

DEBIDO PROCESO – Vulneración / INDAGACION PRELIMINAR – Proceso disciplinario / VULNERACION AL DEBIDO PROCESO – Dilación injustificada del operador disciplinario / NUEVA INDAGACION PRELIMINAR – Por los mismos hechos / PROCESOS DISCIPLINARIOS – Dos trámites disciplinarios abiertos con identidad de sujeto, objeto y causa / PRINCIPIO NOS BIS IN IDEM –Vulneración

Ante tan abigarrado panorama, que es más que suficiente evidencia de la flagrante violación del derecho fundamental al debido proceso del encartado, y para tratar -al parecer- de dejar un poco más presentable las constantes irregularidades, la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa expide Auto de fecha 20 de diciembre de 2004, y declara “la nulidad del auto de fondo signado el 25 de abril de 2003 por el Coronel (r) Hernán Contreras Peña”, incluyendo el Auto de cargos del 14 de agosto de 2004, pero, “manteniéndose incólume el auto de fecha 21 de junio de 2004 mediante el que se dispuso llevar a cabo bajo una misma cuerda los expedientes números 028 de 2002 y 027 de 2004.”; lo que viene a significar que omitió declarar la nulidad del Auto del 6 de noviembre de 2002 o, al menos, el archivo de las diligencias iniciadas con ocasión de ese proveído que dispuso la apertura de la indagación preliminar inicial conservando la prueba practicada; con lo cual se tenían dos trámites disciplinarios abiertos, con identidad de sujeto, objeto y causa. Partiendo erradamente de que todo había quedado saneado, la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa continuó, por Auto del 12 de enero de 2005 acoge el procedimiento verbal -al considerar que estaban dados los presupuestos para ello-, formula nuevamente pliego de cargos al implicado y lo cita a audiencia; después, el 13 de mayo de 2005, profiere Fallo de Primera Instancia imponiendo sanción al implicado y, finalmente, el despacho del Ministro de Defensa el 8 de julio de esa anualidad resuelve recurso de apelación, confirmando la decisión inicial. Y se hace efectiva a través de la Resolución No. 000177 del 5 de agosto de 2005, de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar. En este punto, a la Sala no le corresponde sino manifestar, como lo expone el Ministerio Público en su concepto, que la acumulación hecha en el Auto del 21 de julio de 2004, no fue más que un método irregular de revivir los términos, pues para dicha época lo procedente era estar adelantando la investigación disciplinaria del caso, o que estuviera archivado el expediente; aunado que -paralelamente- hasta el momento de expedirse el fallo sancionatorio, aún se hallaba vigente la indagación preliminar del expediente 028/02, abierta desde el Auto del 6 de noviembre de 2002, como quiera que éste tampoco había sido objeto de la declaración de nulidad contenida en la decisión del 20 de diciembre de 2004, tipificándose así una evidente vulneración del principio non bis in ídem.

POTESTAD DISCIPLINARIA - Finalidad / SERVIDOR PUBLICO - Cumplimiento de los deberes y responsabilidades / DERECHO DISCIPLINARIO - Valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente / CONTROL DISCIPLINARIO - Garantía del cumplimiento de los fines y funciones del estado / CONSTITUCION POLITICA – Fuente primaria del derecho disciplinario / CONTROL PLENO E INTEGRAL – Ejercido por la jurisdicción contencioso administrativo

En lo que se refiere a la potestad disciplinaria, vale señalar que en la organización Estatal constituye elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores públicos, en atención a su especial sujeción al Estado en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la Función

Pública; de manera pues, que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte del servidor público, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, y demás principios que caracterizan la función pública administrativa, establecidos en el artículo 209 superior, y que propenden por el desarrollo íntegro de dicha función, con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y los reglamentos. De suerte que, el derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; motivo por el cual la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas. Si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la necesidad de la sanción de las conductas que atenten contra los deberes que le asisten. Así las cosas, la finalidad de la ley disciplinaria es la prevención y buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro. Ahora, en cuanto a la competencia del Juez administrativo en materia disciplinaria, la Sala aprecia conveniente reiterar reciente posición jurisprudencial de la Sección Segunda, en la que, además de señalar que los actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria por la Procuraduría General de la Nación, constituyen ejercicio de función administrativa y no emanan, como en algunos conceptos lo ha considerado dicho organismo, de función jurisdiccional, también anota -de manera explícita, sin rodeos- que el control, de legalidad y constitucionalidad, sobre dichos actos administrativos por parte de esta jurisdicción, no se limita a un simple control formal, sino que se trata de un control pleno e integral, que no admite interpretaciones restrictivas, sin que ello implique que se trate de una tercera instancia.

NOTA DE RELATORIA: Referente a la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para analizar la legalidad de actos disciplinarios ver sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 2 de mayo de 2013, expediente 1085-10, C.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren

INVESTIGACION DISCIPLINARIA – Indagación preliminar / INDAGACION PRELIMINAR – Duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria / INDAGACION PRELIMINAR – Termina. Prorroga / DEBIDO PROCESO – Indagación previa /

La Ley 200 de 1995 en su artículo 141, inciso primero, disponía que “la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses”, al cabo de los cuales la autoridad disciplinaria “sólo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente”; disposición que tiene su equivalente en el inciso cuarto del artículo 150 del actual C.D.U., con la acotación que dicho término tiene una excepción, y es que cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, la duración de la indagación preliminar podrá extenderse a otros seis (6) meses. La Corte Constitucional en sentencia C-728 del 21 de junio de 2000, declaró la exequibilidad del inciso primero del artículo 141 de la Ley 200, que decía “[c]uando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses”, y de la parte final de su inciso segundo según el cual “al vencimiento de este término perentorio el funcionario sólo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente”. En esta providencia la Corte, luego de traer a

colación la sentencia C-412 de 1993, establece: i) que el principio del debido proceso exige que la indagación previa tenga un término cierto preestablecido, el cual fija el legislador dentro de su ámbito de configuración, porque se trata del derecho del encartado a que se resuelva rápidamente sobre las sospechas que recaen sobre él, es decir, el derecho a no estar permanentemente sometido a la espera de la resolución de un trámite procesal; ii) que un término de seis (6) meses no aparece prima facie como insuficiente para practicar la indagación preliminar, puesto que el objeto de ésta no es adelantar la investigación y el juicio mismo, sino establecer si se presentó una actuación que podría constituir una falta disciplinaria y a quién podría imputársele la autoría de esa conducta, sumado que el lapso de los seis (6) meses no comprende el tiempo necesario para la evaluación de las pruebas recopiladas durante el período de indagación, lo que permite que este período sea utilizado íntegramente para la recopilación de pruebas, y iii) que en aras de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones provisorias no persistan indefinidamente, es necesario establecer para ellas un límite temporal, habrá de respetarse la voluntad del legislador de darle prevalencia al derecho del encartado de no permanecer sub iudice y a su objetivo de que se resuelvan con rapidez las dudas disciplinarias que puedan surgir, incluso en desmedro de la aspiración de que se haga justicia en todas las ocasiones.

FUENTE FORMAL: LEY 200 DE 1995 – ARTICULO 141

PRINCIPIO NOS BIS IN IDEM – Debido proceso / COSA JUZGADA – Identidad de persona, objeto y causa / PROCESO PENAL E INVESTIGACION DISCIPLINARIA – Diferencia /

Lo que corresponde a que se trate de procesos de naturaleza sancionatoria similares, obedece a que cuando se adelanta, por ejemplo, un proceso disciplinario y uno penal, contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios. Así las cosas, lo anterior se traduce en que -para que exista vulneración de esta garantía constitucional en materia disciplinaria-, deben coexistir dos trámites y/o procesos de igual naturaleza, donde se encuentre involucrada la misma persona, por la misma causa y objeto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00039-00(0147-12)

Actor: HERNANDO GUZMÁN PINZÓN

Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Referencia: UNICA INSTANCIA – AUTORIDADES NACIONALES

Conoce la Sala en única instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el Sr. HERNANDO GUZMÁN PINZÓN contra la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el accionante presentó demanda¹, con el propósito de obtener la nulidad de los siguientes actos: **1)** Fallo de primera instancia del 13 de mayo de 2005, por el cual la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa Nacional le impuso sanción de suspensión de sus funciones, como Juez 75 de instrucción Penal Militar, por veinte (20) días. **2)** Fallo de segunda instancia del 8 de julio de 2005, por el cual el despacho del Ministro de Defensa resuelve recurso de apelación, confirmando en su integridad la decisión inicial. **3)** Resolución No. 000177 del 5 de agosto de 2005, por la cual la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar del Ministerio de Defensa hace efectiva la sanción.

A título de restablecimiento solicita: **i)** Tener como laborado para todos los efectos legales, sin solución de continuidad, el tiempo de la suspensión, y se le paguen salarios y prestaciones dejados de pagar durante el término de la sanción; **ii)** se condene a la accionada cancelarle por concepto de perjuicios morales el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2005; **iii)** que las anteriores sumas se indexen mes a mes conforme al incremento del I.P.C.

El sustento fáctico del petitum se compendia en los siguientes términos:

¹ Escrito de demanda se ve a fls.36-44 del cuaderno principal. Y aclaración de la misma a fls.243-246.

Que el demandante ingresó a la planta de Jueces Penales de la Justicia Penal Militar, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, el 30 de julio de 1990.

Informa que para el año 2001 ejercía el cargo de Juez 75 de Instrucción Penal Militar y le fueron asignados procesos por deserción, con los siguientes radicados: 1.264, iniciado el 30 de marzo a Tomás Gabriel Marín Aldana; 1.292, iniciado el 21 de septiembre a Jairo Fonseca Chocontá; 1.293 contra Wilson Mauricio Ruíz Rincón, y el 1.294, iniciado el 21 de septiembre a Hilmer Anderson Ortega Rodríguez.

Señala que el Juez de Primera instancia para las Brigadas de la Quinta División del Ejército, a través de **Oficio No. 320 del 13 de diciembre del 2001**, puso en conocimiento del Director Ejecutivo de Justicia Penal Militar, quien tenía la facultad disciplinaria interna, supuestas irregularidades observadas en algunos procesos, entre ellos, los asignados al accionante relacionados en el párrafo anterior.

Expone que **el 6 de noviembre de 2002** la Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar, **con sustento en** la información expuesta en el **Oficio No. 320**, ordenó la apertura de **indagación preliminar** con el fin de constatar las irregularidades. Indagación que quedó **cifrada como la No. 028 de 2002**. Para su desarrollo la Dirección mencionada comisionó al Coronel (r) Hernán Contreras Peña que, luego de haber practicado la prueba decretada en el Auto de apertura, mediante acto del 25 de abril de 2003 rindió informe, haciendo algunas declaraciones y, a su vez, recomendaciones, al Director Ejecutivo de Justicia Penal Militar, pronunciamiento este, que le fue notificado al actor. Y que este pronunciamiento posteriormente fue declarado nulo.

Indica que posteriormente, en el año 2004, la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa Nacional, por segunda vez, **abrió indagación preliminar por Acto del 13 de enero de 2004, con sustento en el oficio 320 de 2001, por los mismos hechos y en contra el demandante, y le dio radicación No. 027 de 2004**, y que vencido ampliamente el término establecido en el artículo 150, inciso 4º, de la Ley 734 de 2002, la mencionada oficina dispuso el 15 de julio de 2004 apertura formal de investigación disciplinaria, decisión que no le fue notificada al implicado.

Afirma que *el 21 de julio de 2004 la Oficina de Control Disciplinario Interno dispuso reunir en un solo expediente las dos actuaciones que existían sobre los*

mismos hechos y contra el Sr. Hernando Guzmán Pinzón; y con fecha 14 de agosto de esa anualidad se le formuló pliego de cargos, **sin embargo la misma oficina mediante proveído del 20 de diciembre de 2004, de oficio, declaró la nulidad del proveído por el cual elevo pliego de cargos y deja vigente el Auto del 21 de julio, afectando el concepto emitido por el funcionario instructor de la preliminar No. 028 de 2002.**

Anota que la nulidad referida fue aclarada por la mencionada oficina, a través de providencia del 17 de enero de 2005, dejando vigente la decisión por medio de la cual se dispuso la acumulación de las dos (2) indagaciones preliminares, y el 12 de enero de 2005 dicha instancia dispuso de nuevo la apertura de investigación disciplinaria disponiendo que el procedimiento a seguir sería el verbal.

Culmina diciendo que la Oficina de Control Disciplinario Interno -el 13 de mayo de 2005- expidió fallo declarando responsable al Sr. Guzmán Pinzón, por haber infringido lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996 y el numeral 1º del artículo 40 de la Ley 200 de 1995, imponiéndole como sanción suspensión de funciones como Juez de Instrucción Penal Militar por el término de veinte (20) días; decisión que fue confirmada por el despacho del Ministro de Defensa, por medio de proveído del 8 de julio de 2005; y la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar hizo efectiva la sanción, a través de la Resolución No. 000177 del 5 de agosto del mismo año.

Normas violadas y concepto de violación.

De la Constitución Política: Artículos 2º, 29 y 256.

Del C.C.A.: Artículos 1º, 2º, 84, 85 y 131 y siguientes.

Ley 200 de 1995: Artículos 61 y 141.

Ley 734 de 2002: Artículos 74, 75, 150 y 175 y demás concordantes.

El cargo es violación **al debido proceso (artículo 29 Superior)**, por tres factores que ilustra el actor así: **1)** Porque se infringen los términos procesales y sus consecuencias favorables para el investigado, y el principio de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in ídem*), al abrir dos trámites disciplinarios por el mismo hecho y contra la misma persona; **2)** se desconoció al Juez natural, pues, estima que debió ser el Consejo Superior de la Judicatura y no la Oficina de Control disciplinario interno del Ministerio de Defensa, quien debía investigarlo, por tratarse de un juez de Instrucción Penal Militar, y **3)** se vulnera la observancia del

proceso que correspondía, al estimar que era el ordinario y no el verbal.

1) Para el primer factor, estima que como la conducta omisiva endilgada tuvo ocurrencia en el año 2001, el marco legal aplicable es la Ley 200 de 1995, y del artículo 141 de esta ley se tiene que cuando procede la indagación preliminar, la misma no podrá prolongarse por más de 6 meses, que una vez vencidos sólo se podrá abrir investigación o archivar definitivamente el expediente, y trae a colación la sentencia C-728 de 2000 de la Corte Constitucional que declaró exequible el inciso 1º de este artículo.

Ilustra que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, por las irregularidades denunciadas en oficio No. 320 del 31 de diciembre de 2001, ordenó la apertura de indagación preliminar el 6 de noviembre de 2002, con radicación No. 028, por lo tanto el término de 6 meses, para definir apertura de investigación o el archivo, se cumplieron el 6 de mayo de 2003, pero ninguna de las dos situaciones se dio. Y no contentos con esta violación, el día 13 de enero de 2004 se le abrió otra indagación preliminar, radicado No. 027, es decir, 14 meses después de la primera y pasados 8 meses desde el vencimiento del término establecidos para decidirla, y que como fue por los mismos hechos, se vulnera el principio *non bis in ídem*, puesto que existe identidad en la persona, unidad de causa y de objeto, y hace alusión a la sentencia C-244 de 1996 de la Corte Constitucional.

Que para enmendar su error el ente investigador incurre en otro yerro, cuando declara la nulidad parcial de la segunda indagación preliminar, acumulando parte de ella a la primera, y al hallarse expirado el término de ésta, ambas son irregulares totalmente.

2) Para esta arista del cargo considera que como el actor fungía como Juez de Instrucción penal Militar, su Juez natural era el Consejo Superior de la Judicatura, como se desprende del numeral 3º del artículo 256 de la Constitución Política; por lo tanto, en aplicación de los artículos 55 y 61 de la Ley 200 de 1995, y 74 y 75 de la 734 de 2002, la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa debió remitir la actuación al competente.

3) Para este aparte de inconformidad, afirma que es evidente que no era viable aplicar el proceso verbal de que trata el artículo 175 de la Ley 734 de 2002, toda vez que la presunta falta por la cual se le sancionó no daba para este procedimiento, sino para el ordinario.

TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda se presentó el 25 de noviembre de 2005 ante la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (reverso fl.44), y fue asignada por reparto el 13 de diciembre de 2006 (fl.45); por Auto del 22 de febrero de 2006 se le concede un término de 5 días al actor para que corrija y realice una estimación razonada de la cuantía (fl.47), lo que en efecto cumple (fls.48-49), luego, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Tribunal, por Auto del 6 de abril de 2006 admite la demanda, ordena notificarla, correr traslado y fijarla en lista (fl.51), y de hecho fue contestada por la accionada, sin embargo, a través de proveído del 17 de julio de 2006 dispuso que conforme las reglas de competencia, fijadas en la Ley 446 de 1998 y los Acuerdos 3321 y 3345 de 2006, remitir el expediente a la Dirección Seccional de Administración Judicial -Regional Cundinamarca- por ser un asunto de conocimiento del Circuito Judicial Administrativo de Bogotá (fl.104); por reparto le correspondió al Juzgado 22 Administrativo del Circuito (fl.106), que por Auto del 9 de febrero de 2007 avoca su conocimiento, admite la demanda y ordena notificarla (fl.108), en providencia del 29 de junio de 2007 abre el proceso a pruebas (fl.143), y el 1º de junio de 2008 el Juzgado 8º Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá se inhibe para fallar por inepta demanda (fls.174-180), decisión que fue apelada por el actor y concedido el recurso mediante providencia del 21 de julio de 2009 (fl.185), siendo admitido por la Sección Segunda, Subsección "B", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por Auto del 29 de enero de 2010 (fl.204), empero mediante proveído del 31 de agosto de 2011 se remite para lo de su competencia a la Magistrada de Descongestión de la Sección Segunda, Subsección "E" (fl.216), y ésta, por medio de Auto del 22 de septiembre de 2011 (fls.217-220), amparada en decisiones de esta Corporación², resuelve anular todo lo actuado y ordena remitir el proceso al Consejo de Estado, por ser éste el competente para conocer en única instancia, como quiera que se trata de una sanción disciplinaria de suspensión impuesta por una autoridad del orden nacional (fls.217-220); decisión que fue motivo de recurso de súplica, el cual fue despachado desfavorablemente en decisión del 3 de noviembre de 2011 (fls.226-231).

Una vez es remitido el expediente al Consejo de Estado, por reparto del 25 de

² Cita de la Sección Segunda, entre otras: Providencia del 4 de agosto de 2010, radicado interno 1203-10, y sentencia del 18 de mayo de 2011, radicado interno 0145-10, cuyos ponentes son, respectivamente, los consejeros Gerardo Arenas Monsalve y Víctor Hernando Alvarado Ardila.

enero de 2012 correspondió su conocimiento al suscrito (fls.233-334), y por Auto del 24 de mayo de 2012 (fls.235-237) se avoca su conocimiento, se admite la demanda y se ordena notificarla, además se dispuso que las pruebas practicadas conservaran su validez y eficacia conforme el artículo 146 del C.P.C., se fijó en lista el 17 de octubre de 2012 (Reverso fl.237), y antes de vencer este término el demandante presentó corrección de la demanda (fls.242-246), así mismo dentro del término la accionada la contestó (fls.268-277); y por medio de providencia del 7 de febrero de 2013 se admitió la corrección de la demanda y se ordenó notificarla al Ministerio de Defensa y fijarla en lista (fls.320-322), la corrección es fijada en lista el 28 de mayo de 2013 hasta el 12 de junio de la misma anualidad, sin que la entidad demandada se pronunciara, y a través de providencia del 24 de julio de 2013 (fls.330-332) se abrió a periodo probatorio, mas como no existían pruebas pendientes por decretar y practicar se ordenó correr traslado para alegar.

La institución accionada dio respuesta a la demanda como pasa a ilustrarse.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

El Ministerio de Defensa Nacional por intermedio de apoderado el 30 de octubre de 2012 contestó la demanda, se opone a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo que los actos demandados están ajustados a legalidad. En cuanto a los hechos, en términos generales, expone que deben probarse.

El apoderado se limitó a decir que se puede concluir que la sanción impuesta al actor y el procedimiento aplicado para llegar a ella, resultaban procedentes en estricta aplicación de los artículos 153, numeral 1, de la Ley 270 de 1996 y el artículo 40, numeral 1, de la Ley 200 de 1995, toda vez que el proceder negligente del investigado generó la prolongación injustificada de la privación de la libertad del soldado Tomás Gabriel Marín Aldana, quien tenía derecho a la libertad provisional; que el accionante fue sancionado porque no era excusa la carga laboral que adujo en su momento. Acto seguido hace mención a la potestad disciplinaria del Estado y al objeto de las normas disciplinarias.

Visto el contexto de la Contestación, debe anotar la Sala que en ella realmente el apoderado no contra- argumenta los cargos expuestos en la demanda.

³ Escrito de contestación ante este despacho, visible a fls.268-277.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** presentó alegatos⁴, exponiendo en esencia que se hallan probados los hechos y cargos expuestos en la demanda.

La parte demandada también allegó escrito de alegatos⁵, reiterando lo señalando en la contestación.

El Ministerio Público rindió concepto⁶, solicitando acceder a las pretensiones de la demanda por violación del principio *non bis in ídem*.

Como soporte de su criterio expone que revisadas las pruebas obrantes en el proceso disciplinario, queda corroborado que en razón de atrasos e irregularidades de algunos procesos que tenía a cargo el accionante, como Juez 75 de Instrucción Penal Militar, se le inició dos indagaciones preliminares en el año 2002 y en el año 2004, radicadas bajo los números 027 y 028 respectivamente. No resultando comprensible que se adelantaran contra el accionante dos indagaciones por los mismos hechos.

Que llama la atención que se acumularan dichas piezas procesales y se decretara la nulidad de lo actuado por parte del coronel Hernán Contreras, en su calidad de funcionario comisionado para practicar pruebas (Auto del 25 de abril de 2003), porque lo procedente -revisando el término de prescripción- era que se anulara la primera, si no era el despacho el competente para ello, se validaran las pruebas practicadas y se tramitara un solo proceso, tendiente a investigar y sancionar al hoy demandante. Sin embargo, en el acto del 20 de diciembre de 2004 se dejó vigente dicha acumulación, lo que supone una clara violación al mencionado principio, por lo tanto una violación al debido proceso, pues para dicha fecha, el término de indagación preliminar estaba más que vencido (15 meses), de modo que la acumulación no fue más que un método irregular de revivir los términos, pues para dicha época lo procedente era estar adelantando la investigación disciplinaria del caso.

Igualmente expone que no era viable la utilización del procedimiento especial verbal, porque no cabía ninguna de las causales para su uso.

⁴ Fls.333-344.

⁵ Fls.345-350.

⁶ Fls.358-363.

Que si bien no se desconoce la gravedad del proceder del demandante en su condición de Juez Penal Militar, por lo que debió ser sancionado, no es menos cierto que existió un desconocimiento grosero de las etapas procesales, que amerita la anulación de la sanción disciplinaria.

No observándose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a la Sala establecer si con ocasión de los actos demandados, por medio de los cuales el Ministerio de Defensa Nacional impuso sanción de suspensión de funciones por 20 días al actor en su condición de Juez de Instrucción Penal Militar, se desconoció el derecho fundamental al debido proceso.

Con tal propósito, y previo a resolver los cargos formulados, la Sala estima pertinente ilustrar el acontecer del proceso disciplinario a partir de la prueba existente, así como hacer unas breves referencias a la potestad disciplinaria del Estado, y qué comprende la competencia de esta Jurisdicción sobre actos administrativos disciplinarios, para reiterar novedosa tesis de la Sección Segunda, conforme la cual el control que ejerce el Juez Contencioso Administrativo es pleno e integral y no admite interpretaciones restrictivas.

Elementos probatorios que ilustran el trámite disciplinario. En el cuaderno anexo 1, obra el expediente de la actuación administrativa disciplinaria, por ello los folios citados a continuación corresponden a este anexo.

Fls.6-7, se ve Oficio No. 320 del 13 de diciembre de 2001, a través del cual el Juez de Primera Instancia para la Brigada Quinta División, Coronel (r) Germán Pineda Leal, pone en conocimiento del Director Ejecutivo Justicia Penal Militar, las posibles irregularidades en los procesos penales por deserción, que lleva el Juez 75 de instrucción Penal Militar, Hernando Guzmán Pinzón, contra *los soldados Jairo Fonseca Chocontá, Wilson Mauricio Ruíz Rincón, Hilmer Anderson Ortega Rodríguez y Tomás Gabriel Marín Aldana*, radicados con los **Nos.1292, 1293,**

1294 y 1264 respectivamente.⁷

Fls.8-9, requerimiento de informe que solicita el Director Ejecutivo Justicia Penal Militar al demandante, como Juez 75 de instrucción penal Militar. Y a fls.11-13 obra informe escrito que rinde el Sr. Hernando Guzmán Pinzón, de fecha 17 de mayo de 2002.

Fl.5, Oficio No. 000537 del 29 de mayo de 2002 por el cual el Director Ejecutivo Justicia Penal Militar remite al Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial la queja y el informe rendido por el Sr. Hernando Guzmán Pinzón.

Fl.4, decisión del 18 de junio de 2002 del Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, en la que dispone devolver lo recibido de la Dirección Ejecutivo Justicia Penal Militar, porque los hechos, por competencia, le corresponde su conocimiento a la Procuraduría Distrital de Bogotá. Las que en efecto se devolvieron con Oficio No. 1912 del mismo día, mes y año (fl.17).

Fls.20-22, decisión del 28 de agosto de 2002 de la Procuraduría Primera Distrital, que dispone devolver las diligencias a la Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar del Ministerio de Defensa, para que ésta adelante la respectiva investigación en contra del Juez 75 de Instrucción Penal Militar. La devolución se hizo a través de Oficio No. 5201 del mismo día, mes y año (fl.23).

Fls.24-25, **Auto de apertura de indagación preliminar del 6 de noviembre de 2002**, expedido por el Director Ejecutivo Justicia Penal Militar, por las posibles irregularidades en los procesos **Nos.1292, 1293, 1294 y 1264**, que conoce el Juez 75 de Instrucción Penal Militar. Indagación que quedó con el radicado No. 028-

⁷ Valga decir que en este oficio, en informante también puso de presente la irregularidad en que incurrió el Juez 77 de Instrucción Penal Militar Dr. Amílcar Pineda Verano, por el proceso que instruía contra el soldado Camargo Latorre con radicación No. 039.

Para lograr el cometido de la indagación preliminar se designó como funcionario instrucción y se comisionó al Coronel (r) Hernán Contreras Peña, *“debiendo practicar las pruebas que considere necesarias, conducentes y pertinentes a fin de determinar la procedencia de ordenar la Apertura de Investigación Disciplinaria o por el contrario ordenar el Archivo Definitivo”*, pero dejó decretadas las siguientes: *“1. Realizar visita especial a los Procesos No. 1292, 1293, 1294 y 1264 seguidos por el delito de desertión, e instruidos por el juzgado 75 de Instrucción Penal Militar. 2 escuchar en versión libre y espontánea a los servidores públicos cuestionados, debiendo dárseles a conocer sus derechos. 3. Recibir los testimonios requeridos a fin de esclarecer los hechos materia de la presente investigación. 4. El comisionado dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 101 de la ley 734 de 2002. 5. Practicará las demás pruebas y diligencias que surjan de las anteriores. El término de la comisión es de sesenta (60) días hábiles, libre de distancias”*

2002.⁸

En este auto, con el fin de verificar lo sucedido y si constituían falta disciplinaria, se designó como funcionario comisionado para tal propósito al Coronel (r) Hernán Contreras Peña; quien a través de proveído del 20 de noviembre de 2002 dispuso practicar las pruebas ordenadas en el auto de apertura (fls.27-28), entre ellas escuchar en versión libre al accionante⁹.

Nota: No obra prueba que haya sido notificado personalmente el auto de apertura de indagación preliminar, ni se le comunicó al actor las pruebas a practicar para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa.

Fls.91-103, acto del 25 de abril de 2003 suscrito por el funcionario comisionado para adelantar las diligencias de la indagación preliminar, en el cual **informa y recomienda** al Director Ejecutivo Justicia Penal Militar, declarar que el demandante no es responsable de falta disciplinaria por los procesos que instruía con radicados 1292, 1293 y 1294, pero que sí es *presuntamente responsable* por el proceso 1264, y dispone: “**ENVIAR** la presente indagación preliminar al Señor Brigadier General DIRECTOR EJECUTIVO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, para lo de su competencia”. Notificado personalmente al actor el 28 de abril de 2003 (fl.104).

Fls.123-124, Auto del 13 de enero de 2004 expedido por la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa, por el cual y con ocasión del oficio 320 de 2001, **se dispone apertura de indagación preliminar contra el Sr. Hernando Guzmán Pinzón**, como Juez 75 de Instrucción Penal Militar, por las irregularidades en los procesos **Nos.1292, 1293, 1294 y 1264. En este Auto se ordena, entre otras pruebas, escucharle en versión libre**, y se designa para su práctica a la Auditora 13 de guerra de Brigada, para lo cual se le otorgan 40 días.

Nota: A pesar de disponerse en este proveído que se notificara personalmente al implicado, conforme lo ordena el artículo 101 del C.D.U., lo cierto es que sólo se le comunicó tal decisión mediante oficio del 26 de enero de 2004 que obra a fl.126.

⁸ Dentro de las pruebas a practicar se señala: 1) Visita especial a los procesos **Nos.1292, 1293, 1294 y 1264**; 2) escuchar en versión libre al funcionario cuestionado; 3) recibir testimonios que fueren necesarios a fin de esclarecer los hechos, y 4) las demás que surjan de las anteriores.

⁹ La versión libre rendida por el Sr. Hernando Guzmán Pinzón ante el comisionado obra de los fls.87-90 del cuaderno anexo 1, que fue rendida el 24 de abril de 2002.

Fl.182, Auto del **15 de julio de 2004** (Expediente 027), por el cual la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa, dispone **apertura de investigación disciplinaria** en contra del implicado Hernando Guzmán Pinzón -con sustento en la misma queja que había dado origen a la indagación preliminar del 6 de noviembre de 2002 que se hallaba vigente-, y **dispone la práctica de pruebas, entre las que se halla escuchar en versión libre al encartado**. Y para la versión libre se comisionó al Asesor Jurídico del Batallón de comunicaciones No. 1, Brigada 8 Facatativá, Cundinamarca, haciendo extensiva la comisión para que notifique la decisión de apertura, y para el resto de pruebas se comisiona a una profesional universitaria de la mencionada oficina.

Nota: La decisión de apertura de investigación, en vez de ser notificada personalmente al investigado, únicamente le fue comunicada a través de Oficio No. 1733 del 8 de agosto de 2004 (fl.185), oficio que ni tan siquiera suscribe el funcionario que había sido comisionado para su notificación personal.

Fls.105-106, **Auto del 21 de julio de 2004**, expedido por la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, en el cual **expone que revisada la actuación preliminar del expediente No. 028 de 2002**, en lo que se refiere a la situación del accionante Hernando Guzmán Pinzón, dice textualmente:

“Finalmente se advierte que los hechos referidos como imputables al Dr. HERNANDO GUZMÁN PINZÓN, son los mismos por los que mediante auto de fecha 15 de los cursantes se dispuso abrir formal investigación contra el mencionado bajo el radicado 027 de 2003 (sic), razón por la que tendrá que incorporarse la presente actuación -hace alusión a la 028 de 2002 en la que existía Auto de indagación preliminar-, a dichas diligencias para ser llevados bajo una misma cuerda por encontrarse éstas en una etapa más adelantada y versar sobre los mismos hechos” -hace mención a la 027 de 2004 que tenía apertura de investigación-. (Lo resaltado y lo entre barras es ajeno al texto original)

Fls.187-196, **Auto del 14 de agosto de 2004**, expediente 027, por medio del cual la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno resuelve formular pliego de cargos contra el implicado, *“por violación del artículo 40 numerales primero y segundo de la Ley 200 de 1995”*, por incurrir en una posible “falta grave”, cometida con “culpa grave”.¹⁰

¹⁰ A pesar de hallarse abierta la indagación preliminar del expediente 028 de 2002, en la que el Coronel Hernán Contreras Peña, comisionado para práctica de pruebas, había expuesto unas recomendaciones al Director Ejecutivo Justicia Penal Militar, a fin de que éste calificara la indagación, en este proveído del 14 de agosto de 2004, a través del cual la O.C.D.I., eleva pliego de cargos, se dice textualmente:

“...la titularidad de la acción disciplinaria está radicada en las oficinas de Control Interno Disciplinario de las entidades públicas donde han sido implementadas, por ende es el Jefe de estas dependencias el único legalmente facultado para tomas de decisiones que deban proferirse en desarrollo del proceso disciplinario o para evaluar y fallar las faltas disciplinarias en primera instancia.

Fls.197-201, **Auto del 20 de diciembre de 2004**, expediente 027, proferido por la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, en el cual: “[p]rocede el Despacho a resolver en torno a la viabilidad de **decretar de oficio la nulidad del auto de fecha agosto 14 de 2004** mediante el cual (sic) esta Oficina evaluó el sumario profiriendo pliego de cargos contra el DR. HERNANDO GUZMAN PINZÓN”.¹¹

Bajo estos presupuestos, no atenderá esta funcionaria el concepto expuesto por el Coronel Hernán Contreras Peña, como funcionario comisionado para la práctica de las pruebas en el presente asunto, en su escrito de fecha 25 de abril de 2003, además porque no existe norma legal expresa que faculte a los funcionarios comisionados en el proceso disciplinario, para que emitan conceptos sobre la forma como debe calificarse las faltas disciplinarias y/o responsabilidad de los investigados”

En otro aparte señala que dicha oficina es la competente, atendiendo la competencia establecida para la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de la Defensa Nacional, mediante Decreto Presidencial No. 049 del 13 de enero de 2003.

¹¹ En el aparte de “antecedentes” de la parte motiva de esta decisión, entre otras cosas, se señala:

1) Que mediante auto del 6 de noviembre de 2002, bajo el radicado 028/02 se decretó la apertura de indagación preliminar por parte del Director Ejecutivo de Justicia Penal Militar, “quien para entonces tenía la competencia disciplinaria respecto de los funcionarios de Justicia Penal Militar, donde se dispuso la práctica de varias pruebas, la recepción de la versión al servidor público cuestionado, nombrando para la práctica de las mismas al señor Juez Primero de División”, Coronel Hernán Contreras Peña, que a través de auto del 20 de noviembre de 2002 ordenó dar curso a las pruebas decretadas, y que a pesar de habersele comisionado también para notificar el citado auto, conforme el artículo 101 de la Ley 734 de 2002, no lo hizo. 2) Por medio auto del 25 de abril de 2003 el Juez Primero de División en su condición de funcionario instructor para el cual fue designado, “sin tener competencia para pronunciarse de fondo, profirió auto evaluando la indagación preliminar, donde de manera antitécnica señala que el Dr. Hernando Guzmán Pinzón no es ‘responsable’ respecto de las irregularidades relacionadas con los procesos penales 1292 y 193 respecto de lo cual dispuso que debía archivar la indagación, por último declara que el Dr. Hernando Guzmán Pinzón es presuntamente ‘responsable’ por no conceder la libertad de Tomás Gabriel Aldana”. 3) Que mediante Oficio 0612 del 10/03/03 el Jefe Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa dio traslado, a la Oficina de Control Disciplinario Interno, de la queja suscrita por el Coronel Abg. Luis Germán Pineda que dio origen a la indagación preliminar abierta por auto del 6 de noviembre de 2002, y que así mismo hizo llegar la decisión del 18 de junio de 2002 del Procurador Delegado para Vigilancia Judicial que ordenaba remitir tales diligencias a la Procuraduría Distrital de Bogotá y Provincial de Tunja. Que con base en estas diligencias, “bajo radicado 027/04, con auto de fecha 13 de enero de 2004 esta Oficina dispuso abrir indagación preliminar ordenándose practicar pruebas y escuchar en versión libre al Dr. GUZMAN PINZON”, para lo cual se comisionó a la auditoría 13 de guerra, comisión que se extendía para dar trámite a la notificación personal de la apertura de la indagación, sin embargo, la funcionaria comisionada - Sandra Liliana López- no dio cumplimiento de la notificación personal conforme lo dispone el artículo 101, ni tampoco procedió a la notificación subsidiaria de que trata el artículo 104 *ibídem*. Señala que sin haberse practicado la totalidad de las pruebas, entre ellas la recepción de la versión libre del encartado, la comisionada devolvió el expediente por vencimiento del término que se le había concedido para tal fin. 4) Que por auto del 15 de julio de 2004 la Oficina de Control Disciplinario Interno dispuso abrir investigación disciplinaria contra el Dr. Guzmán Pinzón, comisionando -para notificarle esta decisión y recibirle versión libre- al Asesor Jurídico del Batallón de Comunicaciones No. 1 de la Brigada 8 de Facatativá, pero que el expediente fue devuelto y el acto de apertura de investigación tampoco fue notificado. 5) Que mediante Auto del 21 de julio de 2004 se ordenó incorporar todas las diligencias preliminares con radicación 028/02, remitidas -por competencia- de la Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar a la Oficina de Control Disciplinario, “para ser llevadas bajo la radicación 027/04 aquí iniciada, habida cuenta que ya esta última actuación ya se encontraba en etapa sumarial y por tanto se encontraba más adelante más adelantada”; y que como ya habían evacuado casi la generalidad de las pruebas decretadas en el auto de apertura “y se le había escuchado en versión al disciplinado innecesario resultaba volver a tomarle versión, mediante auto de fecha 08 de agosto de 2004 se profirió pliego de cargos...”. (Resaltado no es del escrito primigenio).

En el acápite intitulado “consideraciones”, del Auto del 20 de diciembre de 2004 que declara la nulidad del pliego de cargos, se expone que:

(1) Para el momento que se profiere el Auto del 6 de noviembre de 2002 (expediente 028/02), el competente para llevar la acción disciplinaria era la Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar, y que si bien dicho acto no le fue notificado en su momento al implicado, de todas maneras de esa actuación tuvo conocimiento, pues se le escuchó en versión libre, “por lo tanto -dice- se estaría frente a notificación por conducta concluyente de que trata el artículo 108 de la Ley 734, donde

En la parte resolutive se dispone:

“PRIMERO: Declarar la nulidad del auto de fondo signado el 25 de abril de 2003 por el Coronel (r) Hernán Contreras Peña, **manteniéndose incólume el auto de fecha 21 de julio de 2004 mediante el que se dispuso llevar a cabo bajo una misma cuerda los expedientes números 028 de 2002 y 027 de 2004 con las aclaraciones hechas en la parte motiva, así como el aparte primero del auto fechado el 11 de octubre (sic) donde se concede personería al DR. GERMAN E. GUTIERREZ HOLGUIN para actuar como defensor del investigado”.**

Nota: La Sala quiera dejar en evidencia que este Auto, al igual que muchos otros, no fue notificado en debida forma, lo que hace aún más palpable que la autoridad administrativa disciplinaria, desde los inicios y en su doble actuación, menoscabó de una manera flagrante el derecho de defensa del implicado.

En efecto, se ve a fl.218 un acta de notificación por edicto, suscrita por una profesional universitaria de la Oficina de Control Disciplinario Interno, en la que se dice que mediante oficio del 20 de diciembre de 2004 se libró comunicación al defensor del encartado para notificarle personalmente el Auto de esa fecha que declara la nulidad, y que como ello no fue posible se procede a hacerlo a través de edicto, con el agravante que se señala que el mismo se fija el día 2 de enero de 2005, y **el 2 de enero fue un domingo**, tal y como lo hizo saber el apoderado Dr. Germán Gutiérrez en escrito a mano del 7 del mismo mes año (fl.219), en el cual de manera directa le expuso a la Jefe de la citada oficina que ello representaba una violación del derecho de defensa de su defendido.

Fls.390-400, **Auto del 12 de enero de 2005 (expediente 028/02)**, emanado de la Jefatura de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa Nacional, y en lo que se refiere al **motivo de pronunciamiento** se señala que: *“Agotada la etapa de Indagación Preliminar, se procede a determinar si se inicia*

desde luego el mencionado tuvo oportunidad de solicitar que se practicaran las pruebas que quisiera hacer valer en su defensa”, y que hasta ahí no había reparo sobre la legalidad de lo actuado, pero que no ocurre así respecto del Auto del 25 de abril de 2003 suscrito por el Coronel (r) Hernán Contreras Peña, comisionado para instruir y practicar pruebas, porque carecía de competencia para pronunciarse de fondo sobre las pruebas aportadas en la indagación preliminar, porque en los términos del artículo 2º de la Ley 734 de 2002, salvo el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, radica sólo en las Oficinas de Control Disciplinario Interno y en los funcionarios con potestad para ello, en aquellos casos en que no se haya creado las mencionadas oficinas. (2) Ante la ausencia de notificación del auto de apertura de indagación de fecha 13 de enero de 2004 y del proveído que abrió a investigación de fecha 15 de julio de la misma anualidad, “constituye irregularidad sustancial que afecta el derecho de defensa”, y que igual sucede con el auto del 25 de abril de 2003 “se encuentra incurso en la causal de nulidad prevista en el numeral primero del artículo 143 de la ley 734 de 2002, la cual tendrá que decretarse A PARTIR DE DICHO AUTO HASTA EL PLIEGO DE CARGOS INCLUSIVE, MANTENIÉNDOSE INCÓLUME EL AUTO DEL 21 DE JULIO DE 2004 MEDIANTE EL QUE SE DISPUSO LLEVAR BAJO UNA MISMA CUERDA LOS EXPEDIENTES NÚMEROS 028 DE 2002 Y 027 DE 2004... se aclara eso sí que como ante la nulidad decretada el radicado se queda sin actuación válida, éste se incorporará al 028 por ser el que primero se abrió en indagación preliminar” (Resaltado y mayúsculas ajenos al texto original).

investigación disciplinaria ya por la vía del procedimiento ordinario, ora bajo el procedimiento verbal, o si se decreta el archivo definitivo de la misma a favor del Dr. HERNANDO GUZMÁN PINZÓN'

En este auto supuestamente se formulan pliego de cargos contra el investigado, pero debe anotar la Sala que, en él, la Oficina de Control Disciplinario Interno decidió acoger el procedimiento especial verbal, porque -supuestamente- estaban dados los requisitos exigidos para dictar pliego de cargos conforme el inciso 3º del artículo 175 del C.D.U., sin embargo se evidencia que en la parte resolutive no se señala cuáles son los cargos, si bien se esbozan en su parte considerativa. Textualmente se dice en su parte decisoria:

“RESUELVE

PRIMERO. *Dar aplicación al artículo 175 de la Ley 734 de 2002, cambiando el procedimiento ordinario al procedimiento verbal previsto en esta norma por ser el que legalmente procede en el caso concreto.*

SEGUNDO. *Como consecuencia de lo anterior, (sic) citar en diligencia de audiencia pública Dr. HERNANDO GUZMÁN PINZÓN, en calidad de Juez 75 IPM, a partir de las 09:00 a.m., del próximo lunes 17 de enero de 2005, en esta Oficina. “Contra esta decisión no procede recurso alguno de acuerdo con el artículo 162 de la ley 734 de 2002.”*

En su parte motiva se dice que los aspectos fácticos son los que se puso en conocimiento a través del Oficio No. 320 del 13 de diciembre de 2001, relacionados con los procesos penales que instruía el accionante como Juez 75 de Instrucción Penal Militar, con radicación Nos.1292, 1293, 1294 y 1264 contra los soldados Jairo Fonseca Chocontá, Wilson Mauricio Ruíz Rincón, Hilmer Anderson Ortega Rodríguez y Tomás Gabriel Marín Aldana.

Como normas presuntamente vulneradas indica los numerales 1, 2 y 15 del artículo 153 de la Ley 270 de 1996, y los numerales 1 y 2 del artículo 40 de la Ley 200 de 1995; así mismo hace alusión a los artículos 29 Superior, y 465 y 539-4 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999).

Y como cargos **-en su parte considerativa-** se le endilgan dos, a saber:

“Primer Cargo. *Haber incumplido los deberes constitucionales, legales y el manual de funciones que en su condición de juez de Instrucción Penal Militar le eran exigibles, propiciando con ello la prolongación ilícita de la libertad de los soldados Hilmer Anderson Ortega Rodríguez, Tomás Gabriel Marín Aldana, Jhon Jairo Fonseca Chocontá y Wilson Mauricio Ruíz Rincón.”*

“Segundo cargo. *No haber cumplido con la diligencia, la celeridad y la eficacia que le eran exigibles, el trámite procesal que en cada uno de los expedientes aludidos le era exigible en su calidad de instructor.”.*

Se observan otras irregularidades, pues a pesar de ser el **Auto** que acoge el procedimiento verbal y eleva cargos **de fecha 12 de enero de 2005**, se ven a fls.378 y 380 respectivamente, oficios 024 MDNSGOCDI-743 y 026 MDNOCDI-743, con **fecha 11 de enero de 2004 y 2005**, suscritos por la Jefe de la Oficina de Control Interno, dirigidos al actor y a sus apoderados, en los que les informa que se dispuso dar curso al procedimiento verbal *“mediante auto de fecha 11/01/05”*. Y como si ello fuera poco, a fl.379 figura Oficio No.0025 MDNOCDI-743 del **4 de enero de 2005**, que dirige la misma funcionaria al comandante de la Brigada No. 8 con sede en Facatativá en el cual le dice que ha sido comisionado para que notifique personalmente del Auto del 11/01/05 y se cite a audiencia bajo el procedimiento verbal al Dr. Hernando Guzmán Pinzón.

No tiene sentido que se comisione a través de un oficio del 4 de enero de 2005 para que notifique un proveído del 12 de enero de esa anualidad, ni que al encartado y a sus apoderados se les envíe comunicación el 11 de enero para ponerles en conocimiento una acto del 12 de enero. **Denota un total desorden.**

Fl.363, Acta de Audiencia del 17 de enero de 2005 en la que el apoderado del accionante manifiesta al despacho que no ha resuelto solicitudes de nulidad, entre ellas la de la notificación por edicto del auto que decretó la nulidad parcial de lo actuado, ante lo cual se dispone suspender la audiencia para continuarla el 27 de esa anualidad. Y a fl.330, obra Acta de continuación de audiencia, en la que procede el Despacho a conceder el uso de la palabra al disciplinado y a su apoderado para que presenten descargos, pero, el implicado dejó constancia y hace saber que había solicitado a la Jefe de Control Disciplinario, para poder ejercer su derecho de defensa, copia de los cargos y las dejó pagas, sin embargo le entregaron fue el Auto de cargos del 14 de agosto de 2004 que había sido anulado mediante Auto del 20 de diciembre de esa anualidad, y no el que convocaba a audiencia que contenía los cargos de fecha 12 de enero de 2005, Razón que obligó a suspender nuevamente la audiencia para continuarla al día siguiente 28.

Fls.366-370, obran declaraciones que en su momento solicitó el investigado, de la

Sra. Martha Cecilia Correa¹² y del Sargento Daniel Rolón Álvarez, recepcionadas el 14 de marzo de 2005, **pero lo extraño es que ambos testimonios** -sin que exista una justificación legal- **fueron recibidos vía telefónica**, a tal punto que la Sra. Correa, cuando le dicen que si tiene algo más que agregar, señaló: "...quiero que quede algo claro en esa audiencia, que no estoy presente en ella y que por tal motivo rendí esa declaración por solicitud hecha por la Dra. Encargada de control interno disciplinario quien manifestó que se podía tomar testimonios por vía telefónica...". Y a fli.402-404 se ve declaración de la Sra. Luz Marina Morales Soler.

Nota: A pesar que se está bajo el trámite de proceso verbal, en el que todas las actuaciones y decisiones se concentran en audiencia, lo cierto es que la Sala observa que ello -en sentido estricto- no se hizo.

Fls.408-423, **Fallo de primera instancia del 13 de mayo de 2005** (expediente 028/02), emitido por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa Nacional.

En esta decisión, la primera instancia, en lo que se refiere a la legalidad de la actuación, **expone que no se observa irregularidad alguna porque a partir del Auto del 20 de diciembre de 2004 se realizó control de legalidad al declarar la nulidad parcial de la actuación,** "*afectando toda la etapa procesal adelantada en esta Oficina y a partir de esta determinación la actividad procesal se ha desarrollado con pleno cumplimiento de los ritualismos procesales y velando siempre por hacer efectivos los derechos de contradicción y defensa...*"

En el fallo se exonera al investigado de los cargos respecto de los procesos radicados 1292, 1293 y 1294, pero se le declara responsable como infractor de los artículos 153, numeral 1, de la Ley 270 de 1996 y el artículo 40, numeral 1, de la Ley 200 de 1995, en lo que hace relación al proceso 1264.

Y como incurrió en falta grave a título de culpa grave se le sancionó con suspensión de funciones por 20 días, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 200 de 1995.

Nota: De manera no muy ortodoxa se evidencia que este fallo no se concentró y leyó en audiencia, sino que adjunto al fallo se ve una actuación de la Oficina de

¹² Vale señalar que en el encabezamiento del acta que contiene esta declaración, a quien se identifica como declarante es a la Sra. LUZ MARINA MORALES y no a la Sra. CORREA.

Control Disciplinario Interno, de fecha 13 de mayo de 2005 (fl.424), en la que sin mayor precisión se dice que en presencia del abogado del actor se leyó la decisión y se le preguntó si interponía recurso de apelación. Pero no se evidencia que previa a la lectura haya existido una constitución en audiencia Pública.

Por Auto de mayo 23 de 2005, la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno concede el recurso de apelación, que presentó y sustentó el apoderado del implicado -fl.432.

Fls.433-445, **fallo de segunda instancia, del 8 de julio de 2005**, emanado del despacho del Ministro de Defensa, por el cual se resuelve el recurso de apelación y se confirma la decisión inicial.

Nota: La Sala no ve en el expediente prueba alguna de la que se derive que el fallo de segunda instancia haya sido notificado personalmente como legalmente debe serlo; sólo obra a fl.453 y 454, que se notificó a través del Estado No. 025, desfijado el 26 de julio de 2005.

REFLEXIONES DE SALA.

En lo que se refiere a la potestad disciplinaria, vale señalar que en la organización Estatal constituye elemento fundamental para la realización efectiva de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la potestad para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores públicos, en atención a su especial sujeción al Estado en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la Función Pública; de manera pues, que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte del servidor público, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, y demás principios que caracterizan la función pública administrativa, establecidos en el artículo 209 superior, y que propenden por el desarrollo íntegro de dicha función, con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y los reglamentos.

De suerte que, el derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; motivo por el cual la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las

funciones estipuladas. Si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la necesidad de la sanción de las conductas que atenten contra los deberes que le asisten.

Así las cosas, la finalidad de la ley disciplinaria es la prevención y buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro.

Ahora, en cuanto a la competencia del Juez administrativo en materia disciplinaria, la Sala aprecia conveniente reiterar reciente posición jurisprudencial de la Sección Segunda, en la que, además de señalar que los actos expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria por la Procuraduría General de la Nación, constituyen ejercicio de función administrativa y no emanan, como en algunos conceptos lo ha considerado dicho organismo, de función jurisdiccional, también anota -de manera explícita- que el control de legalidad y constitucionalidad sobre dichos actos administrativos por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, no se limita a un simple control formal, sino que se trata de un control pleno e integral, que no admite interpretaciones restrictivas, sin que ello implique que se trate de una tercera instancia.

En efecto, en decisión del 2 de mayo de 2013, la Sección Segunda, Subsección "A"¹³, planteó:

“3.4. El control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa es pleno y no admite interpretaciones restrictivas.

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

¹³ Radicado interno 1085-2010, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 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 Corporación, 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.**

(...)

El hecho de que el control que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos disciplinarios es un control pleno e integral, resulta confirmado por la amplísima jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de procedencia de la acción de tutela, en la cual se ha explícitamente afirmado que las acciones ante la jurisdicción contenciosa –en nulidad o nulidad y restablecimiento- son, en principio, los medios judiciales idóneos para proteger los derechos fundamentales de quienes estén sujetos a un proceso disciplinario. En efecto, la Corte Constitucional en jurisprudencia repetitiva ha explicado que los actos de la procuraduría son actos administrativos sujetos a control judicial por la jurisdicción contenciosa, regla que ha sido aplicada en incontables oportunidades para examinar la procedencia de la acción de tutela en casos concretos, en los que se ha

concluido que ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la tutela se hace improcedente salvo casos de perjuicio irremediable –que por regla general no se configuran con las decisiones sancionatorias de la procuraduría-. Se puede consultar a este respecto la sentencia T-1190 de 2004, en la cual la Corte afirmó que el juez de tutela no puede vaciar de competencias la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de verificar la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría en ejercicio de sus potestades disciplinarias. La lógica jurídica aplicada por la Corte Constitucional al declarar improcedentes acciones de tutela por ser idóneos los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho para ventilar las pretensiones de anulación de decisiones disciplinarias por violación de la Constitución, es la misma lógica jurídica que sustenta el ejercicio de un control más que meramente formal por la jurisdicción contencioso-administrativa sobre estos actos administrativos.

(...)

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**.

(...)

Se concluye, pues, que no hay límites formales para el control judicial contencioso-administrativo de los actos administrativos proferidos por las autoridades administrativas disciplinarias y la Procuraduría General de la Nación, salvo aquellos límites implícitos en el texto mismo de la Constitución y en las normas legales aplicables. Las argumentaciones de la Procuraduría a través de sus representantes y apoderados que puedan sugerir lo contrario - v.g. que el control judicial es meramente formal y limitado, o que las decisiones disciplinarias de la Procuraduría tienen naturaleza jurisdiccional- no son de recibo por ser jurídicamente inaceptables y conceptualmente confusas.” (Lo resaltado es del texto original).

Descrito el material probatorio y las anteriores notas que resaltan la nueva óptica jurisprudencial, procede la Sala a definir los motivos de disconformidad.

LOS CARGOS.

El actor expone como cargo **violación al debido proceso**, por tres factores, a

saber: **1)** Se infringen los términos procesales y sus consecuencias favorables para el investigado, y el principio de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in ídem*), al abrir dos trámites disciplinarios por el mismo hecho y contra la misma persona; **2)** se desconoció al Juez natural, pues, estima que debió ser el Consejo Superior de la Judicatura y no la Oficina de Control disciplinario interno del Ministerio de Defensa, quien debía investigarlo, por tratarse de un juez de Instrucción Penal Militar, y **3)** se vulnera la observancia del proceso que correspondía, al estimar que era el ordinario y no el verbal.

Primer factor del cargo. Como preámbulo y soporte jurídico para su definición, la Sala estima necesario abordar previamente: **I)** Los fines y los términos para el trámite de la indagación preliminar, y **II)** el alcance y finalidades del principio conforme el cual nadie puede ser juzgado y sancionado dos veces por el mismo hecho (*non bis in ídem*).

I.- En lo que se refiere a lo primero, en términos generales, tanto la Ley 200 de 1995 (art. 138 y 139), como la Ley 734 de 2002 (art.150), han consagrado que en caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar, que no es más que la etapa establecida por el legislador cuya finalidad es verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar a su (s) autor(es). Lo que implica que sólo se realiza en los eventos en los cuales no hay certeza sobre la ocurrencia de los hechos o actos que constituyen una falta disciplinaria.

Igualmente, ambas codificaciones han establecido, como regla general, términos perentorios para su desarrollo.

La Ley 200 de 1995 en su artículo 141, inciso primero, disponía que “*la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses*”, al cabo de los cuales la autoridad disciplinaria “*sólo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente*”; disposición que tiene su equivalente en el inciso cuarto del artículo 150 del actual C.D.U., con la acotación que dicho término tiene una excepción, y es que cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, la duración de la indagación preliminar podrá extenderse a otros seis (6) meses.

La Corte Constitucional en sentencia C-728 del 21 de junio de 2000¹⁴, **declaró la exequibilidad** del inciso primero del artículo 141 de la Ley 200, que decía “[c]uando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses”, y de la parte final de su inciso segundo según el cual “al vencimiento de este término perentorio el funcionario sólo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente”. En esta providencia la Corte, luego de traer a colación la sentencia C-412 de 1993¹⁵, establece: **i)** que el principio del

¹⁴ MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En ella, entre otras cosas, expone la Corte Constitucional:

“Como se observa, en la providencia aludida la Corte consideró que el principio del debido proceso exigía que la etapa de la investigación previa en materia penal tuviera un término cierto y preestablecido. Esa conclusión cabe también para la etapa de la indagación preliminar en materia disciplinaria, en razón de que estas dos ramas del derecho -la penal y la disciplinaria- hacen parte del mismo derecho sancionatorio...”

9. En realidad, en este tipo de controversias se trata de establecer si en las indagaciones preliminares debe prevalecer el derecho a la justicia - en el sentido de que se logre determinar los hechos, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas - o el derecho del encartado a que se resuelva rápidamente sobre las sospechas que recaen sobre él - es decir, el derecho a no estar permanentemente sub judice - y el interés del Estado en fijarle plazos perentorios a los procesos que adelanta. La prevalencia en este tipo de conflictos no se puede plantear a priori, sino que se decide con base en la constelación de normas o de hechos existentes.

(...)

La Corte considera que el término fijado sería inconstitucional si fuera claramente insuficiente para realizar una indagación preliminar. Un término excesivamente abreviado impediría realizar una indagación con posibilidades de ofrecer resultados concretos, y ello convertiría a la indagación preliminar en un trampolín para garantizar la impunidad en los casos en que se considerara necesario agotar esta etapa. Sin embargo, un término de seis meses no aparece prima facie como insuficiente para practicar la indagación preliminar, puesto que el objeto de ésta no es adelantar la investigación y el juicio mismo, sino establecer si se presentó una actuación que podría constituir una falta disciplinaria y a quién podría imputársele la autoría de esa conducta.

Tres consideraciones adicionales permiten apreciar que el término no es a primera vista insuficiente: la primera es que el lapso de los seis meses no comprende el tiempo necesario para la evaluación de las pruebas recopiladas durante el período de indagación, lo que permite que ese período sea utilizado íntegramente para la recopilación de pruebas (...)

Evidentemente, es posible que,... se presenten situaciones en las que el lapso de seis meses no sea suficiente para determinar la ocurrencia de la falta disciplinaria o individualizar al servidor público que hubiere intervenido en ella. Sin embargo, en estos casos habrá de respetarse la voluntad del legislador de darle prevalencia al derecho del encartado de no permanecer sub judice y a su objetivo de que se resuelvan con rapidez las dudas disciplinarias que puedan surgir, incluso en desmedro de la aspiración de que se haga justicia en todas las ocasiones.

(...)

11. Pudiera argüirse que al fijar en seis meses el término al cabo del cual debe archivers definitivamente el expediente, el legislador restringió de manera irrazonable y desproporcionada la posibilidad de hacer justicia, en beneficio de la impunidad, pues bien puede ocurrir que con posterioridad al vencimiento de ese término aparezcan pruebas concluyentes acerca de la existencia del hecho contraventor del régimen disciplinario y del autor del mismo. Pero tal argumento pierde toda su fuerza persuasiva, si se repara cuidadosamente en dos circunstancias: 1) Que la investigación preliminar sólo se justifica cuando el funcionario que debe investigar tiene alguna duda acerca de sí la investigación es procedente (art. 138), y seis meses parecen suficientes para disiparla, puesto que, en vista de esa finalidad, lo que se exige no es una recolección exhaustiva y demandante de elementos probatorios, sino apenas la obtención de alguno que indique que el hecho que fue objeto de denuncia, de queja o iniciación oficiosa, en realidad ocurrió y quién pudo ser el responsable; y 2) Que en aras de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones provisorias no persistan indefinidamente, es necesario establecer para ellas un límite temporal...”

¹⁵ MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia, cuyas consideraciones -mutatis mutandis- aplican al proceso disciplinario, la Corte anota:

“[E]s forzoso concluir que no se aviene al debido proceso y, por el contrario, lo niega, la configuración de una etapa investigativa carente de término. Se contraviene la idea medular del proceso que se sustenta en la esencialidad y en la previsibilidad de las formas, pues, una etapa indefinida en el tiempo no canaliza ni puede servir de molde idóneo a la actividad del Estado que reclama disciplina y orden...”

debido proceso exige que la indagación previa tenga un término cierto preestablecido, el cual fija el legislador dentro de su ámbito de configuración, porque se trata del derecho del encartado a que se resuelva rápidamente sobre las sospechas que recaen sobre él, es decir, el derecho a no estar permanentemente sometido a la espera de la resolución de un trámite procesal; **ii)** que un término de seis (6) meses no aparece *prima facie* como insuficiente para practicar la indagación preliminar, puesto que el objeto de ésta no es adelantar la investigación y el juicio mismo, sino establecer si se presentó una actuación que podría constituir una falta disciplinaria y a quién podría imputársele la autoría de esa conducta, sumado que el lapso de los seis (6) meses no comprende el tiempo necesario para la evaluación de las pruebas recopiladas durante el período de indagación, lo que permite que este período sea utilizado íntegramente para la recopilación de pruebas, y **iii)** que en aras de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones provisorias no persistan indefinidamente, es necesario establecer para ellas un límite temporal, habrá de respetarse la voluntad del legislador de darle prevalencia al derecho del encartado de no permanecer *sub iudice* y a su objetivo de que se resuelvan con rapidez las dudas disciplinarias que puedan surgir, incluso en desmedro de la aspiración de que se haga justicia en todas las ocasiones.

Ahora bien, el inciso tercero del artículo 150 de la Ley 734 de 2002 disponía: “[e]n caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo”. Y la Corte Constitucional siendo consecuente con su doctrina, en el sentido que vulnera el debido proceso dejar al arbitrio del operador disciplinario términos procesales, **declaró inexecutable el aparte citado en cursiva y subrayado**, a través de sentencia C-036 del 28 de enero de 2003¹⁶ (MP Dr. Alfredo Beltrán

El ejercicio anticipado del derecho constitucional al debido proceso (CP art. 29), correlativo al desarrollo de la función investigativa y punitiva del Estado, proscribire la actuación investigativa que se prolongue indefinidamente en el tiempo. La ausencia de término específico para la investigación previa, legitima constitucionalmente las más excesivas dilaciones toda vez que su finalización podría coincidir con el momento de la prescripción de la acción penal. Aparte de que esa eventual arbitrariedad -convalidada por la norma legal acusada - obliga al investigado a soportar una excesiva carga anímica y económica, representa para el Estado costos nada despreciables en términos de recursos humanos y materiales...”

¹⁶ En esta sentencia la Corte señala:

“4.5 De acuerdo con el examen somero de estos elementos, para la Corte, la excepción contenida en la parte acusada respecto del no señalamiento por el legislador de un límite de duración de la indagación preliminar cuando existen dudas sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria, resulta a todas luces violatoria del derecho al debido proceso.

En efecto, el legislador incumplió la obligación de establecer un término para este caso, y no encuentra la Sala ninguna justificación para ello, pues, la razón de ser de la etapa de la indagación preliminar es, precisamente,

Sierra); pues ya en otras decisiones había dicho la Corte que la consagración de etapas dentro del proceso, delimitadas por términos procesales, así como el cumplimiento de los mismos por parte de la autoridad encargada de administrarlos, constituyen la base procedimental fundamental para la efectividad del derecho al debido proceso, y que ello encuentra sustento en la necesidad de cumplir con los principios de celeridad, igualdad, eficacia, economía e imparcialidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, como principios rectores de la Función Pública administrativa.¹⁷

II.- En lo que corresponde al principio *non bis in ídem*, conforme el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, se halla establecido en nuestra Constitución Política como un iusfundamental, que hace parte de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 29 Superior.

Este principio, ha dicho la Corte Constitucional -de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina-, tiene como propósito esencial evitar la duplicidad de sanciones, pero sólo tiene aplicabilidad en los eventos en que exista, de una parte, *identidad de sujeto, objeto y causa* y, de la otra, que *se trate de procesos de naturaleza sancionatoria similares*.¹⁸

Adicionalmente, la Corte constata que el constituyente colombiano prefirió una consagración de este principio, según la cual la prohibición no está dirigida exclusivamente a una doble sanción. La prohibición también se dirige a ser "juzgado" dos veces. Considera la Corte que lo anterior se ajusta a los fundamentos del principio *non bis in ídem*, ya que la seguridad jurídica y la justicia material se verían afectadas, no sólo en razón de una doble sanción, sino por el

despejar las dudas que la propia norma señala, entre la que se encuentra la de la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria.

Es decir que, si frente a los demás fines de la indagación preliminar: verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad, se estableció un término fijo y cierto, no encuentra la Sala ninguna razón para que en el caso de la individualización del autor de la falta disciplinaria no se pueda fijar. (...)

4.8 No cabe duda que en este caso, en aplicación del artículo 29 de la Constitución, debe prevalecer el derecho a tener un debido proceso público sin dilaciones injustificadas frente al derecho del Estado de ejercer su poder sancionador por un período de tiempo indefinido, pues, se repite, no es que se desconozca quién realizó el hecho disciplinable, sino que existen dudas sobre su individualización. (...)

¹⁷ Al respecto se puede consultar, por mencionar alguna, la sentencia C-181 de 2002, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁸ Con relación al tema se puede consultar las siguientes sentencias: C-554 del 30 de mayo de 2001, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández; C-088 del 13 de febrero de 2002, MP Dr. Eduardo Montealegre Lynett; C-393 del 24 de mayo de 2006, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil, por citar algunas.

hecho de tener una persona que soportar trámites y/o juicios sucesivos por el mismo hecho.¹⁹

Ahora, para ilustrar cuándo existe identidad de sujeto, objeto y causa, nuestro Tribunal Constitucional de manera textual cita sentencia de noviembre 22 de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, en la que ésta señala: "**La identidad en la persona** significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole. **La identidad del objeto** está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza. **La identidad en la causa** se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos".²⁰

Y en lo que corresponde a que se trate de procesos de naturaleza sancionatoria similares, obedece a que cuando se adelanta, por ejemplo, un proceso disciplinario y uno penal, contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.²¹

Así las cosas, lo anterior se traduce en que -para que exista vulneración de esta garantía constitucional en materia disciplinaria-, deben coexistir dos trámites y/o procesos de igual naturaleza, donde se encuentre involucrada la misma persona, por la misma causa y objeto.

Por lo demás, la Corte Constitucional en sentencia C-521 del 4 de agosto de 2009²², dentro de las finalidades constitucionales del principio *non bis in ídem*,

¹⁹ Ver, entre otras, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰ Ver sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz.

²¹ *Ídem*.

²² MP Dra. María Victoria Calle Correa.

indica que esta garantía del debido proceso no se agota en proteger a las personas del riesgo de verse involucradas más de una vez en procesos de la misma naturaleza por el mismo hecho, sino que, además, persigue la finalidad última de racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio en general, y especialmente del poder punitivo. Por eso mismo, no solo se aplica a quien está involucrado en un proceso penal, sino que en general rige en todo el derecho sancionatorio (contravencional, disciplinario, fiscal, etc.), pues el artículo 29 dispone que “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, y también pretende asegurar que los conflictos que involucran consecuencias de tipo sancionatorio no se prolonguen de manera indefinida.

Puesto en contexto el propósito y el término perentorio de la indagación preliminar, así como el alcance y finalidades del principio *non bis in ídem*, confrontados con el material probatorio reseñado en precedente acápite, para esta Sala es diáfano que -en el asunto bajo examen- existió violación al debido proceso, por desconocimiento de estos dos componentes del mismo, tal y como lo aduce el actor en su demanda y lo plantea el Ministerio Público en su concepto.

Lo anterior queda evidenciado en los siguientes elementos de juicio: **a)** Mediante **Oficio No. 320 del 13 de diciembre de 2001**, el Coronel (r) y Juez de Primera Instancia para Brigadas Quinta División, Luis Germán Pineda Leal, informa a la Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar, irregularidades en los procesos penales radicados con los Nos.1292, 1293, 1294 y 1264, que instruía el actor en su condición de Juez 75 de instrucción Penal Militar, contra *los soldados Jairo Fonseca Chocontá, Wilson Mauricio Ruíz Rincón, Hilmer Anderson Ortega Rodríguez y Tomás Gabriel Marín Aldana*, respectivamente. **b)** la Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar, representada en ese entonces por el Brigadier General José Arturo Camelo Piñeros, instancia competente como autoridad disciplinaria para su momento, en aplicación del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, por **Auto del 6 de noviembre de 2002 dio apertura de indagación preliminar (expediente 028/02)**, comisionando para adelantarla y practicar las pruebas decretadas, al Coronel (r) Hernán Contreras Peña, quien -luego de cumplir su cometido- expidió **Auto del 25 de abril de 2003**, en el cual simplemente hace unas **recomendaciones** a la instancia competente que lo comisionó, disponiendo en el artículo cuarto de este proveído: “**ENVIAR**, dentro de los términos del artículo 150 de la Ley 734/02, la presente indagación

preliminar al Señor Brigadier General DIRECTOR EJECUTIVO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, para lo de su competencia”.

Es decir, que lo mínimo que le correspondía a la Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar, una vez le llegó la actuación junto a las recomendaciones expuestas en el Auto del 25 de abril de 2003, como instancia competente y teniendo en cuenta que el término de seis (6) meses se hallaba expirado, era haber procedido a asumir la decisión de dar apertura a investigación disciplinaria, o de archivar definitivamente el expediente, como lo ordena la ley, pero ello no lo hizo.

Es más, y en gracia de discusión, aceptando que se había establecido competencia para la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de la Defensa Nacional, mediante Decreto Presidencial No. 049 del 13 de enero de 2003, otra opción que tuvo la Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar era haber remitido toda la actuación a dicha oficina, para que fuera ella la que procediera asumir la determinación que correspondiera, mas ello tampoco se hizo.

Lo anterior significa que la indagación preliminar, iniciada con el Auto del 6 de noviembre de 2002, continuaba abierta sin justificación legal alguna, a pesar de haber fenecido el término, perentorio de los seis (6) meses establecidos, el 6 de mayo de 2003.

Si bien el lapso de los seis (6) meses no comprende el tiempo necesario para asumir la decisión de abrir investigación disciplinaria o de archivar definitivamente del expediente, lo cierto es que no es razonable y cae en la desproporción que, para la calificación de la indagación, la autoridad disciplinaria se tome un término que exceda más de la mitad del establecido para dicho trámite, como ocurrió en el caso bajo estudio; ello lo que refleja es una protuberante vulneración del debido proceso por una dilación injustificada por parte del operador disciplinario, desconociendo de tajo los principios de celeridad, eficacia y economía, que deben inspirar todas las actuaciones administrativas, lo que -como lo señala el demandante en su cargo- infringe los términos procesales y sus consecuencias favorables para el encartado, pues, si no se le abrió investigación, tenía todo el derecho a que se hubiera asumido la decisión de archivar las diligencias, y no quedar intemporalmente *sub judice*, con todas las consecuencias adversas que ello comporta para el implicado.

Y como si todo lo anterior fuera poco, tenemos: **c)** La Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa expide **Auto del 13 de enero de 2004, dando apertura de una nueva indagación preliminar** contra el hoy demandante, por los mismos hechos y con ocasión de la misma información expuesta en el Oficio No. 320 del 13 de diciembre de 2001, sin percatarse que a esa fecha aún se hallaba abierta la indagación preliminar expediente 028/02, es decir, 14 meses después; **d)** La mencionada instancia, además, por **Auto del 15 de julio de 2004** abrió investigación disciplinaria, **expediente 027/04**, en contra del actor; luego profiere **Auto de fecha 21 de julio de 2004**, donde dice que revisada la actuación preliminar del expediente No. 028 de 2002, se advierte que los hechos referidos como imputables al Dr. Hernando Guzmán Pinzón, son los mismos por los que mediante Auto del 15 de julio de 2004 se dispuso abrir formal investigación, razón por la cual dispone incorporar la actuación del radicado 027/04 a las diligencias del expediente 028/02, *“para ser llevados bajo una misma cuerda, por encontrarse éstas en una etapa más adelantada y versar sobre los mismos hechos”*.²³ **e)** Por **Auto del 14 de agosto de 2004** la aludida Oficina resuelve formular pliego de cargos al implicado.

Ante tan abigarrado panorama, que es más que suficiente evidencia de la flagrante violación del derecho fundamental al debido proceso del encartado, y para tratar -al parecer- de dejar un poco más presentable las constantes irregularidades, la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa expide **Auto de fecha 20 de diciembre de 2004**, y declara *“la nulidad del auto de fondo signado el 25 de abril de 2003 por el Coronel (r) Hernán Contreras Peña”*, incluyendo el Auto de cargos del 14 de agosto de 2004, pero, ***“manteniéndose incólume el auto de fecha 21 de junio de 2004 mediante el que se dispuso llevar a cabo bajo una misma cuerda los expedientes números 028 de 2002 y 027 de 2004.”***; lo que viene a significar que **omitió**

²³ La Sala comparte la apreciación del Ministerio Público en su concepto, cuando señala que con la acumulación la Oficina de Control Interno Disciplinario de la demandada no fue más que un método irregular de revivir los términos, pues, para el momento que asume esta decisión lo procedente era estar adelantando la investigación disciplinaria del caso, consecuencia de haber calificado en término lo acopiado de la indagación preliminar abierta por Auto del 6 de noviembre de 2002, cuyos seis meses legales para desarrollarla habían expirado desde el 6 de mayo de 2003. A lo sumo tenía, o haber anulado también toda la actuación generada con ocasión de la indagación del radicado 028 de 2002, si consideraba que había causal para ello, o haber archivado las mismas y desarrollar sólo la abierta el 13 de enero de 2004, pero, no bajo el manto de la acumulación para tratar de sanear términos legales fenecidos, que en ese momento ya tenían que haber sumado en beneficio del hoy demandante, pues, a esa fecha -del 13 de enero de 2004-, cuando se abre por segunda vez indagación, habían transcurrido 14 meses desde que se tenía abierta la primera del año 2002, y más de 8 meses desde que vencieron los 6 meses que dura por ley la indagación preliminar al cabo de los cuales sólo era procedente y obligatorio, abrir investigación o archivar, y ni lo uno ni lo otro se hizo, afectando derechos esenciales del implicado.

declarar la nulidad del Auto del 6 de noviembre de 2002 o, al menos, el archivo de las diligencias iniciadas con ocasión de ese proveído que dispuso la apertura de la indagación preliminar inicial conservando la prueba practicada; con lo cual se tenían dos trámites disciplinarios abiertos, con identidad de sujeto, objeto y causa.

Partiendo erradamente de que todo había quedado saneado, la Oficina de Control Disciplinario Interno del Ministerio de Defensa continuó, por Auto del 12 de enero de 2005 acoge el procedimiento verbal -al considerar que estaban dados los presupuestos para ello-, formula nuevamente pliego de cargos al implicado y lo cita a audiencia; después, el 13 de mayo de 2005, profiere Fallo de Primera Instancia imponiendo sanción al implicado y, finalmente, el despacho del Ministro de Defensa el 8 de julio de esa anualidad resuelve recurso de apelación, confirmando la decisión inicial. Y se hace efectiva a través de la Resolución No. 000177 del 5 de agosto de 2005, de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

En este punto, a la Sala no le corresponde sino manifestar, como lo expone el Ministerio Público en su concepto, que la acumulación hecha en el Auto del 21 de julio de 2004, *no fue más que un método irregular de revivir los términos, pues para dicha época lo procedente era estar adelantando la investigación disciplinaria del caso*, o que estuviera archivado el expediente; aunado que -paralelamente- hasta el momento de expedirse el fallo sancionatorio, aún se hallaba vigente la indagación preliminar del expediente 028/02, abierta desde el Auto del 6 de noviembre de 2002, como quiera que éste tampoco había sido objeto de la declaración de nulidad contenida en la decisión del 20 de diciembre de 2004, tipificándose así una evidente vulneración del principio *non bis in ídem*.

Por lo expuesto prospera este frente del cargo, quedando relevada la Corporación de pronunciarse sobre los restantes. No sin dejar de mencionar, como se dejó resaltado en algunas notas al describir el material probatorio, que el trámite del segundo proceso disciplinario abierto en el año 2004, estuvo plagado de continuos y graves violaciones del debido proceso, al menoscabar el derecho de defensa y contradicción, por las reiteradas decisiones que, por ley, era obligatorio notificar personalmente al implicado, y no lo hicieron, o que lo hicieron mal, o incurriendo en incoherencias tales que, de primera mano, salta de bulto que no existió el más elemental cuidado por las garantías esenciales del servidor

público implicado, infringiendo por esa vía tanto el artículo 6º como el 8º de la Ley 734 de 2002, conforme los cuales el sujeto disciplinable deberá ser investigado con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, y con el respeto a la dignidad humana.

Perjuicios morales.

Esta pretensión se despachará negativamente toda vez que dentro del curso del proceso no se desplegó ninguna actividad probatoria tendiente a corroborar tales perjuicios, y conforme lo dispuesto en el artículo 177 del C.P.C., incumbe a la parte que lo solicita probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido; no basta la simple enunciación y/o el simple pedido sin el respaldo probatorio que así lo demuestre, porque no se trata de hechos notorios o presumibles.

No se condena en costas a la institución demandada porque, si bien existieron protuberantes irregularidades que violentaron el debido proceso, la Sala no avizora una actitud temeraria o de mala fe en su proceder.

Conclusión.

En razón de lo expuesto y analizado, la Sala anulará los efectos de los actos censurados y, a título de restablecimiento, se ordenará: **i)** Tener como laborados para todos los efectos legales, sin solución de continuidad, los veinte días de suspensión; **ii)** pagar al actor los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante dicho lapso, y el monto que arroje deberá ser indexado en los términos del artículo 178 del C.C.A., aplicando para ello la fórmula que de antaño tiene establecida el Consejo de Estado; **iii)** la cancelación del registro de la sanción en la Procuraduría General de la Nación y cualquier anotación que se haya hecho en la historia laboral del Sr. Hernando Guzmán Pinzón.

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

Primero.- ACCEDER a las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por el Sr. HERNANDO GUZMÁN PINZÓN contra la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por lo tanto se anulan los efectos de los actos demandados, conforme lo expuesto en la parte motiva.

En consecuencia, y a título de restablecimiento:

Segundo.- SE ORDENA: i) Tener como laborados para todos los efectos legales, sin solución de continuidad, los veinte (20) días de suspensión; ii) pagar al demandante los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante dicho término, y el monto que arroje deberá ser indexado en los términos del artículo 178 del C.C.A., aplicando para ello la fórmula que de antaño tiene establecida el Consejo de Estado, y iii) la cancelación del registro de la sanción en la Procuraduría General de la Nación y cualquier anotación que se haya hecho en la historia laboral del Sr. Hernando Guzmán Pinzón.

Tercero.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Darle cumplimiento a la presente decisión en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CUMPLASE.

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