

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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de febrero dos mil veinte (2020)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 85001-23-33-000-2015-00129-01 (1718-2017)
Demandante: JHON JAIRO MARTÍNEZ SIBOCHE.
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, POLICÍA NACIONAL

Temas: Se confirma la sentencia de primera instancia. Prueba para determinar la ingesta de bebidas embriagantes. Derecho de contradicción sobre las pruebas.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA (Ley 1437 de 2011) O-026-2020

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 16 de febrero de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare¹.

LA DEMANDA² Y ESCRITO DE SUBSANACIÓN DE DEMANDA³

De conformidad con la demanda y su respectiva subsanación se efectuaron las siguientes pretensiones.

De nulidad:

- Que se declare la nulidad de la decisión sancionatoria de primera instancia de fecha 6 de noviembre de 2013, dentro del proceso REG1 2012 35, expedida por el inspector delegado regional uno de la Policía Nacional, a través del cual se sancionó al demandante con destitución e inhabilidad general de diez (10) años.
- Que se declare la nulidad del acto administrativo disciplinario proferido el 19 de agosto de 2014 por la Inspección General de la Policía Nacional, por medio de la cual se confirmó la sanción impuesta en primera instancia.

De restablecimiento del derecho:

¹ Sentencia visible en los folios 457-466 del expediente.

² Folios 1-14, *ibidem*.

³ Folios 362-376, *ibidem*.

- Ordenar que se deje sin efecto la Resolución número 04131 del 8 de octubre de 2014, emanada del Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General de la Policía Nacional, por la cual se ejecutó la sanción disciplinaria impuesta al demandante.
- Reintegrar a su cargo al señor PT. Jhon Jairo Martínez Sibоче, en el nivel ejecutivo el cual tenía antes de la resolución que ejecutó la sanción disciplinaria, en el escalafón que le corresponde a sus compañeros.
- Efectuar las anotaciones correspondientes que corrijan la inhabilidad y la exclusión del escalafón por el término de diez (10) años, ante las entidades correspondientes.

Reparación de perjuicios:

- Reconocer y pagar al demandante cada uno de los salarios dejados de percibir, desde el momento en que se ejecutó la sanción disciplinaria a la fecha que se realice su reintegro.
- Se decrete que no hubo solución de continuidad en el servicio y se restablezcan los derechos, grados y cargos ostentados al momento de notificársele la destitución.

Otras:

- Que se condene en costas a la entidad demandada.

Fundamentos fácticos relevantes.

1. El señor Jhon Jairo Martínez Sibоче ingresó a la Policía Nacional el día 14 de enero de 2008 como alumno del nivel ejecutivo y ascendió al grado de patrullero mediante la Resolución 05414 del 11 de diciembre de 2008. El demandante, en total, prestó sus servicios por un tiempo de seis (6) años, nueve (9) meses y tres (3) días, según se evidencia en la hoja de vida, expedida por la Dirección de Talento Humano del Departamento de Policía de Casanare.
2. En su condición de miembro activo de la Policía Nacional, al señor Jhon Jairo Martínez Sibоче se le adelantó un proceso disciplinario por la realización de una falta disciplinaria gravísima. En dicha actuación, se le imputó la falta contenida en el numeral 26 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006⁴. Adelantado el juicio disciplinario, las autoridades de la Policía Nacional, en decisiones de primera y segunda instancia, le impusieron la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años.

⁴ «Consumir o estar bajo el efecto de bebidas embriagantes o sustancias que produzcan dependencia física o psíquica, durante el servicio».

3. Antes de presentar esta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se intentó la conciliación extrajudicial entre las partes, pero resultó fallida.⁵

Normas violadas y concepto de violación.

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

- Convención Americana de Derechos Humanos: artículos 24 y 25.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículos 2 y 3.
- Constitución Política de 1991: preámbulo y artículos 13 y 29.

La formulación del concepto de violación en la demanda se expresó en la vulneración al debido proceso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional⁶.

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 de la parte demandada refirió como hechos relevantes del caso los trámites adelantados en el proceso disciplinario que dio lugar a las decisiones sancionatorias de primera y segunda instancia.

Pronunciamiento frente a las causales de nulidad

El señor apoderado de la Policía Nacional afirmó que al demandante se le garantizó el debido proceso, que las decisiones adoptadas estuvieron acordes a la legalidad y a las pruebas obrantes en el proceso.

Así mismo, propuso la excepción de falta de requisito de procedibilidad, por cuanto los actos administrativos sancionatorios no fueron relacionados en la solicitud de conciliación prejudicial.

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.

⁵ Folios 276 a 279 del expediente.

⁶ Folios 390-399 del expediente.

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

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial, en el presente caso, a modo de antecedentes:

1. Saneamiento del litigio y decisión de excepciones⁷

El Tribunal Administrativo de Casanare declaró que no había causal que invalidara lo actuado.

Por otra parte, el *a quo* desestimó la excepción previa presentada por la entidad demandada. Al respecto consideró que si bien solo se incluyó en la solicitud el acto administrativo de ejecución de la sanción, el demandante se refirió en la audiencia a la decisión de segunda instancia.

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

El magistrado ponente fijó el litigio de la siguiente manera⁸:

Consiste en determinar si hay lugar o no declarar la nulidad de los actos demandados y si consecuencialmente es procedente o no ordenar el restablecimiento del derecho perdido, por las razones expuestas en la demanda.

Respecto de esta decisión, las partes estuvieron de acuerdo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

En esta etapa del proceso, tanto el demandante⁹ como la entidad demandada¹⁰ presentaron alegatos de conclusión, documento en el que las partes reiteraron y complementaron lo dicho en cada uno de los escritos de demanda y contestación de esta, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN PRIMERA INSTANCIA

El Ministerio Público se opuso a las pretensiones de la demanda¹¹.

⁷Folios 419-420 del expediente.

⁸ Conforme al reverso del folio 419 y a la audiencia que obra en el medio magnético del folio 418 del expediente.

⁹ Folios 422-432 del expediente.

¹⁰ Folios 445-453 del expediente.

¹¹ Folios 433 a 444, *ibidem*.

SENTENCIA APELADA¹²

El Tribunal Administrativo de Casanare, mediante sentencia del 16 de febrero de 2017, negó las pretensiones de la demanda, a partir de los siguientes razonamientos:

Afirmó que las pruebas fueron regular y oportunamente allegadas al proceso, con carácter de pertinentes y conducentes y que no fueran tachadas de falsas. Agregó que si bien unos testimonios fueron declarados inexistentes, estos no fundamentaron las decisiones sancionatorias.

Igualmente, efectuó un análisis sobre la validez de los testimonios en que se fundamentaron las decisiones disciplinarias. Por un lado, en lo que respecta a la declaración de la señora Yasmín Pidiache, puntualizó que a esta persona se le recibió diligencia de ampliación de su declaración. Por el otro, dijo que los actos se basaron principalmente en lo manifestado por los señores Héctor Julio Velandia (tendero la noche de los hechos) y Camilo Andrés Pastrana (auxiliar de policía), testigos que consideró responsivos, coherentes y creíbles.

Por otra parte, después de realizar algunas consideraciones con relación al control jurisdiccional de los actos disciplinarios y el régimen de la Policía Nacional, efectuó un análisis pormenorizado de lo sucedido en la actuación disciplinaria. A partir de allí, concluyó que el proceso se adelantó con el respeto del debido proceso, en donde el demandante pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Finalmente, explicó que con las pruebas obrantes en el proceso se demostró que el demandante sí se encontraba en compañía del teniente y comandante de la Estación de Policía de Pisba y de dos patrulleros más el día 21 de junio de 2012. Las pruebas indicaban que con los policiales uniformados se encontraba un patrullero que no portaba el uniforme que también estaba ingiriendo cerveza y que el auxiliar de policía Camilo Pastrana reconoció que esta persona era Jhon Jairo Martínez Sibоче. De igual forma, según la prueba documental, se pudo determinar que, para el día de los hechos, el policial sancionado estaba disponible, por lo que no era cierto que estuviera de permiso o de franquicia, y que adicionalmente tenía asignado un fusil y un radio de comunicaciones. Por tanto, estimó acreditados los elementos de la responsabilidad disciplinaria.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN¹³

La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare fue apelada únicamente por la parte demandante. Como argumentos de la impugnación, expuso los siguientes:

En primer lugar, manifestó que la entidad demandada reconoció que el investigado no podía estar presente en la toma de declaraciones, porque apenas era una «investigación preliminar», pero que nunca se explicó la razón por la cual «fueron

¹² Folios 457-466, *ibidem*.

¹³ Folios 468-476, *ibidem*.

aislados por órdenes del comandante del departamento de Policía de Boyacá los policiales que a *posteriori* fueron vinculados a la investigación» y que no se les permitió el acceso a la investigación de manera directa, con el fin de controvertir las declaraciones sobre sus posibles conductas.

En segundo lugar, recalcó que los testimonios de los señores Héctor Julio Velandia y Camilo Andrés Pastrana fueron las únicas pruebas tomadas para adoptar las decisiones, sin que se hayan podido controvertir. No obstante, a renglón seguido, mencionó que una sola prueba —sin especificarla— sí pudo ser controvertida, pero que las demás fueron objeto de nulidad y que en otra de ellas no fue posible la ubicación del testigo.

En tercer lugar, aseveró que no se valoraron de forma coherente los testimonios recaudados. Para ello, hizo referencia al testimonio de una mujer particular que tuvo supuestamente relaciones sexuales con uno de los policías y que, en todo caso, dicha declaración adolecía de varias irregularidades.

En cuarto lugar, explicó que en la investigación disciplinaria la mayoría de las pruebas fueron declaradas inexistentes, por haber sido recaudadas en flagrante violación del debido proceso, pero que inexplicablemente estas fueron usadas para fundamentar la sanción impuesta. Agregó que a pesar de que se accedió a ampliar unas declaraciones, estas no fueron apreciadas de manera conjunta y objetiva.

En quinto lugar, argumentó que no se practicó la prueba de alcoholemia de forma posterior a la realización de la conducta. Adicionalmente, que las autoridades disciplinarias no tuvieron en cuenta que el demandante estaba en un día compensatorio o franquicia después de haber prestado servicio.

En sexto lugar, explicó que el juez administrativo estaba facultado para hacer un análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la ilicitud sustancial, pues en el presente caso la conducta del investigado no trascendió de la órbita de lo justo y permitido y que nunca se afectó el servicio.

En séptimo y último lugar, refirió la ausencia de antecedentes del investigado y dijo que debió aplicarse el principio de proporcionalidad. De la misma manera, en el texto del escrito enunció otras supuestas irregularidades, entre ellas la falta de concreción, ausencia de competencia y violación a la presunción de inocencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación¹⁴.

La entidad demanda efectuó las mismas consideraciones expuestas tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión de primera instancia¹⁵.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

¹⁴ Folios 499-506, *ibidem*.

¹⁵ Folios 524-529, *ibidem*.

El Ministerio Público guardó silencio¹⁶.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 150 del CPACA¹⁷, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2. BREVE RECUENTO DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Los cargos y la sanción disciplinaria

En la investigación que adelantó la autoridad disciplinaria de la Policía Nacional contra el patrullero Jhon Jairo Martínez Sibоче, 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:

FORMULACIÓN DE CARGOS, CONFORME AL AUTO DE CARGOS DE 24 DE MAYO DE 2013 ¹⁸	ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL 6 DE NOVIEMBRE DE 2013 ¹⁹ CONFIRMADO EL 19 DE AGOSTO DE 2014 ²⁰
Imputación fáctica y jurídica del cargo único: «El señor Jhon Jairo Martínez Sibоче, como funcionario activo de la Policía Nacional, para el día 21 de junio de 2012, presuntamente incurrió en conductas de tipo disciplinario que se hallan descritas en la Ley 1015 de 2006, “Régimen Disciplinario para la Policía Nacional”, consistente en: [...] Artículo 34: Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas:	Cargo único: Se confirmó tanto la imputación fáctica como la jurídica.

¹⁶ Conforme a la constancia secretarial, visible en el folio 530, *ibidem*.

¹⁷ 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 [...]».

¹⁸ Folios 45 – 84 del expediente.

¹⁹ Folios 130-185 del expediente. No obstante, la decisión se encuentra incompleta, por cuanto le falta la última página en donde normalmente se firman este tipo de decisiones.

²⁰ Folios 186-215 del expediente.

Numeral 26: <u>Consumir</u> o estar bajo el efecto de <u>bebidas embriagantes</u> o sustancias que produzcan dependencia física o psíquica, <u>durante el servicio.</u> »	
[Negrillas y subrayado originales].	
Culpabilidad: La comisión de la falta gravísima se imputó a título de dolo.	Culpabilidad: La autoridad disciplinaria hizo la misma valoración de la culpabilidad en el acto sancionatorio.
Decisión sancionatoria: «SÉPTIMO: Declarar probado el cargo y por ende responsabilizar disciplinariamente al señor Patrullero JHON JAIRO MARTÍNEZ SIBOCHE [...], al ser encontrado responsable de trasgredir la Ley 1015 de 2006 en su artículo 34, numeral 26, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. «OCTAVO: Imponer en primera instancia al señor Patrullero JHON JAIRO MARTÍNEZ SIBOCHE el correctivo disciplinario de la DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL DE DIEZ (10) AÑOS, conforme a lo señalado en esta providencia».	

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 Estado²¹, 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:

²¹ C.E., S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.

[...] 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 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:

3.1 ¿Se vulneró el derecho al debido proceso del demandante por la configuración de irregularidades ocurridas en el trámite de la actuación disciplinaria, relacionadas con la falta de contradicción de las pruebas y la indebida valoración probatoria?

3.2 ¿Los actos administrativos demandados fueron expedidos de forma irregular, por no haberse practicado el examen de alcoholemia para acreditar la falta contenida en el artículo 34, numeral 26, de la Ley 1015 de 2006, por la cual se sancionó disciplinariamente al policial Jhon Jairo Martínez Sibоче?

3.3 ¿Los actos administrativos disciplinarios fueron expedidos con falsa motivación por haberse desconocido los principios de ilicitud sustancial, proporcionalidad o presunción de inocencia y porque el investigado no tenía antecedentes disciplinarios?

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

3.1. Primer problema jurídico

¿Se vulneró el derecho al debido proceso del demandante por la configuración de irregularidades ocurridas en el trámite de la actuación disciplinaria, relacionadas con la falta de contradicción de las pruebas y la indebida valoración probatoria?

Tesis de la parte demandante

Las autoridades disciplinarias que expidieron los actos acusados (1) «aislaron» a los policiales que a *posteriori* fueron vinculados a la investigación, con lo cual no se les permitió el acceso a la investigación de manera directa; (2) impidieron controvertir algunas pruebas; (3) la mayoría de las pruebas que fueron declaradas inexistentes fueron utilizadas para fundamentar la sanción impuesta; y (4) a pesar de que se accedió a ampliar unas declaraciones, estas no fueron apreciadas de manera conjunta y objetiva.

Tesis de la parte demandada

Los actos administrativos disciplinarios fueron expedidos con la observancia del debido proceso y el respeto al derecho de contradicción y defensa.

Tesis del Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio.

La Sala sostendrá la siguiente tesis:

No hubo violación al debido proceso por cuanto el demandante no demostró en qué consistieron las supuestas irregularidades y porque según lo visto, la actuación disciplinaria se siguió de forma normal y correcta.

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

- Debido proceso disciplinario (3.1.1)
- Caso concreto (3.1.2).

3.1.1 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 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 [...]»²² [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 [...]»²³.

²² 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 [...]».

²³ Ley 610 de 2000, artículo 310, numeral 2.

Ahora bien, una posible vulneración al derecho a contradecir las pruebas tendría que transgredir igualmente la esfera material de protección de dicho derecho; es decir, la afectación de dicho derecho tendría que significar una privación o, al menos, una considerable limitación por situaciones irrazonables, esto es, aquellas que el sujeto no esté obligado a resistir. En síntesis, el desconocimiento de este derecho deber ser trascendente y determinante para considerar que se ha configurado un vicio capaz de hacer que se anule el acto administrativo sancionatorio.

3.1.2 Caso concreto.

El apelante efectuó, sin mayor respaldo probatorio y argumentativo, algunas afirmaciones que la Sala procede a analizar:

- Las autoridades disciplinarias «aislaron» a los policiales que a *posteriori* fueron vinculados a la investigación, con lo cual no se les permitió el acceso a la investigación de manera directa.

Para la Subsección, esta afirmación carece de un mínimo argumento, pues no se indicó a cuáles policías se «aislaron» ni se precisaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ello y el abogado solo destacó el momento de la vinculación de los policiales a la investigación. Si ello es así, la afirmación pierde total sentido, ya que en las piezas probatorias aportadas está demostrado que el demandante estuvo asistido de una profesional del derecho y que al momento de proferirse pliego de cargos se efectuaron actos de defensa que estuvieron relacionados con la exclusión de las pruebas y la realización y ampliación de otras²⁴. Por ende, no se comprende en qué consistió el «aislamiento» y cómo ello supuestamente afectó el derecho al debido proceso del demandante.

- La entidad demandada impidió controvertir algunas pruebas

La Sala advierte nuevamente la omisión de indicar cuáles fueron las pruebas que supuestamente las autoridades impidieron controvertir. No obstante, con los actos de defensa presentados por la apoderada del demandante en el proceso disciplinario, a los que se hizo alusión de forma precedente, se desvirtúa dicha afirmación.

Adicionalmente, ante la contundencia de los hechos narrados por los declarantes, entre ellos Héctor Julio Velandia, persona conocida como ‘el profe’ y tendero del establecimiento comercial en donde los policiales comenzaron la ingesta de bebidas embriagantes, y el auxiliar de Policía Camilo Andrés Pastrana, uniformado que vio al demandante de civil bebiendo cerveza, esta Sala no observa que la aparente irregularidad —impedir supuestamente la controversia de las pruebas— se constituya en un vicio capaz de anular los actos demandados.

²⁴ Folios 35 a 103, en donde se observa el memorial de la abogada Sandra Paola Ortiz, abogada del demandante en la actuación disciplinaria, y folios 104 a 129 en donde dichas peticiones fueron resueltas.

De hecho, obsérvese que en la decisión del 11 de julio de 2013, la autoridad disciplinaria explicó de forma razonable los motivos por los cuales negaba la ampliación del auxiliar de Policía Camilo Andrés Pastrana, pues la defensa no cumplió con los requisitos de pertinencia de dicha prueba²⁵. En cuanto al testimonio del señor Héctor Julio Velandia fue decretada su ampliación, pero sin poderse practicar dicha diligencia. Sin embargo, el recurrente no cumplió con la carga de argumentación para señalar en qué consistió dicha vulneración, la cual tendría como mínimo acreditar que durante la fase del juicio disciplinario se insistió en dicho testimonio y que la entidad se negó de forma irrazonable o injustificada a practicarlo.

Por su parte, en cuanto al testimonio de Yasmin Pidiache, este sí fue ampliado y la defensa del demandante en el proceso disciplinario tuvo la oportunidad de controvertirlo. Frente a ello, la Sala observa que esta persona ofreció en su segunda declaración una versión diferente al primer testimonio. Sobre dicha circunstancia, tanto las autoridades disciplinarias como el Tribunal de Casanare expusieron las razones por las cuales se le debía dar crédito a su primera versión, la cual comprometía seriamente al demandante. Sin embargo, el apoderado, acerca del análisis que hizo el *a quo* nada dijo en el recurso de apelación.

- La mayoría de las pruebas que fueron declaradas inexistentes fueron utilizadas para fundamentar la sanción impuesta.

Para la Sala, esta afirmación no es cierta, por cuanto del listado de las pruebas que se declararon inexistentes a través de la decisión del 14 de julio de 2013²⁶ no se encuentran las de los testigos Camilo Andrés Pastrana, Héctor Julio Velandia y Yasmin Pidiache. En estos testimonios y no en otros, junto con el análisis de otras pruebas documentales, está soportada la decisión sancionatoria.

En conclusión: No se configuró la vulneración al debido proceso en contra del patrullero Jhon Jairo Martínez Sibоче porque en la actuación disciplinaria (1) Se garantizó el derecho de contradicción y defensa; (2) Porque la decisión se fundamentó en pruebas legales y existentes; (3) Porque el demandante no cumplió con la obligación de acreditar alguna de las irregularidades alegadas; y (4) En gracia a la discusión, no se advierte la afectación del debido proceso en su dimensión material, pues las aparentes irregularidades no tienen la entidad suficiente para resquebrar el núcleo del derecho de defensa del demandante.

3.2 Segundo problema jurídico.

¿Los actos administrativos demandados fueron expedidos de forma irregular, por no haberse practicado el examen de alcoholemia para acreditar la falta contenida en el artículo 34, numeral 26, de la Ley 1015 de 2006, por la cual se sancionó disciplinariamente al policial Jhon Jairo Martínez Sibоче?

²⁵ Folio 122 del expediente.

²⁶ Folio 128 de la actuación, en donde puede verse la parte resolutive que menciona las pruebas sobre las cuales se decretó su inexistencia.

Tesis de la parte demandante

No se practicó la prueba de alcoholemia de forma posterior a la realización de la conducta, aspecto que era necesario para demostrar la falta que le fue imputada al demandante.

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:

La falta disciplinaria consistente en el consumo de bebidas embriagantes de un policial en servicio no solo se demuestra con la prueba de alcoholemia, sino con otras pruebas que valoradas en su conjunto y conforme a los principios de la sana crítica puede llevar a dicha conclusión.

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

- La tipicidad de la falta disciplinaria contenida en el artículo 34, numeral 26, de la Ley 1015 de 2006 y las alternativas para demostrarla (3.2.1).
- Caso concreto (3.2.2).

3.2.1 La tipicidad de la falta disciplinaria contenida en el artículo 34, numeral 26, de la Ley 1015 de 2006 y las alternativas para demostrarla.

La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso, que implica que nadie puede ser juzgado sino por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política impone que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». En términos de la Corte Constitucional²⁷, este principio «cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro proteger la seguridad jurídica».

Así las cosas, le corresponde exclusivamente al legislador definir, de forma abstracta y objetiva, qué conductas desplegadas, por quienes tienen a su cargo el

²⁷ C. Const. Sentencia del 10 de diciembre de 1998. C-769.

ejercicio de funciones públicas, deben ser objeto de sanción por afectar el correcto desarrollo del servicio que le ha sido encomendado o por el abuso en su ejercicio²⁸.

El proceso de adecuación típica supone entonces la comprobación lógica y razonada de la relación de subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo, de lo cual surge, a su vez, una relación de contrariedad entre el comportamiento de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas y el deber presuntamente incumplido.

El análisis de la tipicidad es un apartado fundamental en la motivación del acto administrativo que impone una sanción disciplinaria y dentro de aquel la autoridad cuenta con un margen de interpretación más amplio que el que se encuentra en el derecho penal, pues la precisión con la cual deben estar descritos los comportamientos disciplinariamente reprochables tiene una mayor flexibilidad, ante la dificultad de que la ley haga un listado detallado de absolutamente todas las conductas constitutivas de falta²⁹.

Como consecuencia de lo anterior, se ha avalado, desde el punto de vista constitucional³⁰, la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados y la formulación de los tipos abiertos y en blanco que están redactados con una amplitud tal que hace necesario remitirse a otras normas en las que se encuentren consagrados los deberes, las funciones o las prohibiciones que se imponen en el ejercicio del cargo, y que exigen un proceso de hermenéutica sistemática lógica que demuestre en forma congruente cómo la conducta investigada se subsume en la descrita por la ley.

Ahora bien, en cuanto a los tipos abiertos y los tipos en blanco³¹, se observa que la jurisprudencia constitucional se ha referido a ellos de manera indistinta, para dar a entender que se trata de aquellas descripciones legales constitutivas de falta disciplinaria, que precisan la remisión a otras normas con el fin de completar el sentido del precepto.

Lo anterior se desprende del concepto jurídico avalado en la sentencia C-818 de 2005³², entre otras, en la cual se sostuvo que los tipos abiertos son «aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina

²⁸ C.P., art. 6. «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones».

²⁹ Cfr. C. Const. sentencia del 19 de abril de 2001, C-404 de 2001. «[...] la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad»²⁹. Esta posición fue reiterada en C. Const. sentencias del 9 de agosto de 2005, C-818 de 2005 y del 1 de febrero de 2012, C-030 de 2012.

³⁰ Cfr. C. Const. Sentencia del 3 de mayo de 2006, C-393 de 2006.

³¹ C. Const. Sentencias del 19 de abril de 2001, C-404 de 2001 y del 9 de agosto de 2005, C-818 de 2005.

³² En este aparte se cita a: C.Const. Sentencia del 19 de abril de 2001, C-404 de 2001.

por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria».

En relación con los tipos en blanco, aquella corporación también considera que apunta a preceptos que requieren de una remisión normativa para completar su sentido³³, bajo la condición de que se «verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e inequívoca, aquellos aspectos de los que adolece el precepto en blanco», exigencia que trasciende al campo disciplinario, según lo señalado por la sentencia C-343 de 2006.

No obstante, la doctrina distingue los tipos en blanco de los abiertos, para señalar que los primeros requieren de un suplemento normativo para completar su alcance³⁴, mientras que los segundos se pueden delimitar así: «el tipo abierto, como lo ha definido su creador, es aquel en el cual el legislador no ha determinado de manera completa la materia de la prohibición, correspondiéndole cerrarlo al juez: “la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”, afirma Welzel»³⁵. Es así como los tipos en blanco se han incluido en la clasificación de tipos según su estructura formal³⁶, mientras que los abiertos ingresan en la división según su contenido³⁷.

Otro aspecto que conviene precisar en tanto hace referencia a la redacción del tipo y a su contenido, es el hecho de que el derecho disciplinario colombiano acude a un sistema genérico de incriminación denominado *numerus apertus* en virtud del cual³⁸:

[...] no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa –como sí lo hace la ley penal–, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.»

Ahora bien, en cuanto al análisis de los elementos del tipo disciplinario, el artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 describe los comportamientos calificados como faltas gravísimas aplicables a los miembros de la Policía Nacional, en el numeral 26 indica: «Consumir o estar bajo el efecto de bebidas embriagantes o sustancias que produzcan dependencia física o psíquica, durante el servicio.»

Puede entenderse *prima facie* que el deber que se infringe a través del tipo disciplinario se acompasa con la finalidad constitucional de la Institución de la Policía Nacional, esto es, la de velar por «el mantenimiento de las condiciones

³³ Cfr. C.Const. Sentencia del 19 de abril de 2001, C-404 de 2001.

³⁴ GÓMEZ PAVAJEAU, op. cit, pp. 433-445.

³⁵ ROXIN, CLAUS. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires: Depalma, 1979, pp. 5-6, citado en GÓMEZ PAVAJEAU, op. cit., p. 431.

³⁶ REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal*, Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000, p.115.

³⁷ *Ibidem*, p.118.

³⁸ C. Const. Sentencia del 5 de marzo de 2002, C-155 de 2002.

necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz»³⁹, función que requiere que el personal se encuentre en la mejor disposición física y síquica posible.

Por otra parte, la Subsección encuentra que esta conducta está regida por dos verbos rectores:

- **Consumir**: «[...] tr. Utilizar comestibles y otros bienes para satisfacer necesidades o deseos.»⁴⁰
 - **Estar**: definida como « [...]»
 - 1. copulat. U. para expresar un determinado estado del sujeto.
 - 2. intr. Dicho de una persona o de una cosa: Existir, hallarse en este o aquél lugar, situación, condición o modo actual de ser. U. t. c. prnl.
 - 3. intr. Permanecer o hallarse con cierta estabilidad en un lugar, situación, condición, etc. U. t. c. prnl.
- [...]»⁴¹.

En cuanto a su contenido se trata de un tipo de mera conducta, pues para su configuración solamente se requiere el comportamiento de *consumir o estar bajo el efecto de bebidas embriagantes o sustancias que produzcan dependencia* mientras que el miembro de la institución se encuentre en servicio, sin necesidad de que por esa razón se presenten consecuencias adicionales y tampoco exige que se acredite un determinado estado de embriaguez o la pérdida de consciencia.

Ahora bien, sobre los lineamientos legales para la determinación del estado de embriaguez conviene señalar que en cumplimiento de la función impuesta por el artículo 5⁴² de la Ley 938 de 2004, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses expidió la Resolución 414 de 2002⁴³, por medio de la cual se fijaron los parámetros científicos y técnicos relacionados con los exámenes de embriaguez y de alcoholemia. Dicha normativa, en el artículo 1, dispuso lo siguiente:

[...] Artículo 1°. Para determinar el estado de embriaguez alcohólica de una persona se podrán utilizar los siguientes procedimientos:

A. Por alcoholemia. La cual se obtiene de la medición de la cantidad de etanol en sangre y se expresa en mg de etanol /100 ml de sangre total. La correlación con la embriaguez, debe hacerse en todos los casos según lo estipulado en el artículo 2° de esta resolución.

Parágrafo. (...)

B. Por examen clínico. Cuando no se cuente con métodos directos o indirectos de determinación de alcoholemia se realizará el examen clínico según el estándar forense establecido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses [...] (Se subraya).

³⁹ Artículo 218 de la Constitución Política.

⁴⁰ <https://dle.rae.es/?id=AT2BY5W>.

⁴¹ <https://dle.rae.es/?id=GnJiqdL>.

⁴² **ARTÍCULO 36.** En desarrollo de su misión, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses tiene las siguientes funciones:
[...]5. Definir los reglamentos técnicos que deben cumplir los distintos organismos y personas que realicen funciones periciales asociadas con medicina legal, ciencias forenses y ejercer control sobre su desarrollo y cumplimiento.»

⁴³ Aclarada mediante Resolución 453 del 24 de septiembre de 2002.

Es importante señalar que la anterior normativa fue expedida en el marco de lo dispuesto por la Ley 769 de 2002 «Código Nacional de Tránsito Terrestre» en cuanto impone sanciones por la conducción de vehículos en estado de embriaguez, el cual define la embriaguez como «Estado de alteración transitoria de las condiciones físicas y mentales, causada por intoxicación aguda que no permite una adecuada realización de actividades de riesgo».

Más adelante, a través de la Resolución 1183 de 2005⁴⁴, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses adoptó el Reglamento Técnico Forense para la Determinación Clínica del Estado de Embriaguez Aguda, para lo cual tuvo en cuenta que las normas disciplinarias prohíben acudir al sitio de trabajo o encontrarse en él en «estado de embriaguez o bajo la influencia de narcóticos, así como el consumo de alcohol y estupefacientes durante el ejercicio de las actividades laborales» y que aquellas conllevan a sanciones disciplinarias o la terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa.

En ese sentido, el mentado reglamento⁴⁵ definió el concepto de embriaguez como un «[...] Estado de alteración transitoria de las condiciones físicas y mentales, causada por intoxicación aguda que no permite una adecuada realización de actividades de riesgo [...]»⁴⁶ y fijó un procedimiento para la realización del examen físico y los parámetros a evaluar por el médico correspondiente para averiguar si se está en presencia de una persona en dichas condiciones de alteración, así:

- [...] 2.4.8.2. Conducta motriz (...)
- Tomar los signos vitales (...)
- Observar detalladamente el aspecto de la piel y mucosas, (...)
- 2.4.8.5 Resaltar si existe algún de olor asociado o inusual que llame la atención tal como: Aliento alcohólico (...)**
- 2.4.8.6 Sensorio (...)
- 2.4.8.7 Afecto (...)
- 2.4.8.8 Lenguaje (...)
- 2.4.8.9 Pensamiento (...)
- 2.4.8.10 Sensopercepción (...)
- 2.4.8.11 Inteligencia (...)
- 2.4.8.12 Juicio y raciocinio (...)
- 2.4.8.13 Introspección (...)
- 2.4.8.14 Examinar los ojos (...)
- 2.4.8.15 Evaluar la coordinación motora fina (...)
- 2.4.8.16 Realizar pruebas de equilibrio y coordinación gruesa (...)
- Romberg: (...)
- 2.4.8.17 Evaluar el Nistagmus: [...]

Ahora bien, en relación con la prueba idónea para llevar a la convicción de que se ha incurrido en la falta bajo estudio, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha admitido que el examen de alcoholemia practicado por el

⁴⁴<http://www.medicinalegal.gov.co/documents/48758/78081/R3.pdf/105396f9-9e93-4cb8-b36c-0b1e9b403ade>

⁴⁵<http://www.medicinalegal.gov.co/documents/48758/78081/R3.pdf/105396f9-9e93-4cb8-b36c-0b1e9b403ade>

⁴⁶ *Ibidem*, página 21.

Instituto de Medicina Legal no es el único medio de convicción que lleva a la certeza de la configuración de un comportamiento reprochable desde un punto de vista disciplinario, pues aceptar tal tarifa legal de prueba llevaría a que si la persona se rehúsa a someterse a dicha valoración no podría evaluarse la conducta típica, situación que se aparta del contenido del principio según el cual *nadie puede alegar en su favor su propia culpa*⁴⁷. En efecto, esta corporación ha admitido además los medios de prueba que de manera enunciativa se muestran a continuación:

- Historia clínica⁴⁸
- Prueba médica de embriaguez⁴⁹
- Examen clínico⁵⁰
- Testimonios de terceros⁵¹

De igual manera, teniéndose claras las diferencias entre la embriaguez con el simple consumo, la Sala agrega, en esta ocasión, que en determinados casos las circunstancias hacen difícil que la prueba de alcoholemia pueda practicarse, pues a veces no ocurren ciertos eventos en que es forzoso trasladar al servidor público para que se practique dicha prueba. Así, no es lo mismo cuando el consumo de bebidas embriagantes está asociado con conductas delictuales, en donde aparecen las autoridades de policía judicial o que la situación puede dar lugar a una flagrancia, por ejemplo, a lo que ocurre con otros comportamientos que solo consisten en el simple consumo. En la mayoría de los casos, cuando estos hechos son informados a las autoridades competentes, la práctica de dicha prueba pierde todo sentido, pues, desde el punto de vista técnico, ya no podrá demostrarse el estado de embriaguez por el simple paso del tiempo.

3.2.2 Caso concreto

El apoderado del demandante en el recurso de apelación reclamó en varias ocasiones que no se practicó la prueba de alcoholemia de forma posterior a la realización de la conducta. Sobre dicho aspecto, como lo hizo en la demanda y en el transcurso del proceso, la parte demandante argumentó que la única prueba fidedigna para probar tal circunstancia era la prueba de alcoholemia.

No obstante, para la Sala esta apreciación es equivocada, por cuanto existen diversas formas de probar el consumo de bebidas embriagantes, entre ellas la historia clínica, la prueba médica de embriaguez, el examen clínico y los testimonios de terceros.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00003-00(0059-12), Actor: William Didier Roldán Poveda

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 5 de abril de 2014, radicación: 70001-23-33-000-2013-00198-01 (3454-2018)

⁴⁹ Consejo de estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de mayo de 2017, radicación: 11001-03-25-000-2012-00366-00 (1419-12), actor: Pedro Ortiz González

⁵⁰ Consejo de estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 15 de septiembre de 2016, radicación: 85001-23-33-000-2014-00003-01(0971-15), actor: Alexander Caro Rosas, y sentencia del 21 de febrero de 2013, radicación: 11001-03-25-000-2011-00295-00 (1096-11), actor: Geovany Alberto Restrepo Ortiz.

⁵¹ Op. Cit números internos 1095-11 y 1419-12.

A la última posibilidad referida, es decir, a la utilización de testigos, fue a la que acudieron las autoridades disciplinarias, pues el proceso disciplinario se inició con fundamento en un informe del Comando de Departamento de Policía de Boyacá. En efecto, la indagación preliminar se inició el día 23 de junio de 2013, por la respectiva Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía con sede en la ciudad de Tunja, para averiguar por los hechos ocurridos el día 21 del mismo mes y año en la Estación de Policía de Pisba. De esa manera, la prueba técnica reclamada por el demandante, que según su particular criterio era la única manera de probar la falta, era manifiestamente inconducente, pues en el momento procesal oportuno de considerar su solo decreto ya habían pasado por lo menos dos días de ocurridos los hechos, razón por la cual el comportamiento irregular debía demostrarse con otros medios probatorios.

Para el presente caso, las autoridades disciplinarias y el Tribunal de Primera instancia acertadamente analizaron el testimonio del señor Héctor Julio Velandia, persona conocida como 'el profe' y tendero del establecimiento comercial, y la primera declaración de Yasmin Pidiache, como particulares que siempre identificaron a un policía de civil que estaba ingiriendo cerveza. Ambos testigos ubican a este policial en el establecimiento de comercio, y la señorita Pidiache en la Estación de Policía, lugar en donde se siguió cometiendo la conducta.

Como si lo anterior fuera poco, el auxiliar de Policía Camilo Andrés Pastrana fue el que identificó plenamente al patrullero Jhon Jairo Martínez Sibоче, como aquel policía de civil, que tomó cerveza tanto en el establecimiento comercial como en la Estación de Policía. Su versión, no solo es creíble, en atención a los detalles ofrecidos en cuanto a las horas, el personal que estaba de turno y el móvil por el que fue a la tienda en donde se iniciaron los hechos (llevarle la batería de un radio a un superior), sino porque lo narrado coincide en forma esencial con los testimonios de los particulares.

Frente a lo anterior, ni en el transcurso del proceso ni en el recurso de apelación, el demandante no efectuó algún reparo con el fin de desvirtuar los aspectos esenciales descritos por los testigos, por lo cual para esta Sala existe certeza, más allá de toda duda razonable, que para los días 21 y 22 de junio de 2012 el señor patrullero Jhon Jairo Martínez Sibоче, mientras estaba de servicio, en la modalidad de disponible, sí consumió bebidas embriagantes en un establecimiento de comercio y en la propia Estación de Policía en donde se encontraba adscrito.

Conclusión: El examen de alcoholemia practicado por el Instituto de Medicina Legal no es la única prueba idónea para acreditar la falta contenida en el artículo 34, numeral 26, de la Ley 1015 de 2006, pues dicha conducta puede acreditarse con distintos medios de prueba, entre ellas con la utilización de testigos. En el presente caso, así procedieron las autoridades disciplinarias, razón por la cual los actos demandados no fueron expedidos de forma irregular.

3.3 Tercer problema jurídico

¿Los actos administrativos disciplinarios fueron expedidos con falsa motivación por haberse desconocido los principios de ilicitud sustancial, proporcionalidad o presunción de inocencia y porque el investigado no tenía antecedentes disciplinarios?

Tesis de la parte demandante

Los actos administrativos demandados no tuvieron en cuenta que (1) no se afectó el servicio; (2) la sanción fue desproporcionada; (3) la presunción de inocencia no se desvirtuó y (4) el demandante no tenía antecedentes disciplinarios.

Tesis de la parte demandada

Los actos administrativos disciplinarios fueron expedidos conforme al principio de legalidad, por lo cual la sanción fue justa y acorde a la normatividad, desprovista de alguna situación de falsa motivación o de arbitrariedad.

Tesis del Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio.

La Sala sostendrá la siguiente tesis:

No se configuró una falsa motivación en los actos administrativos demandados porque las autoridades disciplinarias demostraron la conducta y los demás elementos de la responsabilidad disciplinaria, por lo cual la sanción fue acorde a la normatividad vigente.

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

- Las categorías y subcategorías de la estructura de la responsabilidad, como parámetro de imposición de la sanción disciplinaria (3.3.1)
- La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario (3.3.2)
- La condición jurídica de los antecedentes disciplinarios (3.3.3)
- Caso concreto (3.3.4).

3.3.1 Las categorías y subcategorías de la estructura de la responsabilidad, como parámetro de imposición de la sanción disciplinaria.

A partir de los elementos definidos por la ley⁵², el desarrollo de la jurisprudencia constitucional⁵³, lo sostenido por esta Corporación⁵⁴ y lo explicado por la doctrina

⁵² Artículos 4, 5, 13, 23, 28, 43 y 48 de la Ley 734 de 2002.

⁵³ Ver, entre otras, sentencias C-948 de 2002, C-818 de 2005, C-720 de 2006, C-030 de 2012, C-721 de 2015 y C-284 de 2016.

⁵⁴ Ver, a manera de ejemplo, la sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01092-00(2552-13). Actor: Francisco Javier Guillermo Barreto Vásquez Demandado: Contraloría General de La Republica. Sección Segunda, Subsección "A". del Consejo de Estado.

especializada⁵⁵, la estructura de la responsabilidad disciplinaria se comprende cuando un sujeto —servidor público o particular que ejercer funciones públicas—, plenamente capaz, comete una conducta —acción u omisión—, que resulta ser típica —falta gravísima, grave o leve—, sustancialmente ilícita —afectación del deber funcional, sin justificación alguna—, que sea realizada con culpabilidad —culpabilidad psicológica: dolo o culpa; y culpabilidad normativa: exigibilidad de una conducta diferente— y que no esté presente alguna causal de exclusión de responsabilidad.

En tal forma, cada una de las categorías mencionadas cumple una función diferenciadora. Así, por ejemplo, la conducta servirá para establecer en qué modalidad se afectó el deber funcional, esto es, por acción o por omisión; la tipicidad será necesaria para respetar el principio de legalidad; la ilicitud sustancial evitará que se sancione por desvalores de conducta irrelevantes; y con la culpabilidad se respetará el principio de dignidad humana, a partir de que el hombre, en cualquier aspecto situacional de su vida, debe ser libre para actuar con culpabilidad.

Igualmente, cada una de las categorías allí mencionadas está compuesta a su vez por otros elementos denominados subcategorías. Así, *verbi gratia*, en la tipicidad el concepto de tipo definirá si la falta es gravísima, grave o leve. A su vez, la ilicitud sustancial tiene un aspecto tanto positivo —afectación sustancial del deber funcional— como negativo —causal de justificación—. Por su parte, la culpabilidad tiene una dimensión psicológica en donde aparecen los conceptos de dolo y culpa, en tanto que la culpabilidad normativa está referida a la exigibilidad de otra conducta, como forma de efectuar un reproche pleno.

A esta forma de pensamiento tradicionalmente se le llama «dogmática»⁵⁶, método o ciencia que se caracteriza por unos pasos especiales como lo son la interpretación, la sistematización y la crítica, en donde las particularidades metodológicas de esta forma de conocimiento son la lógica, la rigurosidad, el análisis y la organización en dicha estructura de cada uno de los elementos antedichos. En ese sentido, cada categoría de la estructura de la responsabilidad es un aspecto necesario, pero no

⁵⁵ Ver, entre muchos otros, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia). Sexta edición. 2017. 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. 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. ROA SALGUERO, David. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO. INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. Instituto Hispanoamericano de Derecho Disciplinario. Editorial Ibáñez. Año 2010. SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas. Tercera edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2012. Igualmente, ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos. Sustanciales y procesales. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá (Colombia). Año 2009. Este último autor, precisamente, es el señor apoderado del demandante.

⁵⁶ Ver, entre otros, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Dogmática Jurídica como ciencia del Derecho. Sus especies penal y disciplinaria, necesidad, semejanzas y diferencias. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá (Colombia). Año 2011.

suficiente, pues solo la concurrencia de todos ellos legitima la imposición de un correctivo disciplinario.

Por su parte y de forma contraria, la misma legislación disciplinaria ha contemplado algunos eventos de ausencia de responsabilidad⁵⁷. Es lo que podría equivaler a las causales de justificación (exclusión de ilícito) o a las causales de inculpabilidad (también denominadas como eventos de inexigibilidad de otra conducta), con lo cual sería improcedente la declaratoria de responsabilidad. La doctrina incluso, al analizar cada elemento de la responsabilidad, ha llegado a considerar cuatro causales totalmente diferentes, denominadas como eximentes de capacidad, eximentes de conducta, eximentes de ilicitud típica y eximentes de culpabilidad.⁵⁸

En ese orden de ideas, cuando están demostrados todos los elementos de la responsabilidad disciplinaria, sin la presencia de alguna causal que la excluya, las autoridades deberán imponer las respectivas sanciones. Para ello, se deberá observar el respectivo marco normativo fijado por el legislador. Así, por ejemplo, para los miembros de la Policía Nacional (Ley 1015 de 2006) se impondrá cada una de las siguientes sanciones, de acuerdo a la gravedad y a la forma de la culpabilidad en que esta haya sido cometida:

ARTÍCULO 39. CLASES DE SANCIONES Y SUS LÍMITES. Para el personal uniformado escalafonado, se aplicarán las siguientes sanciones:

1. **Para las faltas gravísimas dolosas** o realizadas con culpa gravísima **Destitución e Inhabilidad General por un término entre diez (10) y veinte (20) años.**
2. Para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave o graves dolosas, **Suspensión e Inhabilidad Especial** entre seis (6) y doce (12) meses, sin derecho a remuneración.
3. Para las faltas graves realizadas con culpa gravísima, **Suspensión e Inhabilidad Especial** entre un (1) mes y ciento setenta y nueve (179) días, sin derecho a remuneración.
4. Para las faltas graves realizadas con culpa grave, o leves dolosas, multa entre diez (10) y ciento ochenta (180) días.
5. Para las faltas leves culposas, **Amonestación Escrita.**
[Negrillas fuera de texto].

⁵⁷ Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.
7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.

⁵⁸ 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. 152 a 173.

3.3.2 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:⁵⁹

[...] 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 alguna⁶⁰, es decir, **este elemento a diferencia del derecho penal⁶¹ 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 [...].

En este sentido y atendiendo a la jurisprudencia de esta Sala⁶², 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.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Artículo 5.º del CDU.

⁶¹ 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.

⁶² 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.

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 siguiente⁶³:

[...] 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 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 oportunidades⁶⁴, esta Subsección se ha referido a lo que se entiende por la expresión «sustancial»⁶⁵:

1. adj. Perteneciente o relativo a la sustancia. *Esta definición es sustancial, no accidental.*

⁶³ 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).

⁶⁴ 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.

⁶⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Diccionario de la lengua española». Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=YpLjVbm>.

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 así⁶⁶:

- [...]
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 público⁶⁷ (sustancialidad) y en esa medida puede decirse, pese a que la ley no lo mencionó de este modo, que cuando estas dos características 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 manifestado⁶⁸:

[...] **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

⁶⁶*Ibidem*. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Yplehqm>.

⁶⁷C. 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.

⁶⁸ GÓMEZ PAVAJEAU, op. cit, pp. 368-369.

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 por⁶⁹:

[...] (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 que⁷⁰:

[...] 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 Navarrete⁷¹:

[...] **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 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

⁶⁹ 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.

⁷⁰ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas*. 2.º edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 48.

⁷¹ 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.

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 públicas⁷².

[...] 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 señaló⁷³:

[...] 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 [...]

A su vez, la Procuraduría General de la Nación también siguió esta línea al afirmar que⁷⁴:

[...] 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 postura⁷⁵, 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

⁷² 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.

⁷³ C.S. de la J., Sala Juris. Disc. Sent. 19971473-01, sep. 6/2003.

⁷⁴ Citado en ORDOÑEZ 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.

⁷⁵ 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.

constitucionalidad del artículo 5.º del Código Disciplinario Único. En dicha oportunidad el alto Tribunal expresó⁷⁶:

[...] 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 contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad (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)⁷⁷. En otros términos, debe verificar la sustancialidad de la ilicitud.

⁷⁶ 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 comentario aclara que **la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional [...]**» (Negrita fuera del texto).

⁷⁷La 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.

De esa manera, todas las consideraciones expuestas también deben predicarse del artículo 4 de la Ley 1015 de 2006, norma que también elevó a la categoría de principio la ilicitud sustancial para el régimen disciplinario de los miembros de la Policía Nacional.

3.3.3 La condición jurídica de los antecedentes disciplinarios.

Tanto la Ley 734 de 2002 como la Ley 1015 de 2006 regulan los antecedentes disciplinarios como un criterio para determinar la graduación de la sanción a imponerse. Al respecto, frente al régimen especial para los miembros de la Policía Nacional, el legislador dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 40. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:

a) **Haber sido sancionado** disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga; [Negrillas fuera de texto]

Coherente con lo expuesto, la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente⁷⁸:

Esta disposición es razonable, en cuanto establece como regla general un término de cinco (5) años de vigencia **del registro de antecedentes**, que es el mismo término señalado para la prescripción de la sanción disciplinaria en el Art. 32 de dicho código, y en cuanto mantiene la vigencia de los antecedentes que por ser de ejecución continuada o permanente no se han agotado, mientras subsista tal situación. Por consiguiente, es justificado aplicarla también al registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos para cuyo desempeño se requiere ausencia de ellos, a que se refiere la disposición acusada.

En síntesis podemos afirmar que **la certificación de antecedentes debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones** dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o sea instantánea. También **contendrá las sanciones o inhabilidades** que se encuentren vigentes al momento en que ella se expida, aunque hayan transcurrido más de cinco (5) años o sean inhabilidades intemporales como, por ejemplo, la prevista en el Art. 122 de la Constitución Política.

Por lo anterior, con fundamento en el principio de conservación del ordenamiento jurídico, esta corporación declarará la exequibilidad condicionada de la disposición impugnada, en el entendido de que sólo **se incluirán** en las certificaciones de que trata dicha disposición **las providencias ejecutoriadas** dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, **aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades** que se encuentren vigentes en dicho momento. [Negrillas fuera de texto].

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.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1066 de 2002.

De la redacción de la norma y la explicación efectuada por la Corte Constitucional se puede apreciar sin dificultad que los antecedentes disciplinarios tienen la condición de agravante; es decir, la ausencia de ellos no es un atenuante, ni mucho menos es un aspecto que pueda incidir en el análisis de la estructura de la responsabilidad disciplinaria. De hecho, demostrada la responsabilidad y ante la necesidad de dosificar el correctivo a imponer, los antecedentes disciplinarios tendrán sentido para aumentar o disminuir el monto o *quantum* de la sanción a imponer, conforme a la directriz fijada por el legislador.

3.3.4 Caso concreto.

De modo simplemente enunciativo, el recurrente efectuó manifestaciones como las siguientes:

- No hubo valoración coherente de los testimonios recaudados.

Sin embargo, la Sala observa que el apelante no indicó cuáles testimonios fueron los que supuestamente no fueron coherentemente valorados. Únicamente, refirió el testimonio de la particular que tuvo relaciones sexuales con uno de los policías, declaración que la acusó de adolecer de varias irregularidades. Sin embargo, no mencionó cuáles fueron esos vicios y, en todo caso, el testimonio de esta persona comprometió principalmente a otro disciplinado que tenía rango de oficial. Al respecto y haciendo un esfuerzo interpretativo a partir de lo expuesto en la demanda, esos vicios estarían relacionados con las preguntas supuestamente denigrantes por cuanto fue interrogada por cuestiones íntimas. Sin embargo, este aspecto en ningún momento puede afectar la valoración objetiva y razonable de esta prueba y de las demás que demostraron la conducta del demandante, ya que esta consistió en el consumo de bebidas embriagantes durante el servicio.

- La conducta del investigado no trascendió de la órbita de lo justo y permitido y que nunca se afectó el servicio.

Para esta Subsección, este argumento tampoco está llamado a prosperar, por cuanto no era necesario que se presentara un resultado dañino como consecuencia de la conducta del disciplinado. En el proceso está suficientemente demostrado que el demandante estaba en servicio de disponibilidad y consumió bebidas embriagantes, configurándose así la ilicitud sustancial. En efecto, el demandante era un miembro de la Policía Nacional que debía estar en óptimas condiciones para prestar el servicio. Aunado a lo anterior, quedó demostrado que para el día en que cometió la conducta el policial tenía asignado un fusil y un radio de comunicaciones.

- No se tuvo en cuenta que el demandante estaba en un día compensatorio o franquicia después de haber prestado servicio.

Para la Sala, esta afirmación no es cierta. Basta con observar los folios 27 y 33 para acreditarse que el demandante estaba en servicio en la modalidad de disponible. Este análisis fue hecho de forma pormenorizada por las autoridades disciplinarias y por el Tribunal de Primera instancia, sin que el apelante hiciera el más mínimo

reparo sobre ello. Por ende, la conducta sí afectó el deber funcional, por lo cual fue sustancialmente ilícita.

- El investigado no tenía antecedentes disciplinarios y en todo caso debió aplicarse el principio de proporcionalidad.

La Sala observa que la anterior apreciación no es correcta, pues, por un lado, la carencia de antecedentes no puede incidir en el análisis de la responsabilidad disciplinaria, sino en la proporcionalidad de la sanción. Si esta afirmación no fuera cierta, por irremediable lógica a nadie se le podría responsabilizar, porque antes de la comisión de la primera o única falta disciplinaria sobre el sujeto no habría antecedentes disciplinarios.

Por el otro, la proporcionalidad se encuentra definida por el legislador, toda vez que para dicho tipo de faltas disciplinarias el correctivo a imponer es la destitución e inhabilidad general de diez a veinte años. De hecho, las autoridades impusieron el mínimo de inhabilidad, aspecto que demuestra la estricta proporcionalidad que se aplicó en dicho caso.

Por las anteriores razones, los aspectos que sustentarían un supuesto vicio de falsa motivación no están llamados a prosperar.

En conclusión: los actos administrativos disciplinarios no fueron expedidos con falsa motivación, porque las autoridades disciplinarias demostraron todos los elementos que estructuran la responsabilidad y la sanción fue acorde a la legislación aplicable.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Por las razones que anteceden, la Subsección confirmará la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare que denegó las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

Esta Subsección⁷⁹ 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.

⁷⁹ C.E., Sec. Segunda, Subsección A, Sent. 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), abr. 7/2016.

- 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 CGP⁸⁰, 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.

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 el Tribunal Administrativo de Casanare el 16 de febrero de 2017, que denegó las pretensiones, en el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Jhon Jairo Martínez Sibоче 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.

⁸⁰ 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: [...]»

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