



573

Radicado: 66001-23-33-000-2014-00254-01 (1249-2017)  
Demandante: Iván David Martínez Tamayo

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA**

**CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre dos mil diecinueve (2019)**

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicación:** 66001-23-33-000-2014-00254-01 (1249-2017)  
**Demandante:** IVÁN DAVID MARTÍNEZ TAMAYO  
**Demandado:** NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, POLICÍA NACIONAL

**Temas:** Se confirma la sentencia de primera instancia. Ilícitud sustancial. Culpabilidad en el derecho disciplinario: culpa grave y el error como causal de exclusión de responsabilidad. Debido proceso disciplinario. Valoración probatoria.

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA (Ley 1437 de 2011) O-247-2019**

**ASUNTO**

La Subsección A, Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 22 de noviembre de 2016, proferida por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda<sup>1</sup>.

**LA DEMANDA<sup>2</sup>**

De conformidad con la demanda se efectuaron las siguientes pretensiones.

De nulidad:

- Que se declare la nulidad de la decisión sancionatoria de primera instancia de fecha 29 de agosto de 2013, expedida por la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía de Risaralda, con sede en Pereira,

<sup>1</sup> Sentencia visible en los folios 527-533 del expediente.

<sup>2</sup> Folios 437-451, *ibidem*.



dentro de la investigación disciplinaria n.º DERIS-2011-15, mediante la cual se le impuso al demandante el correctivo disciplinario de seis (6) meses de suspensión sin derecho a remuneración.

- Que se declare la nulidad del acto administrativo disciplinario de segunda instancia proferido el 22 de noviembre de 2013 por la Inspección Regional Delegada Tres, con sede en Pereira, dentro de la investigación disciplinaria n.º DERIS-2011-15, por la que se resolvió el recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, dejando en firme la sanción impuesta.
- Que se declare la nulidad de la Resolución 00192 del 20 de enero de 2014, expedida por la Dirección General de la Policía Nacional, mediante la cual se ejecutó la sanción disciplinaria mencionada de forma precedente.

#### De restablecimiento del derecho:

- Que se ordene a la Policía Nacional efectuar los registros pertinentes en el sistema SIJUR y en la hoja de vida del demandante, en el sentido de dejar sin efecto la sanción impuesta e informar a la Procuraduría Provincial de Pereira lo resuelto, con el fin de que el antecedente siga figurando en los registros del ente de control.
- Que se restablezcan todos los derechos que le fueron conculcados al demandante, con ocasión de su desvinculación del servicio activo de la Policía Nacional y que dicho restablecimiento de los derechos sean sin solución de continuidad para todos los efectos legales.

#### Reparación de perjuicios:

- Se reconozca a título de indemnización los perjuicios materiales como salarios, primas, subsidios, vacaciones y cesantías, ocasionados como consecuencia de la suspensión de seis (6) meses del servicio activo, con las indexaciones a que haya lugar, desde el 2 de febrero de 2014 hasta la fecha en que sea reintegrado el demandante.
- Se reintegre al patrullero Iván David Martínez Tamayo al grado que le correspondía, según su antigüedad y la posición de los compañeros de curso.

#### Otras:

- Que la entidad demandada de cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.



- Se condene en costas a la Nación, Ministerio de Defensa, Dirección General de la Policía Nacional.
- Se comuniquen la sentencia para su ejecución y cumplimiento.

#### Fundamentos fácticos relevantes.

1. La señora juez Consuelo González López, del Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), ordenó, el día 26 de octubre de 2012, expedir copias de toda la actuación judicial seguida en contra el señor Jhon Jairo Ángel Escobar, con el fin de que se investigara disciplinariamente al uniformado Iván David Martínez Tamayo, quien dejó supuestamente en libertad a la persona atrás mencionada, sin que mediara autorización por parte de funcionario competente, en cuyo caso era la Fiscalía General de la Nación.
2. El 18 de febrero de 2013, la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Risaralda conoció de dicho asunto. Para ello, acumuló las indagaciones preliminares seguidas contra los patrulleros Iván David Martínez, José Julián Cerón Zambrano y José Julián Cerón Zambrano, decisión que dio lugar a que se llevara una sola actuación, distinguida con el radicado número P-DERIS-2012-69.
3. En el trámite de la actuación, la autoridad disciplinaria profirió auto de pliego de cargos, decisión mediante la cual se le endilgó al demandante la falta gravísima contenida en el artículo 34, numeral 2 de la Ley 1015 de 2006. Esta norma establece como falta lo siguiente: «Permitir o dar lugar a la fuga de persona capturada, retenida, detenida o condenada, de cuya vigilancia o custodia haya sido encargado o disponer la libertad sin estar facultado para ello». Dicha imputación lo fue a título de dolo.
4. El 29 de agosto de 2013, la Oficina Control Disciplinario Interno del Departamento Policía Risaralda dictó el acto administrativo de primera instancia, mediante el cual se le impuso al demandante la sanción de seis (6) meses de suspensión, sin derecho a remuneración.
5. El 22 de noviembre de 2013, la Inspección Regional Delegada Tres, con sede en Pereira, resolvió el recurso de apelación contra el acto administrativo de primera instancia anteriormente citado, providencia que confirmó en todas sus partes la decisión sancionatoria en contra del demandante.
6. Con fundamento en lo anterior, el señor director general de la Policía Nacional expidió la Resolución n.º 00192 del 20 de enero de 2014, mediante la cual



ejecutó la sanción disciplinaria, decisión que fue notificada al demandante el 2 de febrero de 2014.

7. Antes de presentar esta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se intentó la conciliación extrajudicial entre las partes, pero resultó fallida.<sup>3</sup>

#### **Normas violadas y concepto de violación.**

Para el demandante, los actos administrativos sancionatorios acusados desconocieron las siguientes normas:

- Constitución Política de 1991: artículo 29.
- Leyes 734 de 2002, 1015 de 2006 y 1474 de 2011.

La formulación del concepto de violación en la demanda se expresó en las siguientes causales de nulidad:

- Vulneración al debido proceso.
- Falsa motivación

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional<sup>4</sup>.**

#### **Pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda.**

El apoderado de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

#### **Pronunciamiento frente a los hechos de la demanda.**

El abogado únicamente dio por ciertos los hechos presentados en la demandada, que estuvieron relacionados con el trámite y las decisiones adoptadas del proceso disciplinario.

#### **Pronunciamiento frente a las causales de nulidad**

La parte demandada afirmó que dentro del proceso disciplinario existieron suficientes elementos de prueba para dar por demostrados los elementos de la responsabilidad

<sup>3</sup> Folios 2 del expediente.

<sup>4</sup> Folios 489-494 del expediente.



disciplinaria del señor Iván David Martínez Tamayo y que era improcedente el reconocimiento del error como causal de exoneración.

Así mismo, propuso como excepción previa la inepta demanda por el no agotamiento del requisito de procedibilidad frente a la pretensión relacionada con la declaratoria de nulidad del acto administrativo sancionatorio de primera instancia.

### DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial, llevada a cabo el 18 de noviembre de 2016, a modo de antecedentes:

#### 1. Saneamiento del litigio y decisión de excepciones<sup>5</sup>

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda declaró que no había causal que invalidara lo actuado.

Por otra parte, el *a quo* desestimó la excepción previa presentada por la entidad demandada, por cuanto consideró que la omisión de no incluir el acto administrativo de primera instancia en la solicitud de conciliación como sí se hizo en la demanda no representaba «un vicio capaz de frustrar el proceso adelantado», esto es, ello no podía considerarse como «una ineptitud sustantiva que pudiera impedir resolver el asunto litigado».

#### 2. Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La magistrada ponente fijó el litigio de la siguiente manera<sup>6</sup>:

Indica la suscrita magistrada que el objeto de litigio se concreta al estudio de legalidad de los actos disciplinarios demandados bajo los precisos términos de los conceptos de la violación presentados por el accionante en cotejo con las normas que se dicen han sido vulneradas, debiéndose analizar si estos se

<sup>5</sup>Folios 519-522 del expediente.

<sup>6</sup> Conforme al reverso del folio 520 y conforme a la audiencia que obra en el medio magnético del folio 523 del expediente.



encuentran viciados de nulidad, por cuanto a juicio de la parte actora se expidieron con falsa motivación, violación del debido proceso, desconocimiento de la presunción de inocencia, principio de legalidad, deber de apreciación integral de la prueba, imparcialidad e inexistencia de ilicitud sustancial; o si por el contrario, como lo manifiesta la Policía Nacional, la actuación procesal estuvo ajustada a los parámetros constitucionales y legales vigentes.

Respecto de esta decisión, las partes estuvieron de acuerdo.

### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

En la misma audiencia del 18 de noviembre de 2016, las partes presentaron los alegatos de conclusión de la siguiente manera:

**La parte demandante:** manifestó que en el presente asunto no existían elementos que demostraran que la captura del señor Jhon Jairo Ángel Escobar haya sido en flagrancia, por lo cual, los actos demandados no habían demostrado la responsabilidad del demandante. Por ende, existía una falsa motivación, para lo cual reiteró los razonamientos expuestos en la demanda y en la actuación disciplinaria adelantada por la Policía Nacional.

**La parte demandada:** insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, para lo cual explicó que el actor no tenía la facultad legal para dejar en libertad a la persona capturada, situación sustentada por la Fiscalía Local a cargo del proceso penal. Por ello, se encontraba demostrado dentro del expediente que la actuación del disciplinado fue contraria a la normatividad vigente y que con ello alteró su deber funcional. Además, dijo que no existía prueba que demostrara el supuesto concepto del funcionario de la Fiscalía, quien a decir del demandante había «ordenado» la libertad del indiciado.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN PRIMERA INSTANCIA

El agente del Ministerio Público, en la audiencia anteriormente referida, explicó que luego de realizar una valoración probatoria, encontró que la ventilación de este tipo de asuntos no podía constituir una tercera instancia. Igualmente, manifestó que en la actuación disciplinaria se surtieron todas las etapas procedentes y que se tuvo la oportunidad de presentar descargos. Por tanto, dijo no encontrar probada la causal de exclusión de responsabilidad por el error invencible que aducía la parte demandante, frente a lo cual su solicitud era la de negar las súplicas de la demanda.



## SENTENCIA APELADA<sup>7</sup>

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia del 22 de noviembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda. Para ello, precisó que el demandante formuló un cargo único, conformado por la violación del debido proceso y la falsa motivación, esgrimiéndose las siguientes razones: i) Ausencia de ilicitud sustancial de la conducta del actor; ii) Inobservancia de la causal de exclusión de responsabilidad, descrita en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 (error invencible), y iii) Indebida valoración probatoria.

En tal forma y en cuanto al a ilicitud sustancial, la primera instancia consideró que estaba suficientemente demostrado que el señor Iván David Martínez Tamayo, en su condición de patrullero de la Policía Nacional y junto con otro compañero, para el 25 de octubre de 2012, capturó en flagrancia al señor Jhon Jairo Ángel Escobar. En ese sentido, y con la inobservancia de las normas legales que regían la materia, el *a quo* destacó que el demandante, sin facultad para ello, impartió la orden de dejar en libertad al capturado, incumpléndose así su deber funcional, de conformidad con la falta establecida en el numeral 2 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006.

Por ello, agregó que no había lugar a cuestionar las normas que le fueron aplicables al disciplinado o, incluso, exigir a la entidad disciplinaria efectuar un juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad idéntico al que se efectuaba en el proceso penal, tal y como lo expuso el demandante en el libelo introductorio y en sus alegatos de conclusión. No era de recibo, entonces, que se afirmara que el ejercicio de la función pública no se había afectado, toda vez que él capturado fue judicializado y condenado, al haber aceptado los cargos. Al respecto, argumentó que en el derecho disciplinario a la autoridad únicamente le competía verificar la descripción objetiva de la conducta, basado en la infracción del deber funcional, sin que importara la materialidad del resultado.

En cuanto a la inobservancia del error invencible como causal de exclusión de responsabilidad, el Tribunal explicó que para su configuración era necesario que el disciplinado tuviera la certeza plena y sincera de que su actuar se encontraba ajustado a las normas vigentes, y adicionalmente, que el error de apreciación no fuera superable. Para considerar que el presente caso el error era vencible destacó que el demandante había podido asesorarse por el personal de Policía Judicial, o realizar una simple revisión de la Constitución y de la ley, para concluir que la captura en flagrancia era legal. Con ello, habría evitado tomarse atribuciones que no eran de su competencia funcional, ya que su único papel dentro del procedimiento consistía en poner a la persona capturada en flagrancia a disposición de la Fiscalía, inmediatamente o más tardar en el término de la distancia, según los lineamientos del artículo 302 de la Ley 906 de 2004.

<sup>7</sup> Folios 527-533, *ibidem*.



En esas circunstancias, la primera instancia consideró que el conocimiento de la ilicitud del demandante era cierto y actualizado, sin que tuviera espacio para especular o suponer que la privación de la libertad del infractor penal se derivaba en ilegal y, en consecuencia, adoptar una determinación por fuera de los deberes funcionales que le competían, sin mediar por lo menos una constancia acerca de una irregularidad en el trámite, pero que aún en ese escenario no lo habilitaba a tomar dicho tipo de decisiones.

Por lo anterior, la primera instancia consideró que cualquier otro miembro de la Policía Nacional del mismo nivel y condiciones particulares del demandante habría podido actuar en forma diferente, sobre todo cuando existían en el ordenamiento jurídico y dentro del mismo equipo de trabajo mecanismos adecuados para establecer la legalidad de una captura, más aun en flagrancia, por lo cual era acertada la culpa grave reprochada por la entidad demandada.

Por su parte, en lo que corresponde a la indebida valoración probatoria, el Tribunal señaló que en el trámite del proceso disciplinario se tuvieron en cuenta de forma correcta las pruebas que fueron allegadas, entre ellas, el testimonio de la fiscal 16 de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), la diligencia preliminar celebrada por el Juzgado Civil Municipal en función de Control de Garantías y el informe rendido por la Policía Judicial. El análisis en conjunto de dichos medios probatorios indicaba que el proceder del policial fue contrario al deber constitucional y legal que le asistía, puesto que una vez fue capturado el señor Jhon-Ángel Escobar en situación de flagrancia, lo obligatorio era ponerlo a disposición a la Fiscalía, entidad que tenía la función de adelantar el ejercicio de la acción penal.

Finalmente, en lo relacionado con la solicitud del testimonio del funcionario adscrito a la Fiscalía Local de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), quien supuestamente indujo en error al demandante, la primera instancia argumentó que la Policía Nacional decretó la recepción de dicha diligencia y que envió el respectivo oficio citatorio, lo que significa que la entidad demandada siempre estuvo presta a su recaudo. Adicionalmente, puso de presente que los sujetos procesales debieron hacer lo posible para obtener la declaración del mencionado testigo dentro del proceso disciplinario, y no trasladar dicha carga a la entidad demandada.

### **ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN<sup>8</sup>**

La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda fue apelada únicamente por la parte demandante. Como argumentos de la impugnación, expuso dos en particular.

<sup>8</sup> Folios 535-541, *ibidem*.



577

Radicado: 66001-23-33-000-2014-00254-01 (1249-2017)  
Demandante: Iván David Martínez Tamayo

Por un lado y luego de efectuar algunas reflexiones sobre la forma en cómo se debe efectuar la valoración probatoria y algunas ideas acerca del debido proceso, la favorabilidad, la presunción de inocencia, derecho a la defensa, entre otros, el recurrente dijo que el señor Iván David Martínez Tamayo actuó de buena fe, que no hubo intención de agotar el tipo disciplinario, que no existió ilicitud sustancial, que no hubo culpa grave, que no actuaron con malicia y que en todo caso actuó con la convicción errada e invencible de que actuaba conforme a derecho. Para ello, se basó en la declaración de la fiscal Gloria Inés Osorio Cuartas, quien dijo que el demandante y su compañero se preguntaron en su momento en cómo proceder en dicha situación, que el procedimiento por ellos adoptados fue avalado por los funcionarios de la Fiscalía y que los uniformados de manera transparente efectuaron los respectivos registros en el libro de retenidos de la Policía.

Por el otro, el apoderado del demandante explicó que el patrullero Iván David Martínez Tamayo estaba convencido que a quien le entregaron la documentación y que quien en realidad no quiso recibir el procedimiento, porque aducía motivos de una posible ausencia de flagrancia, fue un fiscal de nombre William García, pero que después fue identificado como Wilson Cortes, con lo cual dicha situación lo mantuvo en error. Agregó que el demandante consultó a varios fiscales, entre ellos el director de Fiscalía del municipio de Santa Rosa, y que le dijeron que el capturado debía ser liberado por ausencia de flagrancia.

Relacionado con la situación acaecida con el funcionario de la Fiscalía de nombre Wilson Cortes, la defensa señaló que la entidad disciplinaria se limitó a enviar un oficio al empleado de la Fiscalía, situación que violaba el debido proceso, prueba solicitada que de alguna manera tenía la respuesta a lo que había sucedido.

Así las cosas, el apelante concluyó que los actos administrativos sancionatorios no solo habían desconocido y violentado los derechos fundamentales del demandante, sino que adolecían de una falsa motivación, pues, según su criterio, nunca se logró demostrar los requisitos del tipo disciplinario conforme a la conducta endilgada y que la causal de exclusión de responsabilidad no fue tomada en cuenta.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

La parte demandada reiteró los argumentos que ya había expuesto en el proceso y complementó su intervención con otras razones jurídicas y probatorias<sup>9</sup>. En ese sentido, solicitó que se confirmara la sentencia proferida por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda.

<sup>9</sup> Folios 565-571, *ibidem*. Las demás razones jurídicas y probatorias se analizarán en las consideraciones de esta providencia.



El demandante guardó silencio.<sup>10</sup>

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público guardó silencio<sup>11</sup>.

### CONSIDERACIONES

#### 1. COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 150 del CPACA<sup>12</sup>, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

#### 2. BREVE RECUENTO DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

##### El cargo y la sanción disciplinaria

En la investigación que adelantó la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía de Risaralda en contra del patrullero Iván David Martínez Tamayo, se le formuló un cargo disciplinario. Por este reproche el demandante fue sancionado. En el siguiente cuadro se resume la concordancia entre la formulación de cargos y el acto administrativo sancionatorio:

<sup>10</sup> Conforme a la constancia secretarial, visible en el folio 572, *ibidem*.

<sup>11</sup> Conforme a la constancia secretarial, visible en el folio 572, *ibidem*.

<sup>12</sup> CPACA, art. 150: «Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]».



<b>FORMULACIÓN DE CARGOS, CONFORME AL AUTO DE 2 DE JULIO DE 2013<sup>13</sup></b>	<b>ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL 29 DE AGOSTO DE 2013<sup>14</sup> CONFIRMADO EL 22 DE NOVIEMBRE DEL MISMO AÑO<sup>15</sup></b>
<b>Cargo único:</b>  «La conducta atribuida en referencia al cargo endilgado al señor Patrullero Iván David Martínez Tamayo se encuentra establecida en el artículo 34, numeral 2, de la precitada norma disciplinaria [Ley 1015 de 2006]; al parecer ejecutó una conducta de la cual no tenía facultad de hacerlo, es decir, habiendo dejado a disposición de autoridad competente al señor Jhon Jairo Ángel Escobar, a eso de las 9.00 horas del 26 de octubre de 2012, fue puesto en libertad por el uniformado a <i>motu proprio</i> lo que implica que tuvo la voluntad de la libertad del capturado, tenía además conocimiento de la facultad que había adquirido la Fiscalía General de la Nación y en el (sic) particular la fiscal 16 local de Santa Rosa de Cabal, teniendo en cuenta que había entregado cada uno de las diligencias de captura, y además tenía conocimiento de la ilicitud de la conducta, es decir, a sabiendas que había dejado en libertad a Jhon Jairo Ángel Escobar y habiéndolo capturado, nuevamente lo captura y lo lleva a audiencias preliminares, por lo que se puede colegir que la conducta la cometió a título de DOLO».	<b>Cargo único:</b>  Se confirmó el cargo endilgado en cuanto a la descripción de la conducta, excepto en el título de imputación subjetiva. Mientras en el pliego de cargos se efectuó el reproche a título de dolo, en la decisión sancionatoria lo fue a título de culpa.
<b>Falta imputada y norma violada con la conducta:</b>  Falta gravísima, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006:  «Permitir o dar lugar a la fuga de persona capturada, retenida, detenida o condenada, de cuya vigilancia o custodia haya sido encargado o disponer la libertad sin estar facultado para ello».	<b>Falta imputada:</b>  Se confirmó la falta que se imputó en el pliego de cargos.
<b>Culpabilidad:</b>  La comisión de la falta gravísima se imputó a título de dolo.	<b>Culpabilidad:</b>  La autoridad disciplinaria en la decisión sancionatoria varió la culpabilidad, y efectuó el reproche a título de culpa grave.

<sup>13</sup>Folios 163 – 178 del expediente.

<sup>14</sup> Folios 293-319 del expediente.

<sup>15</sup> Folios 369-395 del expediente.



**Decisión sancionatoria:**

«SEGUNDO: Responsabilizar disciplinariamente al señor Patrullero IVAN DAVID MARTÍNEZ TAMAYO, [...] y en consecuencia imponer como sanción el correctivo de suspensión e inhabilidad especial por el término de seis (06) meses sin derecho a remuneración por cuanto su conducta constituye falta disciplinaria descrita en la Ley 1015 del 07/02/2006, "Por medio de la cual se expide en Régimen Disciplinario de la Policía Nacional", de conformidad con la parte motiva del presente proveído. [Texto en negrilla original].»

## 2. CUESTIÓN PREVIA.

### Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>16</sup>, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a alguna limitante que restrinja su competencia.

En dicha oportunidad, la corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad pública sancionatoria que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es dable restringir las facultades de que goza la jurisdicción en la realización de dicho estudio.

Esta integralidad se proyecta en múltiples aspectos que son destacados en la providencia en los siguientes términos:

[...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de

<sup>16</sup> C.E., S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.



los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]

Así, pues, el control judicial que ha de efectuarse en el presente caso tiene como hoja de ruta los parámetros dispuestos en aquella decisión judicial, lo que desde ya implica descartar, como lo hizo la primera instancia, los argumentos con los que se pretenda desconocer las amplísimas facultades de que goza el juez para efectuar una revisión seria y profunda de todas las actuaciones y etapas surtidas en el procedimiento disciplinario.

### 3. ASUNTO SOMETIDO A ESTUDIO

Así las cosas y de conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en esta instancia son los siguientes:

- i. ¿En el trámite de la actuación disciplinaria se le vulneró el derecho al debido proceso al señor Iván David Martínez Tamayo por no haberse practicado el testimonio del funcionario de la Fiscalía General de la Nación, que según el criterio del apoderado del demandante fue la persona que indujo a error al uniformado que fue sancionado?
- ii. ¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con falsa motivación? La respuesta a esta cuestión dependerá de la solución de los siguientes subproblemas:
  - ¿Se demostró la ilicitud sustancial y la culpa grave en la falta cometida por el señor Iván David Martínez Tamayo?
  - ¿Se omitió la aplicación del numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 o el mismo numeral del artículo 41 de la Ley 1015 de 2006, normas que regulan el error invencible como causal de ausencia de responsabilidad?

A partir de lo expuesto, se resolverán los problemas jurídicos planteados para tomar la decisión que en derecho corresponda.

#### 3.1 Primer problema jurídico.

¿En el trámite de la actuación disciplinaria se le vulneró el derecho al debido proceso al señor Iván David Martínez Tamayo por no haberse practicado el testimonio del



funcionario de la Fiscalía General de la Nación, que según el criterio del apoderado del demandante fue la persona que indujo a error al uniformado que fue sancionado?

### **Tesis de la parte demandante**

El apelante argumentó que la defensa en el proceso disciplinario solicitó el testimonio del funcionario de la Fiscalía General de la Nación que supuestamente había «avalado» la decisión de los uniformados de dejar en libertad a la persona que fue capturada. Por ende, la prueba solicitada tenía la respuesta a lo que había sucedido.

### **Tesis de la parte demandada**

La parte demandada no se refirió a este aspecto.

### **Tesis del Ministerio Público**

La representante del Ministerio Público guardó silencio.

**La Sala sostendrá la siguiente tesis:** No se vulneró el derecho al debido proceso por cuanto la no práctica de la prueba solicitada por la defensa no se constituyó en un vicio relevante capaz de hacer anular los actos administrativos que fueron demandados.

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- El debido proceso disciplinario (3.1.1)
- Caso concreto (3.1.1).

#### **3.1.1 El debido proceso disciplinario.**

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. En efecto, el proceso disciplinario es un trámite de naturaleza administrativa, por lo que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas.

Al respecto, es pertinente señalar que el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra, material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtir, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otras. Por otro lado, su dimensión material alude a las garantías sustanciales en las que se proyectan esas formalidades, entre las cuales pueden destacarse el principio de publicidad, la doble instancia, la presunción de



inocencia, la imparcialidad, el *non bis in idem* y el derecho a contradecir las pruebas, entre muchas otras.

Con base en esa distinción, es plausible aseverar que no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada, pues para tales efectos será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho. En armonía con ello, se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que, cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio.

Sobre tal aspecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que éste se afecta cuando hay **privación o limitación del derecho de defensa**, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada. Si bien es cierto "toda clase de actuaciones judiciales", pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da **si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo**, violándolo ostensiblemente [...] <sup>17</sup> [Negrillas fuera de texto].

En efecto, este postulado es coherente con el llamado principio de trascendencia que consagra el artículo 310, numeral 1, de la Ley 600 de 2000, aplicable al proceso disciplinario en virtud del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, que en su párrafo dispone la incorporación de los principios que, en materia penal, orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación. Esta norma señala sobre el principio en cuestión que «[...] Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento [...]» <sup>18</sup>. De igual forma, ese mismo precepto normativo indica que «no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que

<sup>17</sup> Sentencia T-267 del 7 de marzo de 2000, Corte Constitucional. En este sentido también puede leerse el auto 029A del 16 de abril de 2002, en el que dicha Corporación sostuvo que: «[...] ha de valorarse si la irregularidad observada tiene la capacidad de alterar de manera grave el proceso, tornándolo en injusto, es decir, violatorio del debido proceso. En consecuencia, sólo cuando además del vicio procesal se vulnera el fin buscado con la norma, ha de dictarse la nulidad de lo actuado. Por el contrario, cuando la irregularidad no impide la realización efectiva de la función o propósito perseguido por el instrumento procesal, no puede endilgarse de injusto e indebido el proceso. De otra parte, el vicio debe ser trascendente; es decir, que de no haberse producido, otra hubiera sido la evolución del proceso. Por ende, si se incurre en una grave irregularidad en un fallo, pero el fallo de reemplazo debe dictarse en el mismo sentido del anterior, a pesar del defecto es improcedente la nulidad por falta de trascendencia del vicio [...]».

<sup>18</sup> Ley 610 de 2000, artículo 310, numeral 2.



haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica».

Así las cosas, para verificar una posible vulneración al debido proceso, se deberá analizar el criterio de la relevancia o de la trascendencia, pues si hubo otra forma de subsanar el vicio que se esgrime, no habrá lugar a declarar la nulidad. Mucho menos, cuando a la situación irregular han contribuido de forma determinante los sujetos procesales.

### 3.1.2 Caso concreto.

La decisión de primera instancia explicó que la Policía Nacional decretó la recepción de dicha diligencia y que envió el respectivo oficio citatorio, lo que significa que la entidad demandada siempre estuvo presta a su recaudo. Así mismo, puso de presente que los sujetos procesales debieron hacer lo posible para obtener la declaración del mencionado testigo dentro del proceso disciplinario, y no trasladar dicha carga a la entidad demandada.

Esta Subsección coincide con dicha argumentación, pero adicionalmente considera que existen otros dos argumentos que reafirman que no se presentó la vulneración del debido proceso, pues valorado el asunto no se cumplió, por un lado, con el criterio de relevancia o trascendencia y los sujetos procesales, por el otro, propiciaron que se presentara dificultades en la práctica de dicha prueba.

Frente a la falta del testimonio referido, el investigado y su apoderado no solo no se esforzaron para que dicha diligencia se llevara a cabo, sino que desde el principio presentaron el nombre equivocado de la persona que debía rendir la declaración. En efecto, en el expediente se encuentra el oficio citatorio, de fecha 12 de agosto de 2013, aludido por el *a quo*, mediante el cual se citó al señor William García (fl.228 del expediente), pero además también se observa la comunicación del 17 de julio del 2013, dirigida al fiscal Wilson Cortes, nombre inexistente que se originó en la misma información suministrada por la defensa del disciplinado. Aquí se muestran, al menos, dos intentos de la autoridad disciplinaria por lograr dicha prueba, pese a que uno de ellos fue equivocado por causa del investigado y su defensor, situación muy diferente frente a la actitud pasiva de estos.

Por su parte, en cuanto al criterio de la trascendencia, la Sala destaca que la prueba testimonial de la funcionaria Gloria Inés Osorio Cuartas, fiscal 16 de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), es la muestra más dicente de la no relevancia del testimonio que ahora el demandante echa de menos. En efecto, obsérvese el siguiente apartado de esta diligencia<sup>19</sup>:

<sup>19</sup> Folios 134 y 135 del expediente.



**PREGUNTADO:** Se indica en documento de fecha 06 de noviembre de 2012 suscrito por usted y dirigido a la Doctora Consuelo González López Juez Segunda Civil Municipal de Santa Rosa, que el proceder de los uniformados obedeció al parecer por una confusión de conceptos por parte de varias personas de la Fiscalía, quienes de acuerdo a los hechos descritos, emitían opiniones sin que se hubiese asignado el caso y fuera directamente la Fiscalía asignada quien decidiera. Indique al despacho cual es la razón de esta manifestación. **CONTESTO:** La razón de ésta manifestación es como lo he dicho anteriormente **el asistente me dijo que los uniformados habían hablado con funcionarios de la fiscalía** y que se escuchaba que unos decían que la captura era ilegal y otros decían que era legal, entonces que si era ilegal se debería dejar en libertad al capturado, esta fue la confusión que se generó cuando los uniformados dialogaron con varias personas de la fiscalía sobre el procedimiento realizado. **PREGUNTADO:** Manifiéstele al despacho si usted puede aportar copias de las piezas procesales del caso materia de investigación. **CONTESTO:** Si dejo a disposición el expediente, está comprendido por 33 folios. **CONSTANCIA DE DESPACHO:** El despacho deja constancia que le cede la palabra al implicado el señor Patrullero José Julián Cerón Zambrano para que ejerza su derecho a la defensa y contradicción quien manifestó concederle la palabra a su defensor de confianza para que realice las preguntas al declarante ejercicio de sus derechos, **refiriendo la misma situación el señor Patrullero Iván David Martínez Tamayo.** **CONSTANCIA DE DESPACHO:** **Manifiesta el defensor no desea realizar preguntas al declarante [...]** [Negrillas fuera de texto].

En el anterior extracto puede verse que la testigo hizo mención a lo que le dijo su asistente, es decir, al funcionario que en sentir del demandante le constaba lo que había ocurrido. En tal modo, acto seguido, se le otorgó el uso de la palabra al señor defensor, quien dicho sea de paso es el mismo profesional que representa en este proceso al demandante, defensor que en su momento manifestó no tener preguntas al respecto. Así las cosas, si en verdad era tan importante la versión del funcionario asistente de la fiscal, lo mínimo que se esperaría es que el abogado del disciplinado le hubiese preguntado a la testigo por la ubicación o el paradero de aquel; que por su conducto y con autorización del despacho se le hubiere citado y en todo caso haberle formulado un mínimo de preguntas que aportaran más detalles para saber cuál había sido la intervención de ese funcionario frente a lo que supuestamente les había dicho a sus representados. Por tanto, las consecuencias de la actitud eminentemente pasiva del abogado en el proceso disciplinario, seguramente entendible como estrategia defensiva, no pueden ahora ser atribuibles a la supuesta actitud resignada y omisiva de la entidad demandada, pues ciertamente la defensa pudo haber ejercido a plenitud los actos necesarios bien para lograr la comparecencia del reclamado testigo en la actuación disciplinaria o bien para suplir de forma probatoria las exculpaciones basadas en el supuesto error que propició un funcionario de la Fiscalía General de la Nación.

Con todo, en gracia a la discusión, de haberse logrado el susodicho testimonio, el resultado de la valoración probatoria hubiese sido razonablemente el mismo, pues, por el dicho de la declarante Gloria Inés Osorio Cuartas, su asistente, el señor William García, no era un fiscal ni mucho menos la autoridad competente para



sugerir o avalar de forma verbal una decisión de dejar en libertad a una persona que había sido capturada.

En consecuencia, al no cumplirse el criterio de la trascendencia y en la medida en que los sujetos procesales contribuyeron decisivamente a la no práctica de la prueba, el vicio alegado por el demandante no está llamado a prosperar.

**En conclusión:** No se configuró alguna vulneración al debido proceso en contra del patrullero Iván David Martínez Tamayo, por cuanto (1) la supuesta irregularidad no fue trascendental y (2) porque los sujetos procesales contribuyeron de forma determinante a que no se practicara una prueba testimonial solicitada.

### **3.2 Segundo problema jurídico**

¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con falsa motivación?

#### **3.2.1 Primer subproblema jurídico.**

¿Se demostró la ilicitud sustancial y la culpa grave en la falta cometida por el señor Iván David Martínez Tamayo?

##### **Tesis de la parte demandante**

En la conducta del demandante no existió ilicitud sustancial, porque así lo afirmó la fiscal Gloria Inés Osorio Cuartas, fiscal 16 de Santa Rosa de Cabal (Risaralda). Igualmente, no se presentó la culpa grave, porque el demandante actuó sin intención y sin el propósito de cometer la falta disciplinaria.

##### **Tesis de la parte demandada**

La parte demandada argumentó que no se presentó la falsa motivación, aunque sin abordar en específico los aspectos relacionados con la ilicitud sustancial o con la culpa grave.

##### **Tesis del Ministerio Público**

La representante del Ministerio Público guardó silencio.



### La Sala sostendrá la siguiente tesis:

Sí se demostró la ilicitud sustancial y la culpa grave conforme a las pruebas obrantes en el expediente, entre ellas la declaración de la funcionaria Gloria Inés Osorio Cuartas, fiscal 16 de Santa Rosa de Cabal (Risaralda).

Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario (3.2.1.1).
- La culpa en el derecho disciplinario (3.2.1.2).
- Caso concreto (3.2.1.3).

#### 3.2.1.1 La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario.

La antijuridicidad o ilicitud en el derecho disciplinario no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, pues no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley (antijuridicidad formal), ya que tal consideración implicaría responsabilizar a un individuo por el solo incumplimiento formal de una norma.

Ahora bien, para que se configure una infracción disciplinaria no se exige un resultado lesivo o dañino al Estado, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado.

Sobre el particular la jurisprudencia de esta Sección ha expresado:<sup>20</sup>

[...] Por su parte la antijuridicidad es descrita por la norma disciplinaria como la ilicitud sustancial que se traduce en una afectación del deber funcional sin justificación alguna<sup>21</sup>, es decir, **este elemento a diferencia del derecho penal<sup>22</sup> al cual hace referencia la demandante en su acusación no responde a la gravedad del daño producido**, motivo por el cual, el sujeto disciplinable solo se excusaría cuando su conducta no sea antijurídica, a saber, en la medida en que la ilicitud no sea sustancial o tenga una justificación válida para haberla cometido, para lo cual, deben revisarse las causales de exclusión de responsabilidad [...].

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 11001-03-25-000-2012-0352-00. Número interno: 1353-2012. Demandante: Ruby Esther Díaz Rondón. Demandado: Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales – DIAN. 16 de abril de 2015.

<sup>21</sup> Artículo 5.º del CDU.

<sup>22</sup> Ley 599 de 2000, artículo 11. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.



En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala<sup>23</sup>, se tiene además que, de conformidad con el artículo 5º del Código Disciplinario Único **la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna**. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que **la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público [...]** (Resaltado fuera de texto).

Así las cosas, se puede afirmar que el derecho disciplinario no exige, para que se configure una infracción disciplinaria, que la conducta desplegada por el servidor público o el particular que cumpla funciones públicas genere un resultado, esto es, cause un daño al Estado. Por tanto, en principio, bastaría con que el servidor público quebrante los deberes para que pueda afirmarse que se incurrió en un actuar disciplinable.

De manera que en el concepto de ilicitud sustancial están descartados los elementos conceptuales referidos a daños, resultados lesivos y aquellos que dependan del principio de lesividad y el concepto de antijuridicidad material, categorías y conceptos propios del derecho penal.

La postura que asocia o equipara la antijuridicidad del derecho penal con la ilicitud sustancial en el derecho disciplinario ha sido recientemente descartada por la jurisprudencia de esta Subsección, aspecto sobre el cual se ha dicho lo siguiente<sup>24</sup>:

[...] esta Subsección considera que efectivamente la decisión que tiene fuerza vinculante respecto del concepto de ilicitud sustancial es la sentencia C-948 de 2002, por cuanto dicha providencia fue la que analizó la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 734 de 2002. En dicho pronunciamiento **se descartó la aplicación del principio de lesividad** y se dijo que el objeto de protección no era un bien jurídico. A su turno, la sentencia C-818 de 2005 se pronunció únicamente respecto de una falta disciplinaria en particular (numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002), providencia en la que, dicho sea de paso, se hizo referencia al principio de lesividad, aspecto que en criterio de esta Sala, al igual que lo precisado por la Corte Constitucional, **es incompatible con la naturaleza del derecho disciplinario**.

En cuanto a la antijuridicidad en el derecho disciplinario debe indicarse que esta, al igual que en el derecho penal, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, para su configuración no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley (antijuridicidad formal), ya que tal consideración implicaría la viabilidad para responsabilizar

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 2 de mayo de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales.

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 22 de agosto de 2019. Radicación: 250002342000201402511301 (4785-2015). Demandante: William Orozco Daza. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)



objetivamente a un individuo por el solo incumplimiento formal de una norma.

Aunque coinciden el derecho disciplinario y el derecho penal en esta apreciación, no es así cuando se trata de analizar el otro componente de la antijuridicidad que sí contempla el segundo, denominado «antijuridicidad material». Este no está concebido en el primero, en la medida en que **para que se configure una infracción disciplinaria no exige un resultado lesivo o dañino al Estado**, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado. [Negrilla fuera de texto].

Por otro lado, en anteriores oportunidades<sup>25</sup>, esta Subsección se ha referido a lo que se entiende por la expresión «sustancial»<sup>26</sup>:

1. adj. Perteneciente o relativo a la sustancia. *Esta definición es sustancial, no accidental.*
2. adj. Importante o esencial. *En lo sustancial estamos de acuerdo.*
3. adj. sustancioso (ll rico en valor nutritivo).

Por su parte, *sustancia* se define así<sup>27</sup>:

- [...]
2. f. Parte esencial o más importante de algo. No traicionaba la sustancia del pacto firmado.
  3. f. Conjunto de características permanentes e invariables que constituyen la naturaleza de algo. La palabra democracia está perdiendo su propia sustancia histórica.
  4. f. Valor, importancia o utilidad de algo. Un discurso con poca sustancia.
- [...]

De las definiciones señaladas se puede extraer que la referencia a lo sustancial en relación con la ilicitud significa que la infracción del deber funcional debe tener cierta relevancia, importancia o esencialidad frente a los fines del Estado, la satisfacción del interés general y los principios de la función pública.

En términos generales, lo anterior quiere decir que la actuación u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, esto es, contraria a derecho (ilicitud), debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público<sup>28</sup> (sustancialidad) y en esa medida puede decirse, pese a que la ley no lo mencionó de este modo, que cuando estas dos características

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2019. Radicación: 11001-03-25-000-2011-00214-00 (0741-2011). Demandante: GUILLERMO JULIO CHÁVEZ OCAÑA. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

<sup>26</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Diccionario de la lengua española». Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=YpLjVbm>.

<sup>27</sup> *ibidem*. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Yplehqm>.

<sup>28</sup> C.Const. Sent. C-948, nov. 6/2002 y C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00167-00 (0728-12), may. 12/2014.



confluyen se está en presencia de una «antijuridicidad sustancial», requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada.

Esta figura, derivada del análisis doctrinal y jurisprudencial, permite establecer las pautas de interpretación del artículo 5 de la Ley 734 de 2002 y, por ende, sirve para entender en qué casos una conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y en cuales no, al circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad o que afecten de manera relevante la función pública.

Así, se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen dentro del tipo disciplinario, no tienen una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.

Sobre la ilicitud sustancial que trae consigo el artículo 5 del Código Disciplinario Único, la doctrina ha manifestado<sup>29</sup>:

[...] la **antijuridicidad, o mejor la ilicitud**, en derecho disciplinario no puede ser entendida como mera contradicción de la conducta de la norma; eso sería tanto como pregonar la exigencia del deber por el deber mismo. Pero el camino correcto para ello no es hablar de antijuridicidad material, pues ello es propio del derecho penal. La antijuridicidad sustancial es un término genérico que cobija las especies de antijuridicidad material e ilicitud sustancial. La primera como se dijo, aplicable al derecho penal, y la segunda al derecho disciplinario. **La antijuridicidad sustancial es el término correcto para denominar el fenómeno propio del derecho disciplinario. Presupone como objeto de protección del derecho disciplinario el deber, pero en términos funcionales.** Por ello el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 habla del "deber funcional", y define la "ilicitud sustancial" como la afectación de aquel sin justificación alguna. Es presupuesto de la ilicitud sustancial merecedora de reproche el que se "afecte sustancialmente los deberes funcionales" [...] (Negrita fuera de texto).

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por<sup>30</sup>:

[...] (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones [...]

Otro sector de la doctrina precisó que<sup>31</sup>:

<sup>29</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, op. cit, pp. 368-369.

<sup>30</sup> C.E. Sec. Segunda, Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2011-00268-00 (0947-11), may. 12/2014. En el mismo sentido C.Const. Sents. C-712, jul. 5/2001, C- 252, mar. 25/2003 y C-431, may. 6/2004.



[...] De conformidad con lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, **es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta.** De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función [...] (Negrita fuera de texto).

Se resalta, igualmente, lo dicho por Pinzón Navarrete<sup>32</sup>:

[...] **Toda falta disciplinaria, cualquiera que ella sea, lleva implícito el desconocimiento del deber funcional.** Es decir, si se incumple un deber, se infringe el deber funcional; si se incurre en una prohibición, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay extralimitación de una función, se infringe el deber funcional; y si se incurre en cualquier comportamiento previsto por el legislador como falta, se infringe el deber funcional.

Es por eso que también debe tenerse en cuenta que en las descripciones efectuadas por el legislador en el artículo 48 del Código Disciplinario Único como faltas disciplinarias gravísimas, la categoría del deber funcional se encuentra igualmente inmersa en el tipo disciplinario, pues la realización de cualquiera de dichas conductas señaladas taxativamente implica, al mismo tiempo, el desconocimiento del deber funcional que le asiste a los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas<sup>33</sup>.

[...] Puede decirse que todo incumplimiento del manual de funciones conlleva la afectación del deber funcional, pero no toda afectación del deber funcional siempre tiene que ver con las funciones establecidas en los respectivos manuales [...] (Negrita fuera de texto).

Por su parte, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura señaló<sup>34</sup>:

[...] En el caso de los regímenes disciplinarios, no aparece consagrado el principio de la antijuridicidad material, ya que pugna abiertamente con su naturaleza, habida consideración a que su fin no es la protección de bienes jurídicos, por lo que no importa establecer la lesión o puesta en peligro efectiva a los mismos, sino el grado de afectación de los deberes funcionales, es por eso que la Ley 734 de 2002 trae consigo el concepto de "ilicitud sustancial" para referirse a la antijuridicidad, que es de carácter sustancial y se conecta a la afectación de deberes y no de bienes jurídicos [...]

<sup>31</sup>SANCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. 2.º edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 48.

<sup>32</sup>PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018, pp. 42-44.

<sup>33</sup>Despacho del procurador general de la Nación. Fallo de segunda instancia del 11 de enero de 2011. Radicación IUS 2006-277830, IUC 021-151885-06.

<sup>34</sup>C.S. de la J., Sala Juris. Disc. Sent. 19971473-01, sep. 6/2003.



A su vez, la Procuraduría General de la Nación también siguió esta línea al afirmar que<sup>35</sup>:

[...] En el orden precedente y desde un referente de justicia, la *sustancialidad* de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido del deber exigible al disciplinado en tanto implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la *antijuridicidad sustancial* del comportamiento [...]

Citando nuevamente a esta Corporación, múltiples han sido las providencias que también acogieron esta postura<sup>36</sup>, dentro de las cuales se afirmó:

[...] En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala, se tiene además que, de conformidad con el artículo 5 del Código Disciplinario Único la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Este mandato legal consagra, en criterio del Consejo de Estado, la específica noción de antijuridicidad que caracteriza al derecho disciplinario y le diferencia del derecho penal, a saber, que la antijuridicidad en el derecho disciplinario no se basa en un daño a un bien jurídico protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público [...]

Los anteriores pronunciamientos recogen la posición jurídica asumida por la Corte Constitucional en la sentencia C-948 de 2002, en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del artículo 5.º del Código Disciplinario Único. En dicha oportunidad el alto Tribunal expresó<sup>37</sup>:

[...] Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, **el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.**

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. **Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente**

<sup>35</sup> Citado en ORBOÑEZ MALDONADO, Alejandro. *Justicia disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2009, p. 28.

<sup>36</sup> C.E. Sec. Segunda, Subsec. B. Sents. 11001-03-25-000-2012-00352-00 (1353-2012), abr. 16/2015. Y 11001-03-25-000-2010-00149-00 (1085-2010), may. 2/2013.

<sup>37</sup> En el mismo sentido C.Const. Sents. C-373, may. 15/02 y C-452, ago. 24/2016. En esta última la Corte manifestó: «[...] Bajo esta misma línea argumentativa, la sentencia en comento aclara que la **antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional [...]**» (Negrita fuera del texto).



**contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad (sic) de la conducta.**

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

**Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines [...] (Negrita fuera de texto).**

De acuerdo con lo expuesto, la autoridad disciplinaria debe evaluar, para efectos de determinar si se está en presencia de una falta disciplinaria, si el proceder del servidor público, además de desconocer formalmente el deber (juicio deontológico), lo infringió de manera sustancial, es decir, si atentó contra el buen funcionamiento del Estado, el interés general o los principios de la función administrativa y en consecuencia afectó la consecución de sus fines (juicio axiológico)<sup>38</sup>. En otros términos, debe verificar la sustancialidad de la ilicitud.

### 3.2.1.2 La culpa en el derecho disciplinario.

La culpa es un título de imputación subjetiva en el derecho disciplinario, diferente a la modalidad dolosa. Al respecto, la Ley 734 de 2002 no desarrolló un concepto suficiente, aunque sí efectuó una clasificación en donde se puede dilucidar su nota esencial: «la inobservancia del cuidado necesario». El parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 se refiere a la culpa en los siguientes términos:

Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

El referente legal más próximo de esta regulación se encuentra en el artículo 63 del Código Civil que dispone lo siguiente:

<sup>38</sup>La Corte Constitucional ha señalado que «[...] el Derecho Disciplinario se encamina al juzgamiento de servidores públicos cuando "dichos sujetos desconocen, sin justificación, dichos principios (de la función pública) y las normas que rigen las formas de su comportamiento" (C.Const. Sent. C-430, sep. 4/1997). Esto es, el Derecho Disciplinario demanda sendos juicios acumulativos:

- a. Cuando se contradicen las normas que rigen las formas del comportamiento de los servidores públicos, caso en el cual se da cuenta del juicio deontológico; y
- b. Cuando se desconocen los principios de la función pública, caso en el cual se da cuenta del juicio axiológico.

Si ello fundamenta el ilícito disciplinario, lo contrario fundamenta su exclusión [...]». GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Fundamentos del Derecho Disciplinario colombiano*. 2.ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 134-135.



**Artículo 63. Culpa y dolo.** La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

[...]

Un análisis de las dos normas anteriores nos arroja las siguientes equivalencias:

Código Civil	Código Disciplinario
Culpa grave	Culpa gravísima
Culpa leve	Culpa grave
Culpa levísima	Culpa leve

Es decir, si los conceptos del derecho disciplinario se enriquecieran con los elementos que aporta la legislación civil,<sup>39</sup> tendríamos que la culpa gravísima es la que consiste «en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios». Esta culpa, según el derecho civil, equivale a dolo. En la legislación disciplinaria dicha idea se manifiesta, por una parte, en los criterios de la ignorancia supina, la desatención elemental o la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, y, por la otra, en que las conductas por dolo o por culpa gravísima tienen la misma sanción.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> «Si bien en su momento y ante lo regulado en la Ley 200 de 1995 resultaba criticable la postura de Henao Pérez de apoyarse en el Código Civil —art. 63— para efectos de la graduación de la culpa, puesto que, si lo que se ha buscado es la autonomía del derecho disciplinario respecto del penal, censurable resulta buscar las definiciones de las categorías dogmáticas en el derecho civil (sic), resulta plausible y se singular importancia su propuesta de utilizar “la técnica estándar, propia de la valoración de la culpa [...]». [Negrillas fuera de texto]. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Sexta edición. 2017. p. 596.

<sup>40</sup> Conforme a lo indicado en el numeral 1.º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, la sanción para las faltas gravísimas con dolo o las faltas gravísimas con culpa gravísima es la destitución e inhabilidad. Ahora bien, en el Código General Disciplinario, cuya vigencia se difirió para el 1.º de julio de 2021, conforme a lo preceptuado en la Ley Nacional del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1955 de 2019), la



Por su parte, la culpa grave en materia disciplinaria es la que corresponde con la culpa leve del derecho civil. Si ello es así, la culpa grave sería «la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios». Desde una perspectiva de lo que no es, la culpa grave, según el derecho civil, sería la que «se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano». En el derecho disciplinario dicha idea se expresa en términos de la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

En lo que respecta a la culpa leve, esta es equiparada por el derecho civil como culpa o descuido levísimo, y es aquella «falta de esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado». Sobre este concepto, no hay alguna mención en la Ley 734 de 2002, por lo cual es un hecho que el querer del legislador fue dejar sin necesidad de sanción disciplinaria a aquellas faltas cometidas por esos descuidos mínimos y ligeros.

En la doctrina disciplinaria, se han efectuado algunas consideraciones complementarias, como, por ejemplo, que la culpa gravísima es una «inobservancia cualificada» por vía de las expresiones «supina», «elemental» y «manifiesta», en donde se adjetivan los sustantivos «ignorancia», «desatención» y «violación», todos ellos como una forma especial de la inobservancia del cuidado necesario.<sup>41</sup>

Igualmente, para el caso de la culpa grave, se ha dicho lo siguiente<sup>42</sup>:

Este tipo de **imprudencia**, cuyo nivel de cuidado también se expresa estandarizado, teniendo como modelo a **un hombre prudente**, se presenta cuando **se ha prescindido, “de manera no elemental, de la moderación y el buen juicio** que normalmente suelen conducir al bien y evitar el mal [...]. Pero, como se trata de la diligencia en el cumplimiento de las funciones públicas o en el ejercicio profesional, el homúnculo “persona del común” tiene que ser entendido como la persona sujeta a la especial relación especial de sujeción de que se trate, no especificada ni por funciones ni por jerarquías, **en términos generales del hombre medio de la administración pública —servidor o particular— o de la profesión intervenida, pues tal modalidad de culpa “existe cuando el agente ha omitido la diligencia media acostumbrada en una esfera especial de actividad [...].** [Negritas fuera de texto].

---

diferencia será la siguiente: para las faltas gravísimas cometidas con dolo, la sanción será la destitución e inhabilidad de diez (10) a veinte (20) años; para las faltas gravísimas con culpa gravísima, destitución e inhabilidad de cinco (5) a diez (10) años.

<sup>41</sup> PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. La culpabilidad en el derecho disciplinario. Concepto y análisis de sus distintos problemas conforme a la compleja estructura de la responsabilidad. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. Julio de 2016. p. 166 y 167.

<sup>42</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Sexta edición. 2017. p. 598.



Por otra parte y de forma reciente, se ha destacado tanto la infracción del deber objetivo de cuidado como la infracción al deber subjetivo de cuidado como elementos definitorios de cualquier tipo de culpa<sup>43</sup>, cuya nota característica es la previsibilidad<sup>44</sup>. En síntesis, dicho título de imputación subjetiva ha puesto de presente un componente tanto psicológico como normativo para estructurar la culpa, y así evitar que por esta vía se sancione con una proscrita responsabilidad objetiva. En todo, caso, la culpa, como un título de imputación subjetiva autónomo, difiere del dolo, pues en él no hay lugar a algunos aspectos subjetivos y volitivos que estructuran la mayoría de las conductas dolosas.

De todo lo anterior se pueden destacar los siguientes aspectos importantes:

1. En el derecho disciplinario solo son sancionables la culpa gravísima y grave, pues la culpa leve o levísima quedó por fuera de la respectiva regulación legal.
2. La diferencia entre la culpa gravísima y la culpa grave es de grado. En la primera el desvalor de acto es más reprochable por cuenta de la ignorancia supina, la desatención elemental o la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, mientras que en la segunda la nota característica es la inobservancia de cuidado necesario.
3. La inobservancia del cuidado necesario equivale, desde la concepción del derecho civil, a la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; lo que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. En términos propios del derecho disciplinario, la culpa grave está en una situación intermedia entre la culpa gravísima y la culpa leve, pues significa omitir la diligencia media acostumbrada en una esfera especial de actividad propia de la función pública.
4. La culpa requiere un aspecto psicológico y un componente normativo, expresado en la infracción al deber objetivo de cuidado y en la infracción al deber subjetivo de cuidado. La nota esencial de la infracción al deber subjetivo de cuidado es la previsibilidad, en tanto que lo definitorio en la infracción al deber objetivo de cuidado es si el agente omitió la diligencia media acostumbrada. Por ende, quedan por fuera aspectos subjetivos y volitivos que predominantemente estructuran las conductas dolosas.

<sup>43</sup> PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. La culpabilidad en el derecho disciplinario. Concepto y análisis de sus distintos problemas conforme a la compleja estructura de la responsabilidad. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. Julio de 2016. p. 153.

<sup>44</sup> «La culpa tiene sus propios elementos fundantes (...), de allí que se diga que su fundamento, la previsibilidad, "no requiere el conocimiento actual, característico del dolo, pues basta un conocimiento potencial, que existe si el autor hubiese podido prever el resultado". En consecuencia, sus elementos configuradores son: la previsibilidad y la evitabilidad (...).» GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Fundamentos del Derecho Disciplinario Colombiano. Volumen 4. Colección de derecho disciplinario. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2012.



### 3.2.1.3 Caso concreto.

En el proceso disciplinario adelantado por la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía de Risaralda se demostró que el patrullero Iván David Martínez Tamayo, junto con otro compañero, dejaron en libertad a una persona que había sido capturado en situación de flagrancia, sin mediar una orden de la Fiscalía General de la Nación, autoridad que en ese momento era la única que podía definir legalmente la situación jurídica del particular.

En el recurso de apelación, el abogado del demandante se limitó a decir que la fiscal 16 de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), Gloria Inés Osorio Cuartas, había dicho que en el presente asunto no se había configurado la ilicitud sustancial. En ese sentido, la Subsección resalta *prima facie* que una prueba testimonial no es el medio probatorio idóneo para decir si determinado comportamiento está provisto o no de ilicitud sustancial. No obstante, en un esfuerzo interpretativo, y contextualizando dicha afirmación con lo argumentado en el escrito de demanda, el apoderado pudo haberse referido a que la testigo supuestamente avaló que toda la situación se debió a un error de los conceptos dados por los funcionarios de la Fiscalía, por lo cual no se habría afectado el servicio ni el deber funcional del uniformado.

No obstante, para la Sala dicha consideración tampoco es cierta, pues la testigo siempre aclaró que todo lo que supo fue porque un funcionario de su despacho se lo había contado, es decir, en su declaración precisó que a ella nada le constó directamente, por lo que es incorrecto decir que ella «avaló» el procedimiento efectuado por los policías. Además, se observa que a la fiscal también le informaron que al parecer los uniformados habían cometido errores en el procedimiento de la captura, aspecto que omitió el demandante.

Lo anterior se puede dilucidar en el siguiente extracto del respectivo testimonio<sup>45</sup>:

**CONTESTO: Me enteré que los patrulleros mencionados se habían presentado en la fiscalía desde tempranas horas de la tarde del día 25 de octubre de 2012 con el fin de solicitar asesoría respecto al procedimiento a realizarse con la persona capturada, conversaron con varios funcionarios de la unidad de fiscalías de santa rosa y al parecer la información suministrada presentaba ciertas contradicciones. Ya el día 26 de octubre cuando se realizó el reparto de las diligencias con detenido, estas fueron asignadas a la fiscalía 16, quiero precisar que no conversé con los uniformados el día anterior, el día 25, conocí el contenido de los informes y solicite las audiencias preliminares ante el juzgado segundo civil municipal con funciones de control de garantías programaron las audiencias a partir creo que a las dos y media, cuando me presenté en el juzgado me enteré por un funcionario de tantos que la persona capturada la habían dejado en libertad y desconocía los motivos, momentos después se presentaron los patrulleros y me informaron verbalmente que desde el día anterior les habían indicado en la fiscalía otros funcionarios que al parecer**

<sup>45</sup> Folios 131 a 135 del expediente.



la captura iba a declararse ilegal y el capturado iba a quedar en libertad, procedí a explicarles que el caso me correspondía y que era yo quien tomaba la decisión respecto a la libertad de ésta persona, me informaron los uniformados que habían entendido que ellos tenían el deber de dejarlo en libertad porque al parecer la captura no era legal, que por esta razón ellos habían procedido de tal manera y se presentaron no sabría decir a qué horas nuevamente con el detenido en el Juzgado. [...] [Negrillas fuera de texto].

En otro apartado, la fiscal 16 reiteró que ella no fue testigo directo de la situación y que solo pudo hablar con los uniformados cuando ya lo habían dejado en libertad. Con todo, la información que en estricto sentido recibió fue que los uniformados «se habían confundido con las diferentes informaciones que habían recibido de diferentes personas de la unidad». Es decir, de lo narrado no se deriva que supuestamente se haya dado un aval, directriz, instrucción o criterio que de forma precisa estuviera orientado a dejar en libertad al particular que momentos antes había sido capturado<sup>46</sup>:

Como indique inicialmente **conocí el caso por los informes**, si vi a los uniformados en las instalaciones de la fiscalía el día anterior **y también me enteré que estaban conversando con otros fiscales** sobre el procedimiento de captura del señor Ángel, **pero solo conocí el caso una vez me fue asignado**, no tuve la oportunidad de conversar con ellos en la fiscalía **pero si conversamos en el juzgado cuando ya se habían presentado las situaciones expuestas**, posteriormente dialogué con el asistente de la fiscalía 16 señor William Montes García **quien me manifestó que al parecer los uniformados se habían confundido** con las diferentes informaciones que les habían dado las diferentes personas de la unidad y que habían entendido que debían dejar en libertad al señor Ángel. PREGUNTADO: Manifiéstele al despacho qué manifestaciones realizaron los policiales captores del señor Jhon Jairo Ángel Escobar respecto de haberlo dejado en libertad. CONTESTO: **Los uniformados me informo que efectivamente se habían confundido** con las informaciones que les habían dado los diferentes funcionarios de la fiscalía **pero que habían tratado de enmendar el error** ubicando al capturado y llevándolo nuevamente al juzgado. [Negrillas fuera de texto].

De esa manera, nada de lo dicho por la testigo puede tener la fuerza suficiente para afirmar que en el presente caso no hubo ilicitud sustancial, máxime cuando la falta atribuida, desde el punto de vista típico, fue correcta y en la medida en que el análisis de la afectación del deber funcional descansó sobre el solo desvalor del acto, sin necesidad de presentarse un resultado lesivo, consideración expuesta tanto en los actos administrativos cuestionados como en la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal, todo ello al tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1015 de 2006, cuyo contenido es equivalente al artículo 5 de la Ley 734 de 2002, que desarrolla el concepto de ilicitud sustancial.

<sup>46</sup> *Ibidem*



Ahora bien, en el testimonio de la funcionaria Gloria Inés Osorio Cuartas, solo hay una aseveración que está relacionada con que el error o la confusión también pudo ser atribuible a algunos funcionarios de la Fiscalía<sup>47</sup>:

La Fiscalía asigna los casos con detenidos y solo a partir del momento de la asignación el fiscal que conozca toma las decisiones respecto a las libertades, pero reitero que los uniformados ya habían solicitado asesoría como normalmente lo hacen antes de entregar los informes, **posiblemente se presentó una ligereza por parte de algunos funcionarios al emitir conceptos sin tener en sus manos los informes que dejaban a disposición del capturado y esta fue la confusión que se generó por parte de los patrulleros al dejar en libertad al capturado, sin que se le hubiese ordenado de manera escrita.** [Negrillas fuera de texto].

Frente a lo anterior tiene razón el apoderado del demandante, pero precisamente fue por ello que los actos acusados modificaron el título de imputación subjetiva de dolo a culpa, pues con pruebas como estas se desvirtuó de forma suficiente un actuar doloso, cuya característica principal es el conocimiento y la voluntad. Sin embargo, la «confusión» tantas veces descrita por la testigo es lo que equivale a la inobservancia del cuidado necesario, pues a pesar de que pudo ser cierto que algunas personas brindaran una información errónea, ella no provino de la autoridad competente ni mucho menos a través de la formalidad y rigurosidad que se exige para ello. Al respecto, es demasiado dicente la última acotación de la testigo cuando explica que «los patrulleros dejaron en libertad al capturado, sin que se les hubiese ordenado de manera escrita».

Por otra parte, para esta Sala pudo ser exagerado y quizás de muy mal gusto que en los actos administrativos sancionatorios se haya dicho que los uniformados no podían indagar si se daba la libertad o no «con la señora de los tintos». Ello, además de ser una afirmación irrespetuosa, está desprovista del más mínimo respaldo probatorio o jurídico. Con todo y eso, en lo que sí existe acuerdo, como bien lo refirió el Tribunal, es en que el uniformado y su compañero no podían tomarse atribuciones que no eran de su competencia funcional, ya que su único papel dentro del procedimiento consistía en poner a la persona capturada en flagrancia a disposición de la Fiscalía. Por ende, consideró que no había espacio para especulaciones, en donde cualquier otro miembro de la Policía Nacional del mismo nivel y de las mismas condiciones particulares del demandante habría podido actuar en forma diferente, sobre todo cuando existían en el ordenamiento jurídico y dentro del mismo equipo de trabajo mecanismos adecuados para establecer la legalidad de una captura y en últimas para dejar la decisión trascendental en manos de la autoridad competente.

En las consideraciones anteriores, están analizados correctamente tanto la infracción al deber objetivo y subjetivo de cuidado que debió tener el uniformado, y más cuando este estaba cobijado por una relación especial de sujeción intensificada, como bien lo

<sup>47</sup> *Ibidem*.



refirió el abogado de la parte demandada. En efecto, la forma, en cómo se presentó la situación no deja la menor duda de la inobservancia de un mínimo de cuidado que debieron tener los policiales como para haber dejado en libertad a alguien que se acaba de capturar por la comisión de una conductas delictivas. En síntesis, de aceptarse la tesis del demandante, las autoridades de policía serían un blanco demasiado fácil ante el más mínimo engaño de aquellos que quisieran defraudar la ley.

Por las anteriores razones, no le asiste razón al demandante.

**En conclusión:** Sí se demostró la ilicitud sustancial y la culpa grave en la conducta cometida por el señor Iván David Martínez Tamayo, por la falta descrita en el numeral 2 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, al haber dispuesto la libertad del señor Jhon Jairo Ángel Escobar, sin estar facultado para ello.

### 3.2.2 Segundo subproblema jurídico.

¿Se omitió la aplicación del numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 o el mismo numeral del artículo 41 de la Ley 1015 de 2006, normas que regulan el error invencible como causal de ausencia de responsabilidad?

#### Tesis de la parte demandante

El apelante dijo que su representado actuó con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta disciplinaria, de conformidad con lo expuesto en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002<sup>48</sup>.

#### Tesis de la parte demandada

La parte demandada no abordó este aspecto.

#### Tesis del Ministerio Público

La representante del Ministerio Público guardó silencio.

#### La Sala sostendrá la siguiente tesis:

No se presentó un error de carácter invencible para haber excluido la responsabilidad disciplinaria.

<sup>48</sup> El demandante se refirió al numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, pero en estricto sentido la norma aplicable al caso, por ser un miembro de la policía Nacional, es el artículo 41 de la Ley 1015 de 2006. No obstante, el contenido de ambas normas es idéntico.



Para desarrollar este problema se hará una exposición de los siguientes temas:

- El error en el derecho disciplinario (3.2.2.1).
- Caso concreto (3.2.2.2).

### 3.2.2.1 El error en el derecho disciplinario.

La materia jurídica que más ha estudiado y abordado la teoría del error es el derecho penal, aspecto que, según los autores clásicos, no ha sido un problema «sencillo»<sup>49</sup> y cuya aparición se remonta a tiempos inmemoriales: «Sabido es también que el primitivo Derecho *germánico* imperó la responsabilidad meramente objetiva, y solo cuando se comenzó a valorar el elemento psíquico del delito, el error de hecho llegó a ser causa de exención de pena»<sup>50</sup>.

En tiempos recientes, cuya concepción ha sido producto de una larga y constante evolución, el error en el derecho penal es considerado como la representación equivocada de la realidad, situación en la cual el sujeto cognoscente toma por conocimiento cierto lo que la cosa o el objeto no es<sup>51</sup>. En tal forma, esa representación errada se puede dar sobre lo que constituye un delito, pero también, en términos más amplios, sobre cualquier infracción que pueda generar una sanción.

Lo anterior es lo que también ha sucedido en el derecho disciplinario, calificado tal fenómeno como una «expansión de la responsabilidad subjetiva»<sup>52</sup>, en donde el error tiene efectos enervantes de la responsabilidad<sup>53</sup>. Ello está positivizado en el régimen de los servidores públicos (numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002), así como en los regímenes especiales e intensificados<sup>54</sup>, como ocurre con los miembros de la Policía Nacional (artículo 41 de la Ley 1015 de 2006).

De esa manera, sea el delito o la falta disciplinaria, lo cierto es que el error puede versar sobre cualquier elemento de la estructura de la responsabilidad. Por ello, se habla comúnmente de errores de tipo y errores de prohibición<sup>55</sup>, ya que pueden haber yerros sobre la pura descripción típica (error de tipo) o equivocaciones en lo que es permitido conforme al ordenamiento jurídico (error de prohibición).

<sup>49</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo VI: La culpabilidad y su exclusión. LOSADA S. A. Buenos Aires. 1962. p. 312.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 332.

<sup>51</sup> Torres Vásquez. Filemon. El Error en el Derecho Penal Colombiano. p. 75

<sup>52</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Sexta edición. 2017. p. 602.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Ver, por ejemplo, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Problemas Centrales del Derecho Disciplinario. Volumen 1. Colección de derecho disciplinario. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2009. pp.37 a 59.

<sup>55</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando. Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición. Librería jurídica COMLIBROS. Bogotá (Colombia). Año 2009. p. 641.



En el derecho disciplinario, en virtud de la complejidad de las descripciones y atendiendo la opinión de que la tipicidad y la ilicitud tienen una estrecha cercanía —lo que se conoce como el ilícito disciplinario—, algún sector de la doctrina ha adoptado la tesis de que existen errores de hecho y de derecho<sup>56</sup>:

Ya sabemos que en el derecho disciplinario, como quiera que tipicidad y antijuridicidad se encuentran indisolublemente fundidas en el concepto complejo de ilícito, **resulta un imposible hablar de error de tipo y error de prohibición**. En efecto, si el ilícito disciplinario es una conducta típicamente antijurídica, no resultan separables la tipicidad y la antijuridicidad; de allí la imposibilidad de hablar de error de tipo y de error de prohibición.

Así mismo, en la práctica resulta bastante difícil diferenciar si nos encontramos ante un error de tipo o de prohibición en aquellos eventos en los cuales el tipo penal contiene ingredientes o elementos normativos, los que se intensifican cuantitativa y cualitativamente en el derecho disciplinario, lo cual ha sido tema de preocupación de la más selecta doctrina, llevando incluso a postular una vuelta al tratamiento del error de hecho y de derecho intrapenal o Extrapenal, lo cual sucede en el ámbito de los tipos penales; **pero resulta aún más desconcertante tal problemática en el derecho disciplinario**, si se tiene que aquí las cosas se complican en la medida en que la infracción al deber es ya la adecuación típica, y no vale la pena realizar esfuerzos, que seguramente serán perdidos, para mantener la diferencia, imposible de lograr, entre tipicidad y antijuridicidad.

[...]

Por tanto, **la lógica impone la necesidad de hablar de error de hecho y de derecho**. [Negritas fuera de hecho].

Recientemente, la doctrina oficial de la Procuraduría General de la Nación ha prolijado una posición diferente, al considerar el error de tipo y el error de prohibición<sup>57</sup>. El primero como aquel que recae sobre los elementos constitutivos de la falta, mientras que el segundo como aquel relacionado con el conocimiento de la prohibición. Con todo, el concepto allí esgrimido no es tan cerrado, al punto que se hace una equivalencia entre el error de tipo con el error de hecho y, a su turno, entre el error de prohibición con el error de derecho<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Ob. cit. p.603 – 605. De igual forma, ver SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. Tercera edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2012. Y PINZÓN NAVARRETÉ, John Harvey. *La culpabilidad en el derecho disciplinario. Concepto y análisis de sus distintos problemas conforme a la compleja estructura de la responsabilidad*. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. Julio de 2016; entre otros.

<sup>57</sup> Despacho del viceprocurador general de la Nación. Decisión de segunda instancia del 8 de julio de 2019. Radicación IUS 2014-431800. IUC d-2015-812-731385.

<sup>58</sup> No obstante, esta equivalencia podría ser inexacta o cuando menos incompleta, pues muchos errores de hecho o de derecho podría corresponder a un error de tipo, o algunos elementos fácticos o jurídicos bien podrían considerarse un error de prohibición. En este último caso, el ejemplo más dicente es el error de prohibición directo e indirecto. Ver, por ejemplo, a Agudelo Betancur, Nodier. *Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito*. Cuarta edición. Ediciones Nuevo Foro. Medellín (Colombia). Año 2010.



Ahora bien, al margen de la anterior clasificación, en lo que sí hay un absoluto acuerdo es que en el único evento en el que el error puede ser una causal excluyente de la responsabilidad es cuando este adquiere el carácter de invencible, esto es, aquel error que se mantiene pese a que el sujeto hubiese puesto esfuerzos razonables<sup>59</sup> o que no sea humanamente superable, en consideración a las condiciones personales del servidor público y las circunstancias en las que se ejecutó la conducta<sup>60</sup>.

De esa manera, para determinar cuándo existe un error de prohibición invencible, por ejemplo, es necesario analizar las varias posibilidades en que este puede darse. Al respecto, en este punto el tema es tan profundo y complejo, que nuevamente el derecho disciplinario debe apoyarse en el derecho penal, por cuanto allí se ha abordado el asunto de manera más rigurosa. Por tanto, se ha admitido dos clases de este error<sup>61</sup>: i) Porque el sujeto no está «al tanto de la prohibición»; o ii) porque, conociendo la prohibición, el sujeto juzga que su comportamiento está avalado por una causal de justificación. A la primera posibilidad se la ha considerado error de prohibición directo, mientras que a la segunda se la denominó error de prohibición indirecto.

En ese orden de ideas y circunscribiéndonos solamente al error de prohibición directo —que en el derecho disciplinario equivaldría en principio al error de derecho—, esto es, aquel en el que el sujeto no está «al tanto de la prohibición», todavía cabe distinguir las siguientes tres posibilidades<sup>62</sup>:

- a) El autor no conoce la materia de prohibición o mandato. Es decir, hay un error sobre la *existencia* de la norma. Por ejemplo, no sabe de la existencia de una inhabilidad o de determinada prohibición.
- b) El autor conoce la norma, pero considera que no está vigente. Es decir, hay un error sobre la *validez* de la norma. *Verbi gratia*, piensa que la norma fue derogada, reformada o declarada inexecutable.
- c) El autor conoce la norma, pero sobre ella tiene una incorrecta interpretación. Es decir, hay un error sobre la *aplicación* de la norma. Por ejemplo, piensa que la

<sup>59</sup> SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas. Tercera edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2012. p. 118.

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de febrero de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12). Actor: Albeiro Freddy Patiño Velasco. Así mismo, ver la sentencia del 7 de noviembre de 2018, radicación: 05001-23-33-000-2012-00334-01, número interno: 1122-2015, Demandantes: Jorge Cardona Bravo y Joaquín David Berrio Gómez. Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación. Sentencia proferida por la Subsección A.

<sup>61</sup> Torres Vásquez. Filemon. (Ob. cit.) p. 162.

<sup>62</sup> *Ibidem*.



norma debe entenderse en un determinado sentido, considerando que a su propio caso no le resulta aplicable.

A la tercera posibilidad se le conoce como un error de interpretación o subsunción.<sup>63</sup> Este error se presenta cuando el autor efectúa una interpretación imperfecta o inexacta de su hecho, la cual le lleva a concluir que, con su conducta, no realizara tipo penal alguno<sup>64</sup> o, agrega la Sala, la falta disciplinaria endilgada. En síntesis, el autor interpreta equivocadamente la norma y la reputa no aplicable.<sup>65</sup>

La situación más palpable de este tipo de error invencible es descrita por la doctrina penal especializada de la siguiente manera<sup>66</sup>:

Los errores de subsunción, en opinión de parte de la doctrina, pueden dar lugar, en algunos casos, a errores de prohibición invencibles, como cuando el autor lleva a cabo una conducta siguiendo el consejo de su asesor jurídico o de alguna jurisprudencia todavía no decantada [...]. [Negrillas fuera de texto].

No obstante, en criterio de la Sala, ese «consejo que se sigue» o aquello que finalmente causa el error debe mantener los requisitos esenciales de la invencibilidad, esto es —se repite—, aquel que se mantiene pese a que el sujeto hubiese puesto esfuerzos razonables o que no sea humanamente superable en consideración a las condiciones personales del servidor público y las circunstancias en las que se ejecutó la conducta.

Así, por ejemplo, no podrá considerarse un error de derecho invencible cuando, en determinada situación, las órdenes o instrucciones se deben dar con cierta formalidad y rigurosidad y solamente por aquella autoridad competente, en cuyo evento será improcedente considerar ciertas dudas o confusiones propiciadas, no por lo que humanamente no se pueda superar, sino precisamente en la inobservancia o falta de cuidado que el sujeto deber mostrar frente a sus deberes y responsabilidades que el cargo le exige. Cuando esto último ocurre, el error de derecho será considerado vencible y, en ese sentido, será acertado o cuando menos plausible atribuir el comportamiento por la vía de la culpa, tal y como lo enseña parte de la doctrina y la jurisprudencia que han sido citadas<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Velásquez. p. 836 y Torres, p. 166.

<sup>64</sup> Filemon. p. 166.

<sup>65</sup> Velásquez. p. 836

<sup>66</sup> <sup>66</sup> Filemon. p. 166.

<sup>67</sup> Para la Procuraduría General de la Nación, el error vencible, sea de hecho o de derecho, dará lugar a la imputación culpable. En la doctrina, existen criterios encontrados. Ver, por ejemplo, PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. La culpabilidad en el derecho disciplinario. Concepto y análisis de sus distintos problemas conforme a la compleja estructura de la responsabilidad. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. Julio de 2016. En este texto, pueden verse las dos teorías, dependiendo de la estructura dogmática que se adopte respecto de la falta disciplinaria. Por ejemplo, para Gómez Pavajeau, en caso de errores de derecho vencibles, la



### 3.2.2.2 Caso concreto.

El apelante recalcó que su patrocinado actuó con la convicción errada e invencible de que actuaba conforme a derecho, puesto que en el momento de decidir sobre si dejaban en libertad al ciudadano que fue capturado tuvieron dudas, preguntándose entre ellos cómo proceder, y que, en todo caso, actuaron con el aval de los funcionarios de la Fiscalía, los que, según el demandante, dijeron que la captura estaba mal hecha.

Para la Sala, dicha argumentación no puede ser de recibo, pues el uniformado y su compañero debieron ser lo suficientemente cuidadosos para no haber tomado decisiones que no le correspondían y basadas en supuestas instrucciones y comentarios que hicieron algunos funcionarios de la Fiscalía. En efecto, a partir de la captura, los únicos autorizados para resolver un asunto como la libertad de una persona eran las autoridades judiciales, por lo que esta Sala no observa el nexo de causalidad entre la supuesta falla de la aprehensión con la decisión que tomaron los policiales.

Por su parte, durante el proceso disciplinario, la afirmación de que el demandante fue inducido a un error invencible estuvo desprovista de los elementos probatorios para demostrarla. En ese sentido, y con excepción de la solicitud de la prueba testimonial del funcionario individualizado primeramente como «William García» y después identificado como «Wilson Cortes», la defensa no hizo el más mínimo esfuerzo por demostrar dicha situación. Para la Sala, si la supuesta instrucción, consejo, sugerencia o aval hubiese sido de tal trascendencia como para reconocer un error de derecho de carácter invencible, las pruebas coherentemente habrían tenido que ser numerosas y contundentes, en donde lo apenas normal hubiese sido que aparecieran testimonios o documentos que no dejaran la más mínima duda de que los uniformados habían actuado conforme a esa directriz o instrucción que les produjo el error.

No obstante, lo que demuestra el proceso disciplinario es que la tesis del supuesto error no dejó de ser una débil hipótesis, en donde a lo sumo se trató de una confusión generada por la misma inobservancia de los policiales, pues, ante una decisión de libertad de una persona que había sido capturada por la comisión de unos delitos, se necesitaba algo más que una opinión o simples comentarios de las personas que pertenecían a la Fiscalía. En ello precisamente radicó la culpa grave del demandante y su compañero de institución. Si se quiere, en el mejor de los casos, su actuar sí obedeció a un error, pero de carácter vencible, pues no es

---

imputación dolosa se mantiene (Gómez Pavajeau; 2017, ob cit. p. 607), en tanto que para el autor citado, la conducta se cambiará a culpa si el tipo disciplinario lo permite. pp.37 a 91. En este mismo sentido, Sánchez Herrera, ob. cit.



excesivo sostener que con un esfuerzo razonable, frente a la situación acaecida, se había podido superar la aparente equivocación.

Desde el punto de vista probatorio, mientras en el proceso disciplinario hubo ausencia de elementos probatorios que respaldaran la tesis del error invencible, sí existen evidencias de la inobservancia a cargo de los uniformados. Así, por ejemplo, está demostrado que entre la orden irregular de dejar libre al capturado a la audiencia con el respectivo fiscal no había una diferencia de más de dos horas y media (11.00 a. m. a 2.30 p. m.) y que los guardianes del orden ni siquiera se tomaron el trabajo de dejar de forma correcta la constancia escrita de cuál era el funcionario de la Fiscalía que supuestamente había dado la directriz, consejo o aval para que los policiales hubiesen procedido como lo hicieron. En tal forma, las reglas de la experiencia enseñan que a mayor riesgo en la toma de decisiones, mayores prevenciones se ejercen, situaciones que a futuro no revisten tantas dificultades probatorias como las que en el presente caso ocurrieron. Sobre la afirmación que acaba de hacerse, la Sala no comprende cómo, en la particular hipótesis del aval del funcionario de la Fiscalía, no se haya tomado la precaución de registrar de manera correcta y completa los nombres y apellidos del funcionario, y si se quiere el número de identificación y cargo que desempeñaba. Por el contrario, además de que ello no se hizo, tampoco hubo evidencias como de otras personas a las que posiblemente les constara la situación, sino únicamente la tesis inverosímil de que un fiscal, cuyos nombres y apellidos resultaron incorrectos y quien resultó tener un cargo diferente, había emitido una opinión que inmediatamente generó que los policiales, sin facultad para ello, dejaran en libertad a quien en el día anterior había sido capturado en flagrancia por la comisión de unos delitos.

Por ello, la conclusión probatoria y razonable es que los policiales involucrados, entre ellos el demandante, actuaron, en el mejor de los casos, con un error de derecho vencible, aspecto a partir del cual se determinó que el señor Iván David Martínez Tamayo debía responder por la realización de la falta disciplinaria endilgada a título de culpa grave. En consecuencia, la Sala comparte en su integridad los argumentos esgrimidos por la primera instancia, frente a lo cual serán denegados los planteamientos expuestos por el demandante en el recurso de apelación.

**En conclusión:** No se presentó un error de carácter invencible para haber excluido la responsabilidad disciplinaria del demandante, por lo cual los actos administrativos demandados no fueron expedidos con falsa motivación.



## DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Por las razones que anteceden, la Subsección confirmará la sentencia apelada, proferida por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones de la demanda.

### Condena en costa

Esta Subsección<sup>68</sup> sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA. En aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal [Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura].
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas [incluidas las agencias en derecho], la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP<sup>69</sup>, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, en la medida en que, conforme el ordinal 3.º del artículo 365 del CPACA, resultó vencida en el proceso y estas se causaron por la actuación procesal de su contraparte a través de apoderado.

<sup>68</sup> C.E., Sec. Segunda, Subsección A, Sent. 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), abr. 7/2016.

<sup>69</sup> CGP, art. 366. «LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»



Radicado: 66001-23-33-000-2014-00254-01 (1249-2017)  
Demandante: Iván David Martínez Tamayo

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «A», administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA

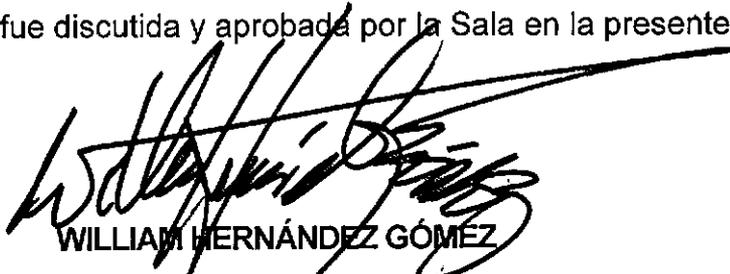
**Primero:** Confírmese la sentencia proferida por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones, en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor IVÁN DAVID MARTÍNEZ TAMAYO contra la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

**Segundo:** Se condena en costas de segunda instancia a la parte demandante, por ser la vencida en la controversia.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

  
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

  
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

  
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ