



# Sentencia 2011-00661 de 2019 Consejo de Estado

## CONTROL JUDICIAL INTEGRAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado, 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.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el control judicial integral de los actos administrativos disciplinarios, ver: C. E., Sala Plena Contenciosa, sentencia de 9 de agosto de 2016, Rad. 11001-03-25-000-2011-00316 00 (2011-1210).

## DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO - Definición / DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO FORMAL / DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO MATERIAL

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. Por ende, siendo el proceso disciplinario un trámite de naturaleza administrativa, es claro que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas. En ese sentido, es pertinente señalar que el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtirse, 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 ídem, y el derecho de contradicción y defensa.

## FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 29

## VERSIÓN LIBRE - Finalidad / VERSIÓN LIBRE - Ejercicio facultativo del disciplinado / DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN

La versión libre es un derecho que le asiste al disciplinado a ser escuchado en cualquier etapa de la actuación y hasta antes de adoptarse la decisión de instancia. Su finalidad consiste en que el implicado relate su visión de los acontecimientos por los cuales se le investiga, o bien admita su responsabilidad a través de la confesión. Por tal razón, la versión libre no es un medio probatorio y, en contraste, es un instrumento de defensa del servidor público a través del cual puede ejercer la contradicción frente a la actuación disciplinaria adelantada en su contra. Por ende, el carácter de derecho que le asiste a la figura en comento implica que su ejercicio sea facultativo atendiendo a los intereses o estrategia de defensa que decida emplear el disciplinado como titular de aquel y que quien decida hacerlo goza de la garantía de que esta sea recepcionada libre de apremios de juramento u otra coacción, pues es claro que se debe proteger el derecho de no autoincriminación. En línea con lo anterior, hay que anotar que la decisión contraria, esto es, la de no rendir versión libre, también se encuentra amparada en un derecho fundamental, cual es el de guardar silencio que se justifica en el principio de no autoincriminación consagrado en el Artículo 33 de la Constitución Política y en diferentes instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 14, y Convención Americana de los Derechos Humanos, Artículo 8. De esa manera, el hecho de que la autoridad sancionadora no imponga, incite, promueva o procure la versión libre del disciplinado, lejos de representar una violación de los derechos que le asisten a este, constituye un acto de respeto de las garantías propias del debido proceso.

## FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 92 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 33 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS - ARTÍCULO 14 / CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS - ARTÍCULO 8

## INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA PRÁCTICA DE PRUEBAS EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

Frente a la posibilidad que tienen los sujetos procesales de intervenir en la práctica de pruebas, esta garantía supone la obligación de la autoridad disciplinaria no solo de informar oportunamente la fecha, hora y lugar de realización de dichas diligencias, sino en brindar posibilidades para que lo sujetos procesales puedan ejercer dicho derecho a plenitud. En la actuación disciplinaria se pueden presentar distintas situaciones en las que dicho derecho podría verse afectado, en virtud de reprogramaciones, dificultades para ubicar a los testigos, inasistencias, cambios a última hora y otras situaciones de fuerza mayor, que hacen necesario que en algunas ocasiones se postergue la realización de alguna prueba o incluso que se tenga que declinar su práctica. Por tanto, frente a una situación como las que han sido descritas, los funcionarios tendrán que procurar que los sujetos procesales puedan ejercer de forma efectiva sus derechos de contradicción y defensa. Para ello, las autoridades disciplinarias deberán mostrar un esfuerzo razonable para llevar a cabo las pruebas que han sido decretadas, sin que ello tampoco

implique la paralización del proceso disciplinario ni mucho menos el abandono del ejercicio de la acción disciplinaria.

#### NULIDAD EN EL PROCESO DISCIPLINARIO - Se configura cuando se afectan garantías sustanciales / DEBIDO PROCESO - Vulneración

Para poder solicitar la nulidad por violación al debido proceso por desconocimiento del derecho de contradicción y defensa se debe acreditar una irregularidad determinante, esto es, aquella que sea capaz de socavar la materialidad de este derecho fundamental; es decir, que de no haberse presentado dicha anomalía el trámite de la actuación o los resultados del proceso hubiesen sido diferentes. Así mismo, se debe descartar que los sujetos procesales hayan sido los que contribuyeron al acto que se reputa irregular, pues de acreditarse que aquellos lo propiciaron habrá de estimarse convalidada la actuación.

#### NULIDAD EN EL PROCESO DISCIPLINARIO - Oportunidad

Si los sujetos procesales advierten que se ha configurado una causal de nulidad, la pueden formular antes del «fallo definitivo» (Artículo 146), comprendiéndose por este como la decisión sancionatoria de primera instancia, pues el acto administrativo que resuelve la impugnación (recurso de reposición o apelación) ha sido entendido como un solo recurso de la vía gubernativa. Por tanto, si la solicitud de nulidad se efectúa antes de la decisión sancionatoria de primera instancia cabe distinguir dos situaciones: que se presente con anterioridad al auto que ordena correr el traslado para la presentación de los alegatos de conclusión (momento que puede darse en la indagación preliminar, la investigación disciplinaria o en el trámite de pliego de cargos, por ejemplo) o que esa petición se desarrolle en el escrito de alegatos de conclusión, conforme al traslado dispuesto en el Artículo 169 de la Ley 734 de 2002, modificado por el Artículo 55 de la Ley 1474 de 2011. En ese orden de ideas, si es lo primero, esto es, si la nulidad se interpone antes de que se ordene el traslado para la presentación de los alegatos de conclusión, el término para resolver dicha solicitud será de cinco (5) días, conforme a lo señalado en el Artículo 147 de la Ley 734 de 2002. En ese evento y conforme a lo dispuesto en el Artículo 113 ibidem, contra la decisión que resuelve la nulidad procederá el recurso de reposición. Por el contrario, si la petición de nulidad se efectúa con el escrito de alegatos de conclusión, la resolución a dicha cuestión hará parte de la decisión de primera instancia y, en ese sentido, lo allí decidido será susceptible del respectivo recurso: el de reposición, si el proceso es de única instancia, o el de apelación, si el proceso es de primera instancia. En tal forma, cuando el proceso es de primera instancia, la garantía en cuanto a la impugnación de la decisión que resuelve la nulidad se incrementa, pues del habitual recurso de reposición contra este tipo de decisiones se pasa al recurso de apelación. Por último, si la solicitud de nulidades se presenta con posterioridad a la decisión administrativa de primera instancia, es decir, en el respectivo recurso, solo cabe el pronunciamiento de la segunda instancia en virtud de la impugnación vía apelación, por lo cual, frente a lo allí decidido ya no caben más pronunciamientos por falta de competencia. (...) En el proceso disciplinario que se siguió contra el demandante, la decisión de nulidad presentada en el escrito de alegatos de conclusión se resolvió, conforme a los parámetros legales contenidos en la Ley 734 de 2002, por lo cual no hubo vulneración al debido proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 310 NUMERAL 1 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 143 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 169 / LEY 1474 DE 2011 - ARTÍCULO 55 / LEY 1474 DE 2011 - ARTÍCULO 113

#### FALSA MOTIVACIÓN - Configuración / DESTITUCIÓN DE MIEMBRO DE LAS FUERZAS MILITARES POR MONTAJES TERRORISTAS

El vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta. De esa manera, el vicio de falsa motivación por adoptarse decisiones en hechos que no están debidamente acreditados estará relacionado con los elementos de la estructura de la responsabilidad, para lo cual, será necesario tener en cuenta cada uno de ellos y la forma de probarlos. (...) las decisiones atacadas están elaboradas con elementos pertenecientes a la sana crítica, en donde sobresale el principio de razón suficiente, en virtud del cual puede afirmarse que existe mérito probatorio para concluir que el demandante cometió la falta disciplinaria que le fue endilgada en el proceso tramitado por la Procuraduría General de la Nación. El principio de razón suficiente, como estándar probatorio del sistema de la sana crítica que debe caracterizar los procesos disciplinarios, hace innecesario que la Sala examine otros elementos de prueba, entre ellos los que acreditan la proximidad y el trabajo criminal mancomunado entre los dos oficiales del Ejército Nacional que fueron sancionados por la Procuraduría General de la Nación, uno de ellos el aquí demandante y entonces capitán del Ejército Nacional Luis Gerardo Barrero Calderón, conocido en ese contexto criminal con el alias de «José Luis».

#### RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA - Estructura

La estructura de la responsabilidad disciplinaria se comprende cuando un sujeto –servidor público o particular que ejerce 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. 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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00661-00(2553-11)

Actor: LUIS GERARDO BARRERO CALDERÓN

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Temas: Se niegan las pretensiones de la demanda. Conductas relacionadas con actos terroristas simulados. Versión libre en materia disciplinaria. Oportunidad para interponer solicitudes de nulidades. Derecho de contradicción y defensa. Estructura de la responsabilidad y valoración probatoria.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA (Decreto 01 de 1984) S.E.-049 -2019

I. ASUNTO

La Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso previsto en el Artículo 85 del Decreto 01 de 1984<sup>1</sup>, que se tramitó por demanda interpuesta por el señor Luis Gerardo Barrero Calderón en contra de la Procuraduría General de la Nación.

II. LA DEMANDA<sup>2</sup>

Conforme al texto de la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

Medida cautelar:

- Se decrete la suspensión provisional de las decisiones sancionatorias de primera instancia, de fecha 11 de diciembre de 2008, adicionada el 25 de septiembre de 2009, proferida por la comisión Especial Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación; y la de segunda instancia, de fecha 3 de febrero de 2011, proferida por la Sala Disciplinaria, dependencia perteneciente a la misma entidad<sup>3</sup>.

De nulidad:

- Se declare la nulidad de la decisión sancionatoria de primera instancia, de fecha 11 de diciembre de 2008, adicionada el 25 de septiembre de 2009 y proferida por la Comisión Especial Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, dentro del proceso disciplinario que se le adelantó al señor Luis Gerardo Barrero Calderón, mediante la cual se le impuso la sanción de destitución e inhabilidad general<sup>4</sup> de veinte (20) años.

- Se declare la nulidad de la decisión sancionatoria de segunda instancia, del 3 de febrero de 2011, expedida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, dentro del proceso disciplinario que se le adelantó al señor Luis Gerardo Barrero Calderón, mediante la cual se confirmó la providencia de primera instancia.

- Se decrete la nulidad del Decreto n.º 3086 del 26 de agosto de 2011, «por el cual se ejecuta una sanción impuesta a un oficial del Ejército Nacional en cumplimiento del fallo disciplinario», acto mediante el cual se ordenó el retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares (Ejército Nacional) del mayor Luis Gerardo Barrero Calderón, expedido por el ministro de Defensa Nacional.

De restablecimiento del derecho:

- Se ordene a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional el reintegro del mayor Luis Gerardo Barrero Calderón, como oficial activo, con el rango correspondiente o de superior categoría, sin perjuicio de los ascensos a que haya lugar de acuerdo a su antigüedad.

- Se condene a la entidad demandada a restablecer el derecho conculado con los actos administrativos sancionatorios y se declare que estos queden sin efecto y que no existió solución de continuidad entre la fecha en que el demandante fue separado del cargo y la fecha de su reintegro.

De reparación de perjuicios:

- Se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios materiales y morales causados con la decisión impugnada y particularmente a la cancelación de las sumas dejadas de recibir, como consecuencia de los actos acusados.

- Se ordene a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional reconocer, liquidar y pagar al mayor Luis Gerardo Barrero Calderón todos los salarios, sueldos, primas, subsidios, bonificaciones y, en general, todas las prestaciones sociales dejadas de percibir y causadas desde la fecha en que se produjo el retiro hasta cuando sea efectivamente reintegrado al mismo cargo o a otro de igual o mayor categoría.

Otras:

- Se condene a la parte demandada al pago de las costas que se causen con el proceso.

- Se condene a la parte demandada al pago de todos los intereses que genere la sentencia desde la fecha de su ejecutoria, y hasta cuando se haga efectivo y real su pago, de acuerdo al Artículo 1653 del C.C. y «a la decisión de la Corte Constitucional»<sup>5</sup>, desde que quede en firme la providencia.

Fundamentos fácticos relevantes

1. El diario *El Tiempo*, periódico colombiano, en publicación del 8 de septiembre de 2006, registró como noticia las presuntas irregularidades en que habrían podido incurrir miembros del Ejército Nacional por su posible participación, en acuerdo con integrantes de las FARC, por presuntos montajes de actos terroristas que se habrían realizado entre los meses de julio y agosto de 2006 en la ciudad de Bogotá.

2. Con fundamento en lo anterior, el procurador general de la Nación, mediante auto del 8 de septiembre de 2006, dispuso la creación de una Comisión Especial Disciplinaria, conformada por el procurador delegado para las Fuerzas Militares y la directora nacional de Investigaciones Especiales, con el fin de adelantar y decidir la investigación disciplinaria respecto de todos los servidores públicos que pudiesen resultar implicados en los hechos anteriormente referidos.

3. En virtud de lo anterior, mediante decisión de primera instancia de fecha 11 de diciembre de 2008, la Comisión Especial Disciplinaria sancionó con destitución del cargo e inhabilidad general por el término de veinte (20) años a los señores Javier Efrén Hermida Benavides y Luis Gerardo Barrero Calderón, este último quien tiene la condición de demandante en el presente proceso.

4. En el acto administrativo sancionatorio del 11 de diciembre de 2008, la primera instancia efectuó las respectivas consideraciones sobre una petición de nulidad, pero sin hacer pronunciamiento alguno en la parte resolutiva de dicha decisión.

5. Debido a lo anterior, cuando debía resolverse el recurso de apelación interpuesto, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en su condición de segunda instancia, le ordenó a la Comisión Especial Disciplinaria, mediante decisión del 6 de agosto de 2009, subsanar la omisión sustancial en que se habría incurrido.

6. La Comisión Especial Disciplinaria, a través de la providencia del 25 de septiembre de 2009, realizó una «adición de fallo», por lo cual remitió el proceso a la segunda instancia para que se resolviera el recurso de apelación.

7. La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante decisión de segunda instancia del 3 de febrero de 2011, confirmó el acto administrativo de primera instancia, por lo cual la sanción de destitución del cargo e inhabilidad general por el término de veinte (20) años impuesta al demandante quedó en firme.

8. Por lo anterior, el ministro de Defensa expidió el Decreto n.º 3086 por medio del cual ejecutó la sanción disciplinaria a los disciplinados, entre ellos el demandante Luis Gerardo Barrero Calderón.

#### Normas violadas y concepto de violación

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

- Constitución Política de 1991, Artículos 1, 2, 25, 29, 83, 220 y 230.
- Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), Artículos 85, 137 y demás Artículos concordantes.

La formulación del concepto de violación hecho por el demandante se expresó a partir de los siguientes cargos:

1. Violación de normas superiores, tanto constitucionales como legales.
2. Expedición irregular de los actos demandados.
3. Falsa motivación.

Dichas causales de nulidad fueron sustentadas de la siguiente manera<sup>6</sup>:

1. Violación de normas superiores, tanto constitucionales como legales.

En relación con esta causal, el demandante adujo la violación al derecho a la defensa y la vulneración del debido proceso.

- Violación al derecho de defensa

En este acápite efectuó las siguientes afirmaciones:

- Se solicitó en múltiples ocasiones en el proceso disciplinario la oportunidad procesal para rendir la versión libre y espontánea, una vez se recaudaran todas las pruebas y esta nunca se llevó a cabo.

- No se le permitió al disciplinado ejercer en debida forma el derecho de contradicción y defensa por cuanto no pudo realizar en su totalidad el interrogatorio preparado en el caso de los testigos de cargos, toda vez que se modificaron algunas fechas, sin que los implicados y sus apoderados fueran notificados oportunamente y porque la Fiscalía General de la Nación excluyó a los testigos del programa de protección a víctimas y testigos, al parecer, ya que no eran de utilidad en la investigación que cursaba en contra de los oficiales, haciendo imposible su comparecencia.

- En el proceso disciplinario se solicitó que se decretara la nulidad de lo actuado, a partir de la etapa probatoria, para lo cual se argumentó la vulneración del derecho de defensa, pero la Procuraduría General de la Nación no accedió a dicha petición.

- La Procuraduría debe tener en cuenta los mismos lineamientos trazados por la jurisprudencia frente a otros procesos. Si ello no se hace, se desconoce la dignidad humana y la presunción de inocencia.

Por lo anterior, el demandante aseveró que existió violación al derecho a la defensa.

- Violación al debido proceso.

La Comisión Especial Disciplinaria desconoció el debido proceso disciplinario, toda vez que la nulidad impetrada no recibió el trámite adecuado, pues debió resolverse en un auto separado, para que contra él procediera el recurso de reposición, y no como se hizo en la decisión del 11 de diciembre de 2008 (acto administrativo sancionatorio de primera instancia), en donde tan solo se plasmó un acápite denominado «de la nulidad solicitada».

También inobservó el debido proceso y el derecho de defensa, porque la Comisión Especial Disciplinaria entendió que lo que pretendía el señor Luis Gerardo Barrero Calderón era que se adoptara una decisión en la justicia ordinaria, para posteriormente rendir su versión libre acerca de los «injustos endilgados». Aclaró que lo que siempre se manifestó fue el deseo de ser escuchado en versión libre, pero una vez se evacuaran la totalidad de las pruebas decretadas por la Comisión Especial Disciplinaria. Esta dependencia fue la que causó la confusión para la práctica de pruebas, por lo cual se vulneraron los derechos de defensa y contradicción del demandante.

A manera de resumen, el apoderado aseveró lo siguiente:

- Las pruebas solicitadas no fueron recaudadas en su totalidad.
- El investigador debe practicar las pruebas oportunamente cuando estas sean conducentes para el esclarecimiento de los hechos.
- Las pruebas que deben ser negadas son las inconducentes, impertinentes y superfluas.
- El derecho de presentar pruebas y controvertirlas constituye un derecho constitucional fundamental, por lo cual el investigador debe proceder con extrema cautela y, en caso de duda, optar por la admisión de la prueba.

## 2. Expedición irregular de los actos demandados.

Esta causal se sustentó en un desconocimiento de las normas del procedimiento disciplinario establecido en la Ley 734 de 2002.

## 3. Falsa motivación.

Las pruebas relacionadas con las funciones que el señor Luis Gerardo Barrero Calderón desempeñaba como miembro de la Central de Inteligencia Conjunta no fueron valoradas por parte de la Comisión Especial Disciplinaria, pues todo se trató de un trabajo de inteligencia ordenado por sus superiores, el coronel Horacio Arbeláez y el señor general Jorge Enrique Parga, desechando las declaraciones que estos rindieron en su momento.

De igual forma, no se tuvieron en cuenta las misiones de trabajo con sus correspondientes informes. En el mismo sentido, se omitió «la entrevista» del señor John German Bejarano el Grupo de Delitos Especiales de la SIJIN, del 9 de agosto de 2006, y la declaración que esa persona rindió en el proceso disciplinario.

## III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que los actos administrativos impugnados fueron proferidos con acatamiento a las disposiciones constitucionales y legales que rigen el procedimiento disciplinario adelantado contra el actor<sup>7</sup>.

Pronunciamiento frente a los hechos de la demanda

El apoderado de la Procuraduría dio por ciertos los hechos relacionados con el trámite del proceso disciplinario mediante el cual se sancionó

disciplinariamente al señor Luis Gerardo Barrero Calderón.

Pronunciamiento frente a las causales de nulidad que fundamentan la demanda.

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación presentó los argumentos que se sintetizan a continuación:

- La solicitud de nulidad presentada por el demandante debió resolverse en el acto administrativo sancionatorio de primera instancia. Ahora bien, es cierto que en principio se omitió la decisión en la parte resolutiva, pero tal irregularidad no es violatoria del derecho fundamental al debido proceso, y más cuando la decisión fue adicionada.
- Las razones por las cuales se denegó la nulidad propuesta fueron conocidas por el disciplinado, tanto así que al momento de apelar la decisión del 11 de diciembre de 2008 aquel insistió en la nulidad propuesta, la cual fue decidida nuevamente en la providencia de segunda instancia.
- Todas las pruebas fueron practicadas en debida forma, sin perjuicio de que en su práctica se hubiesen presentando algunos obstáculos en razón a la condición que ostentaban los testigos y su protección especial. No obstante, a lo largo del proceso se garantizó el derecho a la defensa técnica y material.
- Los actos administrativos sancionatorios efectuaron un estudio juicioso a las pruebas que determinaron la complicidad del demandante en los montajes de los actos terroristas por los que fue sancionado. Existieron en el proceso disciplinario suficientes elementos probatorios que acreditaron la falta disciplinaria endilgada y su responsabilidad.

**IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Ninguna de las partes intervino en esta etapa procesal<sup>8</sup>.

**V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda<sup>9</sup>. Las razones de su posición se resumen a continuación:

- La entidad demandada aplicó correctamente el procedimiento fijado por la Ley 734 de 2002, en razón a que los hechos objeto de investigación disciplinaria trascendieron la función militar, aspecto que no se cuestionó por la parte demandante.
- Después de analizar todas las decisiones, constancias, reprogramaciones y demás situaciones relacionadas con el recaudo de algunas pruebas testimoniales, el Ministerio Público concluyó que fue el demandante quien desistió del derecho a la versión libre y espontánea, pues no asistió a la diligencia fijada para el efecto el 30 de julio de 2008, a las 7.30 de la mañana, fecha y hora programadas por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación.
- La Procuraduría General de la Nación respetó el derecho de audiencia y defensa del demandante, en la medida en que la no realización de las declaraciones de los señores Néstor Germán Pérez y Edwin Alexander García fue por causas ajenas a la responsabilidad de la entidad demandada. Con todo, la ampliación de estas declaraciones se circunscribió a que los disciplinados y abogados siguieran interrogando a los testigos, como bien se había hecho con anterioridad. No obstante, fueron los sujetos procesales los que se negaron a asistir a las fechas programadas para el adelantamiento de dichas diligencias. Además, uno de los declarantes fue excluido del programa de protección de testigos por parte de la Fiscalía General de la Nación y a partir de allí no se obtuvo conocimiento de su ubicación.
- Como quiera que una solicitud de nulidad puede invocarse hasta antes de la expedición del acto administrativo sancionatorio de primera instancia, no existe impedimento alguno para que la autoridad la resuelva en dicha decisión o, como ocurrió en el presente caso, en el auto mediante la cual se adicionó la providencia sancionatoria.
- En los actos administrativos sancionatorios demandados se hizo un correcto análisis de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, fundamentado en las pruebas obrantes en el proceso disciplinario, por lo cual la sanción disciplinaria impuesta fue ajustada conforme al ordenamiento jurídico.

## VI. CONSIDERACIONES

### 1. BREVE RECUENTO DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

#### Los cargos y la sanción disciplinaria

En la investigación que adelantó la Comisión Especial Disciplinaria conformada por el procurador general de la Nación se le formuló un cargo al demandante, por el cual fue sancionado. En el siguiente cuadro, se resume la concordancia entre el pliego de cargos y el acto administrativo sancionatorio:

PLIEGO DE CARGOS DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2007 <sup>10</sup>	ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2008 <sup>11</sup> CONFIRMADO EL 3 DE FEBRERO DE 2011 <sup>12</sup>
«[P]resuntamente haber participado en montajes terroristas ocurridos en Bogotá, durante el lapso comprendido entre el 14 de julio y el 28 de agosto de 2006 y hacer que se cancelaran con dineros del Estado y destinados a gastos reservados informaciones relacionadas con los mismos falsos positivos».	Se confirmó el cargo formulado.
Falta imputada: «Artículo 48, numeral 1. <sup>º</sup> de la Ley 734 de 2002 que consagra como falta disciplinaria de carácter GRAVÍSIMO “Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”, por las conductas ilícitas de terrorismo, concierto para delinquir, homicidio, lesiones y daño en bien ajeno y numeral 3, inciso 2, que refiere como falta disciplinaria de carácter GRAVÍSIMO “incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, a favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga”.	Faltas imputadas: Se confirmó la falta que se imputó en el auto de cargos.
Culpabilidad: La falta fue cometida a título de dolo.	Culpabilidad: La falta fue cometida a título de dolo.

Decisión sancionatoria: «SEGUNDO: SANCIONAR al Capitán (hoy Mayor) LUIS GERARDO CALDERÓN [...], en condición de Jefe del Blanco E. L. N. , de la Central de Inteligencia Conjunta del Comando General de las Fuerzas Militares, en Bogotá, por los comportamientos endilgados en el auto de cargos, del que fue encontrado responsable, con DESTITUCIÓN DEL CARGO e INHABILIDAD ESPECIAL (sic) PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS POR EL TÉRMINO DE VEINTE (20) AÑOS».<sup>13</sup>

### 2. CUESTIONES PREVIAS

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

Con la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>14</sup>, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

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

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

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

[...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La

existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de 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 los argumentos con los que la entidad demandada pretende 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 proceso disciplinario.

3. ASUNTO SOMETIDO A ESTUDIO

Problemas jurídicos

3.1 ¿En el trámite del proceso disciplinario seguido contra el demandante se desconoció el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa por negarle la versión libre y espontánea o por impedirle participar en la práctica de alguna prueba?

3.2 ¿Se vulneró el debido proceso por resolver la solicitud nulidad en el mismo acto sancionatorio sin otorgar la posibilidad de interponer recurso de reposición?

3.3 ¿Las decisiones sancionatorias de primera y de segunda instancia proferidas por la Procuraduría General de la Nación están viciadas por su expedición irregular, por haber desconocido las normas del procedimiento disciplinario contenidas en la Ley 734 de 2002?

3.4 ¿Los actos sancionatorios demandados fueron expedidos con falsa motivación? La respuesta a este interrogante dependerá de la resolución del siguiente subproblema:

- ¿Las autoridades disciplinarias incurrieron en una indebida valoración probatoria, al desconocer algunas pruebas que demostraban que el demandante actuó en virtud de un trabajo de inteligencia ordenado por sus superiores?

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

3.1. Primer problema jurídico

¿En el trámite del proceso disciplinario seguido contra el demandante se desconoció el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa por negarle la versión libre y espontánea o por impedirle participar en la práctica de alguna prueba?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: No se desconoció el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa, por cuanto el demandante tuvo múltiples oportunidades de rendir la versión libre y espontánea y de participar en las pruebas que fueron recaudadas. Además, las diligencias que no pudieron realizarse no lo fueron por una razón atribuible a la entidad demandada.

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

- El debido proceso disciplinario, derechos del investigado y la transgresión sustancial para efectos de que se configure una causal de nulidad (3.1.1.)
- Caso concreto (3.1.2.).

3.1.1 El debido proceso disciplinario, derechos del investigado y la transgresión sustancial para efectos de que se configure una causal de nulidad.

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

En ese sentido, es pertinente señalar que el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtirse, 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 ídem*, y el derecho de contradicción y defensa.

De manera específica y sobre la última garantía referida, el Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia dispone que «quien sea sindicado tiene derecho a la defensa» y a «presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra».

En la actuación disciplinaria, el mandato superior ha sido consagrado en el Artículo 92 de la Ley 734 de 2002 de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 92. Derechos del investigado.** Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

1. Acceder a la investigación.
2. Designar defensor.
3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.
4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica.
5. Rendir descargos.
6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.
7. Obtener copias de la actuación.
8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia.

[Negrillas fuera de texto].

[...]

En ese sentido, la versión libre es un derecho que le asiste al disciplinado a ser escuchado en cualquier etapa de la actuación y hasta antes de adoptarse la decisión de instancia. Su finalidad consiste en que el implicado relate su visión de los acontecimientos por los cuales se le investiga, o bien admita su responsabilidad a través de la confesión.

Por tal razón, la versión libre no es un medio probatorio y, en contraste, es un instrumento de defensa del servidor público a través del cual puede ejercer la contradicción frente a la actuación disciplinaria adelantada en su contra. Por ende, el carácter de derecho que le asiste a la figura en comento implica que su ejercicio sea facultativo atendiendo a los intereses o estrategia de defensa que decida emplear el disciplinado como titular de aquel y que quien decida hacerlo goza de la garantía de que esta sea receptionada libre de apremios de juramento u otra coacción, pues es claro que se debe proteger el derecho de no autoincriminación.

En línea con lo anterior, hay que anotar que la decisión contraria, esto es, la de no rendir versión libre, también se encuentra amparada en un derecho fundamental, cual es el de guardar silencio que se justifica en el principio de no autoincriminación consagrado en el Artículo 33 de la Constitución Política y en diferentes instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 14<sup>15</sup>, y Convención Americana de los Derechos Humanos, Artículo 8<sup>16</sup>.

De esa manera, el hecho de que la autoridad sancionadora no imponga, incite, promueva o procure la versión libre del disciplinado, lejos de representar una violación de los derechos que le asisten a este, constituye un acto de respeto de las garantías propias del debido proceso.

En términos de la Corte Constitucional<sup>17</sup> se vulnera el derecho al debido proceso dentro del trámite disciplinario cuando la solicitud de ser oído en versión libre por parte del investigado es denegada de forma arbitraria, así:

[...] si se deniega la solicitud de recibir versión voluntaria, o la de presentar algunas pruebas, el legislador le impone al funcionario que adelanta la indagación preliminar, el deber jurídico de decidir sobre cualquiera de las peticiones anteriormente mencionadas, *“mediante providencia interlocutoria”*. Ello significa, entonces que por ministerio de la ley, le corresponde motivar su decisión, esto es expresar las razones y los fundamentos de carácter fáctico y jurídico en que apoya su decisión, para que respecto de las mismas, cumplida así la publicidad, pueda entonces abrirse paso a la contradicción, haciendo uso de los medios de impugnación que al respecto se consagran por la ley.

En ese orden de ideas, y para satisfacer a plenitud el derecho de defensa, resulta claro que si en forma arbitraria se deniega la solicitud de comparecer desde el comienzo a la indagación preliminar a quien solicitó ser oído en versión libre, o se le priva en absoluto del derecho a presentar pruebas que puedan serle favorables a la indagación de los hechos en esta etapa, se vulneraría el derecho al debido proceso, razón está por la cual el afectado con ese proceder autoritario tendría a su disposición la posibilidad de alegar la existencia de una nulidad en el proceso disciplinario, como quiera que el Artículo 131 del Código Disciplinario Único establece que son, entre otras, causales de nulidad *“la violación del derecho de defensa”*, así como *“la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”* (art. 131 Ley 200/95), nulidades que, aún no alegadas, deben ser declaradas de oficio, en cualquier etapa del proceso en que se adviertan por el

funcionario encargado de la tramitación del mismo [...] [Negrillas fuera de texto].

Por su parte, frente a la posibilidad que tienen los sujetos procesales de intervenir en la práctica de pruebas, esta garantía supone la obligación de la autoridad disciplinaria no solo de informar oportunamente la fecha, hora y lugar de realización de dichas diligencias, sino en brindar posibilidades para que los sujetos procesales puedan ejercer dicho derecho a plenitud. En la actuación disciplinaria se pueden presentar distintas situaciones en las que dicho derecho podría verse afectado, en virtud de reprogramaciones, dificultades para ubicar a los testigos, inasistencias, cambios a última hora y otras situaciones de fuerza mayor, que hacen necesario que en algunas ocasiones se postergue la realización de alguna prueba o incluso que se tenga que declinar su práctica.

Por tanto, frente a una situación como las que han sido descritas, los funcionarios tendrán que procurar que los sujetos procesales puedan ejercer de forma efectiva sus derechos de contradicción y defensa. Para ello, las autoridades disciplinarias deberán mostrar un esfuerzo razonable para llevar a cabo las pruebas que han sido decretadas, sin que ello tampoco implique la paralización del proceso disciplinario ni mucho menos el abandono del ejercicio de la acción disciplinaria.

Conforme a lo anotado, es pertinente 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. Así, por ejemplo, no es lo mismo dejar de practicar algunas pruebas esenciales, cuyo análisis puede incidir de forma decisiva en las conclusiones acerca de la responsabilidad disciplinaria, que desistir de la realización de otras frente a las cuales no solo es compleja su práctica, sino que ya no son principales por existir en el proceso un suficiente material probatorio para poder adoptar la respectiva decisión.

Por 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, las omisiones o yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] no toda irregularidad se puede calificar como violación al debido proceso, sino que éste se afecta cuando hay privación o limitación del derecho de defensa, que se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales que entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en que se ventilan intereses al sujeto, respecto de los cuales las decisiones judiciales han de suponer modificación de una situación jurídica individualizada. Si bien es cierto "toda clase de actuaciones judiciales", pueden acarrear una violación al debido proceso, la connotación constitucional se da si alguna de las partes es ubicada en tal condición de indefensión que afectaría el orden justo, violándolo ostensiblemente [...]<sup>18</sup>

En efecto, este postulado es coherente con el llamado principio de trascendencia que consagra el Artículo 310, numeral 1, de la Ley 600 de 2000, aplicable al proceso disciplinario en virtud del Artículo 143 de la Ley 734 de 2002, que en su párrafo dispone la incorporación de los principios que, en materia penal, orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación. Esta norma señala sobre el principio en cuestión que «[...] Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento [...]»<sup>19</sup>. [Negrillas fuera de texto].

De la misma manera, la referida normatividad (Artículo 310, numeral 3, de la Ley 600 de 2009), aplicable al proceso disciplinario, dispone que «No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica». [Negrillas fuera de texto]. Esta regla se traduce en aquella máxima que dispone que «nadie puede alegar su propia culpa».

Conforme a lo anterior, la Subsección concluye lo siguiente:

- Los sujetos procesales, desde el momento en que son vinculados a la actuación disciplinaria, tienen derecho a rendir versión libre y espontánea, facultad que se mantiene hasta antes de la decisión de primera instancia.
- La versión libre es un derecho y, por ende, su naturaleza es de carácter potestativo, en virtud de lo cual le corresponde a los sujetos procesales solicitar el ejercicio de dicho derecho, conforme a sus necesidades y estrategias defensivas.
- Los sujetos procesales, desde el momento en que son vinculados a la actuación disciplinaria, pueden aportar y solicitar pruebas e intervenir en su práctica. Sin embargo, no toda omisión de la realización de alguna prueba genera una irregularidad, para lo cual es necesario verificar si dicha prueba era esencial frente al análisis de la responsabilidad disciplinaria.
- Para poder solicitar la nulidad por violación al debido proceso por desconocimiento del derecho de contradicción y defensa se debe acreditar una irregularidad determinante, esto es, aquella que sea capaz de socavar la materialidad de este derecho.

fundamental; es decir, que de no haberse presentado dicha anomalía el trámite de la actuación o los resultados del proceso hubiesen sido diferentes. Así mismo, se debe descartar que los sujetos procesales hayan sido los que contribuyeron al acto que se reputa irregular, pues de acreditarse que aquellos lo propiciaron habrá de estimarse convalidada la actuación.

### 3.1.2 Caso concreto.

El demandante alegó la violación del derecho de contradicción y defensa y el derecho al debido proceso por cuanto le fue negada la versión libre y espontánea, una vez se practicaran la totalidad de las pruebas, y porque no se pudieron recaudar unos testimonios con el fin de que la defensa los interrogara.

Para esta Subsección, los planteamientos esgrimidos por el demandante no están llamados a prosperar por cuanto el ente de control sí permitió que el disciplinado ejerciera sus derechos, bien para que presentara la versión libre y espontánea, en cualquier momento, y que los sujetos procesales participaran en las pruebas que iban siendo recaudadas. De ello existe constancia en la actuación disciplinaria, y así se pudo evidenciar en los análisis que se efectuaron en los actos administrativos sancionatorios, en donde hay múltiples referencias de la participación del abogado del demandante en el trámite a cargo del ente de control.

No obstante, debe resaltarse que en la actuación disciplinaria se presentaron algunas circunstancias especiales frente a tres pruebas en particular, en las que el demandante edificó la supuesta violación del derecho de contradicción y defensa. Dichas pruebas estuvieron relacionadas con la ampliación de los testimonios de los señores Néstor Germán Pérez Pérez, Edwin Alexander García y Fredy Contreras, las cuales merecen un análisis por separado.

Así, por ejemplo, frente a la ampliación del testimonio del señor Néstor Germán Pérez Pérez, existió una seria complejidad, pues esta persona perteneció al Programa de Protección de la Fiscalía General de la Nación, pero en el momento de recibir la diligencia aquél había salido del aludido programa, por lo cual fue difícil ubicarlo, tal y como lo certificó el coordinador operativo del programa en mención.

En segundo lugar, en cuanto a la ampliación de la declaración del señor Edwin Alexander García, la Comisión Especial Disciplinaria fijó como fecha de realización de dicha diligencia el 29 de julio de 2008. En el día señalado, los funcionarios comisionados dejaron constancia de que transcurrida una hora no se hicieron presentes ni los disciplinados ni los abogados. De forma adicional, la autoridad disciplinaria de primera instancia, a través de la decisión del 6 de agosto de 2008, negó una solicitud de reprogramación, para lo cual esgrimió que la diligencia ya se había practicado, que la fecha y hora fueron debidamente informadas a los sujetos procesales, que el término probatorio ya se encontraba vencido y que, en todo caso, dicha persona había rendido su testimonio en seis oportunidades dentro de la actuación disciplinaria.

En tercer y último lugar, en lo que respecta a la ampliación del testimonio del señor Fredy Contreras, la Comisión Especial Disciplinaria, por medio del auto de 29 de abril de 2008, negó la práctica de dicha prueba, pues dejó constancia de la inasistencia de los abogados a la primera declaración. En dicha decisión, la autoridad refirió que los profesionales del derecho se habían excusado, pero sin que estos justificaran debidamente su no comparecencia, razón por la cual su petición fue negada.

De esa forma, a ninguna de las circunstancias anteriores hizo referencia el demandante, para lo cual se limitó a exponer de forma superficial la supuesta vulneración del derecho de contradicción y defensa, sin cuestionar ninguno de los argumentos que en su momento fueron ofrecidos por el órgano de control.

Por su parte, lo que hizo la defensa del demandante en el proceso disciplinario, además de esgrimir que con la falta de estas pruebas testimoniales se afectaba el derecho de contradicción y defensa, fue condicionar la versión libre y espontánea a que se recaudara la totalidad de las pruebas decretadas, entre las que estaban la ampliación de los testimonios de los señores Néstor Germán Pérez Pérez, Edwin Alexander García y Fredy Contreras. De esa manera, ante la nueva situación procesal de la no práctica de la ampliación de las declaraciones, el demandante, a través de su apoderado, convirtió la petición de presentar la versión libre y espontánea en un imposible, posición que probablemente estuvo encaminada a que no se continuara con el proceso disciplinario hasta que se accediera a dichas peticiones.

En ese sentido, la única conclusión posible es que fue la propia defensa la que decidió en el proceso disciplinario, por su propia cuenta y riesgo, no presentar la versión libre y espontánea, determinación que en el mejor de los casos pudo hacer parte de su estrategia defensiva, pero que en ningún momento significó una afectación de los derechos fundamentales del disciplinado, como ahora lo sugiere la apoderada del demandante.

Esta explicación coincide con los planteamientos que en su momento expuso la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, dependencia que tuvo a cargo la segunda instancia:

Haciendo uso de tal derecho, en los respectivos descargos, los apoderados de los disciplinados solicitaron que sus defendidos fueran escuchados en versión libre y espontánea, una vez se practicaran las demás pruebas solicitadas, petición a la que accedió la Comisión Especial Disciplinaria en su decisión del 31 de enero de 2008, mediante la cual resolvió sobre las pruebas solicitadas, indicando en el numeral 2.1.7 que: “*Una vez recepcionadas las anteriores pruebas, escuchar en versión libre al Mayor JAVIER EFRÉN HERMIDA BENAVIDES y al hoy Mayor LUIS GERARDO BARRERO CALDERÓN*” (fl. 3123, 3137, 3183 C.O.16).

En memorial del 24 de abril de 2008, dirigida a una de las funcionarias comisionadas para la práctica de las diligencias, los disciplinados ratifican su voluntad de rendir la versión libre y espontánea, señalando: “*sin embargo y de acuerdo a la solicitud presentada a Usted mediante la*

contestación del pliego de cargos, estimamos pertinente rendir tal diligencia una vez se hayan terminado de recopilar las diligencias ordenadas por el Despacho, toda vez que hacen falta por terminar las declaraciones de EDWIN ALEXANDER GARCÍA MORALES, Mayor FERDY CONTRERAS, Mayor General JORGE ENRIQUE PARGA y la declaración de la señora LIDIA ALAPE MANRIQUE, atendiendo que su situación jurídica ante el Tribunal de Bogotá se resuelve próximamente de acuerdo a lo manifestado por ella misma. Por lo anterior quedamos atentos a que se terminen las diligencias pendientes y se fije fecha para las versiones libres de nosotros" (fl. 3644 C.O.19).

En respuesta al anterior memorial, la Comisión Especial Disciplinaria, mediante auto del 29 de abril de 2008, luego de referirse a las razones por las cuales no se continúa con los testimonios de FERDY CONTRERAS SARMIENTO, JORGE ENRIQUE PARGA y LIDIA ALAPE MANRIQUE, delimita la conclusión del debate probatorio con la continuación de las declaraciones de NÉSTOR GERMÁN PÉREZ PÉREZ y EDWIN ALEXANDER GARCÍA MORALES y una vez concluidos estos dos testimonios se procederá a escuchar en versión libre a los oficiales HERMIDAS y BARRERO (fl. 3646 C.O.19).

Para efectos de la decisión a adoptar, es preciso aclarar que la continuidad de las declaraciones de los señores NESTOR GERMÁN PÉREZ PÉREZ y EDWIN ALEXANDER GARCÍA MORALES, hace alusión a la continuidad del derecho de contrainterrogar que venían ejerciendo los apoderados y sus disciplinados, bajo el entendido de lo extenso de las declaraciones, pues no podemos olvidar que el contenido de éstas fue vertido en múltiples comparecencias al proceso, debido a la complejidad del asunto investigado. [Negrillas Fuera De Texto]

En las anteriores consideraciones, quedó claro el condicionamiento de la versión libre y espontánea del disciplinado y el solo carácter de ampliación de los testimonios que ya habían sido recaudados.

Ahora veamos las razonables explicaciones por las cuales dichas diligencias no pudieron llevarse a cabo:

Lo cierto es que en relación con las últimas fechas programadas para terminar con el debate probatorio, esto es, con los contrainterrogatorios a PÉREZ PÉREZ y GARCÍA MORALES y las versiones libres de los disciplinados, asunto medular de cuestionamiento de cara a la nulidad solicitada, se tiene lo siguiente:

Mediante oficios Nos. 3136 y 3137 del 21 de julio de 2008 dirigidos por los funcionarios sub-comisionados para la práctica de las diligencias, a los apoderados de los oficiales HERMIDA BENAVIDES y BARRERO CALDERÓN, les comunican que la continuidad de las declaraciones de los señores NÉSTOR GERMÁN PÉREZ PÉREZ y EDWIN ALEXANDER GARCÍA MORALES, se irán a realizar, la primera, el 30 de julio y 1 de agosto de 2008, a las 8.30 a.m en las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación - Programa de Protección a Víctimas y Testigos y, la segunda, el 31 de julio de 2008, a las 8.30 a.m en las mismas instalaciones (folios 3793 y 3794 C.O.20).

Posterior a dichas comunicaciones, la Comisión Especial Disciplinaria, mediante auto del 24 de julio de 2008, modifica la fecha de las declaraciones de los señores NÉSTOR GERMÁN PÉREZ PÉREZ y EDWIN ALEXANDER GARCÍA MORALES, para los días 28 y 29 de julio de 2008 a las 8 a.m, respectivamente, en las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación, Programa de Protección a Víctimas y Testigos e igualmente fija la fecha para la versión libre de los disciplinados así: 30 de julio de 2008 a las 7.30 a.m al oficial BARRERO CALDERÓN y 31 de julio de 2008 a las 7.30 a.m al oficial HERMIDA BENAVIDES, en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación (fl. 3799 C.O.20)

Lo resuelto por la Comisión es informado a los apoderados de los disciplinados, a través de los oficios Nos 3235 y 3237 del 24 de julio de 2008, los cuales fueron librados a las mismas direcciones a las que se enviaron los oficios Nos. 3136 y 3137, con constancia de recibidos en dichos lugares y, además de ello, fueron enviados vía fax, el mismo 24 de julio de 2008, a las oficinas de la Defensoría Militar a la cual se encuentran adscritos los señores defensores (folios 3808 a 3811 del C. O.20).

El día 28 de julio de 2008, los funcionarios sub-comisionados para la práctica de las diligencias dejan constancia en el sentido de haberse hecho presentes en la Fiscalía General de la Nación, Programa de Protección a Víctimas y Testigos a efectos de continuar con la ampliación de declaración de NÉSTOR GERMÁN PÉREZ PÉREZ, diligencia que no se realizó por cuanto el doctor JAVIER CORTÉZ, Coordinador Operativo de dicho programa, manifestó que el referido testigo ya no pertenecía a ese Programa de Protección y se desconocía el lugar de su paradero, amén de que igualmente a la diligencia no asistieron los disciplinados ni sus apoderados (fl. 3815 C.O.20).

El día 29 de julio de 2008, siendo las 8:10 a.m. se inicia la diligencia de ampliación de la declaración de EDWIN ALEXANDER GARCÍA MORALES, en la que se deja constancia que habiendo transcurrido una hora, no se hicieron presentes los disciplinados ni sus apoderados (3817 C.O.20)

El día 30 de julio de 2008, se deja otra constancia en el sentido que "siendo las 11:30 A.M., se hicieron presentes los disciplinados, Oficiales JAVIER EFRÉN HERMIDA BENAVIDES y LUIS GERARDO BARRERO CALDERÓN, y los abogados defensores, Doctores JOSE EDILBERTO MORENO y MARTHA SOFÍA FERNÁNDEZ BOYACÁ, quienes manifiestan que el día de hoy se hicieron presentes en la Fiscalía General de la Nación - Programa de Víctimas y Testigos, a efectos de continuar con la diligencia de ampliación de declaración con el testigo NESTOR GERMAN PEREZ PEREZ, fijada en los oficios iniciales fechado el día 21 de julio /08, aduciendo que no conocían las nuevas citaciones" (fl. 3822 C.O.20).

Ese mismo 30 de julio de 2008, a las 2:34 p.m. el apoderado del oficial HERMIDA, radica una petición coadyuvada por éste, en el sentido de que se fije nueva fecha para continuar con las declaraciones de NESTOR GERMAN PEREZ PEREZ, EDWIN ALEXANDER GARCÍA MORALES y la del Capitán FERDY CONTRERAS, así como para la versión libre de su defendido, la cual desea realizar una vez evacuadas las anteriores pruebas. Lo anterior, debido a que según él, desconocía el cambio de fechas para la práctica de las diligencias.

[...]

El 6 de agosto de 2008, la Comisión Especial Disciplinaria, frente a la petición instaurada por el apoderado del oficial HERMIDA, hace un recuento de la forma como se les comunicó lo resuelto en auto del 24 de julio de 2008, puntualiza que con respecto a la solicitud de continuar con la declaración de FREDY CONTRERAS SARMIENTO, la Comisión se pronunció en auto del 29 de abril de 2008, negando tal solicitud; aclara que de acuerdo con lo informado por la Fiscalía del señor NESTOR GERMÁN PÉREZ PÉREZ se desconoce su paradero; refiere que la diligencia de EDWIN ALEXANDER GARCÍA MORALES ya se efectuó en la fecha dispuesta por la Comisión Especial, la cual fue debidamente comunicada y recuerda que el término probatorio previsto en el Artículo 168 de la Ley 734 de 2002, se encuentra vencido, por lo tanto, no accede a continuar con la práctica de pruebas de descargos y ordena continuar con el trámite que corresponda (fl. 3837 C.O.20)

Es así como, mediante auto del 16 de septiembre de 2008, ordena correr traslado a los sujetos procesales en orden a que presenten los alegatos de conclusión previos al fallo (fl. 3873 C.O.20).

Resumida la actuación procesal anterior relacionada con las pruebas que hoy en día advierten los disciplinados, no fueron practicadas, violándose, según ellos, el derecho de defensa y de contradicción como parte integral del debido proceso, la Sala Disciplinaria no encuentra razones de peso jurídico que ameriten nulitar, como se demanda, la actuación surtida a partir del auto que corrió traslado para alegar de conclusión. [Negrillas fuera de texto].

Y en los siguientes apartados, la autoridad disciplinaria recalcó su explicación frente a cada prueba que no pudo ser practicada:

En primer lugar, advirtamos que la ampliación de la declaración de FREDY CONTRERAS, fue negada desde el día 29 de abril de 2008, en auto mediante el cual la Comisión Especial Disciplinaria señaló respecto de la misma: "...no se accede a lo peticionado, toda vez que si bien es cierto los abogados defensores se excusaron ante este Despacho mediante escrito donde manifestaron su imposibilidad para asistir a la continuación de la diligencia, hecho que aconteció el día anterior a que ésta se llevara a cabo, no es menos cierto que no justificaron su no comparecencia a la misma, amén que la referida diligencia había sido comunicada con la debida antelación a los sujetos procesales..." (fl. 3646 C.O. 19)

Lo anterior evidencia que desde esa fecha quedó resuelto lo concerniente a la ampliación de esta declaración y si bien contra dicha decisión, eventualmente podría caber algún tipo de recurso, lo cual no se advirtió en el respectivo auto, lo cierto es que los apoderados de los disciplinados en desarrollo del proceso conocieron del mismo y si consideraban, como lo advierten hoy en día en su escrito de apelación, que contra el mismo procedían los recurso de ley, han podido invocarlos, sin embargo, guardaron silencio, no obstante haber intervenido en actuaciones posteriores.

La situación antes descrita, excluye la posibilidad que, por un lado, se haya dejado de practicar la ampliación del testimonio del oficial FREDY CONTRERAS y, por el otro, que se haya violado el derecho de interponer los recursos de ley, que le asiste a los disciplinados.

En segundo lugar, para la Sala Disciplinaria es claro que la actuación surtida por el a.-quo en orden a comunicar el cambio de fechas programadas para la continuación de las declaraciones de los señores NÉSTOR GERMÁN PÉREZ PÉREZ y EDWIN ALEXANDER GARCÍA MORALES, así como las fechas posteriores a éstas en orden a escuchar en versión libre a los disciplinados, de acuerdo con lo decidido en auto del 24 de julio de 2008, conlleva a concluir válida y razonadamente que los disciplinados y sus apoderados se enteraron del cambio de fechas y fue su voluntad no asistir a las respectivas diligencias. Lo anterior se infiere por el hecho de que las nuevas comunicaciones fueron entregadas el mismo día en que se expedieron (24 de julio de 2008), en las mismas direcciones en las cuales previamente se habían entregado las comunicaciones iniciales, amén de que igualmente fueron enviadas, vía fax, ese mismo día, a la Defensoría Militar, a la cual se encuentran adscritos los señores apoderados.

Lo anterior conlleva a concluir que con la inasistencia a las diligencias programadas, el debate probatorio, como lo señaló el a-quo, ya se había concluido, máxime encontrándose el término probatorio más que vencido.

Entiende la Sala lo complejo del asunto y lo importante que puede ser en algún momento, como lo refieren los recurrentes, por lo excepcional, habilitar la práctica de pruebas, inclusive, superándose el término cotidiano previsto para ello, sin embargo, para el caso que nos ocupa, no olvidemos que el señor NÉSTOR GERMÁN PÉREZ PÉREZ, ya había sido excluido del Programa de Protección de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación y conforme a información oficial de esta entidad, su paradero es desconocido, en tanto que el señor EDWIN ALEXANDER GARCÍA MORALES, ya había asistido a seis diligencias de declaración, advirtiéndose que en la practicada el 17 de noviembre de 2006, el apoderado del oficial HERMIDA renunció al derecho de interrogar y que el Mayor HERMIDA terminó su contrainterrogatorio con este testigo en la diligencia del 2 de abril de 2008, diligencia en la cual comenzó a interrogar el oficial BARRERO, no habiendo asistido ni éste ni su apoderado a la diligencia programada para la continuación de la declaración del día 29 de julio de 2008, declinándose tácitamente a continuar con el contrainterrogatorio, hecho que se advierte aún más, cuando la petición que se elevó el 30 de julio de 2008, en la que se solicita fijar nuevas fechas para la realización de las diligencias, no fue suscrita, ni por el oficial BARRERO ni por su apoderado (folios 1451 del C.O.8, 3493 C.O.18, 3824 C.O.20).

En cuanto a las versiones libres, es claro que éstas debían rendirse los días 30 y 31 de julio de 2008, fechas para las cuales ya se habrían practicado las pruebas decretadas (en este caso los testimonios de PÉREZ PÉREZ y GARCÍA MORALES), sin embargo, siendo del resorte de los disciplinados rendirlas o no, su inasistencia para las fechas indicadas, denota que no tenían el interés que siempre predicaron a lo largo del proceso, de hacer uso de dicho medio de defensa.

Dicha conclusión encuentra eco probatorio no sólo en lo anotado en los párrafos anteriores, sino también en el hecho de que, habiendo existido ya un pronunciamiento por parte del a-quo en cuanto a que daba por cerrado el debate probatorio y no fijaba nuevas fechas para las diligencias que se reclamaban, si los disciplinados hubiesen tenido un interés real en que se les tuviera en cuenta sus propias explicaciones o posición asumida frente a las imputaciones disciplinarias, perfectamente han podido exponerlas por escrito, hasta antes que se produjera el fallo de

primera instancia, mecanismo que tampoco utilizaron, por lo que no pueden ahora señalar que se les ha violado el derecho de defensa, pues la responsabilidad frente a su pasivo proceder, es del resorte de ellos mismos y no de la Administración.

En consecuencia, la nulidad invocada por los recurrentes no puede prosperar.

[Negrillas fuera de texto].

Por lo tanto, para esta Sala, los argumentos expuestos por la autoridad disciplinaria de segunda instancia no solo son razonables, sino bastante esclarecedores en cuanto a que no hubo vulneración alguna, puesto que, por un lado, el disciplinado y su abogado tuvieron innumerables oportunidades de ejercer el derecho de contradicción y defensa, tal y como lo hicieron en las etapas del respectivo proceso. Por el otro, si algunas de las ampliaciones de los testimonios no pudieron llevarse a cabo, ello no fue por una causa atribuible a la autoridad disciplinaria, sino a la misma omisión de los sujetos procesales y porque respecto de uno de los testigos fue imposible conocer su ubicación, desde el momento en que ya no hizo parte del Programa de Protección de testigos a cargo de la Fiscalía General de la Nación. En síntesis, no se configuró la supuesta irregularidad alegada.

Por lo anterior, no le asiste razón al demandante.

Conclusión: No hubo desconocimiento del derecho al debido proceso ni al derecho de defensa y contradicción al demandante, pues en el proceso disciplinario tuvo posibilidades efectivas y reales de presentar la versión libre y espontánea y porque las pruebas dejadas de practicar no obedecieron a alguna situación atribuible a la Procuraduría General de la Nación.

### 3.2. Segundo problema jurídico

¿Se vulneró el debido proceso por resolver la solicitud nulidad en el mismo acto sancionatorio sin otorgar la posibilidad de interponer recurso de reposición?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Las nulidades que se presentan con los alegatos de conclusión deben ser resueltas como un argumento más de la decisión de primera instancia.

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

- Las nulidades en el proceso disciplinario y oportunidad para solicitarlas y resolverlas conforme a la estructura del procedimiento. (3.2.1).
- Caso concreto (3.2.2).

#### 3.2.1 Las nulidades en el proceso disciplinario y oportunidad para solicitarlas y resolverlas conforme a la estructura del procedimiento.

La Ley 734 de 2002, al igual que otras codificaciones, contempló una regulación para la figura procesal de las nulidades, para lo cual señaló sus causales<sup>20</sup>, los principios que la orientan<sup>21</sup>, sus requisitos<sup>22</sup>, sus efectos<sup>23</sup>, los momentos para declararla de oficio<sup>24</sup>, las condiciones para efectuar la solicitud de parte<sup>25</sup> y los términos otorgados al funcionario para resolver dicho tipo de solicitudes<sup>26</sup>.

De esa manera, si los sujetos procesales advierten que se ha configurado una causal de nulidad, la pueden formular antes del «fallo definitivo» (Artículo 146), comprendiéndose por este como la decisión sancionatoria de primera instancia<sup>27</sup>, pues el acto administrativo que resuelve la impugnación (recurso de reposición o apelación) ha sido entendido como un solo recurso de la vía gubernativa<sup>28</sup>.

Por tanto, si la solicitud de nulidad se efectúa antes de la decisión sancionatoria de primera instancia cabe distinguir dos situaciones: que se presente con anterioridad al auto que ordena correr el traslado para la presentación de los alegatos de conclusión (momento que puede darse en la indagación preliminar, la investigación disciplinaria o en el trámite de pliego de cargos, por ejemplo) o que esa petición se desarrolle en el escrito de alegatos de conclusión, conforme al traslado dispuesto en el Artículo 169 de la Ley 734 de 2002, modificado por el Artículo 55 de la Ley 1474 de 2011<sup>29</sup>.

En ese orden de ideas, si es lo primero, esto es, si la nulidad se interpone antes de que se ordene el traslado para la presentación de los alegatos de conclusión, el término para resolver dicha solicitud será de cinco (5) días, conforme a lo señalado en el Artículo 147 de la Ley 734 de 2002. En ese evento y conforme a lo dispuesto en el Artículo 113 *ibidem*, contra la decisión que resuelve la nulidad procederá el recurso de reposición<sup>30</sup>.

Por el contrario, si la petición de nulidad se efectúa con el escrito de alegatos de conclusión, la resolución a dicha cuestión hará parte de la decisión de primera instancia y, en ese sentido, lo allí decidido será susceptible del respectivo recurso: el de reposición, si el proceso es de única instancia<sup>31</sup>, o el de apelación, si el proceso es de primera instancia<sup>32</sup>. En tal forma, cuando el proceso es de primera instancia, la garantía en cuanto a la impugnación de la decisión que resuelve la nulidad se incrementa, pues del habitual recurso de reposición contra este tipo de decisiones se pasa al recurso de apelación.

Por último, si la solicitud de nulidades se presenta con posterioridad a la decisión administrativa de primera instancia, es decir, en el respectivo

recurso, solo cabe el pronunciamiento de la segunda instancia en virtud de la impugnación vía apelación, por lo cual, frente a lo allí decidido ya no caben más pronunciamientos por falta de competencia.

### 3.2.2 Caso concreto.

El apoderado del señor Luis Gerardo Barrero Calderón señaló que la solicitud de nulidad no debió resolverse en el acto administrativo sancionatorio de primera instancia, sino en una decisión diferente para darle la posibilidad al demandante de interponer el recurso de reposición. Según su criterio, este era el trámite correcto, cuyo desconocimiento afectó de manera flagrante el debido proceso disciplinario.

Al respecto, esta Subsección no comparte el criterio del demandante, por cuanto los argumentos que se presentaron con el escrito de alegatos de conclusión, incluidos los relacionados con la solicitud de nulidad, debieron ser resueltos por la autoridad disciplinaria de primera instancia, es decir, por la Comisión Especial Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

De esa manera, contra la anterior decisión procedía el recurso de apelación, una garantía más efectiva que el mismo recurso de reposición reclamado por el demandante, pues este tipo de impugnaciones las debe resolver un funcionario diferente y de mayor jerarquía. En ese sentido, lo que hizo la Sala Disciplinaria de la Procuraduría, dependencia colegiada y con competencia de segunda instancia, fue resolver todos los argumentos de impugnación, incluidos otra vez aquellos aspectos que estuvieron relacionados con la solicitud de nulidad presentada por el abogado que representó los intereses del demandante en el proceso disciplinario.

En ese sentido, no hay lugar a aseverar que se trató inadecuadamente la actuación disciplinaria ni mucho menos que se configuró una irregularidad que afecte de nulidad los actos administrativos sancionatorios, pues era a través de la decisión de primera instancia que debía resolverse, primeramente, tanto los temas sustanciales como los procesales, aspecto este último en donde la defensa del demandante esgrimió algunas causales de nulidad. Estos motivos de inconformidad fueron resueltos y posteriormente sometidos a la impugnación por vía del recurso de apelación, trámite ajustado a la regulación establecida en la Ley 734 de 2002.

Así las cosas, si la tesis del demandante fuera cierta, ello equivaldría a sostener que, radicado el escrito de alegatos de conclusión, la autoridad de primera instancia debería expedir una providencia para resolver únicamente la solicitud de nulidad y que contra lo allí decidido se otorgara el recurso de reposición. Por ende, una vez solucionado dicho recurso y notificado en debida forma, la dependencia tendría que proferir el acto administrativo de primera instancia, con fundamento en los restantes argumentos esgrimidos en el escrito de alegatos de conclusión.

Esta multiplicidad de etapas no está regulada en la Ley 734 de 2002, y ello estaría en contra de la lógica de la estructura del proceso y específicamente de los actos de defensa y postulación de los sujetos procesales, pues el escrito de alegatos de conclusión, en esa particular hipótesis, tendría que ser fraccionado para su respectivo análisis, con lo cual habría dos decisiones diferentes en el solo trámite de primera instancia, previo a surgir la respectiva impugnación. De esa manera, la única conclusión posible es que el Código Disciplinario Único permite resolver las solicitudes de nulidad en el acto administrativo sancionatorio de primera instancia.

Conforme a lo anterior, no le asiste razón al señor demandante.

Conclusión: En el proceso disciplinario que se siguió contra el demandante, la decisión de nulidad presentada en el escrito de alegatos de conclusión se resolvió, conforme a los parámetros legales contenidos en la Ley 734 de 2002, por lo cual no hubo vulneración al debido proceso.

### 3.3 Tercer problema jurídico.

¿Las decisiones sancionatorias de primera y de segunda instancia proferidas por la Procuraduría General de la Nación están viciadas por su expedición irregular, por haber desconocido las normas del procedimiento disciplinario contenidas en la Ley 734 de 2002?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: Las decisiones sancionatorias que fueron demandadas no fueron expedidas de forma irregular, por cuanto se ajustaron procedimiento disciplinario establecido en la Ley 734 de 2002. Para desarrollar este problema, se hará una exposición de los siguientes temas:

- La expedición irregular de los actos administrativos y las condiciones para que se configure la vulneración del derecho al debido proceso en materia disciplinaria (3.3.1.)
- Caso concreto (3.3.2).

3.3.1 La expedición irregular de los actos administrativos y las condiciones para que se configure la vulneración del derecho al debido proceso en materia disciplinaria.

En vigencia del Artículo 84 del Decreto 01 de 1984<sup>33</sup> (Código Contencioso Administrativo), el vicio de expedición irregular fue entendido como una de las causales de nulidad de los actos administrativos. Esta causal se justifica en la sujeción de esos actos a un procedimiento y a unas formas previamente determinadas en los preceptos normativos que les resulten aplicables. La utilidad de esas normas se hace evidente, toda vez que, por lo general, constituyen verdaderas garantías para los administrados, las cuales tienen sus raíces en el derecho al debido proceso estatuido en el Artículo 29 de la Constitución Política<sup>34</sup>.

Al abordarse el concepto de debido proceso, se dijo que este se manifestaba en dos perspectivas: una formal y otra material. En cuanto a lo formal, se explicó que aquella se refería a las ritualidades legalmente establecidas, como las etapas que deben surtirse, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otros. En otras palabras, el vicio de expedición irregular equivale a aquella parte formal del debido de proceso, cuyo desconocimiento genera que el acto de estime contrario a la legalidad.

Sobre esta causal, la doctrina ha dicho lo siguiente<sup>35</sup>:

Esta causal de nulidad se configura cuando no se le da cumplimiento a las formalidades previstas en la ley o el reglamento para la formación del acto de que se trate, entendiendo como formalidades los requisitos tendientes a garantizar la veracidad del acto, la igualdad de los interesados, sus derechos privados como el de defensa, controversia, etc., así como la publicidad que en determinados casos se debe hacer del trámite de la actuación respectiva. Entre ellos se encuentran desde requisitos obvios y comunes como la fecha, nombre del órgano, firma del funcionario, pasando por la motivación cuando, deba hacerse expresa, hasta el cumplimiento de trámites, diligencias o pasos necesarios, tales como la solicitud de conceptos, dictámenes, estudios previos, publicación de la solicitud o del inicio de la actuación administrativa, citaciones a terceros, etc. Según se ha comentado atrás, la irregularidad que puede originar la anulación del acto es la que es relevante para su contenido o para la efectividad del debido proceso, cuando es sustancial, según la jurisprudencia, es decir, cuando incide en el sentido de la decisión, o es básica para la misma. [Negrillas fuera de texto].

Como quiera que el defecto de expedición irregular tiene varios puntos de encuentro con aquellos vicios relacionados con la vulneración al derecho de defensa y debido proceso, en esta causal han de tenerse en cuenta principalmente aquellos otros desconocimientos que, aun cuando hagan parte de la ritualidad con que debe producirse el acto, afecten las garantías a las que tiene derecho el administrado.

En el proceso disciplinario, además de los derechos a la defensa y debido proceso, debe verificarse si el acto fue producto del cumplimiento de otros requisitos fijados en la ley, como, por ejemplo, si se observó el procedimiento adecuado<sup>36</sup>, si se agotaron todas las etapas<sup>37</sup> o si se respetaron los demás trámites establecidos como «diligencias o pasos necesarios» para proferir las decisiones<sup>38</sup>.

Ahora bien, al igual que sucede con los otros derechos y garantías en cabeza del disciplinado, no toda inobservancia puede llevar a la anulación de la actuación procesal, pues será indispensable que la respectiva irregularidad sea relevante, esto es, que se trate de un yerro de tal magnitud, cuya única solución posible sea la declaratoria de nulidad del acto cuestionado. Si ello no se entiende así, el juez podría incurrir en un error todavía más grave, al no propender por el logro de la justicia material, pues una decisión que privilegie de manera desproporcionada la forma sobre el fondo del asunto podría adolecer de un «defecto procedural por exceso ritual manifiesto»<sup>39</sup>.

### 3.3.2 Caso concreto

A pesar de que esta causal fue enunciada, el apoderado de la parte demandante no la desarrolló. En efecto, en el acápite denominado «Argumentación Jurídica», planteó algunas razones con el debido proceso y el derecho a la defensa. De forma posterior, realizó una reflexión acerca de la confianza legítima, pero sin relacionarla con alguna causal. Por su parte, en el apartado «3. Pruebas dentro del proceso disciplinario» elaboró las consideraciones relacionadas con la falsa motivación, mientras que en los numerales «2. Trámite Procesal» y «5. El debido proceso y el derecho a la defensa» complementó los argumentos para esgrimir la vulneración del debido proceso y el derecho a la defensa<sup>40</sup>.

Sin embargo, la Sala observa que nada se dijo acerca de la supuesta expedición irregular de los actos que fueron demandados. Esta era una exigencia que debió cumplirse con una explicación satisfactoria de las razones por las cuales se consideraba que los actos padecían del mencionado vicio. Por el contrario, lo que observa la Subsección es que el proceso disciplinario se tramitó con el cumplimiento de las normas contenidas en la Ley 734 de 2002, en lo que respecta a la aplicación del procedimiento y aquellos requisitos de forma para haber proferido los actos demandados. Así, por ejemplo, el procedimiento ordinario aplicado fue el ajustado conforme a la ley procesal disciplinaria vigente, las pruebas fueron recaudadas de manera correcta y durante el trámite de la actuación no hubo alguna situación anormal como para predicar alguna irregularidad concerniente a la forma en cómo se adoptaron las decisiones sancionatorias.

En consecuencia, la sola aseveración del demandante en cuanto a que los actos administrativos disciplinarios fueron proferidos de forma irregular no está llamada a prosperar.

Conclusión: Los actos administrativos disciplinarios demandados fueron expedidos por la Procuraduría General de la Nación con la observancia de los requisitos contenidos en la Ley 734 de 2002.

### 3.4 Cuarto problema jurídico.

¿Los actos sancionatorios demandados fueron expedidos con falsa motivación? La respuesta a este interrogante dependerá de la resolución del siguiente subproblema:

Subproblema jurídico

¿Las autoridades disciplinarias incurrieron en una indebida valoración probatoria, al desconocer algunas pruebas que demostraban que el demandante actuó en virtud de un trabajo de inteligencia ordenado por sus superiores?

La Sala sostendrá la siguiente tesis: En los actos administrativos se efectuó una valoración probatoria correcta y suficiente para demostrar la responsabilidad disciplinaria del demandante por la participación en actos terroristas.

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

- La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos (3.4.1)
- La estructura de la responsabilidad disciplinaria (3.4.2).
- Control de la valoración probatoria de una actuación disciplinaria por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (3.4.3).
- Caso concreto (3.4.4).

#### 3.4.1 La falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos.

El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó<sup>41</sup>:

Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...]

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.

De esa manera, el vicio de falsa motivación por adoptarse decisiones en hechos que no están debidamente acreditados estará relacionado con los elementos de la estructura de la responsabilidad, para lo cual, será necesario tener en cuenta cada uno de ellos y la forma de probarlos.

#### 3.4.2 La estructura de la responsabilidad disciplinaria.

A partir de los elementos definidos por la ley<sup>42</sup>, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional<sup>43</sup>, lo sostenido por esta Corporación<sup>44</sup> y lo explicado por la doctrina especializada<sup>45</sup>, la estructura de la responsabilidad disciplinaria se comprende cuando un sujeto –servidor público o particular que ejerce 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»<sup>46</sup>, 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 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 responsabilidad<sup>47</sup>. 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 eximenes de capacidad, eximenes de conducta, eximenes de ilicitud típica y eximenes de culpabilidad.<sup>48</sup>

En ese orden de ideas, el funcionario con atribuciones disciplinarias deberá acreditar cada uno de los requisitos anteriormente referidos de cara a una decisión sancionatoria, por lo cual, ante la falta de uno de ellos o la demostración de alguna causal de ausencia de responsabilidad lo procedente será la terminación del proceso o la absolución de quien fue investigado. Esta actividad, por supuesto, está soportada en un ejercicio objetivo y racional, en la que la principal fuente la componen las pruebas obrantes en el proceso.

#### 3.4.3 Control de la valoración probatoria de una actuación disciplinaria por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En la sentencia de unificación de 9 de agosto de 2016 proferida por la Sala Plena de esta Corporación, referida en el acápite de las cuestiones previas a resolver en esta sentencia, se definió que la interpretación normativa y la valoración probatoria hechas en sede disciplinaria son controlables judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley.

De esta manera, la integralidad que se predica del control de legalidad que ejerce esta jurisdicción especializada, sobre las decisiones sancionatorias, debe entenderse en el sentido de que el operador judicial se encuentra plenamente investido de la facultad de evaluar la situación fáctica y jurídica sometida a su estudio, sin ninguna restricción, toda vez que solo a partir de una ponderación objetiva y razonable de los medios de prueba puede decirse que el acto administrativo de carácter disciplinario se encuentra debidamente motivado.

El Título VI del Libro IV de la Ley 734 de 2002<sup>49</sup> señala los principios y reglas aplicables en materia probatoria para los procedimientos disciplinarios; estos se constituyen en la guía del control judicial de la valoración de las pruebas que fundamentan la decisión sancionatoria que se demande. De lo anterior se resalta que, según el Artículo 141 *ibidem*, los medios de prueba que se recauden en el trámite sancionatorio deben apreciarse integralmente, de forma conjunta, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica; asimismo, que toda decisión motivada debe tener la exposición razonada del mérito de las pruebas en que se fundamenta.

De conformidad con lo precedente, en sede judicial, a la luz de criterios de la lógica y de la experiencia<sup>50</sup>, corresponde hacer una estimación del grado de solidez o de peso de las inferencias probatorias empíricas realizadas por la autoridad disciplinaria, para verificar si estas permiten afirmar que las premisas o elementos de juicio que avalaron la hipótesis o las conclusiones fácticas que fundamentaron la decisión sancionatoria, son ajustadas a la realidad.

Para la Sala, la sana crítica está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar, entre otros, el principio de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos públicos y privados.<sup>51</sup> Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público.<sup>52</sup> Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad.<sup>53</sup>

Así las cosas, una adecuada valoración probatoria estará sustentada en los criterios objetivos y racionales antedichos, con los cuales se podrá formar el convencimiento de que determinado servidor público cometió cierta falta disciplinaria, con lo cual se hará merecedor a las sanciones que previamente haya fijado el legislador.

#### 3.4.4 Caso concreto.

La apoderada del demandante aseveró que en el proceso disciplinario no hubo una adecuada valoración probatoria y que todo el asunto se circunscribió a un trabajo de inteligencia que ordenaron los superiores del señor Luis Gerardo Barrero Calderón. Para ello, únicamente señaló que no se tuvieron en cuenta las misiones de trabajo del demandante y la declaración del señor John German Bejarano, pero sin ofrecer los argumentos que respaldaran dicha afirmación.

Es decir el escrito de demanda no cumplió con la exigencia de demostrar de forma razonable en que consistió la indebida valoración probatoria, para lo cual era necesario efectuar como mínimo un proceso comparativo entre lo que decía la respectiva prueba que a su juicio fue mal analizada con las consideraciones efectuadas por las autoridades disciplinarias.

Contrario a ello, la Sala observa que las pruebas que fueron recaudadas en el proceso disciplinario permiten concluir con grado de certeza que el demandante sí cometió la falta que le fue imputada. En efecto, se demostró que el entonces capitán Luis Gerardo Barrero Calderón, en su condición de oficial del Ejército Nacional de Colombia, participó activamente en algunos montajes terroristas. Por su contundencia probatoria, esta Sección destaca los siguientes<sup>54</sup>:

Evento	Fecha
Centro Comercial La Caracas	14 de julio de 2006.
Centro Comercial «Gran San»	20 de julio de 2006

En ese sentido, las declaraciones de los señores Néstor Germán Pérez, Edwin Alexander García Morales y Jhon Germán Bejarano Díaz son indicativas de que dichas actividades eran lideradas y acompañadas por dos oficiales del Ejército Nacional, entre ellos el capitán Luis Gerardo Barrero Calderón, a quien individualizaban con el alias de «José Luis»<sup>55</sup>.

Por su parte, frente al primer evento referido, Néstor Germán Pérez fue la persona que identificó al aquí demandante con el oficial que tenía una contextura gruesa, que respondía al alias de «José Luis», y quien junto con el otro oficial visitaban a la señora Lidia Alape Manrique, exintegrante de las Farc, que utilizaba los seudónimos de «Jessica», «Yuri», «Andrea» o «La Mona». Estas tres personas y el declarante Néstor Germán Pérez fueron las que prepararon el primer montaje terrorista, frente a lo cual el testigo narró lo siguiente<sup>56</sup>:

el caso es que ella se quedó ahí y llegó nuevamente como a las 11 o 11 y media de la mañana el señor gordito, me sacó y me dijo que fuéramos a hacer un reconocimiento de un lugar por donde yo tenía que llevar el carro, fuimos el señor gordito y mi persona al centro Comercial Caracas llegamos al centro Comercial Caracas ubicado (sic) el carro en el parqueadero el carro blanco con el que siempre iba allá, nos bajamos, nos regresamos hacia donde estaba el celador y le dieron un papelito dentramos (sic) al centro comercial, me dijo que ese recorrido era el que se debía hacer, llegamos al primer piso, salimos por la puerta principal del frente que es de la Caracas, regresamos nuevamente hacia donde estaba el vehículo, pago (sic) no se si mil pesos, salimos y dijo nuevamente que nos fuéramos por el mismo sitio donde habíamos venido, haber si hay algún retén o algunas patrullas regresamos nuevamente a la casa, llegamos y le dijo a JESSICA que si listo que ya estaba, que si ya nos podíamos ir, JESSICA le contestó que se demoraba un poquito porque la gente que iba a armas (sic) eso no había llegado, tardó como una hora o menos cuando llegaron 4 sujetos y le dijeron a JESSICA que si ya estaba todo listo, JESSICA le dijo que si, uno de ellos le dijo a JESSICA, que por favor le comprara un par de guantes de cirugía, en ese momento le dijeron que en que la iba a armar, entonces ellos dijeron que en el carro no, porque a esa hora era muy visible, procedieron a sacar dos ollas Express y a sacar lo que tenía dentro de la bolsa, uno de ellos le dijo que esa mecha no servía, en ese momento vuelve a entrar ese señor gordito, donde estaba armando la (sic) dichosas bombas, el señor le dijo al gordito que esa mecha no servía y él dijo que eso no importaba, que lo importante era que se vieran quemadas las puntas, como si se hubiera prendido fuego, nuevamente resaltó y le dijo que eso era muy poquito como para que se viera justificable, ellos le respondieron al señor gordito que no, que eso era bastantísimo como para volar media cuadra [...] [Negrillas fuera de texto].

Ahora bien, sobre la identificación del militar involucrado, al testigo se le interrogó de la siguiente manera:

PREGUNTADO: En la presente diligencia usted ha manifestado la existencia o el conocimiento de dos señores gorditos, puede usted aclarar en que acciones participaron cada uno de estos. CONTESTO: el señor gordito que venía el (sic) carro particular SHP 333, que era el que siempre llegaba a la casa a traerle razones JESSICA (sic) sobre el señor RODRIGO y el otro personaje del que estamos hablando el otro gordito el delito que él cometió fue haberle aceptado a JESSICA que guardar (sic) el carro y que lo desvalijaran. El señor gordito nuevamente de placas SHP 333 cometió el delito o no se como se llame de estar siempre comunicándose con JESSICA y de haber tenido conocimiento de los explosivos y de haberme escoltado el carro hasta el centro comercial caracas, y él, señalando a su interrogador, el despacho deja constancia que está señalando al mayor BARRERO, continúa el testigo y él también estuvo dentro de la casa cuando se estaban armando dichos explosivos que inclusive le dijo a JESSICA que esos explosivos eran muy poco y también llamó a RODRIGO a informarle sobre la situación” (fl.3436 C.O.18)

De similar modo, tanto la individualización del demandante como las actividades delictivas en las que participaba fueron corroboradas por el testigo Edwin Alexander García Morales, quien señaló<sup>57</sup>:

Para esa fecha este señor GERMAN ya hacía parte de las personas que trabajaban con ella o sea JESSICA. Antes de eso nos presentó en el Centro Comercial Plaza de las Américas al señor JOSE LUIS no se el apellido, este señor es acuropado, tes (sic) morena, militar, porque soy reservista y me acuerdo de los grados, la primera vez no iban uniformados, ella JESSICA nos lo presentó como militares y ellos se hicieron llamar señor Mayor se hizo llamar como RODRIGO y el otro como JOSE LUIS quien se hizo pasar como capitán. Esa entrevista supuestamente era para hablar sobre la (sic) el ingreso al plan de reinserción... En la charla que tuvimos con ellos el señor RODRIGO nos comentó que por cada trabajo o información que entregáramos a él por medio de JESSICA sería pago como recompensa, después de eso ya para esa fecha teníamos el vehículo solo faltaba el explosivo para acomodárselo a este vehículo, del explosivo se hizo cargo JESSICA, con contactos que tenía para poderlos adquirir. En esa búsqueda estuvimos el señor JHON GERMÁN, la señora JESSICA el señor JOSE LUIS, que siempre iba a estar pendiente de nosotros por órdenes de RODRIGO. Unos días antes de dejar el vehículo cargado de explosivos el señor JOSE LUIS, nos llevó en el vehículo que el andaba hasta el sitio donde nos veríamos con las personas que iban a armar los explosivos. Para el día del carro bomba que se dejó en el Centro Comercial Caracas el señor JOSE LUIS se encontraba en un vehículo de placas SHP 333 mazda 626 quien nos abrió pista hacia el sitio donde íbamos a dejar el vehículo cargados (sic) de explosivos, después de dejarlo ahí, el señor JOSE LUIS, se parqueó como le podría decir a mano derecha del ingreso del parqueadero de este Centro Comercial y nosotros procedimos a dejar el vehículo parqueado al fondo de este sitio, mientras yo por órdenes de JESSICA miraba que nadie se acercara al vehículo que íbamos a dejar ella y GERMÁN encendían un cordón que enredaron en dos puertas de este vehículo, después salimos ingresamos al Centro Comercial por la puerta que queda en el parqueadero y saliendo ella ingresó a unas cabinas e hizo una llamada que yo me diera cuenta [...] [Negrillas fuera de texto].

Un tercer declarante, el señor Jhon German Bejarano Díaz, narró lo que le contó el señor Edwin Alexander García Morales<sup>58</sup>:

[...] habían comprado los explosivos y que los habían armado en una olla Express, en dos ollas Express perdón, yo le pregunté que por qué habían cambiado de sitio si el carro estaba proyectado para ponerlo en un sector del barrio santa librada, el me comentó que JESSICA había llamado a RODRIGO y que habían cambiado el sitio, que prefirieron el centro comercial caracas, yo le pregunté que con qué fin el me contestó que fue con el fin, de que en caso de que llegasen a parar el taxi que pues que JOSE LUIS se identificaba para que no lo registraran, me contó que cuando llegaron al centro comercial caracas se bajaron del carro, dejaron los explosivo ahí JESSICA intentó prender el carro, pero que el

cordón no prendió. Que JOSE LUIS estaba cerca del carro y que ellos se fueron a una cuadra del parqueadero donde estaba el taxi, como a los diez minutos más o menos me contaba él llegó el Ejército, acordonaron la zona donde estaba el carro y en esos momentos JOSE LUIS les hizo señas a ellos, de que se fueran... [...] [Negrillas fuera de texto].

En cuanto a los hechos relacionados con el Centro Comercial «Gran San», ocurridos el 20 de julio de 2006, el señor Néstor Germán Pérez<sup>59</sup>, luego de mencionar la entrega de un cheque por valor de cinco millones de pesos a alias «Jessica», explicó que él mismo y el aquí demandante hicieron un recorrido con la finalidad de dejar un carro con un artefacto explosivo en inmediaciones de un centro comercial ubicado en la ciudad de Bogotá:

[...] llegamos y nos dijo que fuéramos a hacer la inspección del sitio donde se iba a colocar el otro carro bomba esa noche, se subió a la parte de adelante JHON y yo a la parte de atrás, procedimos a hacer el recorrido en el carro blanco trooper hacia el sitio donde supuestamente se iba a dejar esa noche el otro carro bomba. Fuimos al recorrido el capitán, JHON y mi persona que era el que tenía que ir manejando el otro vehículo. Hicimos el recorrido por la décima el capitán dijo como a esa hora ya no hay parqueaderos abierto (sic) porque ya han cerrado el centro comercial entonces lo vamos a dejar en esta cuadra, ya estando reconocido el lugar donde se iba a dejar el otro carro en el centro comercial Gran Sam. [...] Llegamos allá supuestamente cuando salimos de la casa para hacer el recorrido el capitán le había dicho a JESSICA que cuando nosotros legáramos ya tenía que estar el otro carro listo para salir de inmediato. Llegamos de hacer el reconocimiento y el recorrido, le dijo el capitán a JESSICA que si ya y JESSICA le contestó que faltaba unos detalles que no se conseguían uno (sic) tales estopines, el capitán le dijo a JESSICA que si ella sabía donde los podían conseguir porque eso no podía pasar de la media noche y que tenía que ser esa noche hacerse esa vuelta, ella le dijo que sabía donde se conseguían , la subieron al carro y a mí y JHON nos dejaron en la casa, ellos se fueron a conseguir los tales estopines pero no los consiguieron, visto eso no se pudo colocar el tal carro bomba esa noche , al otro día que era el 20 de julio de 2006... [...] [Negrillas fuera de texto].

Lo anterior también fue corroborado con el señor Edwin Alexander García Morales, quien relató lo siguiente<sup>60</sup>:

[....]con él o sea el señor JOSE LUIS, tuvimos una que otra conversación estuvimos mirando una ruta que se iba a programar para dejar un carro cargado en el Centro de la ciudad el día 20 de julio de este año. El señor JOSE LUIS nos llevó al señor GERMÁN y a mi persona en un vehículo de color blanco dos puertas, tipo campero, a dar una vuelta por la carrera 10 a bajar a la 11 sur de ahí girar por la caracas con dirección a la calle 19 para dar una vuelta entre la carrera 10 y 12 entre calles 17 y 18 para mirar un buen sitio para el vehículo que se iba a dejar pero con el señor JHON le sacábamos un poco el cuerpo porque ellos querían el señor JOSE LUIS y RODRIGO dejar ese vehículo antes de la 6 de la tarde pero como no habían dado plata del trabajo anterior, nosotros el señor JHON y mi persona no le prestamos mucha atención. JESSICA decía que ella ya tenía todo listo para dejar el trabajo y por eso estos señores llamaban a JESSICA cada rato a ver que había pasado y ella les decía que ya lo está terminado (sic), pero no había ningún vehículo armado... [...] [Negrillas fuera de texto].

Sobre el reconocimiento del sitio, actividad en la que participaría el demandante, el testigo Jhon Germán Bejarano Díaz también dijo lo siguiente<sup>61</sup>:

[....] entonces JESSICA, pasó a decirnos que habían mandado a JOSE LUIS con la plata y de paso para que fuéramos en el JEEP y mirar el recorrido para dejar el siguiente carro, que tenía que dejarse para el 20 de julio pregunta el testigo es que hay las marchas?, para veinte de julio, ese carro iba a ser ubicado hacia el centro de la ciudad al lado de un centro comercial me parece que se llama GALAXCENTRO, en esta operación que se hizo ahí, se mandó a ALEX y a GERMÁN para que fueran con JOSE LUIS a mirar el sitio [...] [Negrillas fuera de texto].

Finalmente, en lo que respecta al evento de la Escuela de Artillería, sucedido el 26 de julio de 2006, el señor Edwin Alexander García Morales relató lo siguiente<sup>62</sup>:

[....] Después del carro bomba que se dejó en la Caracas JESSICA seguía insistiendo en que RODRIGO necesitaba más trabajos como el anterior que porque lo había (sic) felicitado y siempre nos decía lo mismo. Después de este carro bomba que dejamos ella dijo que iba a ser (sic) más trabajos en otros sitios de Bogotá como el CAN, hay un sitio que no recuerdo muy bien el nombre pero era algo parecido a DON BOSCO creo que es don BOSCO OBRERO que asiste mucho el presidente o algo así, y que si era necesario que JOSE LUIS y RODRIGO nos ayudaran para dejarlo en el sitio indicado. Después de esto nos enteramos por boca de ella o sea JESSICA que habían participado dejando unos cilindros al frente del batallón de artillería que se encuentra al frente de la Picota. Después de esto en estos momentos no me acuerdo muy bien si fue primero el carro bomba que pusieron en el barrio Gaitán o los cilindros... [...].

En ese orden de ideas, la Sala destaca que la parte demandante no efectuó alguna consideración para rebatir siquiera una de las tantas pruebas atras referidas. Por el contrario, la única explicación del apoderado para desvirtuar los reproches formulados en el proceso disciplinario es que todo obedeció a un trabajo de inteligencia ordenado por los superiores el demandante, aspecto que tampoco demostró.

Con todo, si lo que se insinuó fue que el entonces capitán Luis Gerardo Barrero Calderón actuó bajo el amparo de una causal de exclusión de responsabilidad, concretamente la señalada en el numeral 2 del Artículo 28 de la Ley 734 de 2002<sup>63</sup>, dicha tesis tampoco tendría vocación de prosperidad, pues absolutamente nada justificaba que un oficial del Ejército Nacional, en asocio con integrantes de grupos al margen de la ley, simulara la realización de varios actos terroristas en la ciudad de Bogotá.

En consecuencia, el juicio de responsabilidad disciplinaria está seriamente soportado, no solo en las abundantes pruebas obrantes en el expediente, sino en los detenidos y juiciosos análisis efectuados por el órgano de control. De esa manera, la Sala comparte en su integridad los planteamientos expuestos por el Ministerio Público y por el abogado de la entidad demandada, quienes coincidieron en afirmar la legalidad de los actos acusados.

Sin lugar a dudas, las decisiones atacadas están elaboradas con elementos pertenecientes a la sana crítica, en donde sobresale el principio de razón suficiente, en virtud del cual puede afirmarse que existe mérito probatorio para concluir que el demandante cometió la falta disciplinaria que le fue endilgada en el proceso tramitado por la Procuraduría General de la Nación.

El principio de razón suficiente, como estándar probatorio del sistema de la sana crítica que debe caracterizar los procesos disciplinarios, hace innecesario que la Sala examine otros elementos de prueba, entre ellos los que acreditan la proximidad y el trabajo criminal mancomunado entre los dos oficiales del Ejército Nacional que fueron sancionados por la Procuraduría General de la Nación, uno de ellos el aquí demandante y entonces capitán del Ejército Nacional Luis Gerardo Barrero Calderón, conocido en ese contexto criminal con el alias de «José Luis».

Las anteriores razones son pertinentes para desestimar los argumentos expuestos por el apoderado de la parte demandante.

#### **DECISIÓN ÚNICA INSTANCIA**

Al no encontrarse probada ninguna de las causales de nulidad endilgadas en contra de los actos acusados, la Subsección denegará las súplicas de la demanda.

Condena en costas

Toda vez que el Artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el presente caso, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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: Denegar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Luis Gerardo Barrero Calderón en contra de la Procuraduría General de la Nación, por lo expuesto en la motivación de esta sentencia.

Segundo: Sin costas por lo brevemente expuesto.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente 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

#### **NOTAS DE PIE DE PÁGINA:**

1. Vigente para la época de la demanda.

2. Demanda en folios 339-351 del expediente.

3. Esta pretensión fue decidida de forma negativa, mediante la providencia del 7 de diciembre de 2011 proferida por esta Subsección. ff.354 - 358 del expediente.

4. Por error, en el texto de la demanda se dijo «inhabilidad especial». No obstante, de conformidad con las sanciones fijadas en la Ley 734 de 2002, la expresión correcta y la sanción acorde para las faltas gravísimas con dolo es la destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años.

5. El demandante no mencionó el número de la sentencia.

6. En este apartado, el demandante efectuó algunas consideraciones acerca del principio de confianza legítima, pero sin explicar de forma clara y suficiente el concepto de la violación.

7. Folios 371 - 378 del expediente.

8. Folio 472, *ibidem*.

9. Folios 461 - 471, *ibidem*.

10. Tomado de los folios 46 y 47 del expediente.

11. Folios 45-55 del expediente.

12. Folios 140 a 203 del expediente.

13. Por error, en el texto de la decisión de primera instancia se dijo «inhabilidad especial». No obstante, de conformidad con las sanciones fijadas en la Ley 734 de 2002, la expresión correcta y la sanción acorde para las faltas gravísimas con dolo es la destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años.

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

15. «3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable».

16. «Garantías judiciales [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable [...]».

17. C-175 del 14 de febrero de 2001. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 74, parcial, de la Ley 200 de 1995 «Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único». Demandante: Luis Carlos Marín Pulgarín.

18. 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 [...]».

19. Ley 610 de 2000, Artículo 310, numeral 2.

20. Artículo 143. Causales de nulidad. Son causales de nulidad las siguientes:

1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.

2. La violación del derecho de defensa del investigado.

3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

[...]

21. Artículo 143. [...]

Parágrafo. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.

22. Artículo 146. Requisitos de la solicitud de nulidad. [...] [D]eberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten.

23. Artículo 145. Efectos de la declaratoria de nulidad. La declaratoria de nulidad afectará la actuación disciplinaria desde el momento en que se presente la causal. Así lo señalará el funcionario competente y ordenará que se reponga la actuación que dependa de la decisión declarada nula.

La declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente.

24. Artículo 144. Declaratoria oficiosa. En cualquier estado de la actuación disciplinaria, cuando el funcionario que conozca del asunto advierta la existencia de alguna de las causales previstas en la norma anterior, declarará la nulidad de lo actuado.

25. Artículo 146. Requisitos de la solicitud de nulidad. La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo [...].

26. Artículo 147. Término para resolver. El funcionario competente resolverá la solicitud de nulidad, a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su recibo.

27. «En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose del régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa.». [Negrillas fuera de texto]. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. 29 de septiembre de 2009. Radicación número: 110010315000200300442 01.

28. *Ibidem*

29. Artículo 55. Traslado para alegatos de conclusión. El Artículo 169 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

Si no hubiere pruebas que practicar o habiéndose practicado las señaladas en la etapa de juicio disciplinario, el funcionario de conocimiento mediante auto de sustanciación notificable ordenará traslado común de diez (10) días para que los sujetos procesales puedan presentar alegatos de conclusión. [Negrillas fuera de texto].

30. Artículo 113. Recurso de reposición. El recurso de reposición procederá únicamente contra la decisión que se pronuncia sobre la nulidad y la negación de la solicitud de copias o pruebas al investigado o a su apoderado, y contra el fallo de única instancia. [Negrillas fuera de texto].

31. *Ibidem.*

32. Artículo 115. Recurso de apelación. El recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos, la decisión de archivo y el fallo de primera instancia. [Negrillas fuera de texto].

[...].

33. Artículo 84. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

[...]

34. Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Octava Edición. Medellín: Señal Editora, 2013, p. 295.

35. Berrocal Guerrero, Luis Enrique. *Manual del acto administrativo*. Librería Ediciones el Profesional LTDA. Séptima edición. Bogotá. 2006. pp. 551 y 552

36. En la Ley 734 de 2002, existen dos procedimientos: el ordinario el verbal. De esa manera, el procedimiento verbal solo es posible en ciertos eventos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 175 y siguientes de dicha legislación. Si en un determinado asunto la causal que supuestamente posibilita el procedimiento verbal no se da, podría afirmarse que el acto fue expedido de forma irregular.

37. La estructura del proceso disciplinario está definida por las siguientes etapas: indagación preliminar (opcional), investigación disciplinaria, pliego de cargos, descargos, alegatos de conclusión y decisiones sancionatorias de primera y segunda instancia. Así, por ejemplo, si en un acto administrativo disciplinario se pretermitiera alguna de estas etapas –las que tengan el carácter de obligatorias–, más allá de alegarse alguna vulneración al debido proceso, el acto estaría afectado específicamente por una expedición irregular.

38. Al respecto, piénsese, por ejemplo, si los trámites relacionados con los impedimentos o recusaciones fueron aplicados correctamente. De la misma forma, si las formalidades de algunas pruebas se observaron, como los peritajes o informes técnicos. Igualmente, si algunos incidentes como tachas o exclusiones probatorias se hicieron de forma acertada. Todos estos ejemplos podrían encuadrarse de mejor manera en la causal de expedición irregular.

39. Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *La Lucha por los derechos en el Derecho Disciplinario*, Universidad externado de Colombia, Segunda edición. Bogotá. 2018. p. 235.

40. Folios 343 a 351 del expediente. Al respecto, el demandante, en el acápite denominado «Argumentación Jurídica», planteó algunas razones

con el debido proceso y el derecho a la defensa. De forma posterior, realizó una reflexión acerca de la confianza legítima, pero sin relacionarla con alguna causal. Finalmente, en el apartado «3. Pruebas dentro del proceso disciplinario» elaboró las consideraciones relacionadas con la falsa motivación, mientras que en los numerales «2. Trámite Procesal» y «5. El debido proceso y el derecho a la defensa» complementó los argumentos para esgrimir la vulneración del debido proceso y el derecho a la defensa.

41. C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.

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

43. 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.

44. 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.

45. 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, Esiquo 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.

46. 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.

47. 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.

48. 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.

49. L. 734/2002, arts. 128-142.

50. Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Sexta edición. Tomo I. Bogotá: Temis, 2017, p. 88.

51. Coloma Correa, Rodrigo; y Agüero San Juan, Claudio. LÓGICA, CIENCIA Y EXPERIENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Revista Chilena de Derecho, vol. 41, n.º 2, pp. 673 - 703. 2014.

52. *Ibidem*.

53. Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería ediciones del Profesional LTDA. Décima sexta edición. Bogotá. 2008. pp. 96 y 97.

54. En las decisiones sancionatorias, la Procuraduría General de la Nación también argumentó que el oficial Luis Gerardo Barrero Calderón también participó en el evento denominado Barrio Danubio y La Fiscalía, ocurrido el 13 de agosto de 2006. No obstante, la Sala estima que no es necesario referirse a estos hechos por cuanto que con los analizados es suficiente para confirmar la legalidad de los actos demandados.

55. Folios 166 y 167 del expediente.

56. Folios 174 y 175, *ibidem*.

57. Folio 1150 del cuaderno original 6 del expediente disciplinario.

58. Folio 1385 del cuaderno original 7 del expediente disciplinario.

59. Folio 910-912 del cuaderno original n.º .5 del expediente disciplinario.

60. Folio 1163 del cuaderno original n.º 6 del expediente disciplinario.

61. Folio 1385 del cuaderno original n.º 7 del expediente disciplinario.

62 Folio 1150 del cuaderno original n.º 6 del expediente disciplinario.

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

[...]

2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.

*Fecha y hora de creación: 2026-01-11 11:53:20*