

FALTA DISCIPLINARIA FUERZAS MILITARES – Flagrancia e indisciplina gravísima / FALTA GRAVÍSIMA – Poner en riesgo su integridad personal y de los compañeros / INGERIR BEBIDAS ALCOHOLICAS – Conducta reprochable dentro del régimen disciplinario de las fuerzas militares / COMISION DE ORDEN PUBLICO- Escuadra del ejercito nacional / FALTA GRAVÍSIMA – Dolo

La Sala, una vez revisada la prueba existente, deja en claro que no existe duda que se trató de una situación de flagrancia y de indisciplina gravísima, que puso en peligro la integridad de los propios infractores y de sus compañeros, amén de la población civil y de la imagen institucional -tal y como lo señala el Ministerio Público en su concepto -, que se halla descrita como una conducta reprochable dentro del régimen disciplinario de las Fuerzas Militares y no fue sólo ingerir bebidas alcohólicas durante el servicio el sábado 10 de diciembre de 2005, en presencia de terceros, sino que se hallaban en comisión de orden público, como lo estableció la institución demandada con certificación del 8 de enero de 2010, expedida por la Sección Tercera de la Unidad Táctica, donde consta “que en el municipio de Toribio-Cauca existen comisiones de la Columna Móvil Jacobo arenas (sic) y una comisión de la cuadrilla sexta de las ONT-FARC, las cuales vienen delinquiendo en contra de la fuerza pública y de la población civil que habita sobre el sector desde el año 2004 hasta la fecha”. Existe certeza de la ocurrencia del hecho y de los responsables del mismo, entre los que se encuentra el demandante, que siendo conscientes de la irregularidad de su proceder asumieron su realización, de suerte que no hay lugar a dubitación en cuanto a que su culpabilidad es a título de dolo, como lo concluyó el resultado del proceso disciplinario, que culminó con la sanción de separación en forma absoluta de la institución. Igualmente hay convicción derivada de la prueba, que el reprochable proceder del actor fue en compañía de otros cuatro soldados profesionales, y uno de ellos -el soldado Wilson Mina Marroquín- bajo los efectos de bebidas embriagantes hizo disparos con el arma de dotación, existiendo la necesidad de llevarlos a la comandancia de policía del Municipio de Toribío, a fin de proteger a la población y a ellos mismos.

POTESTAD DISCIPLINARIA – Corresponde al estado y la ejerce la Procuraduría General de la Nación / PODER PREFERENTE - Procuraduría General de la Nación / CONTROL DE LEGALIDAD – Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo / CONTROL JURISDICCIONAL – No es restringido, limitado o formal / CONTROL JURISDICCIONAL – Es pleno y no admite interpretaciones restrictivas

Según el diseño Constitucional y legal nuestro, la potestad disciplinaria corresponde al Estado y la acción se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se le reconoce un poder preferente, que no excluye la facultad que tienen algunas entidades -como el ejército Nacional- en esta materia, pero, en ambos casos, sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ahora, la doctrina de esta Corporación ha expuesto que dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia, sin embargo, esta posición no puede ser interpretada en el sentido de limitar las facultades de control del juez contencioso-administrativo, ni de impedirle realizar un examen integral de las pruebas con base en las cuales se adoptaron las decisiones administrativas disciplinarias sujetas a su control. El Consejo de Estado ha subrayado, y desea enfatizarlo en la presente providencia, que la diferencia fundamental que existe entre la actividad y valoración probatoria del fallador disciplinario, y la actividad y valoración probatoria del juez contencioso administrativo *-en virtud de la cual el proceso judicial contencioso no puede constituir una tercera instancia disciplinaria-*

, no implica bajo ninguna perspectiva que el control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, pues debe aplicar, en tanto parámetros normativos, no sólo las garantías puramente procesales, sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes.

FUENTE FORMAL: LEY 836 DE 2003

REGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS MILITARES – Régimen especial / FUERZAS MILITARES – Régimen especial disciplinario / EJERCITO NACIONAL – Ley 836 de 2003 / FALTAS DISCIPLINARIAS DE LAS FUERZAS MILITARES – No se identifican con las del régimen general

Además del régimen disciplinario general de los servidores públicos, existen unos especiales. En efecto, con el propósito de asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos, el legislador Colombiano expidió el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), no obstante, en razón a la naturaleza específica de sus funciones, la propia Constitución otorgó al legislador la facultad para establecer regímenes especiales de carácter disciplinario, aplicables a los miembros de la fuerza pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional). En este sentido, el inciso 2º del artículo 217 de la Carta prescribe que “[l]a ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera prestacional y disciplinario, que les es propio”

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 217 / LEY 734 DE 2002

EJERCITO NACIONAL – Organización piramidal / COMANDANTE DE ESCUADRA – Último en el escalafón de mando / PROCEDIMIENTO ABREVIADO – Investigación disciplinaria / DEBIDO PROCESO – No existe violación de la ley / FLAGRANCIA – Consumo de bebidas embriagantes / FALSA MOTIVACION – No demostrado / DESVIACION DE PODER – No demostrado

No tiene asidero alguno este argumento, pues de la lectura del artículo 173 del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares, se extrae que hay lugar al proceso abreviado cuando *“el presunto infractor sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta”*, como sucedió en el *sub judice*, pero, de esta norma no se colige que es imperativo que en flagrancia deba hallar al infractor el superior con atribuciones disciplinarias como condición *sine qua non* para asumir dicho trámite, ya que el Ejército Nacional es una organización piramidal, integrado por miles de hombres que obedecen a una línea de mando, y un comandante de unidad táctica -Batallón- (que en nuestro caso es el comandante del Batallón de infantería No. 8 ‘Batalla de Pichincha’, el Teniente Coronel Javier Orlando Parra Benítez), si bien es el superior con atribuciones disciplinarias, para desempeñar su rol de comandante requiere de otros niveles de mando, representados en el comandante de compañía (para el *sub lite* el Capitán Julio Gómez Duarte-comandante de la compañía Córdoba), comandante de pelotón (en el caso que nos ocupa el Sargento José Otálora Taquinas- comandante pelotón Córdoba 3) y comandante de escuadra (Cabo Segundo Luis Parada Chaparro); de ahí que se entienda que la flagrancia percibida por el comandante de escuadra -último en el escalafón de mando- habrá de entenderse advertida por el comandante del Batallón, pues, sería un absurdo y peca contra el sentido común que éste, por el hecho de tener facultades disciplinarias, se le exija el sentido de ubicuidad, es

decir, estar al mismo tiempo en todas las partes donde se hallen los hombres bajo su mando en los diversos lugares de su jurisdicción. Es más, dispone el artículo 109 de la mencionada ley, en cuanto a la obligatoriedad de la acción disciplinaria, que “[e]n el momento en que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, el competente para iniciar la acción disciplinaria, en desarrollo del presente reglamento, procederá a hacerlo en forma inmediata. Si no lo fuere, pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad competente, adjuntando las pruebas que tuviere.”. No deja de ser flagrancia, para investigar la falta gravísima a través del procedimiento abreviado, por el hecho de que quien sorprende al actor consumiendo bebidas embriagantes en compañía de otros soldados y en presencia de terceros, fue el comandante de escuadra (cabo segundo Luis Parada Chaparro) que, una vez se percata de la situación, en cumplimiento del artículo 109 citado, puso en conocimiento de su superior lo ocurrido.

FUENTE FORMAL: LEY 836 DE 2003 – ARTICULO 173 / LEY 836 DE 2003 – ARTICULO 109

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00244-00(0857-11)

Actor: JULIAN ANDRÉS SUAZA QUICENO

Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL

Conoce la Sala en **única instancia** del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el Sr. JULIAN ANDRÉS SUAZA QUICENO contra la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del C.C.A), el Sr. JULIAN ANDRÉS SUAZA QUICENO presentó demanda ante esta Jurisdicción, a fin de obtener la nulidad de la decisión de única instancia del 16 de

diciembre de 2005, proferida por el Comandante del Batallón de infantería No. 8 "Batalla Pichincha", mediante la cual se le impuso sanción disciplinaria de separación absoluta como soldado profesional del Ejército Nacional, y de la Resolución No. 191 del 14 de febrero de 2006, por la cual se hace efectiva la sanción.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la demandada a: (i) Reintegrarlo sin solución de continuidad al cargo de soldado profesional que venía desempeñando en el Ejército Nacional o a otro de superior jerarquía; (ii) pagarle salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta cuando sea reincorporado; (iii) cancelarle la suma de 100 SMLMV por daño moral, y (iv) indexar las sumas de la condena y que se cumpla en el fallo conforme los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Los hechos que soportan lo pretendido se pueden resumir así:

Señala que el origen de la expedición del acto que le impuso la sanción de separación absoluta de la institución fue un informe en su contra, conforme el cual para el día 10 de diciembre de 2005 él, en compañía de cuatro soldados más, abandonaron el área donde se encontraban acuartelados para efectos del servicio de operaciones y fueron hallados consumiendo bebidas alcohólicas, haciendo vulnerable la situación de la tropa como a la población civil, por encontrarse bajo la orden de operaciones fuego azul 2.

Que a través del procedimiento abreviado se calificó su conducta como falta gravísima, conforme lo dispuesto en los artículos 58-6 y 59-11 de la ley 836 de 2003, y en razón a ello se le impuso la sanción disciplinaria.

En los restantes hechos el apoderado del actor plasma, en vez de hechos, argumentos que reitera en el concepto de violación.

Normas violadas y concepto de violación.

De la Constitución política menciona los artículos 2, 3, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 58, 113, 209, 239 y 241.

La ley 734 de 2002 y la Ley 836 de 2003 y los artículos 1, 2, 3, 28, 29, 34, 36, 48 y 73 del C.C.A.

Indica como causales de nulidad de los actos (i) violación de la ley, (ii) motivo oculto o falsa motivación y desviación de poder.

En cuanto a la primera causal, *violación de la ley*, asevera que los actos impugnados no se ajustan a ninguno de las normas constitucionales y legales mencionadas, porque no se le dio estricto cumplimiento al procedimiento que correspondía establecido en el artículo 174 de la ley 836 de 2003, pues asevera que no era aplicable el procedimiento abreviado consagrado en el artículo 173 ibídem, que aplica sólo cuando quien halla en flagrancia al infractor es el superior que tenga la atribución disciplinaria, es su caso el comandante del Batallón Pichincha, y ello no sucedió, ya que quien lo sorprende en situación de flagrancia es el cabo segundo Parada Chaparro.

Igualmente sostiene que se vulnera lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 173 de la Ley 836, ya que el procedimiento abreviado lleva implícito la realización de una audiencia después de la verificación de la situación de flagrancia, lo que no se hizo, infringiendo el debido proceso. Así mismo señala que se desconoce el artículo 191 de esta ley, porque en el fallo sancionatorio no se hace análisis y valoración jurídica de los cargos imputados y de los descargos, que se debe hacer por separado sin son varios los acusados, lo que no ocurrió en este evento, y que no se concreta la modalidad específica de la conducta para identificar la forma de culpabilidad; adicionalmente dice que no se le dio oportunidad de presentar alegatos de conclusión conforme lo ordena el numeral 8 del artículo 92 de la Ley 734 de 2002, al que remite el artículo 13 de la ley 836 de 2003, afectando los derechos de contradicción y defensa, teniendo en cuenta que conforme el artículo 29 Superior el trámite para imponerle sanción debía hacerse con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En lo que se refiere a la causal *motivo oculto o falsa motivación y desviación de poder*, sostiene que todo se debe a una persecución de sus superiores y que tienen un motivo oculto para haber asumido la decisión de su retiro, porque invocan sin ninguna sustentación normas para calificar de gravísima su conducta, incurriendo en desviación de poder, pues se aplicó un trámite equivocado y dando alcance caprichoso al marco legal que debió aplicarse.

TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada inicialmente ante el Tribunal Administrativo del Valle el 13 de junio de 2006 (fls.14-45), que por auto del 14 del mismo mes y año (fl.47) la remite por competencia a los Juzgados Administrativos, correspondiendo por reparto su conocimiento inicialmente al Juzgado 21 Administrativo del Circuito de Cali, que mediante providencia del 21 de septiembre de 2006 la admite; la demanda fue contestada por la accionada el 20 de marzo de 2007 (fls.55-61). Por auto del 10 de abril de 2007 (fls.75-76) el Juzgado decreta las pruebas solicitadas por las partes; luego, mediante decisión del 15 de octubre de 2010 (fl.84) corre traslado a las partes para alegar; ambas partes presentaron alegatos de conclusión (fls.85-121) y, finalmente, a través de providencia del 25 de febrero de 2011 (fls.122-125) el Juzgado noveno Administrativo del Circuito de Cali (a quien había pasado el proceso), amparado en jurisprudencia de esta Corporación, se declara incompetente para conocer del asunto, ordena la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y remite el expediente al Consejo de Estado.

En providencia del 29 de julio de 2011(fl.129-132) este despacho avoca el conocimiento del caso, dispone -conforme el artículo 146 del C.P.C.- que las pruebas practicadas tendrán validez y eficacia, respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirlas. Por auto del 19 de abril de 2012 (fls.136-137) se admite la demanda, y en término -el 30 de agosto de 2012- es contestada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, a través de apoderado hizo uso del derecho de contradicción, se opuso a todas y cada una de las pretensiones aduciendo que su actuación se ajustó a derecho y que los presuntos vicios del acto cuestionado no se hallan probados.

Que la conducta del actor existió, se encuentra descrita como una conducta reprochable dentro del régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, que no fue sólo ingerir bebidas alcohólicas durante el servicio, en presencia de terceros, sino que estaba en una comisión de orden público, por lo tanto poniendo en peligro la misión, a sus compañeros y a toda la población civil, por ser zonas de permanente amenaza de ataques por grupos ilegales, lo que constituye una falta gravísima, y

¹ Escrito de contestación visible a fls.170-176 cuaderno principal.

Nota: En adelante cuando se citen folios y no se señale cuaderno, se debe partir que hacen parte del principal.

como fue sorprendido en flagrancia el proceso administrativo que correspondía era el abreviado conforme el artículo 173 de la Ley 386 de 2003.

Informa que el mandatario judicial del actor pretende dar mayor entidad a unos posibles vicios de forma, que en nada afectan la eficacia y legalidad del fallo, porque la norma y el procedimiento aplicado fue el correcto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante**², reiteró lo expuesto en la demanda.

La **parte demandada**, no alegó de conclusión.

El Ministerio Público rindió concepto³, estimó que las pretensiones deben denegarse.

Luego de transcribir artículos de la Ley 836 de 2003 aplicables al caso, considera que el procedimiento abreviado acogido para la investigación es el correcto, pues se trató de una situación de flagrancia y de indisciplina gravísima, que puso en peligro la integridad de los propios infractores y de sus compañeros, amén de la población civil y de la imagen institucional. Expone que no tiene asidero el argumento del accionante, de que no habría flagrancia sino única y exclusivamente cuando el superior con facultades disciplinarias sorprenda al indisciplinado, porque ello riñe con la lógica, ya que un oficial de alta jerarquía y mando no puede vigilar personalmente la conducta de todos sus subalternos operativos, administrativos y demás que se encuentren bajo su mando en una guarnición militar o batallón.

Aduce que al actor se le respetó el debido proceso; el 11 de diciembre de 2005 se le notifica el auto de requerimiento de informe, se le informa el término que tenía para este efecto y sus derechos conforme el artículo 124 de la citada ley, sin embargo no controvertió los hechos ni solicitó pruebas, por lo cual existió fallo de única instancia el 16 de diciembre de 2005; que en todo caso el actor presentó informe aceptando la ocurrencia de los hechos y su participación; estima que la conducta del soldado demandante no podía catalogarse de grave, sino de gravísima, porque se trata de un militar, a los que se exige un comportamiento ligado a la disciplina institucional.

² Fls.209-233.

³ Ver fls.235-240.

CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.

La cuestión jurídica a dilucidar se contrae a determinar si los actos demandados, proferidos por el Ejército Nacional, por medio de los cuales se impuso sanción disciplinaria al demandante, consistente en la separación absoluta como soldado profesional de la institución, se ajustan al ordenamiento jurídico.

A fin de decidir el objeto de la controversia, la Sala estima pertinente hacer alusión *grosso modo* a la potestad disciplinaria del Estado, la competencia del Juez Administrativo para analizar la legalidad de actos disciplinarios y el régimen disciplinario aplicable al caso, para establecer si de acuerdo con los elementos probatorios obrantes en el expediente, la actuación administrativa acusada adolece de las causales de nulidad invocadas por el actor.

Potestad disciplinaria.

Para ilustrar lo referente a la prerrogativa y/o potestad disciplinaria del Estado, por su claridad se expone un aparte de lo que la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-028 de 2006⁴, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, en los siguientes términos:

“El ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del *ius puniendi estatal*, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad.

(...)

En dicho sentido, esta Corporación precisó que *“la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.”*⁵

⁴ En esta providencia la Corte declaró la exequibilidad de algunos numerales de los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 734 de 2002.

⁵ Sentencia C-948 de 2002.

(...)

Bajo este contexto, tal y como se señaló en sentencia C-280 de 1996, puede decirse que el derecho disciplinario *“es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de Derecho (CP art. 1º), por cuanto de esa manera se busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (CP art. 6º)”*.

Entonces, resulta claro que el modelo de Estado adoptado por Colombia pone de presente, en las diferentes normas constitucionales, que el cumplimiento de las finalidades básicas y fundamentales por él trazadas, se logra a través del desarrollo de las funciones públicas atribuidas a los servidores públicos y a ciertos particulares, razón por la cual, dada la indiscutible relevancia que el buen ejercicio de dichas labores reviste, se hace indispensable la instauración de un régimen de responsabilidades que garantice el efectivo desempeño de las referidas tareas.

Sobre este aspecto en particular, esta Corporación afirmó que *“la disciplina, que condiciona y somete el comportamiento del individuo a unos específicos y determinados parámetros de conducta, “es elemento necesario en toda comunidad organizada; factor esencial de su funcionamiento; presupuesto y requisito de su operatividad y eficacia”, razón por la cual justifica su existencia, permanencia y consolidación en todos los ámbitos de la actividad pública como privada”*.⁶

Así las cosas, debe afirmarse que el derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo, cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de *“igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”* a que hace referencia la norma constitucional.⁷

Competencia atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo que se refiere al control judicial de la potestad disciplinaria.

Conforme lo esbozado en renglones precedentes, según el diseño Constitucional y legal nuestro, la potestad disciplinaria corresponde al Estado y la acción se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se le reconoce un poder preferente, que no excluye la facultad que tienen algunas entidades -como el

⁶ Sentencia C-796 de 2004.

⁷ Sentencia C-948 de 2002.

ejército Nacional- en esta materia, pero, en ambos casos, sometida al control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ahora, la doctrina de esta Corporación ha expuesto que dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que está sujeto a limitaciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia⁸, sin embargo, esta posición no puede ser interpretada en el sentido de limitar las facultades de control del juez contencioso-administrativo, ni de impedirle realizar un examen integral de las pruebas con base en las cuales se adoptaron las decisiones administrativas disciplinarias sujetas a su control. El Consejo de Estado ha subrayado, y desea enfatizarlo en la presente providencia, que la diferencia fundamental que existe entre la actividad y valoración probatoria del fallador disciplinario, y la actividad y valoración probatoria del juez contencioso administrativo *-en virtud de la cual el proceso judicial contencioso no puede constituir una tercera instancia disciplinaria-*, no implica bajo ninguna perspectiva que el control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, pues debe aplicar, en tanto parámetros normativos, no sólo las garantías puramente procesales, sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes; así lo ha expuesto -por ejemplo- en la Sentencia del 10 de marzo de 2011⁹, donde dice:

“La Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que en materia disciplinaria, la revisión de legalidad de estas decisiones dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no debe repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento, no es una simple extensión del trámite disciplinario, sino que es funcionalmente distinto. El control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especialidad y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera instancia.

Empero, tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción, aunque no de cualquier manera, sino con marcadas restricciones.

Corresponde entonces a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales básicas, es decir, la

⁸ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, del 1º de octubre de 2009, radicado interno 4925-02, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, por mencionar una entre tantas.

⁹ Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 2740-08, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que dicha prueba sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa.

También es pertinente el análisis de legalidad, cuando en dicho proceso se ven comprometidos derechos de rango constitucional, como el debido proceso, la presunción de inocencia, el buen nombre, el honor y la dignidad, entre otros.

En suma, a la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, en fin, de las conductas de la administración que vayan contra la Constitución y la ley, pero dentro del marco señalado precedentemente.”

Consecuente con la posición anterior, pero de manera más explícita, la Corporación en reciente fallo de la Sección Segunda, Subsección “A”, del 2 de mayo de 2013¹⁰, sentó doctrina, conforme la cual el control que ejerce esta jurisdicción sobre actos disciplinarios es pleno y no admite interpretaciones restrictivas, en los siguientes términos:

“El control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos administrativos disciplinarios proferidos por la Administración Pública o por la Procuraduría General de la Nación **es un control pleno e integral**, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con su catálogo de derechos fundamentales y sus mandatos de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la administración de justicia (art. 228, C.P.) y de prevalencia normativa absoluta de la Constitución en tanto norma de normas (art. 4, C.P.), implicó un cambio cualitativo en cuanto al alcance, la dinámica y el enfoque del ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo la que ejercen los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa (incluyendo al Consejo de Estado). En efecto, según lo han precisado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, la plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que

¹⁰ Radicado interno 1085-2010, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política.

Esta postura judicial de control integral del respeto por las garantías constitucionales contrasta abiertamente con la posición doctrinal y jurisprudencial prevaleciente con anterioridad, de conformidad con la cual las atribuciones del juez contencioso-administrativo son formalmente limitadas y se restringen a la protección de aquellos derechos y normas expresamente invocados por quienes recurren a la justicia, posición -hoy superada- que otorgaba un alcance excesivamente estricto al principio de jurisdicción rogada en lo contencioso-administrativo. Este cambio, constitucionalmente impuesto y de gran calado, se refleja nítidamente en un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, en el cual la Sección Segunda-Subsección "B" de esta Corporación¹¹, recurriendo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y dando aplicación directa a los mandatos de la Carta, rechazó expresamente una postura restrictiva que limitaba las facultades garantistas del juez contencioso-administrativo en materia de control de las decisiones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación con base en el principios de jurisdicción rogada, y adoptó en su reemplazo una postura jurisprudencial que exige a las autoridades jurisdiccionales realizar, en tanto obligación constitucional, **un control sustantivo pleno que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución...**

(...)

En este sentido, el Consejo de Estado ha subrayado, y desea enfatizar en la presente providencia, que la diferencia fundamental que existe entre la actividad y valoración probatoria del fallador disciplinario, y la actividad y valoración probatoria del juez contencioso administrativo -en virtud de la cual el proceso judicial contencioso no puede constituir una tercera instancia disciplinaria-, **no implica bajo ninguna perspectiva que el control jurisdiccional de las decisiones disciplinarias sea restringido, limitado o formal, ni que el juez contencioso carezca de facultades de valoración de las pruebas obrantes en un expediente administrativo sujeto a su conocimiento**; y también ha explicado que **el control que se surte en sede judicial es específico, y debe aplicar en tanto parámetros normativos no sólo las garantías puramente procesales sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes...**" (Resaltado es del texto original).

Régimen disciplinario aplicable al caso concreto.

Además del régimen disciplinario general de los servidores públicos, existen unos especiales. En efecto, con el propósito de asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones y el adecuado comportamiento

¹¹ Hace alusión a sentencia del 19 de agosto de 2010, radicado interno 1146-05, CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos, el legislador Colombiano expidió el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), no obstante, en razón a la naturaleza específica de sus funciones, la propia Constitución otorgó al legislador la facultad para establecer regímenes especiales de carácter disciplinario, aplicables a los miembros de la fuerza pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional). En este sentido, el inciso 2º del artículo 217 de la Carta prescribe que “[l]a ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el **régimen especial de carrera prestacional y disciplinario, que les es propio**” (Resaltado no es del texto original).

En este orden, el artículo 224 de Ley 734 establece: **“La presente ley regirá tres meses después de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública”**. (Destaca la sala).

A efectos de resolver la cuestión planteada y como el demandante fue **retirado del servicio** activo del Ejército Nacional, institución en la que se desempeñaba como soldado profesional, las disposiciones que regulan la materia y aplican al caso están contenidas en la Ley 836 de 2003, por la cual se expide el reglamento del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares. Régimen que reviste connotaciones especiales debido a la específica función que les corresponde cumplir a los militares. Por eso, la descripción de algunas faltas no se identifican con las del régimen general.

Elementos probatorios.

Bajo el anterior marco, procede esta colegiatura al recuento y análisis del cúmulo probatorio obrante frente a los cargos expuestos en la demanda.

- Fls.5-6 del cuaderno de pruebas parte demandante, aparece informe que rinde el Cabo Segundo Luis Parada Chaparro, comandante de escuadra, al comandante del pelotón Córdova 3 Sargento Segundo José Otálora Taquinas, sobre los hechos ocurridos el 10 de diciembre. Se dice en este informe:

“Siendo las 8:00 horas me dieron la orden de bajar al casco urbano del municipio de Toribio a reclamar los víveres..., organicé la patrulla y bajé, se reclamaron los víveres y se hicieron todos los requerimientos que se necesitaban. A las 16:00 horas di la orden de subir donde se encontraba la contraguerrilla en la

parte alta de la vereda la Palma, verifique (**sic**) los soldados y me hacían falta 5 soldados. Di la orden al resto de la patrulla para que iniciaran a subir mientras yo buscaba a los demás. No los encontré e hice una patrulla con el personal de Fortaleza que se encuentra en la pieza de mortero por los establecimientos del pueblo, encontrando al Slp. MINA MARROQUÍN WILSON, que se encontraba bajo los efectos del alcohol y buscando problemas a un civil, lo calme y les dije que teníamos que subir, ellos empezaron a dirigirse hacia las afueras del pueblo, pero se metieron a una discoteca del pueblo, les di la orden que no tomaran más y que teníamos que irnos, empezamos a desplazarnos, cuando de repente el soldado MINA MARROQUIN WILSON empezó a discutir solo, diciendo que tenía muchos problemas e hizo 6 disparos al piso que me pasaron por medio de las piernas, luego se le quito (**sic**) el fusil porque estaba diciendo que quería suicidarse.

Lo pudimos controlar y lo llevamos a la estación de policía, según lo ordenado por mi Ct. Gómez, comandante de la compañía, para no desplazarnos solos a esa horas de la noche.

El personal que se evadió a tomar y desobedecieron las ordenes fueron el Slp. CAMACHO MUÑOZ JUAN CARLOS, Slp. MOREA CUERVO CARLOS, Slp. SUAZA QUICENO JULIAN, Slp. ORTEGA ARAGON YEISON, Slp. MINA MARROQUIN WILSON.

Al llegar a la estación el Slp. Ortega Aragon Yeison, no acepto quedarse ahí, se le recogió el material de guerra y no lo pudimos controlar, que se iba a seguir tomando, encontrándolo nuevamente tomando en otro establecimiento. Con la ayuda de mi Cs. Martínez José Alfredo, comandante de la pieza de mortero lo controlamos y lo llevamos de nuevo a la estación de policía.

Siendo aproximadamente las 7:00 horas empecé a subir donde se encontraba el pelotón, pero a mitad de camino el Slp. Ortega se devolvió diciendo que se le habían quedado los útiles de aseo, y que se devolvía a seguir tomando. Al medio día subió solo y se reincorporó a su pelotón.

Cabe recordar que el Slp. Ortega Aragon Yeison y el Slp. Camacho Muñoz Juan Carlos son reincidentes en este tipo de faltas y que se excusan en problemas personales para enmendar su error.”

- A fl.181 aparece escrito de fecha 11 de diciembre de 2005 de Toribio (Cauca), suscrito por el sargento José Otálora Taquinas, dirigido al Capitán Julio Gómez Duarte, comandante compañía Córdova, en el cual informa que el día sábado 10 de diciembre de 2005 se organizó patrulla al mando del cabo segundo Luis Parada Chaparro, para ir al casco urbano del Municipio de Toribio y subir los víveres hasta el lugar donde se encontraba el resto de la contraguerrilla, y que a eso de las 18:00 horas le puso en conocimiento el suboficial que le faltaban 5 soldados, entre ellos el actor, y una vez se ordenó su búsqueda, fueron hallados consumiendo bebidas embriagantes.

- A fls.179-180 obra auto suscrito por el comandante del “batallón de infantería No.8 Batalla Pichincha”, el Teniente Coronel Javier Orlando Parra Benítez, por el cual se ordena requerir informe escrito sobre los hechos a los soldados

implicados, entre los que está el accionante, señalando que contaban con 2 días a partir de la notificación de dicho acto *“para presentar los descargos y solicitar o aportar pruebas”*, y que poseen los derechos consagrados en el artículo 124 de la Ley 836 de 2003.

En la parte considerativa del auto sucintamente se narran los hechos conforme informe presentado por el capitán Julio Gómez Duarte, se precisa que la conducta de los soldados está tipificada en el artículo 58-6 y 59-11 de la citada ley.

- Fl.182 acta de notificación personal, con fecha 11 de diciembre de 2005, al soldado Julián Andrés Suaza Quiceno, del auto de requerimiento de informe.

- Fls.191-194 obra decisión de 16 de diciembre de 2005, suscrita por el comandante del “batallón de infantería No.8 Batalla Pichincha”, que declara *“confirmados y no desvirtuados los cargos formulados a los soldados profesionales”*, quienes para la fecha de los hechos pertenecían a la Compañía Córdova del Batallón Pichincha, y resuelve sancionarlos con “separación absoluta” conforme lo ordenado en el numeral 1 del artículo 62 de la Ley 836 de 2003.

En la parte motiva de manera concisa aparece: **a)** El resumen de los hechos donde se indican las normas que describen la conducta como disciplinable; **b)** la relación y análisis de las pruebas, que vienen a constituir el informe rendido por la capitán Julio Gómez y los informes presentados por cada uno de los implicados, donde aceptan los hechos; **c)** análisis de las normas que se consideran infringidas y de los descargos, donde se expone por qué la conducta es agravada en la ley disciplinaria vigente para los miembros de la fuerza pública, y que no fueron desvirtuadas por los implicados; **d)** calificación de la falta como gravísima y las normas que así lo consagran (art. 58-6 y 59-11 de la Ley 386 de 2003); **e)** análisis de la culpabilidad, donde se establece que los implicados actuaron en forma dolosa porque eran conscientes de que su actuar era contrario al marco legal de las fuerzas militares, sumado que estaban bajo la orden de operación fuego azul 2, y **f)** razones de la sanción y su graduación, en la que se dice que *“de acuerdo a la naturaleza de la faltas, a las circunstancias y naturaleza de los hechos”*, se cita las circunstancia de agravación contenidas en el artículo 65 de la citada y que la sanción a imponer es la separación absoluta contemplada en el artículo 62 ibídem.

A fl.195 obra acta de notificación personal del fallo al actor, de fecha 23 de diciembre de 2005. Contra esta decisión el accionante no interpuso recurso.

- A fl.188 aparece informe rendido por el accionante, dirigido al Sargento José Otálora Taquinas, en el cual acepta que el día de los hechos fue hallado por el cabo segundo Luis Parada Chaparro, comandante de la patrulla, en una tienda ingiriendo cerveza.

Vale decir que en el fl.187-189 y 190 se encuentran los informes rendidos por los soldados Yeison Ortega Aragón, Wilson Mina y Andrés Morera Cuervo, y todos son coincidentes que estaban consumiendo bebidas embriagantes.

- A fl.4 del cuaderno de pruebas de la parte demandada, obra oficio del 8 de enero de 2010 que suscribe el suboficial de la Sección Tercera del batallón de infantería No. 8 batalla Pichincha, donde certifica que para la época de los hechos existía comisión de orden público en el municipio de Toribio-Cauca.

- A fl.145 aparece Resolución No. 0191 del 14 de febrero de 2006, que suscribe el comandante del Ejército Nacional, mediante la cual se hace efectiva la sanción impuesta en el fallo del 16 de diciembre de 2005.

LOS CARGOS Y SU RESOLUCIÓN.

La Sala, una vez revisada la prueba existente, deja en claro que no existe duda que se trató de una situación de flagrancia y de indisciplina gravísima, que puso en peligro la integridad de los propios infractores y de sus compañeros, amén de la población civil y de la imagen institucional -tal y como lo señala el Ministerio Público en su concepto-, que se halla descrita como una conducta reprochable dentro del régimen disciplinario de las Fuerzas Militares¹², y no fue sólo ingerir bebidas alcohólicas durante el servicio el sábado 10 de diciembre de 2005, en presencia de terceros, sino que se hallaban en **comisión de orden público**, como lo estableció la institución demandada con certificación del 8 de enero de 2010, expedida por la Sección Tercera de la Unidad Táctica, donde consta *“que en el municipio de Toribio-Cauca existen comisiones de la Columna Móvil Jacobo arenas (sic) y una comisión de la cuadrilla sexta de las ONT-FARC, las cuales*

¹² El artículo 58-6 de la Ley 836 de 2003 dice:

“ARTÍCULO 58. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas:
(..)

6. Comandar, desempeñar cargos de responsabilidad, o formar parte de tripulación aérea, marítima, fluvial o terrestre **o participar en comisión de orden público, en estado de embriaguez o bajo efectos de sustancias sicotrópicas que produzcan dependencia física o síquica.**” (Resaltado no es del texto original).

vienen delinquiendo en contra de la fuerza pública y de la población civil que habita sobre el sector desde el año 2004 hasta la fecha”.¹³.

Existe certeza de la ocurrencia del hecho y de los responsables del mismo¹⁴, entre los que se encuentra el demandante, que siendo conscientes de la irregularidad de su proceder asumieron su realización, de suerte que no hay lugar a dubitación en cuanto a que su culpabilidad es a título de dolo, como lo concluyó el resultado del proceso disciplinario, que culminó con la sanción de separación en forma absoluta de la institución¹⁵.

Igualmente hay convicción derivada de la prueba, que el reprochable proceder del actor fue en compañía de otros cuatro soldados profesionales, y uno de ellos -el soldado Wilson Mina Marroquín- bajo los efectos de bebidas embriagantes hizo

¹³ La Corte Constitucional en la sentencia C-431 de 2004, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, donde hace el estudio de constitucionalidad de los artículos 25, 26, 33, 40, 41, 42, 45, 47, 48, 49, 50, 58-1, 58-10, 59-1, 59-2, 59-6, 59-22, 59-35, 59-38, 59-46, 60-1, 60-4, 60-6, 60-8, 60-19, 60-22, 60-60 de la Ley 836 de 2003, señala:

“Es innecesario destacar que por la misión que cumplen las Fuerzas Militares y por sus funciones de defensa de la soberanía nacional y del orden constitucional (C.P. Art.217) resulta particularmente inadecuado el consumo... de bebidas alcohólicas por sus miembros, no solamente cuando permanecen dentro de las instalaciones militares, sino más allá de este ámbito espacial cuando dicho consumo, aun llevado a cabo externamente, **los pone en situación de pérdida, disminución o perturbación transitoria de las facultades cognitivas y sensoriales en el momento de prestar el servicio o de ejercer sus funciones.** La aludida pérdida, disminución o perturbación transitoria de las facultades cognitivas y sensoriales que deviene de este consumo indica que **resulta irrazonable pretender cumplir la alta misión encomendada al Ejército, la Armada Nacional o la Fuerza Aérea y simultáneamente autorizar al personal militar la prestación del servicio activo o el cumplimiento de funciones bajo el efecto del consumo de tales substancias.** Recuérdese que para lograr esta misión constitucional **los militares están no solo autorizados, sino también obligados a utilizar armas y equipos con gran potencialidad destructora y letal,** a conducir naves y aeronaves, y en general a ejercer **actividades altamente peligrosas que requieren de la plena capacidad cognoscitiva y sensorial de quienes las llevan a cabo.** Más aun en circunstancias de conflicto interno armado, como aquellas por cuales infortunadamente transita la Nación, en las cuales existe la posibilidad de que las instalaciones castrenses sean atacadas intempestivamente y sea necesario repeler hostigamientos de diversa índole, dirigidos no sólo en contra de la Fuerza Pública, sino en ocasiones contra la misma población civil que debe ser protegida por los militares.

(...)

La Corte detecta y tiene en cuenta que el legislador en otras disposiciones de la Ley 836 de 2003, que no fueron acusadas, tipificó otras faltas disciplinarias autónomas relacionadas también con el consumo de substancias alcohólicas o estupefacientes; tales son la **falta gravísima** a que se refiere el **numeral 6° del artículo 58**, que consiste en *‘comandar, desempeñar cargos de responsabilidad, o formar parte de tripulación aérea, marítima, fluvial o terrestre o participar en comisión de orden público, en estado de embriaguez o bajo efectos de sustancias sicotrópicas que produzcan dependencia física o síquica’...*” (Resaltado y líneas no son del texto original).

¹⁴ Dispone el artículo 153 del régimen disciplinario de las fuerza militares:

“ARTÍCULO 153. PRUEBA PARA SANCIONAR. El fallo sancionatorio sólo se proferirá cuando obre prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.”

¹⁵ Prescribe el artículo 62 ibídem:

“ARTÍCULO 62. CLASIFICACIÓN DE LAS SANCIONES.

1. Separación absoluta. Para oficiales, suboficiales y soldados voluntarios o profesionales cuando incurran en falta gravísima dolosa. (...)”

disparos con el arma de dotación, existiendo la necesidad de llevarlos a la comandancia de policía del Municipio de Toribío, a fin de proteger a la población y a ellos mismos.

1. El cargo de violación de la ley, lo sustenta el actor manifestando que se vulnera el debido proceso porque no se siguió el trámite del procedimiento ordinario de que trata el artículo 174 de la Ley 836 de 2003, sino el abreviado del artículo 173 que sólo aplica -según su percepción- cuando quien encuentre en flagrancia al infractor sea el superior que tenga la atribución disciplinaria, y que ello no sucedió en su caso, porque quien lo sorprende en flagrancia es el Cabo Segundo Luis Parada Chaparro.

No tiene asidero alguno este argumento, pues de la lectura del artículo 173¹⁶ del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares, se extrae que hay lugar al proceso abreviado cuando *“el presunto infractor sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta”*, como sucedió en el *sub judice*, pero, de esta norma no se colige que es imperativo que en flagrancia deba hallar al infractor el superior con atribuciones disciplinarias como condición *sine qua non* para asumir dicho trámite, ya que el Ejército Nacional es una organización piramidal, integrado por miles de hombres que obedecen a una línea de mando, y un comandante de

¹⁶ El artículo 173 de la Ley 836 de 2003 consagra:

“PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La investigación y sanción de faltas leves, así como aquellas en que **el presunto infractor sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta** o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta serán adelantados por el procedimiento abreviado indicado a continuación: cuando el superior con atribuciones disciplinarias tenga motivos para considerar que posiblemente se ha incurrido en una falta disciplinaria leve que requiere sanción para encauzar la disciplina militar o **haya sorprendido en flagrancia al presunto infractor, procederá a requerir por escrito un informe del presunto responsable, sobre los hechos respectivos indicándole las normas presuntamente infringidas le hará saber los derechos que le asisten y le impondrá un plazo máximo de dos (2) días para que rinda por escrito los descargos respectivos**. Contra el requerimiento no procede recurso alguno. Recibida la respuesta al requerimiento se procederá, mediante auto a resolver sobre las pruebas solicitadas o se decretarán las que de oficio se consideren necesarias.

La notificación de este auto se hará personalmente y contra él sólo procederá el recurso de reposición que se interpondrá y resolverá inmediatamente. **Las pruebas se practicarán dentro de un plazo improrrogable de tres (3) días, vencido este término se emitirá el fallo motivado y en forma escrita**, la notificación se hará según las disposiciones de este reglamento. **Contra el fallo proferido sólo procederá el recurso de reposición que se interpondrá y sustentará en la notificación o por escrito dentro de los dos (2) días siguientes y se resolverá en un plazo máximo de dos (2) días.**

Con lo actuado se conformará el expediente disciplinario.

PARÁGRAFO 1o. **Cuando se trate de faltas gravísimas o graves, el informe a que se refiere el inciso primero de este artículo se tendrá como auto de cargos para todos los efectos de evaluación y clasificación.**

PARÁGRAFO 2o. En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.” (Destaca la Sala).

unidad táctica¹⁷ -Batallón- (que en nuestro caso es el comandante del Batallón de infantería No. 8 'Batalla de Pichincha', el Teniente Coronel Javier Orlando Parra Benítez), si bien es el superior con atribuciones disciplinarias, para desempeñar su rol de comandante requiere de otros niveles de mando, representados en el comandante de compañía (para el *sub lite* el Capitán Julio Gómez Duarte-comandante de la compañía Córdova), comandante de pelotón (en el caso que nos ocupa el Sargento José Otálora Taquinas- comandante pelotón Córdova 3) y comandante de escuadra (Cabo Segundo Luis Parada Chaparro); de ahí que se entienda que la flagrancia percibida por el comandante de escuadra -último en el escalafón de mando- habrá de entenderse advertida por el comandante del Batallón, pues, sería un absurdo y peca contra el sentido común que éste, por el hecho de tener facultades disciplinarias, se le exija el sentido de ubicuidad, es decir, estar al mismo tiempo en todas las partes donde se hallen los hombres bajo su mando en los diversos lugares de su jurisdicción.

Es más, dispone el artículo 109 de la mencionada ley, en cuanto a la obligatoriedad de la acción disciplinaria, que *"[e]n el momento en que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, el competente para iniciar la acción disciplinaria, en desarrollo del presente reglamento, procederá a hacerlo en forma inmediata. Si no lo fuere, pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad competente, adjuntando las pruebas que tuviere."*

No deja de ser flagrancia, para investigar la falta gravísima a través del procedimiento abreviado, por el hecho de que quien sorprende al actor consumiendo bebidas embriagantes en compañía de otros soldados y en presencia de terceros, fue el comandante de escuadra (cabo segundo Luis Parada Chaparro) que, una vez se percata de la situación, en cumplimiento del artículo 109 citado, puso en conocimiento de su superior lo ocurrido.

¹⁷ En cuanto a la competencia, dispone el inciso 3º del artículo 78 de la Ley 836 de 2003:

"ARTÍCULO 78. EN EL EJÉRCITO NACIONAL.

(...)

Es competente para sancionar por faltas gravísimas a un suboficial y/o **soldado el oficial superior jerárquico que sea comandante de la unidad táctica** u operativa o logística, mayor o menor, o jefe de la respectiva jefatura dentro de la estructura orgánica del Cuartel General del Comando de la Fuerza de la cual sea orgánico el suboficial.

(...)" (Resaltado extraño al texto original)

Con apego a lo dispuesto en el artículo 173 ibídem, una vez el Comandante del Batallón es informado de la situación de flagrancia en que es hallado el actor y los otros soldados, procedió por auto a requerir por escrito informe sobre los hechos - *este requerimiento de informe equivale a auto de cargos, según el parágrafo 1º del citado artículo*-, que debía rendir en un plazo máximo de 2 días, además de indicarle en dicho acto las normas presuntamente infringidas y los derechos que le asistían conforme el artículo 124¹⁸ de la Ley 836 de 2003 (fl. 179-180).

Ahora, a la voz del inciso primero del artículo 173 de esta ley, contra el auto que dispuso requerir al actor un informe de lo sucedido no procede recurso alguno.

Huelga decir que el demandante no aportó, ni solicitó la práctica de pruebas, sólo rindió informe en el cual reconoce los hechos y que fue sorprendido en flagrancia por el cabo segundo Luis Parada Chaparro.

De otra parte, no se viola la ley -el debido proceso- por el supuesto desconocimiento del parágrafo 2º del artículo 173, argumentando que previamente al requerimiento de informe no se citó a audiencia. Señala este parágrafo: *“En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.”* De la lectura del mismo no se desprende que, en los eventos de flagrancia de una falta que se catalogue como gravísima, sea imperativo la previa realización de una audiencia, pues, el rito procesal implica es la exigencia de un informe, tal y como se hizo, el que, según voces del parágrafo primero del mismo artículo, se asimila a auto de cargos. La audiencia contemplada en el parágrafo segundo opera *si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos*, lo que no se compadece con el presente asunto, por cuanto no había duda de la situación de flagrancia y que la

¹⁸ Dispone esta norma:

“ARTÍCULO 124. DERECHOS DEL INVESTIGADO O PRESUNTO INFRACTOR. El investigado o presunto infractor, y el defensor para los fines de su cargo, tienen los siguientes derechos:

1. Conocer la investigación, pudiendo solicitar la expedición de copias de la actuación, salvo las que por mandato constitucional o legal tengan carácter reservado, siempre y cuando dicha reserva no surja de la misma investigación que contra él se siga.
2. Rendir descargos por escrito o solicitar expresamente ser oído en versión libre o en exposición de descargos, caso en el cual el funcionario sólo podrá interrogarlo cuando omita explicar alguna de las circunstancias relacionadas con la conducta que se le endilga.
3. A nombrar apoderado a su cargo, si lo considera necesario.
4. A solicitar, presentar y controvertir las pruebas.
5. A impugnar las providencias, cuando hubiere lugar a ello.”

conducta era constitutiva de falta gravísima, por lo tanto, no existía vacilación para proferir auto de cargos, que lo constituye el requerimiento por escrito que se le hizo al actor y a los otros 4 soldados profesionales; de suerte que tal audiencia no era procedente.

Tampoco existió, como afirma el actor, desconocimiento del artículo 191¹⁹ de la Ley 836 de 2003. En primer lugar, porque este artículo hace parte del capítulo III, del Título X, que establece el procedimiento ordinario, y el trámite que aplicó para el caso fue el abreviado contenido en el capítulo II del citado título, constituido únicamente por artículo 173; en segundo lugar, el fallo que impone la sanción (fls. 191-194), si bien no es un derroche de prosa, contiene de manera sucinta el resumen de los hechos, la relación y análisis de las pruebas, las normas que se consideran infringidas y de los descargos, calificación de la falta como gravísima y las normas que así lo consagran, el grado de culpabilidad, donde se establece que los implicados actuaron en forma dolosa porque eran conscientes de que su actuar era contrario al marco legal de las fuerzas militares, la graduación de la sanción *“de acuerdo a la naturaleza de la faltas, a las circunstancias y naturaleza de los hechos”*, y que la pena a imponer es la separación absoluta contemplada en el numeral 1º del artículo 62 del Estatuto Disciplinario de las Fuerzas Militares. Es más, estima la Sala que, el hecho de que sean varios los implicados y que en el fallo no se haya hecho análisis y valoración de los cargos imputados y los descargos por separado, no tiene la entidad necesaria que conlleve a que estemos frente a una decisión contraevidente, ni que ello haya dado al traste con el derecho de defensa, más aun si tenemos en cuenta que tuvo las garantías que conforme el artículo 124 ibídem tienen los investigados; pues como ha dicho esta Corporación, no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera por sí sola la nulidad de los actos a través de los cuales se aplica a un funcionario una sanción, ya que lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal envergadura que impliquen violación a las garantías mínimas del derecho de defensa y del debido proceso²⁰, situación que no ocurrió en el caso bajo examen.

El actor no interpuso recurso contra el fallo sancionatorio -de reposición- que, según reza el inciso 2º *in fine* del artículo 173, era el único que procedía.

¹⁹ Este artículo habla de los requisitos del fallo.

²⁰ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, del 7 de abril de 2011, radicado interno 2553-08. Actor: Enna Edith Castillo de Melo.

De lo anterior se extrae que el accionante no ejerció dentro de los términos y tiempos establecidos su derecho de defensa, que ahora pretende alegar en sede jurisdiccional como vulnerado, pues, cuando presenta el informe que le fue requerido no controvierte los cargos ni solicita la práctica de prueba alguna, sólo acepta su participación en los hechos y que fue sorprendido en flagrancia; ni cuestionó vía recurso el fallo que le impuso la sanción. Lo que evidencia la inactividad del accionante dentro del trámite administrativo, que no puede pretender suplir ante esta instancia judicial.

En lo que se refiere a la vulneración del derecho de contradicción y defensa que alega el apoderado del demandante, aduciendo que no se le dio oportunidad de presentar alegatos conforme el numeral 8 del artículo 92 de la Ley 734 de 2002, al que según él remite el artículo 13 de la ley 836 de 2003, la Sala estima que tampoco le asiste razón. Y no le asiste razón porque, de una parte, el artículo 13 del reglamento disciplinario de las fuerza militares lo que consagra es que: *“[e]n la interpretación y aplicación de este reglamento prevalecerán los principios rectores que determinan la Constitución Política, la Ley 734 de 2002 y la presente ley”*, y el artículo 92 del Código Único Disciplinario no es un principio rector²¹, sumado que el artículo 92 del C.U.D., dentro de Ley 836 de 2003 tiene su equivalente especial, el artículo 124²², que establece los derechos del investigado o presunto infractor, pues sólo en lo no previsto en el régimen disciplinario de las fuerzas militares es que se acude a la Ley 734 de 2002²³ y, de la otra, en el trámite del proceso abreviado, según el párrafo primero del artículo 173 de la Ley 836 de 2003, *“[c]uando se trate de faltas gravísimas..., el informe a que se refiere el inciso primero de este artículo se tendrá como auto de cargos”*; por ello, es al rendir el informe cuando el disciplinado podía exponer sus argumentos y solicitar todas y cada una de las pruebas que estimara pertinentes para su defensa, sin embargo, como se advirtió en renglones precedentes, asumió una postura pasiva. De suerte que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 173 que contiene el rito

²¹ En el Código Único disciplinario (Ley 734 de 2002) los principios rectores se encuentran del artículo 1 al 21, título I, del libro primero. Y en el reglamento del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares (Ley 836 de 2003), tales principios se hallan del artículo 1 al 14, capítulo único, título I, del libro primero.

²² Ver pie de página No.17.

²³ Así se desprende del artículo 198 de la Ley 836 de 2003, que en lo pertinente señala:

“Para lo no previsto en el presente ordenamiento deberá remitirse a la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único”

del proceso abreviado, el superior con facultades disciplinarias, al no existir pruebas que practicar y vista la aceptación de los hechos por el actor y los otros implicados, procedió -de manera inmediata- a dictar el fallo, contra el cual, se reitera, el encartado no interpuso el único recurso que procedía.

2. El cargo *motivo oculto o falsa motivación y desviación de poder*, lo erige el actor sosteniendo que todo se debe a una persecución de sus superiores y que tienen un motivo oculto para haber asumido la decisión de su retiro, porque invocan sin ninguna sustentación normas para calificar de gravísima su conducta, incurriendo en desviación de poder, pues se aplicó un trámite equivocado y dando alcance caprichoso al marco legal que debió aplicarse.

La Sala no halla sustento alguno en este cargo; no sólo por los argumentos anotados para decidir la causal anterior, sino que no se percibe cuál es el motivo oculto y las supuestas razones de persecución, ni existen indicios dentro del proceso que permitan hacer tal inferencia; mucho menos que la sanción impuesta derive de una desviación de poder, pues, no se vislumbra que el comandante del Batallón de infantería No. 8 'Batalla de Pichincha, cuando impuso la sanción, haya buscado unos fines diversos a los consagrados en el régimen disciplinario que aplica para las fuerza militares.

Lo único cierto es que el consumo de bebidas alcohólicas por los miembros del Ejército en el cumplimiento de sus funciones, en nuestro caso 5 soldados hallados en flagrancia, además de estar en zona de orden público en el Municipio de Toribio-Cauca, los pone en situación de pérdida, disminución o perturbación transitoria de las facultades cognitivas y sensoriales en el momento de prestar el servicio o de ejercer sus funciones, por lo que resulta irrazonable pretender cumplir la alta misión encomendada bajo el efecto del consumo de tales sustancias, máxime que los militares están no solo autorizados, sino también obligados a utilizar armas y equipos con gran potencialidad destructora y letal, es decir, se trata de actividades altamente peligrosas que requieren de la plena capacidad cognoscitiva y sensorial de quienes las llevan a cabo, como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-431 de 2004, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, donde agregó: *"[m]ás aun en circunstancias de conflicto interno armado, como aquellas por cuales infortunadamente transita la Nación, en las cuales existe la posibilidad de que las instalaciones castrenses sean atacadas intempestivamente y sea necesario repeler hostigamientos de diversa índole,*

dirigidos no sólo en contra de la Fuerza Pública, sino en ocasiones contra la misma población civil que debe ser protegida por los militares”.

3- Por último, aunque no son cargos propiamente dichos, como en algunos apartes de su demanda el actor habla de violación a los derechos a la dignidad humana y al trabajo, al respecto esta Sala únicamente puede manifestar que el accionante no acreditó que la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional haya vulnerado su derecho a la dignidad humana, ni tampoco advierte trasgresión alguna a esta garantía fundamental.

En lo que tiene que ver con el derecho al trabajo, se impone aclarar que éste no es absoluto y que, so pretexto de su garantía, no se pueden tolerar actos que riñen con los principios que orientan la actividad de los militares, los cuales merecen ser sancionados por los funcionarios competentes. En este caso al actor no le es dable solicitar la protección del mencionado derecho máxime si se tiene en cuenta que se acreditó que incurrió en una falta disciplinaria gravísima, razón por la cual fue separado de la institución.

Así las cosas, esta Sala concluye que la decisión que adoptó el Ejército Nacional se fundó en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, pruebas que condujeron a la certeza legal objetiva de la falta y de la responsabilidad del disciplinado. Los hechos en que se basó la acción están probados y la autoría de la conducta tipificada como infracción disciplinaria imputable al procesado.

Al accionante se le respetó y garantizó el debido proceso y el derecho de defensa, contó con todos los mecanismos y oportunidades procesales para presentar y controvertir las pruebas que lo vinculaban con los cargos formulados, por lo que no se probó la infracción de las normas legales y constitucionales citadas en la demanda, con ocasión de la expedición de los actos demandados.

Conclusión.

Consecuencia de las razones expuestas la Sala negará las pretensiones de la demanda, como quiera que **i)** no se acreditó vulneración alguna a los derechos al debido proceso y a la defensa, **ii)** no se demostraron los cargos formulados en la demanda y **iii)** el accionante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos demandados.

Decisión

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por JULIAN ANDRÉS SUAZA QUICENO contra la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO