

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI**

SENTENCIA N° 179.

Santiago de Cali, nueve (9) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN : 76001-3333-001-2015- 00314- 00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y REST. DEL DCHO LABORAL
DEMANDANTE : JOSÉ JAVIER PEÑA RODRIGUEZ y OTROS
DEMANDADO : MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL

Los señores JOSÉ JAVIER PEÑA RODRIGUEZ, JHON ALEXANDER GÓMEZ NARVÁEZ, RENE FABIÁN ZAMBRANO VIVAS, JORGE ISAAC CADENA MAFLA, JOSÉ EDINSON LÓPEZ BERNAL, VICTOR EMILSON BALANTA VARONA y JOSÉ HAROL GÓMEZ SILVA, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauraron demanda en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, con el propósito de que efectúen las siguientes:

1. DECLARACIONES

1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el fallo disciplinario de primera instancia de 6 de febrero de 2015 proferido por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Valle dentro de la radicación DEVAL -2014-148, mediante el cual se declara responsables a los accionantes de la falta disciplinaria tipificada en el numeral 9 del artículo 34 de la ley 1015 del 2006 determinada como gravísima atribuible a título de dolo.

1.2. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el fallo disciplinario de segunda instancia de 2 de abril del 2015 proferido por la Inspección Delegada de la Región de Policía N° 4 bajo el radicado DEVAL-2014-148.

1.3. Que se declare la nulidad de la Resolución N° 01961 de 7 de mayo del 2015 proferida por el Director General de la Policía Nacional, mediante el cual se ejecuta la sanción disciplinaria impuesta a los accionantes y se dispone retirarlos del servicio activo y se les inhabilitara de forma general para el ejercicio de cargos públicos.

1.3. Que como consecuencia de la petición anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada que reintegre a los accionantes a los cargos de la Policía Nacional de los cuales fueron desvinculados o a otro de igual o superior categoría.

1.4. Que se condene a la entidad demandada a pagar a favor de los accionantes, todos los sueldos, primas y demás prestaciones laborales dejadas de percibir desde la fecha de ejecución del acto de retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro debidamente indexado.

1.5 Que se condene a la entidad demandada a pagar a favor de cada uno de los accionantes una indemnización equivalente a 400 SMLMV como resarcimiento de los perjuicios morales causados por su retiro injustificado del servicio.

1.6. Se condene a la entidad demandada a pagar las sumas que resulten por concepto del reintegro debidamente indexadas en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

2. HECHOS.

2.1. La Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía Valle del Cauca mediante auto de 24 de mayo del 2014 dio apertura a una investigación preliminar por presuntas irregularidades presentadas el 4 de mayo del 2014 en la Subestación de Policía "*tienda nueva*" ubicada en el Municipio de Palmira.

2.2. De acuerdo a la información suministrada por una denuncia anónima, el 4 de mayo del 2014 los señores JOSÉ JAVIER PEÑA RODRIGUEZ, JHON ALEXANDER GÓMEZ NARVÁEZ, RENE FABIÁN ZAMBRANO VIVAS, JORGE ISAAC CADENA MAFLA, JOSÉ EDINSON LÓPEZ BERNAL, VICTOR EMILSON BALANTA VARONA y JOSÉ HAROL GÓMEZ SILVA en su condición de agentes de la Subestación de Policía de "*tienda nueva*" se apoderaron de un cargamento de drogas ilícitas que transportaba un vehículo interceptado en el sector conocido como el "*guayabal*" en el Municipio de Palmira.

2.3. Mediante autos proferidos los días 4 y 19 de agosto de 2014, la Oficina Instructora ordenó vincular a la investigación disciplinaria a los ahora accionantes por las presuntas irregularidades presentadas en la incautación del vehículo.

2.4. El 6 de febrero de 2015 la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía Valle del Cauca profirió fallo de primera instancia dentro de la radicación DEVAL -2014-148 encontrado responsables a los accionantes de la comisión de la falta disciplinaria tipificada en el numeral 9 del artículo 34 de la ley 1015 del 2006 consistente en realizar una conducta consagrada en la ley como delito.

Para el caso en concreto, la conducta punible atribuida a los disciplinados correspondió a la de peculado por apropiación.

2.5. El fallo disciplinario fue confirmado en segunda instancia mediante providencia de 2 de abril del 2015 proferida por la Inspección Delegada de la Región de Policía N° 4.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VULNERACIÓN.

El concepto de vulneración de la demanda se fundamenta en los siguientes cargos:

3.1. Desconocimiento del derecho de defensa.

El 5 de agosto del 2014 el ahora demandante JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA, rindió versión libre ante la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía Valle en la cual se atribuyó la autoría de la conducta disciplinaria investigada, consistente en la apropiación de un cargamento de drogas ilícitas que fue incautado durante un procedimiento policial llevado a cabo el 4 de mayo de 2014 cuando se interceptó un vehículo en el sector conocido como el “*guayabal*” en el Municipio de Palmira.

En la versión libre referenciada, el señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA adicionalmente inculpó de la comisión de la falta disciplinaria investigada al resto de integrantes de la parte accionante.

En audiencia celebrada el 19 de diciembre del 2014, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 130 ley 734 del 2002 la Oficina instructora de la investigación disciplinaria decidió otorgar a la versión libre presentada por el señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA el carácter de confesión.

Posteriormente, en audiencia pública celebrada el 16 de enero del 2015 se practicó un nuevo interrogatorio al señor GÓMEZ SILVA. En dicha oportunidad, la versión de los hechos exteriorizada por el interrogado presentó varias contradicciones respecto de la versión libre que rindió el 5 de agosto del 2014.

En este contexto, la versión suministrada por el señor GÓMEZ SILVA fue valorada como una confesión y sirvió como fundamento probatorio para declarar disciplinariamente responsables a los ahora integrantes de la parte accionante.

Sin embargo, la conducta desplegada por el Operador Disciplinario al incorporar la versión libre prestada por el señor GÓMEZ SILVA implicó una vulneración de los derechos a la defensa y al debido proceso de los investigados, toda vez que no se dio cumplimiento a las reglas que regulan la práctica de la confesión como medio de prueba autónomo y adicionalmente se desconocieron varias situaciones que evidenciaban un vicio en el consentimiento del declarante.

En efecto, la prueba no se practicó con el lleno de exigencias sustanciales que exigen los artículos 8, 368 y 389 de la ley 906 del 2004 y el artículo 195 del código de Procedimiento Civil.

Si bien, la intervención del accionante el 5 de agosto del 2014 inició como una versión libre al evidenciar las implicaciones que desprendían de la declaración el Funcionario Instructor procedió a tomar juramento indicándole su deber de decir únicamente la verdad frente a los cuestionamientos efectuados.

Aunque con dicha actuación se pretendió protocolizar la declaración del accionante y otorgarle la calidad de confesión, lo cierto es que se omitió dar

cumplimiento a las exigencias legales que permitían constituir en debida forma dicho medio de prueba, toda vez que el operador disciplinario debía informar de manera expresa al declarante de que estaba renunciando a los derechos de no autoincriminación y a someterse un juicio público orientado bajo los principios de contradicción e imparcialidad.

De otro lado, en el proceso disciplinario se desconoció que el 5 de agosto de 2014 el señor GÓMEZ SILVA se encontraba inhabilitado para declarar, ya que actuó bajo la influencia de sustancias psicoactivas tal como lo corroboraron los señores LAURA MARÍA GÓMEZ SILVA, PEDRO NEL SILVA y MARÍA NANCY DORADO CÓRDOBA.

Adicionalmente los señores MARÍA NANCY DORADO CÓRDOBA, ESILDA MARISA SUAZA VARELA, LISET ADRIANA SUAZA VARELA, JENIFER MUÑOZ ANACONA, JHON JAIRO NOTA ASCANEO, NUBIA PAOLA GUILLIN, CARMENZA TABAREZ TABAREZ, CESAR AUGUSTO MEJIA GONZÁLES, NATALY SALAZAR, JAVIER QUINTANA PINEDA y JAYSON PARRA ÁLVAREZ, describieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que agentes adscritos a la Dirección de Inteligencia Policial - SIPOI presionaron al señor GÓMEZ SILVA para que rindiera una versión contraria a la realidad y de esta manera que la investigación arrojara un resultado que inculpara a los ahora accionantes.

De igual forma, en audiencia pública celebrada el 16 de enero del 2015 dentro del proceso disciplinario se recibió el testimonio del el mayor DIEGO TORO MARÍN Jefe Seccional de Investigación del Departamento de Policía Valle. En dicha diligencia el declarante reconoció que le indicó al señor GÓMEZ SILVA lo que debía decir en su versión libre.

Las situaciones descritas evidencian que en el caso en concreto la confesión recaudada que sirvió de fundamento para el fallo disciplinario, no fue expresa, ni consiente, ni libre, toda vez que se vició el consentimiento del declarante y éste no fue informado en debida forma que había renunciado a su derecho de no autoincriminación.

Aunado a lo anterior, el operador disciplinario omitió el deber de corroborar la versión de los hechos suministrada en la presunta confesión con el resto de elementos probatorios obrantes en el expediente.

Finalmente, a juicio de la parte accionante, todas las circunstancias referenciadas son suficientes para “tachar” de sospechosa la confesión que rindió el señor GÓMEZ SILVA ante la oficina de control disciplinario interno de la DEVAL y por ende debían ser excluidas al momento de proferirse la decisión en aplicación de lo establecido en los artículos 214 del CPACA y 140 de la ley 734 del 2002.

3.2. Falsa motivación del fallo disciplinario por indebida valoración y calificación de la prueba testimonial del señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA.

Teniendo en cuenta que la versión de los hechos presentada por el señor GÓMEZ SILVA no se ajusta a la realidad y que la misma fue utilizada como prueba determinante para proferir el fallo disciplinario resulta procedente concluir que los actos administrativos acusados se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación.

De otro lado, en la motivación de los fallos disciplinarios se presentaron varios errores de interpretación por parte de los funcionarios encargados de su expedición originados en la indebida valoración de la versión de los hechos presentados por el señor GÓMEZ SILVA.

En efecto, la falta disciplinaria atribuida a los accionantes se fundamenta en la comisión de la conducta de punible de peculado por apropiación que requiere para su configuración de los siguientes elementos:

- El servidor público debe apropiarse de un bien del estado.
- Dichos bienes deben estar bajo la tenencia o custodia del servidor público.
- La conducta debe realizarse con razón o con ocasión del cumplimiento de las funciones asignadas al servidor.
- Se requiere de una lesión del patrimonio estatal.

Además de la ya enunciada falta de veracidad de la versión de los hechos presentada por el señor GÓMEZ SILVA, se advierte que de las conductas descritas por el declarante no se infiere la comisión de ninguno de los elementos que estructuran el delito de peculado, toda vez que no existe ningún acta de incautación, embalaje o rotulado de la supuesta droga incautada.

Adicionalmente en el caso en concreto, no existió una lesión del patrimonio estatal, lo que conlleva a concluir que el bien jurídicamente tutelado correspondiente a la administración pública no fue afectado.

Finalmente se advierte que al momento de proferirse el fallo se valoraron pruebas obrantes en la investigación penal adelantada por la Fiscalía 162 Seccional CALI que no fueron decretadas en la oportunidad legal establecida para el efecto dentro del proceso disciplinario y por ende configuraron una vulneración al debido proceso.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Policía Nacional presentó contestación a la demanda advirtiendo que en el procedimiento disciplinario adelantado en contra de los accionantes se observaron la totalidad de garantías procesales que regulan la práctica de pruebas y por ende se respetaron los postulados del debido proceso y el principio de legalidad.

Señala que en el trámite se surtieron las etapas procesales pertinentes para que los investigados contravirtieran la totalidad de elementos de prueba incorporados en el expediente.

Por esta razón si los accionantes consideraban que las pruebas testimoniales se practicaron desconociendo las garantías del debido proceso tenían el deber de controvertir las actuaciones utilizando los mecanismos propios del trámite disciplinario y no utilizar la vía judicial como una *“tercera instancia”* para discutir la legalidad de la práctica probatoria.

De esta forma, concluye que las discrepancias presentadas en el concepto de vulneración de la demanda respecto de la valoración efectuada en los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia frente al testimonio del señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA no son suficientes para acreditar la ilegalidad de dichos actos administrativos.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte accionante

Señaló que con la expedición de los actos sancionatorios se vulneró el numeral 3 del artículo 170 de la Ley 734 de 2002 toda vez que se efectuó una indebida valoración de la versión libre rendida por el señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA.

Se afirma que, aunque la falta disciplinaria endilgada a los accionantes se fundamenta en la comisión del tipo penal de peculado por apropiación, la versión de los hechos presentada por el señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA no es conducente para demostrar que los investigados tuvieran a su cargo la administración o la tenencia de bienes estatales motivo por el cual no se materializaron los verbos rectores que estructuran la conducta.

En efecto, además de la falta de idoneidad legal y procesal de la versión libre para valorarse como medio de prueba válido para demostrar la culpabilidad de los accionantes, en el relato no se estableció una incautación de drogas ilícitas que permitiera considerarlos como custodios o administradores del cargamento.

De otro lado se considera que los fallos disciplinarios acusados fueron motivados bajo una realidad fáctica y jurídica que no existió, toda vez que precisamente el señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA, en la audiencia pruebas realizada dentro del presente medio de control el 3 de abril de 2019 declaró bajo la gravedad del juramento que las circunstancias de modo, tiempo y lugar descritas en la versión libre no correspondían a la realidad.

Conforme a lo expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado la autoridad disciplinaria no puede proferir una decisión sancionatoria con fundamento exclusivamente en indicios, por lo que es necesario que los elementos propios de la falta disciplinaria (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) se demuestren con los demás medios probatorios que fijó el legislador en materia punitiva disciplinaria, consagrados en el artículo 130 de la Ley 734 de 2002.

No obstante, en el presente caso en los fallos disciplinarios se otorgó mérito probatorio a la versión libre rendida por el señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA y a una serie de indicios que presuntamente demuestran la responsabilidad disciplinaria de los accionantes, los cuales no se encuentran consagrados dentro los medios de prueba válidos previstos por el artículo 130 de la Ley 734 de 2002.

La anterior situación se maximiza si tiene en cuenta que la versión libre es considerada por la ley y por la jurisprudencia del Consejo de Estado como un medio de defensa del investigado y no como una prueba que se pueda utilizar en su contra.

Además de las irregularidades precisadas que afectan la conducencia de los elementos tendidos en cuenta para atribuir responsabilidad a los accionantes, se tiene que las circunstancias enunciadas en la versión libre y en los indicios resultan insuficientes para configurar una falta disciplinaria.

En efecto, de contenido de las pruebas valoradas se corrobora que el 9 de mayo del 2014, los accionantes vinculados a la sub - estación de policía tienda nueva

atendieron un procedimiento policial a partir de las 08:21 p.m. por solicitud de unidades de la SIJIN que solicitaron la revisión de un camión tal y como quedó registrado en los videos de la cámara de seguridad del "Aparta - Hotel Plenitud".

Sin embargo, la acreditación de este hecho es insuficiente para demostrar que los accionantes en su condición de servidores públicos se hayan apropiado en provecho suyo o de un tercero de alguna sustancia alucinógena o que en razón de sus funciones se les hubiera entregado la custodia o administración de la supuesta droga incautada.

Conforme a lo expuesto se establece que en sede administrativa se dedujo la responsabilidad de los disciplinados con base únicamente en la versión libre que rindió el patrullero JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA, sin tener en cuenta otros elementos de prueba en su contra que permitieran verificar la veracidad de la denuncia, situación que conlleva a la configuración de un defecto fáctico en la valoración probatoria que afecta el derecho fundamental al debido proceso de acuerdo a lo consagrado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado en sede de tutela.

Finalmente, la parte accionante concluye sus alegatos afirmando que de acuerdo a la información recaudada en los testimonios practicados en la audiencia de pruebas en el presente caso se encuentra acreditado que la desvinculación del servicio ocasionó a cada uno de los accionantes perjuicios morales que tienen el mérito suficiente para ser resarcidos a través del presente medio de control.

5.2. POLICÍA NACIONAL.

La entidad accionada sostiene que en el presente caso se encuentra demostrado que la actuación del operador disciplinario se ajustó a los postulados del principio de legalidad garantizando los derechos fundamentales de los investigados motivo por el cual los fallos de primera y segunda instancia se profirieron luego de encontrar debidamente sustentada la falta disciplinaria cometida por los ahora accionantes a título de dolo.

Frente a la versión libre del señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA y la declaración rendida por éste en el presente medio de control, en la cual se retracta de la versión de los hechos presentada en sede disciplinaria, la entidad accionada resalta que en el recurso de apelación formulado en contra del fallo sancionatorio de primera instancia se reconoció de forma expresa que la declaración efectuada en la etapa de indagación preliminar fue libre y voluntaria.

En efecto, en el recurso de apelación se utilizó el argumento relacionado con la manifestación libre y voluntaria del accionante para reprochar la falta de un trato diferencial frente a los otros disciplinados los cuales se abstuvieron de actuar con honestidad y de poner en conocimiento de sus superiores las irregularidades que originaron la sanción disciplinaria.

En segundo término, se advierte que, si bien mediante la declaración rendida por el señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA en sede judicial se pretende obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados acreditando la configuración del vicio de falsa motivación, dicho testimonio no tiene ninguna credibilidad debido al interés directo en el resultado del proceso que le asiste debido a su calidad de integrante de la parte accionante.

Adicionalmente, se resalta que la versión de los hechos presentada en el proceso disciplinario fue ratificada ante varias instancias por parte del señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA quien confiaba que dicha conducta le otorgaría beneficios al momento de decidirse su responsabilidad.

De esta forma al corroborar que su conducta no le otorgó los beneficios esperados frente a la declaratoria de responsabilidad disciplinaria, el ahora accionante decidió cambiar su versión de los hechos en una conducta que se califica como sospechosa debido a su imparcialidad que se derivaba de su condición de parte del proceso.

Los argumentos relacionados con la supuesta ausencia de capacidad del testigo nunca fueron corroborados en sede disciplinaria y tampoco en el presente proceso al que no fueron allegadas pruebas que den cuenta de la supuesta coacción a la que fue sometida el accionante.

Finalmente, la entidad accionada advierte que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la retractación de los testigos debe valorarse a la luz de los supuestos facticos del caso concreto y los demás elementos de prueba aportados al proceso, motivo por el cual resulta improcedente conceder *a prima facie* credibilidad al acto de retractación.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en establecer si los actos administrativos demandados, esto es, el fallo disciplinario de primera instancia de fecha 6 de febrero de 2015, proferido por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno DEVAL y el fallo de segunda instancia del 2 de abril de 2015, proferido por el Inspector Delegado Regional de Policía N° 4, son nulos, teniendo en cuenta los cargos propuestos en la demanda y con ello si hay lugar a ordenar el reintegro de los demandantes y el pago de los emolumentos laborales dejados de percibir, en la forma y términos solicitados en la demanda.

Para resolver el problema jurídico antes planteado, el Juzgado procederá a determinar el marco legal y jurisprudencial aplicable al caso concreto para luego precisar las actuaciones adelantadas dentro del proceso disciplinario y su fundamento.

Finalmente, el análisis se dirigirá a resolver los cargos de vulneración formulados con la demanda referentes (i) al desconocimiento del derecho de defensa y (ii) a la falsa motivación del fallo disciplinario por indebida valoración y calificación de la prueba testimonial del señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA.

2. RÉGIMEN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE A LA MATERIA.

2.1. Del alcance del estudio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de sanciones disciplinarias. Sentencia de

Unificación.

A partir de la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 9 de agosto de 2016¹, se fijó una línea de interpretación que definió alcance del control jurisdiccional de los actos administrativos de naturaleza disciplinaria.

De esta forma, el precedente de unificación precisó los aspectos que conforman el control en sede judicial de las decisiones disciplinarias a saber:

(...) 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 [...]

Conforme a los anteriores parámetros el despacho procederá abordar el análisis de legalidad de los actos administrativos acusados atendiendo el marco determinado por los argumentos que integran el concepto de vulneración de la demanda.

2.2. Régimen disciplinario aplicable a los miembros de la Policía Nacional.

La Ley 1015 de 7 de febrero de 2006, por medio de la cual se expidió el régimen disciplinario para la Policía Nacional, determinó que el Estado es el titular de la potestad disciplinaria sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación; En consecuencia, la Policía Nacional tiene la facultad de ejercer control disciplinario de los miembros de la Institución que incurran en las faltas descritas en dicha normativa.

Respecto de los destinatarios del régimen disciplinario previsto en la Ley 1015 de 2006, el artículo 23 estableció lo siguiente:

(...) Son destinatarios de esta ley el personal uniformado escalafonado y los Auxiliares de Policía que estén prestando servicio militar en la Policía Nacional; aunque se encuentren retirados, siempre que la falta se haya cometido en servicio activo.

PARÁGRAFO 1o. Al personal que desempeña cargos en la Justicia Penal Militar tratándose de faltas relacionadas con el desempeño de las funciones jurisdiccionales propias del respectivo cargo, le serán aplicadas las normas disciplinarias de la Rama Jurisdiccional por la Procuraduría General de la Nación, salvo que se trate de conductas relacionadas con el ejercicio de la función policial, caso en el cual serán

¹ Radicado 110010325000201100316 00; expediente 1210-11

investigados por las autoridades disciplinarias que señala esta ley.

PARÁGRAFO 2o. Los estudiantes de las Seccionales de Formación de la Policía Nacional, deberán registrarse por el manual académico expedido por el Director General de la Policía Nacional, salvo que se trate de conductas relacionadas con el ejercicio de la función policial, caso en el cual serán investigados por las autoridades disciplinarias que señala esta ley (...)

El régimen disciplinario de la Policía Nacional contenido en la norma citada, plantea un marco sustancial que establece la clasificación y descripción de las faltas y las respectivas sanciones que se imponen a quienes las cometan, pero en relación con la parte procedimental se remite a la norma general de la siguiente manera:

(...) ARTÍCULO 58. PROCEDIMIENTO. El procedimiento aplicable a los destinatarios de la presente ley, será el contemplado en el Código Disciplinario Único, o normas que lo modifiquen o adicionen. (...)

De lo anterior se infiere que las faltas que cometan los miembros de la Policía Nacional en servicio activo, son las establecidas en la Ley 1015 de 2006, pero el procedimiento para comprobar los hechos determinados en cada caso concreto es el estipulado en la Ley 734 de 2002, de acuerdo con el principio de integración normativa a que hace referencia el artículo transcrito.

2.3. De la causal de nulidad consistente en la expedición irregular de los actos administrativos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para la formación de un acto administrativo conlleva a la configuración de la causal de nulidad de expedición irregular.

En este contexto, el Alto Tribunal ha precisado que *“no cualquier defecto puede tener la virtualidad de invalidar una decisión de la Administración, puesto que (...)no todas las formas tienen un mismo alcance o valor y estas van desde las sustanciales hasta las meramente accesorias, siendo únicamente las primeras las que realmente inciden en la validez del acto”*².

En desarrollo del anterior precepto, corresponde al juez de conocimiento, dilucidar, en cada caso, si el vicio de formación alegado en la demanda tiene la magnitud suficiente para afectar la validez del acto acusado.

El anterior criterio de interpretación ha sido reiterado por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

(...) Conviene precisar que no toda irregularidad constituye causal de invalidez de los actos administrativos. Para que prospere la causal de nulidad por expedición irregular es necesario que la irregularidad atribuida sea grave, pues, en principio, en virtud de la eficacia, hay anomalías que pueden sanearse por la propia administración, o entenderse saneadas, si no fueron alegadas. Esto, en procura de la efectividad del

² Sentencia del 3 de mayo de 2018 radicado No. 08001233100020070000501.

derecho material objeto de la actuación administrativa (...) ³.

Ahora bien, frente a la configuración del vicio de expedición irregular al interior de un proceso disciplinario producto de la vulneración al debido proceso, la jurisprudencia ha resaltado lo siguiente:

(...) Cabe destacar en este punto, que no toda irregularidad dentro del procedimiento administrativo o inobservancia de los requisitos formales por parte de la administración pública, constituye por sí sola, un motivo para declarar la nulidad de los actos administrativos producto de una actuación administrativa. **Estos solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro del procedimiento impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de contradicción y defensa de quien pueda resultar afectado con su expedición, es decir, que la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso administrativo puede ser decretada únicamente cuando dentro del proceso para su elaboración se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que vulneren garantías constitucionales.**

Las irregularidades o vicios, que puedan presentarse en el desarrollo del proceso de expedición de un acto administrativo, que no impliquen el desconocimiento de las garantías constitucionales del afectado, no tienen la relevancia para generar la nulidad del mismo, pues esto no desconoce la finalidad del debido proceso administrativo, es decir; la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entonces tales vicios de procedimiento son considerados como irregularidades intrascendentes o irrelevantes (...) ⁴.

De lo anterior se colige que para la acreditación de la causal de nulidad de expedición irregular se debe demostrar que la actuación administrativa tiene el mérito suficiente para afectar el derecho fundamental al debido proceso, en el que se encuentran contenidos los derechos de contradicción y defensa, pues las irregularidades restantes constituyen vicios accesorios que pueden entenderse saneados en el curso del proceso.

3. VALORACIÓN PROBATORIA Y CASO CONCRETO.

3.1. ACTUACIONES SURTIDAS EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.

Mediante auto de 24 de mayo de 2019 (fls. 140 a 142 cdno. 1) la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía del Valle del Cauca abrió indagación preliminar con el propósito de establecer la veracidad de los hechos presuntamente ocurridos el 9 de mayo de 2014 de acuerdo a una denuncia anónima allegada a dicha dependencia mediante correo electrónico.

De acuerdo a lo expuesto en la denuncia, servidores de la Policía Nacional adscritos a la Subestación de Policía del corregimiento de “*tienda nueva*” se apoderaron de un cargamento de drogas ilícitas que se transportaba en un vehículo de carga.

³ Sentencia del 7 de junio de 2018 radicado No 25000232400020080022201.

⁴ Sentencia del 21 de junio de 2018, del Consejo de Estado — Sección 2, proceso radicado No. 25000234200020150068701 C.

En la parte resolutive de la providencia referenciada se decretó como prueba testimonial recibir las declaraciones de los Patrulleros RENE FABIÁN ZAMBRANO VIVAS, VICTOR EMILSON BALANTA VARONA, JOSÉ JAVIER PEÑA RODRÍGUEZ y JHON ALEXANDER GÓMEZ NARVÁEZ.

De igual forma se dispuso recaudar como elementos de prueba los diferentes libros de minuta y población de la estación de tienda nueva y los libros del centro automático de despacho del distrito especial de Palmira.

Finalmente, el funcionario instructor decidió comisionar para la práctica de las pruebas a la Sustanciadora de la Oficina de Control Interno Disciplinaria facultándola adicionalmente para recaudar *“aquellas pruebas que surjan directamente de las que son objeto de la comisión”*.

Además de las declaraciones de los agentes de la Policía determinados en la parte resolutive de la providencia de apertura (fls. 35 al 50 cdno. pruebas), la funcionaria comisionada para la práctica de las pruebas en el marco de la indagación preliminar consideró pertinente recaudar el testimonio del patrullero JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA el 29 de mayo de 2014 (fls. 84 al 90 cdno. de pruebas):

(...) En Santiago de Cali a los veintinueve (29) días del mes de mayo del año 2014 siendo las 11:17 hrs, compareció el señor Patrullero antes referenciado, con el fin de rendir diligencia de declaración, que de él se hace necesaria dentro de la indagación preliminar Nro. P-DEVAL-2014-148, adelantada de CARÁCTER AVERIGUATORIO por tal motivo el suscrito funcionario de la oficina de control disciplinaria interno del departamento de policía Valle, amonesta al declarante de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra el que declare falsamente o inculpan lo prometido, previa imposición de los artículos 266, 267 y 269 del código de procedimiento penal ley 600 del 2000, “ARTICULO 266. DEBER DE RENDIR TESTIMONIO. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales. Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de reserva de la diligencia. ARTICULO 267. EXCEPCIÓN AL DEBER DE DECLARA Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. El servidor público informará de este derecho a toda persona que vaya a rendir testimonio. ARTICULO 26 AMONESTACIÓN PREVIA AL JURAMENTO. Toda autoridad a quien corresponda tomar juramento, amonestará previamente a quien debe prestarlo acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las respectivas disposiciones. Acto seguido se tomará el juramento.” ARTICULO 442. FALSO TESTIMONIO. El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años.”, Se procede tomar el juramento; indicándole la responsabilidad penal que asume con mismo, por cuya gravedad prometió decir la verdad, solo la verdad y nada más que la verdad. CONTESTO: Si lo juro._PREGUNTADO: Por sus generales de ley CONTESTO: Son mis nombres y apellidos como quedaron escritos anteriormente, al igual que mi número de cédula, tengo 29 años de edad, nacido en Rosas Cauca, estado civil casado, natural de Rosas Cauca, hijo de Laura María Gómez Silva y padre no tengo, grado de instrucción académica bachiller. Ocupación miembro activo de la Policía Nacional en el Grado de Patrullero, laboro actualmente en el cargo de vigilancia en la Subestación de Policía Tienda Nueva jurisdicción del Distrito de Policía Palmira, resido en Popayán a la entrada del pueblo de Rosas Cauca, teléfono móvil 318-7968739 PREGUNTADO: Manifieste al despacho si tiene usted algún impedimento para rendir la presente diligencia CONTESTO: Ninguno. PREGUNTADO: Manifieste al

despacho, que cargo ostentaba para el día viernes 9 de mayo del 2014 CONTESTO: Conductor de la camioneta de la Policía asignada a la Subestación de Policía Tienda Nueva y me encontraba disponible desde las 07:00 hrs hasta las 22:00 hrs. PREGUNTADO: Manifieste al despacho todo cuanto sepa y sea de su conocimiento sobre los hechos al parecer presentados el día viernes 9 de mayo del 2014 siendo aproximadamente las 21:00 hrs, con un vehículo tipo camión carpado y color de la cabina azul, conducido este por un sujeto Afrodescendiente, alto y delgado, parqueado este vehículo en la parte externa de la Subestación de Policía Tienda Nueva. CONTESTO: Ese día me encontraba de conductor y habíamos llegado de hacer deporte mi SI. Cadena, el It. Murillo, Pt. Peña, Pt. Estrada, PT. Zambrano y yo, yo me fui a duchar y después pase a comer al frente de la estación, luego llegue otra vez a la estación y ahí estaba mi IT. Murillo con un joven de la SIJIN quien no recuerdo físicamente, pero mi IT. Murillo me dijo a mi que era de la SIJIN y que él tenía una información sobre una marihuana, entonces que la SIJIN quería que nosotros como patrulla uniformada lo acompañáramos hacer el Procedimiento (...) levantamos la carpa y ya miramos que eran pañales y nos subimos y empezamos bajar los pañales y se los pasábamos al PT. Peña, PT. Estrada y al SI Cadena y al de la SIJIN que había dado la información, bajamos cierta carga de la parte de adelante y de ver que no había nada empezamos a bajar del centro, ya llegando al piso del camión nos encontramos con varias chuspas negras envueltas con cinta, y llevaban una hoja de block con un nombre de Yeison, ya al momento de encontrar eso mi IT. Murillo empezó a romperlas cuando ya miramos que era marihuana yo hasta ahí tenía claro que era un procedimiento normal, ya me sorprendí cuando a la estación llegaron dos vehículos estos eran Mazda 6 color habano y color gris, en estos llegaron tres hombres de civil, todos eran de tez blanca, uno calvo y otro indio, el otro no lo alcance a ver porque este de una llego fui a subir las bolsas a los carros, y uno de ellos paso hablar con mi IT. Murillo, según mi it. Murillo que él había trabajado en carreteras con él, y ya fue que vi que ellos empezaron a subir la marihuana las bolsas negras a los dos carros y dejaron cierta parte ahí en la calle donde habíamos descargado y ya ellos cogieron y se fueron, y ya después yo escuché que mi IT. Murillo hablaba con el de la SIJIN el que dio la información y le dijo que dejaran ir al conductor después de que ellos se fueran, y ya entonces se fueron ellos los de la Sijin y al rato mi IT. Murillo dejo ir al señor con el camión y con la carga de los pañales que llevaba, lo que dejaron de la marihuana mi IT. López dijo que lo subiéramos al sótano, que queda dentro de la estación encima del calabozo, y que la guardáramos ahí, esto lo entro mi IT. Murillo y el PT. Peña quienes fueron los que la llevaron hasta haya, porque después de que yo vi de que los de la sijin montaron las bolsas y se llevaron un parte, entre a mi pieza dentro de la estación y deje guardando unos pañales y de ahí me quite el uniforme y me fui a bañar, ya cuando salí del baño los vi a ellos subiendo los paquetes al sótano (...) Negrilla por parte del el Despacho.

Una vez recaudados los elementos de prueba referenciados, mediante auto de 4 de agosto de 2014 (fls. 242 y 243 cdno. 1ª) se dispuso vincular a la investigación a los patrulleros JOSÉ EDINSON LÓPEZ BERNAL, ALEXANDER ANDRÉS MURILLO, JORGE ISAAC CADENA MAFLA, JONATHAN ALFREDO ESTRADA PINEDA y JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA.

En virtud de lo anterior, se profirieron citaciones requiriendo a las personas referenciadas para que comparecieran ante la oficina instructora y se notificaran de la providencia de vinculación.

El 5 de agosto de 2014, se llevó a cabo la diligencia de notificación personal del señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA en la cual se le dio traslado de las pruebas recaudadas hasta ese momento en la indagación preliminar y posteriormente se procedió a recibir su versión libre (fls. 247 al 255 cdno. 1ª).

En dicha diligencia el señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA ratificó la versión de los hechos en la declaración rendida el 29 de mayo de 2014 en la que aceptó su participación junto a otros servidores de Policía adscritos a la estación de tienda nueva en los hechos investigados.

El 7 de agosto de 2014, se efectuó la notificación personal de los señores JOSÉ EDINSON LÓPEZ BERNAL, ALEXANDER ANDRÉS MURILLO, JORGE ISAAC CADENA MAFLA y JONATHAN ALFREDO ESTRADA PINEDA. Por medio de auto de la misma fecha se corrió traslado de las pruebas recaudadas en la indagación preliminar y posteriormente se procedió a recibir su versión libre (fls. 259 al 268 cdno. 1ª).

Por medio de auto de 22 de agosto de 2014 se decidió vincular a la investigación a los señores RENE FABIÁN ZAMBRANO VIVAS, VICTOR EMILSON BALANTA VARONA, JOSÉ JAVIER PEÑA RODRÍGUEZ y JHON ALEXANDER GÓMEZ NARVÁEZ, motivo por el cual se llevó a cabo su notificación personal y se les puso en conocimiento las pruebas recaudadas (fls. 286 al 301 cdno. 1ª).

Los días 19 de septiembre y 19 de octubre de 2014, la Oficina instructora solicitó a la Fiscalía General de la Nación el traslado de la investigación penal adelantada por los hechos objeto de análisis la cual se encontraba a cargo de la Fiscalía 162 Seccional de Cali. Por medio de escrito de 21 de noviembre de 2014 la autoridad requerida remitió la copia del expediente (fl. 311 cdno. 1ª).

El 19 de diciembre de 2014 (fls. 397 al 432 cdno. 1ª) la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía Valle profirió pliego de cargos en contra de los servidores vinculados a la investigación al encontrar configurada la falta prevista en el numeral 9 del artículo 34 de la ley 1015 de 2006 consistente en *“realizar una conducta descrita en la ley como delito a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo”*.

De igual forma, en la providencia se puso en conocimiento de los imputados las pruebas obrantes en el expediente y se estructuró el cargo de vulneración tomando como fundamento la versión de los hechos presentada en las declaraciones rendidas por el señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA y en la prueba trasladada de la investigación penal remitida por la Fiscalía 162 Seccional de Cali.

Finalmente se dispuso citar a audiencia pública a los vinculados conforme al procedimiento consagrado en el artículo 177 de la ley 734 de 2002.

El 13 de enero de 2015 se llevó a cabo la audiencia pública disciplinaria en la cual se recaudó la versión libre del señor JORGE ISAAC CADENA MAFLA, VICTOR EMILSON BALANTA VARONA y RENE FABIÁN ZAMBRANO VIVAS.

De igual forma, a la diligencia asistió el señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA a quien se le interrogó si deseaba ampliar lo expuesto en su versión libre (fls. 446 cdno. 1ª).

Posteriormente, se concedió el uso de la palabra a los apoderados de los disciplinados para que efectuaran sus respectivos descargos y solicitaran la práctica de pruebas. De igual forma, se resolvió sobre la procedencia de la investigación penal trasladada indicando que había sido decretada como prueba durante la etapa de instrucción, mediante providencia notificada en debida forma (fl. 446 cdno. 1ª).

Finalmente, en la diligencia, los representantes de los procesados solicitaron la práctica del testimonio del señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA así como el propio apoderado de este último quien expresamente solicitó que se tuvieran en

cuenta como pruebas del procedimiento *“las versiones e incluso la denuncia presentada ante fiscalía por el patrullero...las cuales por supuesto, estarán reconfirmando los motivos y fundamentos por los cuales el patrullero se vio en la obligación incluso constitucional de entregar conocimiento a la fiscalía”* (fl. 458 cdno. 1ª).

El 16 de enero de 2015 se llevó a cabo la audiencia de práctica de pruebas en la cual se recepcionó el testimonio del señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA quien fue interrogado por los apoderados de los demás disciplinados (fls. 470 al 473 cdno. 1ª).

De igual forma se recibieron las declaraciones de los señores DIEGO MAURICIO MARÍN en su calidad de Jefe de Investigación Criminal – DEVAL y del procesado JOSE EDINSON LÓPEZ BERNAL (fls. 474 al 484 cdno. 1ª).

Una vez agotado el trámite de instrucción, el 6 febrero de 2015, la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía Valle profirió fallo de primera instancia encontrando responsables a la totalidad de investigados (fls. 12 al 87 cdno. 1) de la falta prevista en el numeral 9 del artículo 34 de la ley 1015 de 2006 por la comisión del delito de peculado.

Luego de individualizar la conducta desplegada por cada uno de los investigados el operador disciplinario dio plena credibilidad a la declaración rendida por el señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA la cual sirvió de sustento para acreditar las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos y la autoría de los investigados.

Dicha versión fue corroborada con la prueba trasladada de la investigación penal, específicamente con el informe de investigador de campo realizado por el Técnico Profesional en fotografía Judicial en cual se analizó el video captado por las cámaras de seguridad del *“motel plenitud”* en el cual quedaron registrados los hechos.

En el contexto descrito, la decisión se fundamentó en los argumentos que se transcriben a continuación:

(...) Vienen siendo resumidos por este despacho de la siguiente manera: Consta en el expediente que los señores IT. MURILLO ALEXANDER ANDRES, SI. CADENA MAFLA JORGE ISAAC, PT. ESTRADA PINEDA JONATHAN ALFREDO, PT. BALANTA VARONA VICTOR EMILSON, PT. PEÑA RODRIGUEZ JOSE JAVIER, PT. GOMEZ NARVAEZ JOHN ALEXANDER, PT. ZAMBRANO VIVAS RENE FABIAN y PT. GOMEZ SILVA JOSE HAROL integrantes de la Subestación de Policía Tienda Nueva comandada por el Señor Intendente LÓPEZ BERNAL JOSÉ EDINSON adscritos al Departamento de Policía Valle, en desarrollo de las funciones propias del servicio de Policía en jurisdicción del Corregimiento de Tienda Nueva, el 9 de mayo del 2014 en un vehículo camión incautaron marihuana camuflada en una carga de pañales, hallazgo del cual todos se percataron de su existencia donde además cada uno cumplió su rol derivado del acuerdo expreso o tácito reflejado en ese pacto de silencio para no enterar a sus superiores ni a las autoridades del descubrimiento, para proceder a apropiarse de los bienes encontrados. Plan que fue aceptado de mutuo acuerdo por el señor IT. LOPEZ BERNAL JOSE EDINSON Comandante de la Subestación de Policía Tienda Nueva, interviniente que actuó bajo un designio común - apropiación de la marihuana y pacas de pañales (...)

(...) Se ha de precisar inicialmente por parte de este despacho que en el reato de peculado por apropiación, el ejercicio de la adecuación típica por tratarse de un delito contra la administración pública se realiza de acuerdo a la descripción legal del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, que a su letra reza: “PECULADO POR APROPIACIÓN: El

servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años (...)

(...) Respeto a la autoría como forma de participación de los aquí disciplinados en el punible de peculado por apropiación se logra inferir con certeza que el apoderamiento de los bienes encontrados en el vehículo tipo camión, materialmente tuvo ocurrencia e involucró a los señores IT. LOPEZ BERNAL JOSE EDINSON, IT. MURILLO ALEXANDER, SI. CADENA MAFLA JORGE ISAAC, PT. ESTRADA PINEDA JONATHAN ALFREDO, PT. BALANTA VARONA VICTOR EMILSON, PT. PEÑA RODRIGUEZ JOSE JAVIER, PT. GOMEZ NARVAEZ JOHN ALEXANDER, PT. ZAMBRANO VIVAS RENE FABIAN y PT. GOMEZ SILVA JOSE HAROL integrantes de la Subestación de Policía Tienda Nueva que se encontraban para esa fecha en el lugar de los hechos, suscitándose como quedó visto una repartición de los pañales hallados y el ocultamiento del alcaloide, evidenciándose una participación en la modalidad ya puesta de manifiesto. Los mismos medios probatorios allegados demuestran no sólo la existencia de los pañales y la marihuana, sino de la repartición entre todos de las pacas de pañal y el ocultamiento del estupefaciente y por consiguiente la participación de todos los disciplinados con propósito de colaboración y beneficio mutuo, circunstancias y pruebas que fueron apreciadas en las etapas procesales que denotan la participación activa de los disciplinados, la disposición que hicieron de los bienes, elementos todos ellos de convicción que permiten predicar su responsabilidad disciplinaria.(...)

(...) Pero lo más resaltante en este caso, es que lo que permite explicar la imputación a cada autor del hecho global, es la asunción voluntaria de las contribuciones que realizaron y con ello el plan en su globalidad que no era otro diferente que la apropiación de estos bienes. Como corolario de lo anterior, las pruebas arrimadas a la foliatura permiten avizorar que los nueve (9) Policías tuvieron una participación activa con la asunción voluntaria de sus contribuciones en el plan global del apoderamiento de estos bienes, con ese designio común aceptado por todos sus intervinientes de mutuo acuerdo, bien de forma expresa o tácita, con manifestaciones de actos concluyentes, con una característica de participación sucesiva donde los Señores PT. BALANTA VARONA VICTOR EMILSON, PT. PEÑA RODRIGUEZ JOSE JAVIER, PT. GOMEZ NARVAEZ JOHN ALEXANDER, PT. ZAMBRANO VIVAS RENE FABIAN se fueron sumando al hecho ya iniciado por los Señores IT. LOPEZ BERNAL JOSE EDINSON, IT. MURILLO ALEXANDER, SI. CADENA MAFLA JORGE ISAAC, PT. ESTRADA PINEDA JONATHAN ALFREDO y PT. GOMEZ SILVA JOSE HAROL. Quienes interceptaron y trasladaron el vehículo tipo camión a la Subestación de Policía Tienda Nueva, para continuar ejecutando el delito con los demás. Amén de lo anterior, lo cierto es que todos los inculpados estaban en el lugar preciso de los hechos, conocieron del hallazgo de los bienes y no cumplieron, como les era exigible, con su deber funcional de informar a sus superiores y dejar a disposición las pacas de pañal y la marihuana que fuera hallada, negando además su incautación. Pero que de todas formas los aquí investigados convinieron en su apropiación para lo cual imperiosamente necesitaban contar con la anuencia de todos, con el fin que estos hechos no salieran a la luz pública y se echara al traste la repartición de los pañales y el ocultamiento de la marihuana. Estas circunstancias fueron las que permitieron determinar su participación en el hecho criminal como autores. (...)

El anterior pronunciamiento fue confirmado en segunda instancia por parte de la Inspección Delegada Región de Policía N° 4 mediante fallo de 2 de abril de 2015, en la cual se estableció que resultaba procedente otorgar mérito probatorio a las declaraciones rendidas por el señor JOSE HAROLD GOMEZ SILVA dentro del trámite disciplinario y ante la Fiscalía General de la Nación (fls. 88 al 135 cdno. 1) en los siguientes términos:

(...) Como quiera que los argumentos expuesto por los señores defensores ALVARO DAZA JARAMILLO y EDGAR MARINO ZEMANATE NAVIA básicamente se centran en cuestionar la valoración probatoria y el por qué el A-quo le da total credibilidad al

testimonio del señor Patrullero JOSE HAROL GOMEZ SILVA, esta Delegada antes de entrar a resolver los puntos divergentes de cada profesional del derecho, nos encargaremos inicialmente de abordar esta temática; para lo cual se les debe decir, que este despacho está de acuerdo con el A-quo en que los dichos del señor Patrullero son merecedores de total credibilidad, por lo siguiente:

Si analizamos la veracidad del testimonio del señor Patrullero JOSE HAROL GOMEZ SILVA, encontramos que este es coherente, conteste con los demás medios de pruebas, como son las minutas y el registro filmico, con el cual no se contaba en el plenario al momento que el policial rinde la diligencia de declaración y versión libre, como para aceptar los dichos de la defensa que todo se trató de una tramoya y un mal proceder de la institución con el fin de rendir resultados, cuando bien se sabe que dicho video se allegó en la parte final de la indagación preliminar como prueba trasladada de la fiscalía General de la Nación, con lo cual se puede analizar que lo dicho por el señor Patrullero GOMEZ SILVA guarda total coherencia, toda vez que en dicha filmación observamos, que fue en la vía pública al lado del Aparta - Hotel PLENITUD donde una patrulla policial detiene a un vehículo tipo camión, con carpa, que de la patrulla policial descienden cinco policiales y abordan dicho camión; en el vehículo camión se suben en la cabina dos policiales junto con el conductor de éste y los demás uniformados se regresan en la camioneta policial, notándose que dicho camión lo hacen cambiar de rumbo, haciéndolo devolver, para llevarlo a la subestación policial de Tienda Nueva.

Este despacho tiene total certeza del hecho, de acuerdo al material probatorio obrante en el plenario que el procedimiento policial con el vehículo tipo camión, carpa negra, color azul, existió; tal y como lo aceptaron todos los investigados que fue llevado hasta la subestación de Policía Tienda Nueva; además que los dichos del señor Patrullero GOMEZ SILVA fueron dados a conocer de manera libre y espontánea, tanto en la oficina de control disciplinario interno del Departamento de Policía Valle, como ante la Fiscalía General de la Nación, donde estuvo acompañado por su defensor de confianza, y en todas sus diligencias ha sido enfático y claro en afirmar que el procedimiento con el camión se realizó, que percibió con sus sentidos que en este vehículo se transportaban pacas de pañales y dentro del mismo, en el centro, en medio de los pañales se transportaba un cargamento de cannabis sativa, comúnmente conocido como marihuana.

(...) Ahora los defensores pretenden hacer ver y creer, que lo referido por el policial GOMEZ SILVA, son historias mitómanas e inventadas, guiones hechos por el personal de inteligencia de la policía y dados a conocer al policial para que los recite ante el operador disciplinario, lo cual es desertado aceptar dicha tesis, puesto que éste uniformado de manera libre, consiente y voluntaria los ha narrado tanto en fiscalía en interrogatorio de indiciado en presencia de defensor de confianza, como en la oficina de control interno disciplinario, donde no es requisito sine qua non la presencia de abogado para su defensa, no obstante su interrogatorio de indiciado se ha arrojado al plenario como prueba trasladada donde el institucional refiere los mismos hechos irregulares en que se vio inmerso junto a sus compañeros Intendente JOSE EDINSON LOPEZ BERNAL, Intendente ALEXANDER ANDRES MURILLO, Subintendente JORGE ISAAC CADENA MAFLA y Patrulleros: VICTOR EMILSON BALANTA VARONA, RENE FABIAN ZAMBRANO VIVAS, JONATHAN ALFREDO ESTRADA PINEDA y JOSE JAVIER PEÑA RODRIGUEZ; contra los cuales hace imputaciones directas bajo la gravedad de juramento, que estos actuaron activamente en el procedimiento donde finalmente se apropiaron en provecho suyo de la sustancia sicoactiva, así como de pacas de pañales donde iba camuflada dicha marihuana.(...)

(...) Como se puede ver se tiene una correspondencia y coherencia de lo dicho por el señor Patrullero GOMEZ SILVA desde que inician los hechos y como no creerle si sus dichos son corroborados por los demás medios de prueba, las minutas de servicios donde se registra que los referidos uniformados todos estaban laborando en esa unidad, estaban de servicio y que concurren al procedimiento en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, por ende no es de buen recibo que los defensores prediquen que todo el procedimiento existió a excepción del hallazgo de la sustancia prohibida y los pañales, porque no se obtuvo la real existencia de ellos, olvidando los defensores que los investigados se apropiaron de la sustancia ilícita y de parte de los pañales, y a toda costa los ocultaron para que no fueran de conocimiento de la autoridades competentes y superiores.

No es de buen recibo el argumento de los defensores que si no hay una real aprehensión de la sustancia ilícita y de los pañales, es porque no existieron, es decir, condicionan la demostración del hecho a una prueba específica remontándonos al olvidado sistema tarifado de prueba, cuando es bien sabido que estamos en el sistema de libertad probatoria regido por las reglas de la sana crítica y es así como de la existencia del alucinógeno y de su posterior apropiación, se logra demostrar a través del testimonio de quien también participó en el hecho, además de que bien se sabe que se apropiaron de estos en su beneficio, lucro personal y los desaparecieron. La ley procesal no le fija al juez que para probar que estos hechos hayan existido, se tenga que tener una aprehensión física, cuando un testimonio es un medio idóneo para corroborar tal hecho, con el cual se cuenta en el presente caso, el del señor GOMEZ SILVA, quien concurrió al lugar de los hechos de manera personal y a través de sus sentidos se percató de estos, toda vez que los manipuló.

Es importante resaltar que la ley no le fija al juez con cuantos testimonios o pruebas puede llegar a la real convicción del hecho, ya que son las reglas de la experiencia, la lógica la sana crítica y ese sin número de aspectos que giran en torno al hecho, que hacen que se le dé total credibilidad a una prueba, tal y como ocurre en el presente evento, que de la existencia del hallazgo de la aludida Marihuana (*Cannabis sativa*) y los pañales, se cuente sólo con la jurada del señor GOMEZ SILVA, no obstante todo ese contorno que rodeó el hecho, hace que el operador disciplinario llegue a la plena convicción y certeza de que los vicisitudes se presentaron de esa manera (...)

4. ANÁLISIS DE LOS CARGOS DE VULNERACIÓN.

4.1. Desconocimiento del Derecho de Defensa.

El reparo planteado por la parte actora, de acuerdo al concepto de violación de la demanda corresponde a la presunta expedición irregular de los actos administrativos demandados, teniendo en cuenta que en el curso del proceso Operador Disciplinario otorgó a la versión libre prestada por el señor GÓMEZ SILVA el carácter de confesión, lo que implicó una vulneración de los derechos a la defensa y al debido proceso de los investigados, toda vez que no se dio cumplimiento a las reglas que regulan la práctica de la confesión como medio de prueba autónomo y adicionalmente se desconocieron varias situaciones que evidenciaban un vicio en el consentimiento del declarante.

No obstante lo anterior, el Despacho encuentra que el cargo de vulneración referenciado no se encuentra llamado a prosperar en razón a los argumentos que pasan a exponerse:

En primer término, debe precisarse que en el juicio disciplinario no se otorgó el carácter de confesión a la versión de los hechos presentada por el señor GÓMEZ SILVA ya que fue incorporada al trámite procesal como prueba testimonial; fue puesta en conocimiento de los servidores de Policía investigados desde el momento de su vinculación formal al proceso disciplinario y posteriormente decretada como prueba en el auto de citación de audiencia pública siendo practicada en la diligencia llevada a cabo el 16 de enero de 2015.

Sobre este particular, se resalta que la versión de los hechos del señor GÓMEZ SILVA fue presentada en distintas etapas procesales tanto de la investigación disciplinaria como de la averiguación penal efectuada en razón de los hechos.

En efecto, la primera intervención del declarante se produjo en la entrevista practicada el 29 de mayo de 2014 en el marco de la indagación preliminar

adelantada por la Oficina de Control Interno disciplinario del Departamento de Policía Valle 2014 (fls. 84 al 90 cdno. de pruebas). En dicha diligencia se puso en conocimiento del Patrullero su garantía constitucional a la no autoincriminación conforme a lo dispuesto por el artículo 33 de la Constitución Política, las consecuencias penales que conlleva rendir falso testimonio y se le advirtió que su intervención se realizaba bajo la gravedad del juramento.

En segundo lugar, el señor GÓMEZ SILVA rindió declaración dentro de la investigación penal adelantada por la Fiscalía 162 Seccional de Cali el 27 de junio de 2014 (fls. 155 al 163 cdno. Pbas.) en dicha diligencia al advertirse los señalamientos que comprometían su responsabilidad se suspendió la diligencia y se procedió a practicar un interrogatorio de indiciado, en los siguientes términos:

(...) Teniendo en cuenta que el señor GOMEZ SILVA aporta información que compromete su responsabilidad en los hechos investigados se suspende la diligencia de entrevista para dar inicio a interrogatorio a indiciado: (...)

(...) Ante la suscrita servidora de Policía Judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de Cali Valle, hoy veintisiete (27) de junio de 2014, siendo las once y veinte de la mañana (11:30 horas) y teniendo en cuenta que el señor Patrullero GOMEZ SILVA JOSE HAROLD requiere aportar información a la presente indagación que compromete seriamente su responsabilidad en los hechos investigados el mencionado señor, en compañía de su abogada, doctora LUZ KARIME CARVAJAL CASTRO identificada con cédula de ciudadanía número 38.604.198 y portadora de la Tarjeta Profesional número 216008 del C.S.J., quien se puede ubicar en la Avenida las Américas No. 21-22 Edificio Calima, Oficina 201, teléfono 3013312047, quien asiste en calidad de Defensora de confianza y con el objeto de llevar a cabo diligencia de interrogatorio a indiciado. Se aclara que el presente interrogatorio es practicado atendiendo lo ordenado por el Fiscal 162 Seccional delegado ante la Subdirección de Policía Judicial de esta ciudad y que el indiciado se encuentra presto a ser escuchado por la suscrita servidora con la anuencia de su defensora. Así entonces se procede a escucharlo, una vez más se le dan a conocer sus derechos de conformidad con lo reglado en el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal, entre ellos el de guardar silencio y los efectos de esta diligencia en cuanto a impugnar la credibilidad en un momento dado si la versión difiere de lo dicho en el juicio si así ocurriere y en caso de llegar al mismo. No obstante el indiciado señala que desea libremente ser escuchado y que se lleve la investigación teniendo en cuenta también su versión sobre lo ocurrido. Se le informa igualmente sobre su derecho a no declarar en contra de sí mismo, ni contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, pero que si hace cargos a terceros estos es bajo la gravedad del juramento. Reitera entonces que no hace uso de su derecho a guardar silencio, motivo por el cual se procede al interrogatorio (...)

En tercer lugar, la declaración del señor GÓMEZ SILVA fue recibida en la versión libre practicada el 5 de agosto de 2014 en la cual, al reiterarse los señalamientos efectuados en la diligencia de 29 de mayo de 2014 se procedió a tomarle juramento (fl. 247 cdno. 1ª):

(...) al estar realizando señalamiento concretos el disciplinado se le amonesta previamente y se procede a tomar juramento; indicándole la responsabilidad penal que asume con el mismo, por cuya gravedad prometió decir la verdad sólo la verdad y nada más que la verdad (...)

En cuarto lugar, el señor GÓMEZ SILVA fue escuchado la audiencia pública llevada a cabo en el trámite del proceso disciplinario el 16 de enero de 2015, diligencia en la cual se puso de presente que comparecía bajo la gravedad del juramento y la garantía de no autoincriminación que lo cobijaba (fls. 470 al 473

cdno. 1ª).

En este contexto, se tiene que la versión de los hechos inicialmente presentada por el ahora accionante el 29 de mayo de 2014, bajo la gravedad del juramento y una vez advertido sobre las implicaciones que podrían tener sus afirmaciones, fue ratificada en tres instancias procesales adicionales sin que se llegase a presentar una retractación del declarante.

De igual forma, tal como se previó en el fallo disciplinario de segunda instancia, la declaración del accionante se produjo igualmente en sede penal donde renunció de forma expresa a la garantía de declarar contra sí mismo y manifestó su voluntad libre y espontánea de continuar con sus acusaciones en presencia de su defensora de confianza.

Aunado a lo anterior, en la diligencia de 16 de enero de 2015, el señor GÓMEZ SILVA tuvo la oportunidad de ser interrogado por los apoderados del resto de disciplinados. En dicha intervención el declarante se limitó a efectuar precisiones sobre los hechos ocurridos pero en ningún momento manifestó retractarse de sus acusaciones o cuestionar la veracidad de éstas.

Las anteriores situaciones, conllevan a inferir que además de la versión libre practicada el 5 de agosto de 2014, el operador disciplinario tuvo en cuenta las demás intervenciones realizadas ante las distintas instancias disciplinarias y que fueron incorporadas en debida forma al trámite.

En efecto, contrario a lo expuesto con la demanda se tiene que la prueba obrante en la investigación penal fue debidamente trasladada al procedimiento disciplinario tal como se resolvió mediante auto proferido en la audiencia de práctica de pruebas de 16 de enero de 2015, el cual no fue objeto de recursos (fl. 456 cdno. 1ª).

Finalmente, si en gracia de discusión se aceptase que la versión libre recaudada el 5 de agosto de 2014 fue indebidamente catalogada como una confesión que se utilizó en contra de los investigados, debe precisarse que la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ ha señalado que en los eventos en que este tipo de intervención conlleva a la acusación de terceros y en consecuencia es objeto de juramento, se convierte en una prueba testimonial que adquiere validez como mecanismo de atribución de responsabilidad disciplinaria:

(...) Ahora, una vez el patrullero Helber Andrés Ramírez García expuso sus argumentos frente a los hechos que estaban siendo materia de investigación disciplinaria, al observar el operador disciplinario que con su declaración se estaba implicando a otras personas, este, en su deber legal, decidió tomarle el juramento, en tanto que dicha diligencia se convirtió en un testimonio frente a terceros, siendo obligatorio hacerlo bajo la gravedad del juramento. Lo cual se corrobora de la siguiente manera (...)

(...) Así las cosas, encuentra la Sala que, contrario a lo afirmado por la parte actora, no se le ha vulnerado el derecho al debido proceso en el trámite de la versión libre, en tanto que, como se demostró, se le puso en conocimiento al señor Ramírez García, al momento de efectuar su versión, el principio de la no autoincriminación al que tenía derecho y el operador disciplinario al formularle las preguntas siempre reiteró que era

⁵CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00094-00(0369-12)

su voluntad o no responderlas. **Aunado a ello, se observa que al actor no se le tomó el juramento al rendir la versión libre, sino que dicho acto se realizó cuando la diligencia se convirtió en una declaración frente a terceros, es decir, en un testimonio, diligencia en la que sí es imperativo, como lo consagra el artículo 266 de la Ley 600 de 2000, razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar. (...)**

De esta forma, aunque la asiste razón a la parte accionante cuando sostiene que la versión libre ha sido reconocida por la ley y la jurisprudencia como un mecanismo de defensa del acusado, resulta igualmente cierto, conforme a los parámetros jurisprudenciales expuestos, que en los eventos en que se presentan afirmaciones que comprometen responsabilidad de terceros la intervención se constituye en un testimonio que goza de veracidad al percibirse bajo la gravedad del juramento.

La anterior situación, aunada a la actuación efectuada por el señor GÓMEZ SILVA en la diligencia penal en la que manifestó expresamente su voluntad de ser escuchado y de que se tomara en cuenta su versión sobre lo ocurrido en la investigación adelantada, conllevan a inferir que en el presente caso no se presentó una vulneración al debido proceso ni un desconocimiento al derecho de contradicción y defensa de los demás investigados máxime si se tiene en cuenta que éstos tuvieron la oportunidad de controvertir la declaración en el trámite del proceso disciplinario en la audiencia celebrada el 16 de enero de 2015.

De otro lado, frente al segundo argumento que integra el cargo de vulneración del derecho de defensa, se advierte que la parte accionante no logró acreditar que la versión de los hechos bajo análisis se encuentra afectada por vicios del consentimiento o que fue suministrada bajo la influencia de sustancias psicoactivas como se manifiesta en el concepto de vulneración.

Si bien, con la demanda se afirma que varios testigos presenciaron el estado de afectación psíquica en que se encontraba el accionante al momento de rendir su versión libre, tanto en el procedimiento disciplinario como en la presente actuación no se allegaron pruebas que acrediten dicha situación.

Igualmente, la parte accionante afirma que el señor GÓMEZ SILVA fue coaccionado por parte de sus superiores, específicamente por el Jefe de Investigación Criminal – DEVAL para rendir una declaración en la que aceptara la responsabilidad en los hechos investigados y que inculpara de los mismos a sus compañeros.

Sobre el particular, al proceso se aportó la declaración rendida por el Jefe de Investigación Criminal – DEVAL, DIEGO MAURICIO MARÍN (fls. 481 cdno. 1ª), el cual se pronunció sobre las conversaciones que sostuvo con el señor GÓMEZ SILVA, en los siguientes términos:

(...) Indique sobre los hechos que trataron y si usted le sugirió al patrullero algún procedimiento que debía adelantar inmediatamente: CONTESTO: Tratamos los hechos ocurridos anteriormente con el vehículo que fue retenido por personal de la SIJIN y lo que yo le sugerí al patrullero es mantener su versión o testimonio para que sirviera más adelante para la investigación tanto penal como disciplinariamente, el señor patrullero me acompañó a la fiscalía y él es el testigo que esos hechos se pusieron en conocimiento de la autoridad correspondiente. (...)

(...) Hablamos de los hechos, la existencia y ocurrencia de esos hechos, le pregunte si conocía a las unidades que estaban de civil para tratar de identificar algún policial de

la SIJIN, el me manifestó que se sentía con temor con mucho miedo por su vida y por su familia y me comento lo que él había participado y lo que él tenía conocimiento de ese hecho, dando me suficiente criterio para llevarlo ante un Fiscal para que él realizara su respectivo análisis y tuviera a bien iniciar la respectiva investigación, posterior de escucharlo el señor fiscal decide abrir la noticia criminal (...)

Del análisis de la declaración transcrita se infiere que el encuentro que tuvo el señor DIEGO MAURICIO MARÍN con el señor GÓMEZ SILVA es insuficiente para demostrar una coacción por parte de las autoridades policiales.

Si bien, el declarante aceptó haber tenido contacto con el señor GÓMEZ SILVA con el objeto de discutir asuntos de naturaleza laboral y sobre la necesidad de poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación las irregularidades presentadas al interior de la estación de tienda nueva, de dicha actuación no se desprende la intención de condicionar la conducta del ahora accionante.

De lo afirmado por el Jefe de Investigación Criminal – DEVAL no se infiere una intención distinta a la de poner en conocimiento de las autoridades competentes las irregularidades advertidas por el señor GÓMEZ SILVA y de las preocupaciones de éste último sobre su seguridad y la de su familia, situación que lo llevó a requerir su reubicación laboral.

En consecuencia, se concluye que en el presente proceso no se demostró la existencia de un vicio del consentimiento que afectara la conducta del declarante, toda vez no se aportaron elementos que comprobaran que rindió sus diversas versiones bajo la influencia de sustancias psicoactivas o por la coacción de sus superiores tal como se expuso en la demanda.

4.2. Falsa motivación del fallo disciplinario por indebida valoración y calificación de la prueba testimonial del señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA.

Como segundo cargo de vulneración, la parte accionante sostiene que, si bien, la falta disciplinaria adjudicada a los accionantes se configuró presuntamente al encontrarse acreditada su participación en delito de peculado por apropiación, la declaración rendida por el señor JOSÉ HAROLD GÓMEZ SILVA no tiene la validez legal para demostrar que éstos tuvieran a su cargo la custodia de bienes estatales razón por la cual no se estructuraron los verbos rectores que constituyen la conducta punible.

Sobre este punto se sostiene que además de la falta de capacidad procesal de la versión libre para demostrar la culpabilidad de los accionantes, en el relato no se estableció una incautación de drogas ilícitas que permitiera considerarlos como custodios o administradores del cargamento.

Frente a este aspecto particular, en el fallo disciplinario se llevó a cabo la adecuación de la conducta desplegada por los investigados en los siguientes términos: (fls. 12 al 87 cdno. 1):

(...) Es así, que para la configuración del punible antes señalado la jurisprudencia ha indicado que no solamente se configura dicho ilícito cuando el servidor público se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, cuya administración, tenencia o custodia material o jurídica se le haya confiado por razón o con ocasión de

sus funciones, sino que también se necesita que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función, ubicándolo en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma traducidos en actos de señor y dueño, así no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración, pues las facultades de manejo en el empleado público, no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la Constitución, cuando los destinatarios son servidores del Estado, -tal como sucedió en el caso en estudio- al surgir de las pruebas obrantes que de acuerdo a la función de control policial¹⁶ en la jurisdicción del Corregimiento de Tienda Nueva, nacía la disponibilidad sobre los bienes que se pudieran hallar y que por sus connotaciones derivasen en la comisión de conductas ilícitas.

Respecto al deber que tenían los investigados de informar el hallazgo de los elementos (pacas de pañal y estupefaciente-marihuana), se desprende con claridad meridiana que estos eran conocedores plenamente del deber que tenían de reportar a los superiores el hallazgo, pues se trata de profesionales de policía y el hecho a informar resultaba de trascendencia para la Policía Nacional en el marco de la estrategia integral contra el narcotráfico.

Es claro como lo ha reiterado la Corte en su Sala de Casación Penal, en materia del ingrediente normativo de la relación funcional, que la ley en la definición de peculado indica o emplea la frase "con ocasión de sus funciones", que hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., con lo que no puede entenderse en un sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas de manera rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad de la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración.

Para esta instancia es claro que el sujeto activo del delito son los servidores públicos IT. LOPEZ BERNAL JOSE EDINSON, IT. MURILLO ALEXANDER, SI. CADENA MAFLA JORGE ISAAC, PT. ESTRADA PINEDA JONATHAN ALFREDO, PT. BALANTA VARONA VICTOR EMILSON, PT. PEÑA RODRIGUEZ JOSE JAVIER, PT. GOMEZ NARVAEZ JOHN ALEXANDER, PT. ZAMBRANO VIVAS RENE FABIAN y PT. GOMEZ SILVA JOSE HAROL y entre estos sujetos y el objeto material, -en este caso las pacas de pañal y el estupefaciente - existió el elemento normativo del tipo como es "la relación especial de disponibilidad", reflejada en la expresión custodia de los bienes en virtud de la existencia de una relación jurídica o material surgida con ocasión de las funciones oficiales que se ejecutaban en el Corregimiento de Tienda Nueva.

De esta manera, como también lo ha reiterado la doctrina, el peculado es ante todo la violación de un deber funcional, expresión que implica que el bien ha entrado previamente al ámbito de la administración pública, de allí que en el punible de peculado la característica esencial es la conducta de apropiación del bien, violando el deber funcional público y que la posesión, tenencia, custodia o disponibilidad jurídica se haya llegado por deber de sus funciones o con ocasión de ellos.

Así las cosas, claro es que los investigados tenían una relación funcional como servidores públicos con el objeto material del delito hoy enrostrado, pues precisamente en ejercicio y con ocasión de estas funciones se hayo el estupefaciente y las pacas de pañal que fueron objeto de apropiación por los hoy convocados, pues como también lo ha indicado la Sala Penal de la Corte desde la sentencia de fecha 3 de agosto de 1976, la relación funcional no se desprende de manera necesaria de las funciones expresamente previstas en la ley, resolución, cláusula o reglamento, sino que también puede derivarse de aquellos casos en los cuales la disponibilidad del bien haya surgido en virtud de sus deberes funcionales que le asisten al agente en una situación determinada.

No existe duda que los aquí disciplinados se apropiaron bajo ese factor funcional (elemento normativo del tipo penal) de unos elementos (marihuana - pacas de pañal) cuando cumplían y desarrollaban funciones de Policía con directrices claras, como integrantes de la Fuerza Pública, quienes además ostentaban la calidad de servidores públicos y que en dicha condición cumplían con un mandato constitucional derivado del artículo 218 de la Carta Política. (...)

(...) Por lo anterior, es importante señalar que esa custodia que se originó sobre dichos bienes, se derivó precisamente de ese deber funcional que se tiene por mandato legal y que para el caso en particular se originaba de lo contemplado en la LEY 62 DEL 93 Art. 1 Finalidad. La Policía Nacional, como parte integrante de las autoridades de la República y como cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Por lo que estaban obligados a cumplir con los deberes, tareas y funciones propias de su investidura, de allí que hubiesen efectuado - como se indicó- el reporte de los elementos, situación que no se presentó con el hallazgo de las pacas de pañal y estupefacientes en la ejecución de la misma, conociendo de antemano su origen ilegal. Precisamente en cumplimiento de los deberes funcionales por demás legales y legítimos, se infiere que se encuentra más que satisfecho el presupuesto referido que llevaban a cabo un acto propio no solo del servicio como tal, sino también atinente a sus funciones policiales y que con ocasión de ellas fue precisamente cuando ocurrió el hallazgo en desarrollo de las actividades mencionadas. Ahora, una vez los uniformados incautaron las pacas de pañales y el estupefaciente, convinieron en su apropiación, para lo cual era imprescindible contar con la anuencia de todos los que se encontraban en la estación de Policía, cuya proximidad, se insiste, permitió la percepción del suceso, todo con el fin de evitar que alguno de ellos abortase lo que parecía fácil logro. Sólo ello explica que los elementos, como correspondía acorde con su calidad de miembros de la Fuerza Pública, no hubiesen sido puestos a disposición de las autoridades competentes con el fin de investigar su, hasta ese momento, inexplicable procedencia, o que alguno de los policiales involucrado hubiera dado por lo menos cuenta de la aprehensión del conductor del vehículo tipo camión. A cambio de ello, algunos optaron en sus versiones por negar tozudamente el suceso y otros ni siquiera presentaron sus dichos, hecho que pone en evidencia el acuerdo celebrado. De ahí que, este operador convenga la responsabilidad disciplinaria para todos, sin hacer diferencias porque es evidente que después de que se hallaron los elementos en el vehículo tipo camión, surgió un acuerdo entre todos para apropiarse de los bienes, actualizando con ello la conducta de peculado por apropiación por la cual se los acusó (...)

(...) De igual forma también se encuentra más que satisfecho el presupuesto atinente a que lo realizado fue en ejercicio de un acto propio de sus funciones y precisamente en ejercicio de esa labor publica fue que hallaron los bienes para proceder a efectuar su apropiación a través de la distribución de los pañales y el ocultamiento de la marihuana en las instalaciones policiales. (...)

(...) Complementando lo anterior, debe indicarse que la calidad de bienes no es el referente que delimita el punible, sino precisamente la función que atañe al servidor público, en el sub examine el miembro de la Fuerza Pública que en desarrollo de una actividad propia de su labor publica, en el cumplimiento de su función constitucional, le impele actuar conforme a la ley. Así las cosas, la custodia no solo se adquiere con delegación expresa o por mandato, sino del mismo deber constitucional y legal.

Esto hace improcedente la tesis de la atipicidad de la conducta bajo el entendido que no se trataba de bienes del Estado o que dentro de sus funciones no estaba la de administrar o custodiar, en razón a que estos bienes no les fueron entregados para tales fines, como así lo pretenden hacer ver. (...)

Del análisis de las consideraciones expuestas, se tiene que en el caso concreto la custodia de los bienes incautados, denominada en el ámbito disciplinario como “disponibilidad” no surgió de una atribución o competencia previamente consagrada en la ley, sino que se derivó del ejercicio de deberes funcionales que le asistían a los demandantes en el marco del operativo policial realizado el 9 de

mayo de 2014.

De esta forma, la valoración de la conducta desplegada por los ahora accionantes se basó en una adecuación típica realizada por el operador disciplinario tomando parámetros de interpretación fijados por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En dicho ejercicio se consideró que para la configuración de la conducta de peculado no resultaba necesario que a los disciplinados se les hubiere asignado previamente la custodia del bien, toda vez que de acuerdo a la jurisprudencia la “disponibilidad” de éste podía adquirirse con posterioridad, en ejercicio de las funciones propias del cargo.

En consecuencia el Despacho encuentra que en los fallos de primera y segunda instancia se realizó una interpretación legalmente viable de la situación fáctica y jurídica de los investigados que no puede calificarse en sede judicial como contraria o los postulados del debido proceso.

En este punto, se reitera que de acuerdo a la ya citada jurisprudencia del Consejo de Estado los actos administrativos de contenido disciplinario *“solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro del procedimiento impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de contradicción y defensa de quien pueda resultar afectado con su expedición, es decir, que la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso administrativo puede ser decretada únicamente cuando dentro del proceso para su elaboración se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que vulneren garantías constitucionales”*.

4.3. Declaración de parte del señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA.

La parte accionante considera que los fallos disciplinarios se fundamentaron en motivos inexistentes, toda vez que el señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA, en la audiencia pruebas realizada dentro del presente medio de control el 3 de abril de 2019 declaró bajo la gravedad del juramento que las circunstancias de modo, tiempo y lugar descritas en la versión libre no correspondían a la realidad.

La declaración del accionante fue decretada en aplicación de lo estipulado en los artículos 191 y 198⁶ del CGP. Sobre este aspecto particular es necesario resaltar que el Código General del Proceso introdujo algunas modificaciones al régimen legal del interrogatorio de parte. Estos cambios han implicado el reconocimiento por el legislador de la declaración de parte como medio probatorio autónomo y en consecuencia la posibilidad de citar a declarar a la propia parte.

La postura tradicional frente a la declaración de parte, elaborada al amparo del CPC, suponía admitir que cada parte podía citar a la otra a interrogatorio, a efectos de lograr exclusivamente su confesión; esta postura implicaba entender igualmente

⁶ Artículo 191. requisitos de la confesión. (...) la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas (...)

Artículo 198. interrogatorio de las partes. el juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso. (...)

que aquellas manifestaciones que no fueran confesión no debían ser tenidas en cuenta por el juez, pues ya las partes habían fijado su posición en los correspondientes actos introductorios.

Al respecto, el artículo 191 del CGP, en su inciso final, expresamente estableció que *“la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”*. A partir de esta disposición se ha concluido que el CGP efectivamente consagró la declaración de parte como medio probatorio autónomo.

En este contexto, en audiencia de pruebas llevada a cabo el 3 de abril de 2019, (fls. 711 al 715 cdno. 1A) tal como se expuso en la transcripción realizada por la parte accionante en el escrito de alegatos de conclusión obrante a folios 741 al 742 cdno. 1B el demandante rindió declaración afirmando lo siguiente:

(...) Le dejamos también claro el artículo 33 de la constitución lo ampara a Usted para lo siguiente: nadie podrá ser obligado a declarar contra sí Mismo o contra su conyugue, compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad o primero civil razón por la cual al momento que le estén haciendo preguntas si está usted en contra de que la respuesta sea para declarar contra sí mismo o contra estos parientes usted no está en la obligación de contestar y me aduce por favor el artículo 33 y pasamos a la siguiente pregunta correcto(...)

(...) Apoderado parte demandante Preguntado: de Minuto (14:21:12) hasta el minuto (14:21:40) ¿señor JOSE HAROLD GOMEZ SILVA, usted en fecha cinco (5) de agosto del 2014, rindió una declaración por los hechos ocurridos, con ocurrencia del día nueve (9) de mayo del 2014, en donde manifestó la comisión y el modos operandi de un aparente delito, pregunta: porque narro usted esos hechos?

Contestado: A minuto (14:21:41) hasta el minuto (14:22:09) JOSE HAROLD GOMEZ SILVA, fue enfático en Contestar: yo narre esos hechos cierto pero estaba totalmente equivocado.

Apoderado parte demandante Preguntado: de Minuto (14:22:10) hasta el minuto (14:22:16) ¿le quiere usted aclarar al despacho porque dice que estaba equivocado?

Contestado: A minuto (14:22:16) hasta el minuto (14:22:53) JOSE HAROLD GOMEZ SILVA, fue enfático en Contestar: pues realmente lo que paso no fue así.

Juez Preguntado: de Minuto (14:22:54) hasta el minuto (14:22:57) explíquenos bien para que nos evitemos pregunta tras pregunta.

Contestado: A minuto (14:22:58) hasta el minuto (14:25:03) JOSE HAROLD GOMEZ SILVA, fue enfático en Contestar: aproximadamente yo llegue a trabajar a la estación de policía de tienda nueva en el 2013, cuando yo llegue a trabajar a la estación de policía en el 2013, yo salía de una contraguerrilla ósea en estos momentos es un encar, entonces cuando yo hice presentación allá los compañeros me hacían mucho bulín, me cogían de recocha que porque yo salí de un encar donde yo no sabía nada en casos de vigilancia, que no sabía nada en la calle entonces salí yo trabajar muchas veces con ellos en la comunidad, ante la comunidad ellos me hacían quedar mal como si yo no sabía nada entonces en esos momenticos se empezó a crear como una espinita que yo estaba en un entorno pues que a mí no me correspondía fue así que tuve muchos problemas con mis compañeros llegamos a chocar mucho, también con mi intendente LOPEZ yo le pedí que me colaborara con un traslado el siempre que yo le tocaba el tema el nunca, nunca me colaboraba, el solamente me sacaba por un lado o por otro y yo siempre seguía chocando con mis compañeros ahí ese rose así ellos siempre me hacían la bulla ante la comunidad, entonces todo eso se me fue creando como una rabia, una espinita que yo en cualquier momento me la tenía que sacar y pues me llego el momento que fue el cinco (5) de agosto del 2014, aquí en la oficina de disciplina de la Deval aquí en Cali donde yo altere los hechos que ocurrieron el nueve (9) de mayo del 2014, y yo sé que todo lo que yo hice lo hice fue por rabia por

odio por todo lo que mis compañeros me hacían porque pues yo era como el bobito de la estación para ellos por haber salido de un ENCAR y no tener conocimiento de lo que yo estaba haciendo en la calle.

Juez Preguntado: de Minuto (14:25:03) hasta el minuto (14:25:07) ¿en ese momento de esa declaración usted estaba bajo la gravedad del juramento?

Contestado: A minuto (14:25:07) hasta el minuto (14:25:10) JOSE HAROLD GOMEZ SILVA, fue enfático en Contestar: e si señora.

Juez Preguntado: de Minuto (14:25:11) hasta el minuto (14:25:21) bueno, nosotros una vez examinado el expediente observamos que las declaraciones que se rindieron en ese entonces no fueron bajo la gravedad de juramento para que nos quede radicado en este estado de la diligencia.

Apoderado parte demandante Preguntado: de Minuto (14:25:22) hasta el minuto (14:25:59) ¿luego entonces lo que usted está manifestando hoy tres (3) de abril es que usted dio esa versión de hechos ocurridos nueve (9) de mayo, pero esa versión la rindió el día cinco (5) de agosto del 2014, lo que usted quiere manifestar ahí es que esa versión no fue verdad?

Contestado: A minuto (14:25:59) hasta el minuto (14:26:00) JOSE HAROLD GOMEZ SILVA, fue enfático en Contestar: correcto

Apoderado parte demandante Preguntado: de Minuto (14:26:03) hasta el minuto (14:26:09) ¿usted actualmente está consumiendo algún medicamento o se siente coaccionado?

Contestado: A minuto (14:26:10) hasta el minuto (14:26:11) JOSE HAROLD GOMEZ SILVA, fue enfático en Contestar: no señor

Apoderado parte demandante Preguntado: de Minuto (14:26:12) hasta el minuto (14:26:15) ¿usted está rindiendo esta versión libre y espontáneamente?

Contestado: A minuto (14:26:16) hasta el minuto (14:26:59) JOSE HAROLD GOMEZ SILVA, fue enfático en Contestar: si señor yo en estos momentos estoy rindiendo la versión libre y sé que los problemas judiciales y penales que me acarrea pero la verdad quería como quitarme este peso por todo lo que mis compañeros me hicieron y quería dejar las cosas muy claras. (...)

Ahora bien, una vez establecido el decreto y la práctica de la declaración de parte, en el presente proceso resulta pertinente efectuar algunas consideraciones relacionadas con la valoración de este medio de prueba.

Sobre este aspecto particular, la Doctrina⁷ ha establecido que la introducción de la declaración de parte como mecanismo de prueba contrasta con la falta de una reglamentación expresa por parte del CGP sobre la forma en que se debe practicar y valorar dentro del proceso.

Ante esta situación, se ha destacado la formulación de 3 tesis en la Doctrina Nacional sobre las reglas que deben aplicarse para la producción y la valoración del medio de prueba bajo análisis:

⁷ SANABRIA VILLAMIZAR Ronald Jesús y JIMÉNEZ ESCALANTE Jessica Tatiana. "La declaración de parte como medio de prueba en el derecho procesal civil iberoamericano. Aportes para su estudio en el código general del proceso colombiano". Artículo de Investigación publicado en la Revista "Academia & Derecho", Año 9, N° 16, 2018, pp. 67-102. Documento disponible en Internet en:

<http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/download/304/298> (consultado el 11 de abril de 2019).

(...) La declaración de parte como medio de prueba autónomo requiere, como cualquier otro, de reglas de producción probatoria; en caso de no estar reguladas expresamente por el ordenamiento jurídico, le corresponde al juez crearlas, teniendo siempre como guía los derechos constitucionales fundamentales de carácter procesal (el debido proceso⁸ como concepto general, compuesto por garantías como el derecho de defensa, la contradicción, la publicidad)⁹. Dicho de otra manera, para que un objeto transmisor de conocimiento (fuente de prueba) pueda servir como base epistémica en el marco de una decisión judicial o administrativa para decidir si un hecho ha quedado demostrado jurídicamente se requiere que haya cumplido a cabalidad cada una de las reglas que componen las fases probatorias al interior del proceso: i) solicitud o proposición, ii) derecho, iii) práctica y iv) valoración.

Más allá de la regla de valoración mencionada ("la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de pruebas"), el Código General del Proceso no reguló las demás reglas de producción probatoria para el ahora autónomo medio de prueba de la declaración de parte. Posible anomia que genera gran incertidumbre respecto de cuáles son los requerimientos que harían posible allegar al proceso como medio de conocimiento el dicho de las partes.

A continuación, se enunciarán las tesis que han sido expuestas por la doctrina colombiana para resolver la problemática acerca de las reglas de producción del medio de prueba de la declaración de parte.

Primera tesis¹⁰. La parte como el mejor testigo (usualmente es quien mejor conocimiento tiene de los hechos¹¹). Según esta posición, la prueba testimonial corresponde al género, dentro del cual se encuentra como especies la declaración de parte y la declaración de terceros. En la medida que las especies están contenidas en el género, consideran quienes sostienen esta postura que las reglas de producción deben ser las mismas para ambos medios de prueba. Y atendiendo a que el CGP regula ampliamente la declaración de terceros, la declaración de parte debe surtir conforme las reglas de producción probatoria de este medio de prueba.

Una variante de esta tesis considera que la declaración de parte no es una prueba testimonial, pero debe practicarse de acuerdo con las disposiciones que regulen medios de prueba semejantes (artículo 165 CGP), como lo es la declaración de terceros. En realidad, como salta la vista, esta posición difiere de la anterior solo en el campo de teórico, pues en el aspecto práctica genera las mismas consecuencias: las reglas de producción de la declaración de parte deben ser las mismas a la declaración de terceros en atención a su similitud (en ambos casos se trata de manifestaciones dadas por personas con utilidad probatoria).

⁸ Sobre esta garantía constitucional afirma la autora Diana Ramírez "El debido proceso probatorio se compone de una serie de subprincipios que llevan la actividad del juez hacia la consecución de decisiones justas (...). Cuando el Juez es respetuoso del debido proceso, sustenta su decisión en los datos y conocimientos obtenidos a través de las diversas etapas probatorias, las que a su vez han tenido que surtir el contradictorio adecuadamente" (Ramírez Carvajal, 2013, pág. 179).

⁹ Por lo tanto, la opción de denegar el devenir de la producción probatoria de un medio de prueba por no existir reglas expresas de producción de la prueba no es válida, pues en la actualidad es ampliamente conocido el principio de libertad probatoria, adoptado por gran parte de los códigos procesales modernos, según el cual, las partes gozan de discrecionalidad para elegir cualquier medio de prueba válido (entiéndase por validez que no lesione derechos fundamentales) como fundamento cognoscitivo para demostrar un hecho, y a su vez el juez goza de libertad valorativa, teniendo siempre como derroteros los elementos constitutivos de la sana crítica (reglas de la lógica, reglas de la experiencia y reglas técnico científicas), lo que le permite analizar la producción de conocimiento sobre un hecho con base en cualquier medio de prueba aportado en debida forma al proceso. El Código General del Proceso no escapa a esta tendencia: "El Juez practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales" (artículo 165 CGP).

¹⁰ Autores como Adriana López Martínez (López Martínez, 2016) y Marco Antonio Álvarez (Álvarez Gómez, 2017) asumen esta postura.

¹¹ Al respecto señala Jordi Nieva Fenoll, que la declaración que rinde la parte será útil probatoriamente por el simple hecho de que puede ser quien mejor conozca los hechos, o al menos su coartada, por lo que a lo mejor es quien acaba ofreciendo incluso mejor información (Nieva Fenoll, 2010, pág. 237).

Segunda tesis¹². La autonomía e independencia de la declaración de parte tiene que ver con la valoración, no con la producción. Si bien la declaración de parte es autónoma de la confesión, sus reglas de producción son las mismas; lo que realmente las distingue son los criterios para valorarlas. Según esta postura, la novedad del CGP reside en la posibilidad del juez de extraer insumos epistemológicos para construir racionalmente la premisa fáctica de la decisión judicial con base en los dichos de las partes que no constituyan confesión. Pero, las reglas probatorias con las que se consigue los dichos de las partes, ya sea para generar confesión o declaración de parte, son idénticas. En conclusión, según este criterio la diferencia sustancial entre uno y otro medio de prueba reside en la valoración: de lo dicho por las partes, se valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica (declaración de parte) todo aquello que no constituya confesión (en el caso de presentarse el hecho confeso, se entenderá que es plena prueba para tener el enunciado fáctico como demostrado, a menos que se haya aportado prueba que lo desvirtúe).

Sobre la posibilidad que se practica la declaración de la propia parte, tanto los autores que sostienen la primera y segunda tesis se han pronunciado a favor.

Tercera tesis. Niega la autonomía de la declaración de parte. Según esta postura, no existe una auténtica novedad respecto de este medio de prueba en el CGP, y mucho menos se está permitiendo que al abogado pueda solicitar la declaración de su parte. Las nuevas disposiciones del CGP lo que realmente hacen es resaltar el interrogatorio de oficio que debe realizar el juez en la audiencia inicial (art 372).

Sobre la posibilidad de valoración las declaraciones de las partes que no alcancen a configuración confesión, esto ya era posible con el Código anterior, pues este tenía como piedra angular el sistema de libertad probatoria¹³.(...) Subrayado por el Despacho.

Conforme a lo expuesto, se tiene que al momento de decretar y practicar la declaración de parte del demandante se acogió la primera tesis identificada, según la cual la producción de este medio de prueba debe realizarse conforme a las reglas determinadas para la declaración de terceros.

De esta forma, atendiendo los postulados del artículo 191 del CGP, el Despacho valorará la declaración referenciada "*de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas*" lo que corresponde a la aplicación de la sana crítica para el análisis de las respuestas formuladas en el presente caso por el demandante ante los cuestionamientos presentados por su apoderado.

En primer lugar, en la audiencia de pruebas el declarante afirmó que decidió acusar a sus compañeros como represalia a los abusos psicológicos a los que fue sometido al ingresar a la planta de personal de la estación de tienda nueva, motivo por el cual inventó la totalidad de hechos declarados en sede disciplinaria.

En este sentido, se resalta que dicha versión contraría sustancialmente la tesis que fundamenta el concepto de vulneración de la demanda según la cual el accionante actuó bajo la coacción ejercida por sus superiores y por los efectos de sustancias alucinógenas.

¹² Se inclinan sobre esta posición autores como Octavio Tejeiro (Confesión, interrogatorio y declaración de parte, 2015) y Jaime Azula Camacho (Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales, 2015). En el caso de Azula Camacho, si bien no sostiene expresamente la equiparación de las reglas de producción, de la lectura integral del capítulo II titulado "Declaración de parte y confesión" (p. 166-201) de su obra se tiene que no ofrece reglas particulares para la producción de cada medio de prueba, por lo que se concluye que tácitamente asume esta postura.

¹³ Quien ha propuesto y defendido esta visión en la doctrina procesal colombiana es el profesor Ramiro Bejarano (Bejarano Guzmán, 2017); (Bejarano Guzmán, 2016).

La anterior contradicción resta credibilidad a la prueba testimonial practicada dentro de la presente actuación, toda vez que no se advierte ninguna circunstancia que permita justificar porqué desde la radicación de la demanda no se avizoraron las razones que presuntamente motivaron finalmente la acusación efectuada en sede disciplinaria.

En el presente caso, las afirmaciones presentadas en la declaración de parte además de carecer de la solidez necesaria y mostrarse incongruentes con la versión de los hechos presentados con la demanda, no cumplen con los postulados del principio de imparcialidad que rige la práctica de la prueba testimonial.

En este sentido el artículo 211 del Código General del Proceso dispone:

(...) IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. **El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”(...) Subrayado y negrilla del Despacho.**

En este contexto, el Despacho considera pertinente traer a colación el análisis efectuado por doctrinantes¹⁴ clásicos del derecho que explican en qué medida el interés del declarante en el resultado del proceso afecta la imparcialidad de la prueba testimonial:

“Siempre se ha comprendido bien que la primera condición de un buen testigo era que no estuviese interesado, material o moralmente, en el proceso. No solamente ninguno es reputado buen testigo en su propia causa”: Nullus in re sua testis intelligitur, decía la ley romana (Ley 10, De testibus); sino todavía más: Nemo tenetur edere contra se”. A su turno Framarino Dei Malatesta también postula que “El amor de sí mismo, como motivo de sospecha en el testimonio, puede ante todo manifestarse como interés personal en la causa. Cuando el resultado de la causa conduce, o bien a una utilidad personal para el testigo, o bien a una desventaja, fácilmente se comprende que el deseo de la utilidad y el temor del perjuicio, que equivale al amor de sí mismo, lo inducen a mentir, con el fin de lograr una decisión judicial que esté en armonía con sus intereses”¹⁵.

Aunado a lo anterior la doctrina¹⁶ ha sostenido:

(...) El sexto requisito, por último, de un testimonio legítimo e inconcuso, es aquel que consiste en que el que lo preste no tenga interés en mentir. Ahora bien, presúmese este interés de todo aquel de quien puede suponerse que espera un beneficio, o teme un daño, a consecuencia del resultado del proceso (...)

¹⁴ GORPHE, François. La crítica del testimonio. Quinta edición. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Reus S. A. 1971. Página 134

¹⁵ AMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Volumen II. Editorial Temis: Bogotá. 1978. Página 64.

¹⁶ ELLERO, Pietro. De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. Sexta edición. 1968. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Reus S. A. 1971.

En igual sentido la doctrina nacional¹⁷ al establecer los requisitos de veracidad de un testimonio, también observa:

(...) Igualmente, las reglas de experiencia han demostrado que cuando de los resultados de un proceso el testigo deriva provecho o perjuicio, éste tiende a mentir en su favor. Un testigo podría ser calificado como óptimo desde el punto de vista de los requisitos de ciencia, pero resultar en definitiva descartable por su falta total de moralidad, sinceridad o veracidad por el interés que tiene involucrado en el proceso (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, para el Despacho resulta claro que el interés que le asiste al accionante en el resultado del proceso resta credibilidad e imparcialidad a la versión presentada en la audiencia de pruebas, máxime si tiene en cuenta que contradice la tesis que estructura el concepto de vulneración de la demanda según la cual las acusaciones efectuadas por el señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA se produjeron como consecuencia de la coacción de sus superiores y no como una represalia ante los abusos cometidos por sus compañeros de trabajo.

5. Conclusión.

Un análisis conjunto del material probatorio allegado al proceso permite inferir que la presunción de legalidad del fallo disciplinario de primera instancia proferido el 6 de febrero de 2015 por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Valle y del fallo de segunda instancia de 2 de abril del 2015 dictado por la Inspección Delegada de la Región de Policía N° 4 dentro de la radicación DEVAL -2014-148 permanece incólume pues no se demostró que en el procedimiento de expedición de dichas decisiones se haya incurrido en los vicios de falsa motivación, expedición irregular o en una vulneración del debido proceso, motivo por el cual se negarán las pretensiones de la demanda.

6. Compulsa de Copias.

Aunque en el trámite de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 3 de abril de 2019, se advirtió que en la diligencia practicada el 5 de agosto de 2014 no se tomó juramento que obligara al señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA a decir únicamente la verdad, el análisis de fondo efectuado en la presente decisión evidencia que aunque la intervención se inició como una versión libre que no ameritaba juramentación, posteriormente al encontrarse que se comprometía la responsabilidad de terceros el funcionario instructor procedió a tomar el respectivo juramento.

Aunado a lo anterior, en las diligencias llevadas a cabo el 29 de mayo de 2014, el 27 de junio de 2014 y el 16 de enero de 2015 el señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA se comprometió bajo la gravedad del juramento a decir únicamente la verdad en las declaraciones que iba a rendir.

¹⁷ ARENAS SALAZAR Jorge. Pruebas penales. Ediciones doctrina y ley. Bogotá: 1996. Primera reimpresión. Página 142.

En consecuencia y en atención a que en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 3 de abril de 2019 el accionante afirmó bajo la gravedad del juramento que las afirmaciones presentadas en sede disciplinaria fueron ajenas a la realidad, el Despacho considera necesario compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue los presuntos delitos de fraude procesal y falso testimonio en que eventualmente pudo incurrir el señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA.

En cumplimiento de lo anterior una vez en firme la presente providencia se deberá remitir a la Fiscalía General de la Nación copia de los siguientes documentos que implican las actuaciones del señor JOSE HAROLD GÓMEZ SILVA :

- Copia de la entrevista practicada el 29 de mayo de 2014 en el marco de la indagación preliminar adelantada por la Oficina de Control Interno disciplinario del Departamento de Policía Valle 2014 (fls. 84 al 90 cdno. de pruebas).
- Copia de la declaración efectuada dentro de la investigación penal adelantada por la Fiscalía 162 Seccional de Cali el 27 de junio de 2014 (fls. 155 al 163 cdno. Pbas.)
- Copia de la diligencia de versión libre practicada el 5 de agosto de 2014 en la cual, al reiterarse los señalamientos efectuados en la diligencia de 29 de mayo de 2014 se procedió a tomarle juramento (fl. 247 al 253 cdno. 1ª).
- Copia de la audiencia pública llevada a cabo en el trámite del proceso disciplinario el 16 de enero de 2015, diligencia en la cual se puso de presente que comparecía bajo la gravedad del juramento y la garantía de no autoincriminación que lo cobijaba (fls. 470 al 473 cdno. 1ª).
- Copia de la presente providencia y del acta de la audiencia del pruebas llevada a cabo el 3 de abril de 2019 y del video de la diligencia (fls. 711 al 715 cdno. 1ª).

7. Costas.

En cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER¹⁸ la norma bajo análisis impone al operador

¹⁸ Dijo la citada sentencia: “Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”

judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación. En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Cali administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

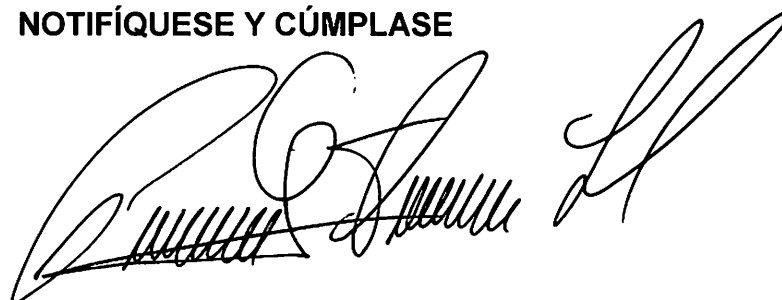
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR la condena en costas.

TERCERO UNA VEZ en firme la presente providencia compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, conforme a lo precisado en el numeral 6 de la parte resolutive de la presente providencia.

CUARTO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada esta providencia. Devolver los remanentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez