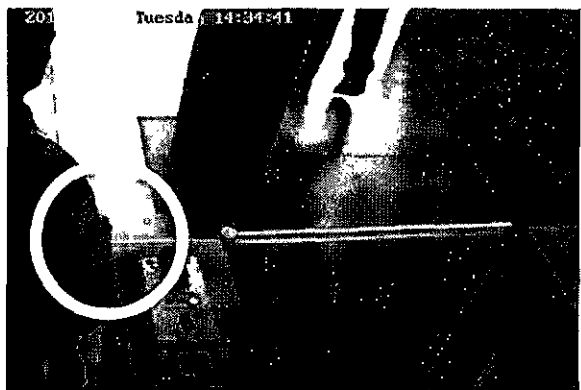
Es por ello que se puede afirmar que en el ámbito de los procesos disciplinarios no existe una tarifa probatoria legal, pues el artículo 131 de la Ley 734 de 2002 dispuso que la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos²⁸; en tal sentido no es aceptable exigir que se allegara el tanque de la gasolina y su interior para demostrar que se trataba de un combustible, en razón a que el operador disciplinario contó con otros elementos probatorios que comprometen la responsabilidad del señor Efraín Calderón Guayara.

Otro de los argumentos que expresó el recurrente fue que no se efectuó un análisis a la motocicleta para efectos de determinar qué cantidad de combustible tenía para el momento de los hechos; no obstante, para la Sala ello no resultaba ser necesario, en razón a que la falta que le fue imputada fue haber cometido una conducta descrita en la ley como delito, el cual para el caso que nos convoca es peculado por apropiación. En tal sentido, como el verbo rector de este tipo penal es apropiar, el operador disciplinario debió limitar a probar si en realidad el disciplinado se apoderó de un bien del Estado.

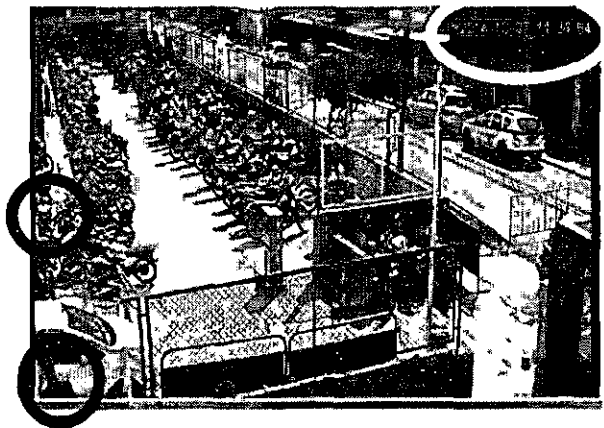
Para ello bastó con analizar otros elementos probatorios, como la versión libre del señor Efraín Calderón Guayara, las declaraciones de los señores Jorge Enrique Silva Ávila, Jesús Darío Cortés Contreras, las grabaciones de las cámaras de seguridad y las situaciones particulares del caso, las cuales denotan que, de un lado, el tanque de la gasolina estaba abierto y que el único que podría tener la llave de éste era el disciplinado; y de otro, que fue sorprendido cuando se apropiaba de un bien del Estado.

²⁸ "(...) ARTÍCULO 130. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario. (...)".

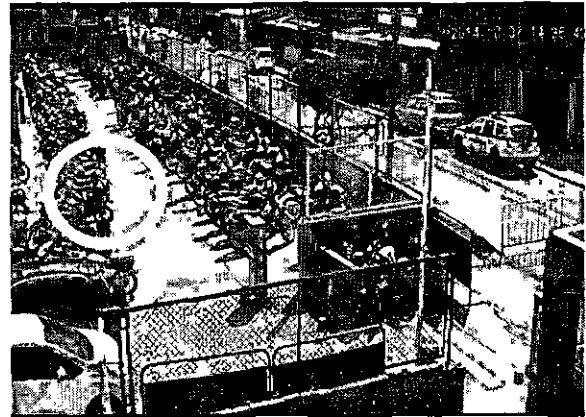
Por otra parte, el recurrente sostuvo que en la grabación de los videos no se evidencia que el disciplinado salga de las instalaciones con algún objeto, al respecto la Sala evidencia lo siguiente:



En esta foto de la grabación, se evidencia que el señor Efraín Calderón Guayara ingresó al parqueadero de vehículos de la Estación de Policía del Quirigua siendo las 2 y 34 de la tarde.



Acá se observa, segundos después, que el mencionado señor se dirigía a donde tenía la moto estacionada «vehículo que le había sido asignado».



Finalmente se observa al Mayor de la Policía, Jorge Enrique Silva Ávila, recriminando al señor Efraín Calderón Guayara por su actuación irregular.

Obsérvese que, si bien es cierto los videos no son determinantes en demostrar si el disciplinado está apropiándose de un bien del Estado, como lo es el combustible con el que operan los vehículos automotores, al contrastar esta prueba con las demás que obran en el plenario, se puede concluir sin dubitación alguna que en efecto se incurrió en la conducta que le fue imputada, dado que es un hecho cierto él tenía las llaves del tanque de la gasolina de la motocicleta que le había sido asignada, fue sorprendido con una manguera y una maleta en la cual se encontraba

un recipiente que tenía gasolina y las justificaciones que presentó no se acompañan con la realidad.

En efecto, pues el señor Efraín Calderón Guayara afirmó que se había dirigido a sacar del baúl de la motocicleta una bebida refrescante, pero al observar con detenimiento el video, se puede evidenciar que estuvo por más de dos minutos al lado de la moto en el que en ningún momento abrió dicho baúl, incluso, ni siquiera cuando fue sorprendido por el señor Jorge Enrique Silva Ávila.

Bajo ese contexto, el hecho de que el señor Jorge Enrique Silva Ávila no le constatará haber visto al disciplinado sustraer liquido alguno, tal y como se expresó en recurso de apelación, ello no es óbice para no llegar a la conclusión del grado de responsabilidad de éste, pues, se insiste, existieron otros medios probatorios que llevaron al juzgador a un grado de certeza tal, que no existe manto de duda.

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 el debido proceso, pues en las providencias sancionatorias explicaron las razones por las cuáles el actor debía ser sancionado y se dejó consignada la valoración probatoria que para el efecto llevó a cabo.

Lo anterior por cuanto, en los actos administrativos cuestionados se hizo un análisis de las piezas procesales y se explicó y justificó por qué la autoridad disciplinaria dio credibilidad a unas y se apartó de otras, y el hecho de que el actor esté en desacuerdo con tal razonamiento, no implica que se configure el cargo de falsa motivación por falta de pruebas o de apreciación integral de las mismas.

Vale la pena decir 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 en el artículo 142 del C.D.U.²⁹, y esa tarea la realizó en debida forma la entidad demandada.

Es importante resaltar que el comportamiento realizado por el demandante fue cometido con el conocimiento de la ilicitud de la conducta y de manera voluntaria, es decir, con dolo, pues, era conocedor de sus deberes como funcionario de la Policía Nacional; al respecto esta Corporación expresó, en un asunto similar en donde el disciplinado alegaba que el superior jerárquico había malinterpretado el hecho de sacar gasolina de su motocicleta para limpiar las bujías, que³⁰:

“(…) ante la gravedad que comporta la apropiación de bienes públicos por un funcionario de la Institución encargada de “mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas” y asegurar la convivencia pacífica de los habitantes de la República³¹, debía no sólo aplicarse diligentemente el correctivo que hubiere lugar de acuerdo a las disposiciones disciplinarias, sino también prevenir -a través de la destitución del disciplinado- que dichas actuaciones –las cuales se alejan del prototipo del buen servidor público- llegaran a repetirse, protegiendo con ello en el caso concreto la correcta ejecución de la función pública, motivo por el cual, el argumento bajo análisis no tiene asidero jurídico alguno.
(…)” (Lo subrayado y resaltado en negrilla es de la Sala).

Ahora, en cuanto al correctivo adoptado, esto es, destitución e inhabilidad de 10 años para ejercer cargos públicos, es necesario reiterar lo expresado en aquella oportunidad³², cuando se indicó que “la clase de sanción” a imponer únicamente confluyen la tipicidad³³ y la culpabilidad³⁴, de manera que “(…) cuando la “falta sea gravísima” (tipicidad) calificada a título de “dolo o culpa gravísima” (culpabilidad) la sanción no puede ser otra que la “destitución” e “inhabilidad general” por un término de entre 10 y 20 años, para cuya concreción, el Operador Disciplinario debe acudir a los “criterios para la graduación de la sanción” a fin de establecer con certeza el plazo de la referida inhabilidad (…)”.

²⁹ “(…) 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. (…)”.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 28 de julio de 2014, radicado 11001-03-25-000-2012-00338-00, C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E).

³¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

³² CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 28 de julio de 2014, radicado 11001-03-25-000-2012-00338-00, C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E).

³³ Falta gravísima, grave o leve.

³⁴ Dolo, culpa gravísima o culpa grave.

En tal sentido, la sanción disciplinaria que se le impuso al disciplinado no fue desproporcionada, en razón a que estuvo sujeta a la tipicidad gravísima de la falta y la calificación dolosa de la culpabilidad, de manera que una vez éstas son demostradas, la sanción se encontraba expresamente definida en la ley y el Operador Disciplinario no tenía más opción que aplicarla, **so pena de prevaricar**³⁵.

Por último, tampoco se puede sostener que le fue quebrantado al disciplinado 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 advirtió³⁶ 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.

Así bajo tales circunstancias, no se demuestra que los actos acusados hayan carecido de pruebas suficientes, sino, por el contrario, las recaudadas fueron valoradas dentro del marco de autonomía y sana crítica del operador disciplinario, motivo por el cual este cargo no tiene vocación de prosperidad.

2.2. RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO RELACIONADO CON EL PRESUNTO DESBORDAMIENTO DE LA FACULTAD DISCIPLINARIA.

Dado que el apoderado del demandante manifestó en el recurso de apelación que fue desbordada la facultad disciplinaria al momento en que no se tuvo en cuenta la providencia por medio de la cual fue exonerado de responsabilidad en materia penal, la Sala, considera necesario para resolver este cargo, abordar los siguientes temas: i) de la tipicidad en el derecho penal y en el derecho disciplinario; y, ii) el análisis del cargo.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 28 de julio de 2014, radicado 11001-03-25-000-2012-00338-00, C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E).

"(...) en clave de antijuridicidad, es decir de la demostración de la no "ilicitud sustancial" de la conducta y de su "justificación", cuya consecuencia no es la proporcionalidad o no de la sanción, sino la exclusión de responsabilidad, no se presenta en el libelo argumento ni prueba alguna que, de forma válida, justifique la apropiación del combustible perteneciente a la Institución Policial y menos aún puede aceptarse que este actuar no constituya una afectación grave a sus deberes funciones, pues, los miembros de la Policial Nacional por las funciones que desempeñan y el contacto inmediato que tienen con los demás miembros de la sociedad deben ser intachables en el respeto de los valores que orientan a la Institución entre ellos la honestidad (...)".

³⁶ En la diligencia de notificación personal sobre la apertura de investigación disciplinaria y comunicación de pruebas realizada el 23 de octubre de 2014 (visible a folio 41 del expediente).

i) De la tipicidad en el derecho penal y en el derecho disciplinario.

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 asociados³⁷.

Por ello la Corte ha destacado 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”*³⁸.

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 objetivos³⁹, 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 funcional⁴⁰.

³⁷ Se puede consultar, por mencionar algunas, las sentencias de la Corte Constitucional C-404 de 2001 y C-818 de 2005.

³⁸ Ver sentencia T-1093 de 2004.

³⁹ Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario ver -entre otras- las sentencias C-181/02, M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-948 de 2002, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁰ Los deberes funcionales están relacionados con aspectos de movilidad laboral en el sector público:

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 (...).”*⁴¹. 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 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.⁴²

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”*⁴³.

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

⁴¹ 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.

⁴²
⁴³ Consultar sentencia C-030 de 2012, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, por mencionar una de tantas.

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”*⁴⁴; 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.

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 respectivos⁴⁵. Sin que ello lo habilite para asumir posturas arbitrarias en dicho proceso de adecuación y valoración.

ii) Análisis del cargo.

El recurrente sostuvo que el operador disciplinario había desbordado su facultad, en la medida en que no tuvo en cuenta la providencia del 8 de octubre de 2008 proferida por la Fiscalía 359 Seccional, en donde se fue exonerado de responsabilidad en la medida en que no se había demostrado la atipicidad de la conducta; sin embargo para la Sala, la autoridad disciplinaria no tenía porqué esperar a 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

⁴⁴ Sentencia C-404 de 2001.

⁴⁵ Ver, entre otras, sentencias C-124 de 2003, M.P Dr. Jaime Araujo Rentería y C-818 de 2005, M.P Dr. Rodrigo Escobar Gil.

cargo y abusando del mismo, el hoy demandante realizó objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito, sancionable a título de dolo.

Por lo mismo, resulta acertado indicar que no se le ha vulnerado el principio *non bis in idem* al señor Efraín Calderón Guayara; porque si bien se trata de situaciones que 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 similares⁴⁶.

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 hecho⁴⁷.

Ahora, para ilustrar cuándo existe identidad de sujeto, objeto y causa, la Corte Constitucional en sentencia C-244 de 1996,⁴⁸ 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 inculcado 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*".

⁴⁶ Con relación al tema se puede consultar las siguientes sentencias: C-554 del 30 de mayo de 2001, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández; C-088 del 13 de febrero de 2002, M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett; C-393 del 24 de mayo de 2006, M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, por citar algunas.

⁴⁷ Ver, entre otras, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁸

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 amplios⁴⁹.

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.

Ahora, el hecho de que la Fiscalía 359 Seccional de Bogotá, quien adelantó la investigación penal en contra del señor Efraín Calderón Guayara por el Delito de peculado por apropiación, haya anunciado resolución absolutoria, 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 proteger los bienes del Estado, pues de acuerdo con el material probatorio que obra en el

⁴⁹ Al respecto se puede revisar, entre otras, la sentencia C-762 de 2009, M. P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Demandante: Efraín Calderón Guayara.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.
Instancia: Doble – Ley 1437 de 2011.

proceso disciplinario se comprobó que se apropió del combustible con el que operaba la motocicleta que le había sido asignada.

En consecuencia, al no estar probados los cargos formulados por el demandante y mantenerse incólume la presunción de legalidad de las decisiones disciplinarias, la Sala confirmará la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

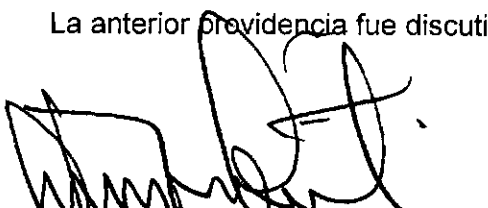
En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

III. FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 15 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por medio del cual denegó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Efraín Calderón Guayara en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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


CARMELO PERDOMO CUÉTER


CÉSAR PALOMINO CORTÉS


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Proceso recibido en Secretaría
21 AGO 2019