

ERROR EN LA FECHA EN FALLO DISCIPLINARIO PRIMERA INSTANCIA - No genera la nulidad de la decisión disciplinaria, siempre y cuando se garantice los principios del debido proceso, publicidad y contradicción

El fallador disciplinario de primera instancia incurrió en un error al señalar el año en el cual fue expedido su fallo –*la fecha correcta fue el 25 de mayo de 2010*-, por cuanto: **i)** no resulta lógico que el fallo disciplinario de primera instancia, sea anterior a los autos pliego de cargos, de traslado de pruebas y de traslado a alegatos, dado que estas actuaciones de acuerdo con el orden cronológico de etapas procesales dispuestas por la ley disciplinaria –*las cuales fueron descritas en acápite anterior de esta providencia*-, son instrumentales y permiten mediante un orden consecutivo, al operador disciplinario obtener los elementos fácticos y jurídicos para proferir una decisión definitiva, y **ii)** el fallador disciplinario de segunda instancia expresamente puso de presente el error existente en la fecha del fallo de primera instancia. (...) el error en la fecha del fallo disciplinario de primera instancia para efecto de la prosperidad del cargo de nulidad, exige la comprobación de la afectación a las garantías fundamentales de publicidad y contradicción, en otros términos, es necesario que se acredite en el expediente que tal irregularidad impidió al afectado conocer e identificar la providencia en cuestión y como consecuencia la posibilidad de ejercer los medios de impugnación que contra ella eran procedentes. De acuerdo con las piezas procesales que obran en el expediente se observa que, el disciplinado -*ahora demandante*-, a pesar de la irregularidad antes anotada, identificó y conoció plenamente el fallo disciplinario de primera instancia al punto que se notificó legalmente del mismo y presentó contra este un recurso de apelación mediante escrito de 22 de junio de 2010, el cual dio lugar al fallo disciplinario que confirmó la sanción –*también ahora demandado*-. En ese orden operador disciplinario de segunda instancia, contrario a lo manifestado por el demandante -*ahora apelante*- no incurrió en irregularidad alguna, pues lo único que hizo fue poner de presente la imprecisión cometida por el a quo disciplinario y corregirla en la providencia de segunda instancia, y esto de manera alguna puede considerarse como una falsa motivación, una falsedad o una situación que pudiera afectar la ejecutoria de la sanción disciplinaria.

PROVIDENCIAS DE AUTORIDADES CON COMPETENCIA SANCIONATORIA –PENAL O FISCAL -BASADAS EN LOS MISMOS HECHOS Y PRUEBAS DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA- No pueden ser desestimadas de plano por el juez contencioso por ser posteriores al acto disciplinario acusado / SANCIÓN DE DESTITUCIÓN E INHABILIDAD DE MIEMBRO DEL EJÉRCITO POR NO ACATAMIENTO DE LAS ÓRDENES DE OPERACIÓN MILITAR / DELITO DESOBEDIENCIA QUE OCACIONÓ LA MUERTE DE COMPAÑEROS DE ARMAS

Si bien es cierto, una misma conducta puede dar lugar a diversas investigaciones de índole sancionatorio -fiscal, penal, contravencional, disciplinario, correccional, fiscal y de punición por indignidad política-, las cuales pueden valerse de las mismas normas obligacionales y pruebas, no es posible trasladar automáticamente la interpretación normativa ni la valoración probatoria, en atención a que la diferencia de objeto de una y otra disciplina sancionatoria hace

que el respectivo operador -penal, disciplinario o fiscal- tenga como fin la prueba de aspectos de la infracción penal, disciplinaria o fiscal que en el caso concreto son diferentes. En ese orden de ideas, el juez contencioso administrativo, antes de proceder a avalar la interpretación normativa y la valoración probatoria realizada por operadores judiciales –por ejemplo, la de los jueces penales- y operadores administrativos –por ejemplo, la de las Contralorías-, debe realizar un análisis material de la misma desde un escenario general de los principios del derecho disciplinario y desde un escenario particular referido a la imputación típica del caso disciplinario. (...) De conformidad con lo decantado en el acápite previo de esta providencia, cuando se invoque como argumento de nulidad una interpretación posterior que sobre los mismos hechos y pruebas de la investigación disciplinaria haya realizado otra autoridad en ejercicio de sus competencias de ius puniendi –verbi gracia, autoridad penal o fiscal- debe entenderse que aquella –la interpretación posterior de la otra autoridad- no se invoca como precedente sino como un sustento del cargo de indebida valoración probatoria del operador disciplinario, y en tal caso el juez contencioso debe proceder a analizar el asunto de fondo para establecer, primero si tal decisión es desde el punto de vista de la imputación fáctica y jurídica comparable con la disciplinaria, y luego, si en tal caso tendría la entidad suficiente para deslegitimar la vocación de legalidad y acierto de los argumentos del fallador disciplinario. (...) se observa que, las imputaciones fácticas y jurídicas -así como la razones en que se fundan las decisiones Disciplinaria y Penal Militar no son totalmente comparables, pues mientras que en la primera se analizan tres (3) imputaciones jurídicas, en la segunda únicamente se examina una de ellas, situación que conlleva a que la decisión Penal Militar en comento por sí sola no pueda tener en el presente caso la entidad suficiente para derrumbar la presunción de legalidad y acierto de los fallos disciplinarios, pues en todo caso en estos subsistirían por lo menos dos (2) imputaciones que no fueron analizadas por la Justicia Penal Militar, las cuales por si solas dan lugar al correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad de 10 años que le fue impuesto al demandante –por tratarse de faltas gravísimas imputadas a título de dolo-.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS MILITARES - Regulación

Para materializar este postulado superior –*debido proceso*- y la facultad correctiva del Estado respecto del ejercicio de actividades de especial connotación para la seguridad de la Nación, como es la fuerza pública -y en particular las fuerzas militares-, la Constitución Política en su artículo 227, otorgó entregó al legislador la obligación de establecer un régimen disciplinario aplicable a sus integrantes, el cual se concretó en la Ley 836 de 2003-*vigente al momento en que se presentaron los hechos objeto de reproche disciplinario*-. En el citado régimen disciplinario especial se consagraron aspectos sustanciales - *normas de conducta y actuación militar- remitiendo en cuanto al procedimiento a lo dispuesto en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002)*, por lo tanto para el análisis de cargos de nulidad relacionados con el trámite o aspectos formales del procedimiento debe acudirse a las reglas y la jurisprudencia decantada en relación con esta última codificación.

FUENTE FORMAL: LEY 836 DE 2003 / LEY 734 DE 2002

FALLOS DISCIPLINARIOS – Requisitos esenciales

En relación con el fallo disciplinario -*de única, de primera y/o de segunda instancia*-, el legislador en el mencionado artículo 171 ídem, expresamente consagró los requisitos esenciales que éste contener, los cuales permiten proteger el núcleo esencial del debido proceso del investigado, en especial las garantías de

publicidad, defensa y contradicción, siendo estos en su orden los siguientes: “1. La identidad del investigado. 2. Un resumen de los hechos. 3. El análisis de las pruebas en que se basa. 4. El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas. 5. La fundamentación de la calificación de la falta. 6. El análisis de culpabilidad. 7. Las razones de la sanción o de la absolución, y 8. La exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutive.”. El Código Disciplinario Único, no hace alusión de manera directa a la “fecha” como elemento esencial de los fallos disciplinarios, sin embargo la mencionada codificación en los artículos 103 *-notificación de decisiones interlocutorias-* y 111 *-oportunidad para interponer los recursos-* se refiere a este asunto de forma indirecta, al mencionar que en la comunicación para notificar al afectado de las decisiones interlocutorias se debe indicar “la fecha de la providencia y la decisión tomada” y al señalar que la interposición de los recursos reposición y apelación debe hacerse “desde la fecha de expedición de la respectiva decisión”, por lo cual es claro que, la fecha de las providencias disciplinarias, si bien no constituye un elemento esencial del fondo de la decisión - que permita por vía directa la nulidad del fallo disciplinario-, si resulta indispensable para la materialización de garantías del debido proceso como la publicidad y contradicción, y, es bajo ese contexto *-afectación de las garantías de publicidad y contradicción-*, que por vía indirecta deben analizarse los cargos de anulación referidos a este tipo de irregularidades, a fin de establecer si el defecto - el error en la fecha de la providencia disciplinaria- da lugar a la nulidad del acto administrativo acusado. (

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002- ARTÍCULO 111 / LEY 734 DE 2002 - ARTÍCULO 103

PROCESO DISCIPLINARIO - Incumplimiento de los términos procesales no genera nulidad / NULIDAD EN EL PROCESO DISCIPLINARIO- Cuando se vulnera el debido proceso

El incumplimiento de un término procesal en materia disciplinaria –con excepción del término de prescripción de la acción disciplinaria consagrado en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002- no tiene la virtud de conducir inexorablemente a la nulidad del acto administrativo disciplinario acusado por cuanto el legislador no estableció expresamente para tales irregularidades esa consecuencia. Cabe destacar en este punto, que no toda irregularidad acaecida en el curso de un procedimiento administrativo o inobservancia de los requisitos formales por parte de la administración pública, constituye por sí sola, un motivo para declarar la nulidad de los actos administrativos producto de una actuación administrativa. Estos solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro del procedimiento impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de quien pueda resultar afectado con su expedición, es decir, que la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso puede ser decretada únicamente cuando dentro del procedimiento para su expedición se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que afecten las garantías constitucionales del administrado. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los efectos del incumplimiento de los términos procesales en el proceso disciplinario, ver; C de E, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,” Sentencia de 31 de enero de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad170012333000201400032 01 (1630-2015).

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCIÓN “B”

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 81001-23-39-000-2016-00135-01(5803-18)

Actor: CLAUDIO MAURICIO PÍSTALA TULCÁN

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Asunto: LOS ERRORES FORMALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA AFECTACIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO. LAS PROVIDENCIAS DE AUTORIDADES CON COMPETENCIA SANCIONATORIA –PENAL O FISCAL- PROFERIDAS CON POSTERIDAD AL ACTO DISCIPLINARIO ACUSADO, BASADAS EN LOS MISMOS HECHOS Y PRUEBAS DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA, NO PUEDEN SER DESESTIMADAS DE PLANO.

Decisión: CONFIRMA SENTENCIA QUE NEGÓ PRETENSIONES

FALLO SEGUNDA INSTANCIA

El proceso de la referencia viene con informe de la Secretaría de fecha 7 de junio de 2019¹, y cumplido el trámite previsto en el numeral 4 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante

¹ Folio 480 del expediente cuaderno N° 1

² Ley 1437 de 2011, artículo 247. *Trámite del recurso de apelación contra sentencias*. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: [...]

4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. [...]

contra la sentencia de 27 de julio de 2018 del Tribunal Administrativo de Arauca, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda y sus fundamentos ³

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁴, el señor Claudio Mauricio Pístala Tulcán solicitó la nulidad de: **i)** los Fallos disciplinarios de 25 de mayo de 2009⁵ y 27 de mayo de 2011⁶, proferidos por el Comandante de la Décima Octava Brigada del Ejército Nacional y el Comandante General de las Fuerzas Militares, a través de los cuales fue sancionado con destitución del cargo de Sargento Viceprimero de Infantería del Ejército Nacional e inhabilidad general de 10 años, y **ii)** la Resolución N° 0778 de 22 de mayo de 2012, expedida por el Comandante del Ejército Nacional⁷ por medio de la cual se ejecutó la sanción.

Como consecuencia de lo anterior, el demandante solicitó a título de restablecimiento que se condene a la entidad demandada a: **i)** reintegrarlo sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando⁸ u otro de superior categoría; **ii)** pagar los salarios, emolumentos y beneficios prestacionales dejados de percibir; **iii)** actualizar los dineros que se causen en su favor con la respectiva indexación; y **iv)** cancelar intereses comerciales y moratorios sobre el monto de la condena, de conformidad con dispuesto por el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

La Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada en la demandando, así:

Señaló el apoderado del demandante que el Batallón de Contraguerrillas N° 27 a cargo del Comandante Mayor Ricardo Sarmiento Barrera, el día 22 de julio de 2008 en el municipio de Arauquita -Vereda El Paraíso- del Departamento de

³ Folio 110 a 155 del expediente, cuaderno N° 1.

⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho*. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...).

⁵ Fallo disciplinario de primera instancia, folios 6 a 23 del cuaderno principal.

⁶ Fallo disciplinario de segunda instancia, folio 24 a 55 del cuaderno principal.

⁷ General Sergio Mantilla Sanmiguel, Comandante del Ejército Nacional, visible en folio 56 del expediente, cuaderno N° 1.

⁸ Como Sargento Viceprimero de infantería al servicio del Ejército Nacional de Colombia.

Arauca, inició la misión táctica “*Jinetes Tres*” con tres (3) pelotones, uno de ellos denominado Pelotón Contraaguerrilla Arpón I al mando del Sargento Viceprimero Claudio Mauricio Pístala Tulcán –*hoy demandante*-.

Afirmó que, el Comandante Mayor Ricardo Sarmiento Barrera a las 15:30 horas del día 23 de julio de 2008, por comunicación radical ordenó al Sargento Viceprimero Claudio Mauricio Pístala Tulcán –*hoy demandante*- desplazarse con su pelotón hacía el sur de su ubicación –*al sector denominado el buron*-, implementando todas las medidas de seguridad establecidas en las ordenes de operaciones militares, transitar únicamente en horas de la noche –*después de las 19:00 horas*-, y evitar caminos, trochas o carreteras, para no ser emboscados por el enemigo –*ONT-FARC*.

Indicó que el Sargento Viceprimero Claudio Mauricio Pístala, con miras a neutralizar al enemigo inició el desplazamiento de las tropas en horas del día –*a las 18:00 horas del 23 de julio de 2008*-, dado que, al no contar con apoyo logístico decidió aprovechar la luz solar para tener mejor visibilidad y por la dificultad del terreno se desplazó por una carretera; sin embargo ingresó en un campo minado –*sembrado en la carretera*- el cual fue activado por parte de los insurgentes a través de sistema de telemando y seguido de fuego de fusilería, dando como resultado la muerte de un (1) suboficial y tres (3) soldados profesionales, así como cinco (5) soldados heridos.

Expuso que en atención a los mencionados hechos, el Comandante de la Décima Octava Brigada del Ejército Nacional, avocó trámite disciplinario en contra del ahora demandante y mediante: **i)** auto del 24 de abril de 2009 abrió investigación disciplinaria; **ii)** auto de 14 de octubre de 2009, profirió cargos por la comisión a título de dolo de las faltas gravísimas consagradas en los numerales 16⁹ –*no adoptar las medidas necesarias para el desplazamiento de la tropa*- y 30¹⁰ –*realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito*- del artículo 58 de la Ley 836 de 2003¹¹, en concordancia con el delito de desobediencia del artículo 115 del Código Penal Militar; y **iii)** fallo de primera

⁹ 16. No adoptar las medidas preventivas necesarias para la defensa de la base, puesto, repartición, o buque, a su cargo, o para desplazamientos de tropa bajo su mando.

¹⁰ 30. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo.

¹¹ Por medio del cual se expide el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares de Colombia.

instancia de 25 de mayo de **2009** (sic)¹², en el cual ratificó la imputación del pliego e impuso sanción de destitución e inhabilidad general de diez (10) años.

Expresó que, el Comandante General de las Fuerzas Militares mediante fallo disciplinario de segunda instancia de 27 de mayo de 2011¹³ confirmó la sanción, y el Comandante del Ejército Nacional¹⁴ a través de la Resolución N° 0778¹⁵ del 22 de mayo de 2012 la ejecutó.

Dijo que la Fiscalía 9 Penal Militar ante los Juzgados Penales Militares de División, por los mismos hechos que dieron lugar a la sanción disciplinaria y concomitantemente con ésta, adelantó investigación penal militar por el delito de desobediencia –*artículo 115 del Código Penal Militar*- y mediante auto de 23 de septiembre de 2011¹⁶ cesó en su favor el procedimiento, al considerar que su conducta fue atípica.

Normas violadas y concepto de violación

El demandante citó como violadas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, artículos 2, 6, 12, 25, 29, 48, 89, 125, 209, 218, 220 y 220.
- Ley 836 de 2003, artículos 2, 4, 7, 13, 24, 28, 31, 32, 33, 56, 57, 58 (numeral 16 y 30), 61 (numeral 1, 4 y 5), 62 (numeral 1), 95 (numeral 1), 102, 105, 106, 153, 156, 160 (numeral 3), 193 (párrafo 2), y 194 (numeral 2).
- Leyes 734 de 2002, 1407 de 2010, 906 de 2004, 1474 de 2011 y 1476 de 2011.

Concepto de violación¹⁷

- Violación del debido proceso por defectos de forma

Señaló el apoderado del demandante que el Comandante General de las Fuerzas Militares en su calidad de autoridad disciplinaria de segunda instancia –*en el fallo disciplinario de 27 de mayo de 2012*- y el Comandante del Ejército Nacional en su calidad de autoridad que ejecutó la sanción –*en la Resolución de N° 0778¹⁸ del 22 de mayo de 2012*-, incurrieron en error al identificar el año –*era 2010 y no 2009*-

¹² El fallo disciplinario de primera instancia fue proferido el 25 de mayo de 2010, sin embargo, hubo un error en la caligrafía del mismo, en el cual se puso la fecha 25 de mayo de 2009. Expedido por el Brigadier General Comandante de la Décima Octava Brigada, visible en folio 6 del expediente, cuaderno N° 1.

¹³ Visible en folio 24 del expediente, cuaderno N° 1.

¹⁴ General Sergio Mantilla Sanmiguel, resolución del Ejército Nacional.

¹⁵ Visible en folio 56 del expediente, cuaderno N° 1.

¹⁶ Visible en folio 59 del expediente, cuaderno N° 1.

¹⁷ Para efectos permitir una resolución ordenada de los argumentos de nulidad planteados por el actor en la demanda, estos se agruparán en diferentes ítems.

¹⁸ Visible en folio 56 del expediente, cuaderno N° 1.

en el cual fue expedido el fallo disciplinario de primera instancia, lo cual implica una falsedad ideológica y falsa motivación, que afectó su derecho de defensa y la ejecutoriedad de la sanción.

Indicó que, las autoridades disciplinarias contaban con todas las herramientas jurídicas *–corrección de oficio de errores gramaticales o nulidad de oficio–* para corregir el mencionado yerro pero guardaron silencio, y no pudo solicitar la subsanación de éstos por cuanto contra el fallo disciplinario de segunda instancia y el acto administrativo de ejecución de la sanción no procede recurso alguno, por lo tanto no hubo certeza sobre la ejecutoriedad de la sanción, lo cual impedía su ejecución.

Afirmó que el Comandante General de las Fuerzas Militares en su calidad de autoridad disciplinaria de segunda instancia, pretermitió el término legal de 30 días *-señalado en el artículo 171 de la Ley 734 de 2002-* para resolver el recurso de apelación presentado contra el fallo disciplinario de primera instancia, pues resolvió la alzada luego de dos (2) años de proferida la decisión impugnada.

- Violación del debido proceso por errónea calificación de la conducta – atipicidad y ausencia de culpabilidad-

Afirmó el apoderado del demandante que su prohijado no incurrió en las faltas disciplinarias ni en la modalidad culposa que le fue imputada, por cuanto la valoración probatoria de la autoridad disciplinaria fue artificiosa y especulativa, al punto que no tuvo en cuenta: **(i)** las pruebas de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, ni **(ii)** el auto de 23 de septiembre de 2011 de la Fiscalía 9 Penal Militar ante los Juzgados Penales Militares de División que cesó el procedimiento penal militar por el delito de desobediencia al considerar que la conducta fue atípica, dado que la orden proferida por el Comandante del Batallón de Contraguerrillas N° 27 no era lógica y el lugar donde fue emboscado el Pelotón Arpón I era un paso obligado para el desplazamiento de la tropa.

- Violación del debido proceso por indebida por dosificación de la sanción e infracción del régimen disciplinario militar - Ley 836 de 2003.

Manifestó el apoderado del demandante que, la sanción disciplinaria impuesta no fue acorde con los parámetros establecidos por la Ley 836 de 2003 *-Régimen Disciplinario Militar-*, toda vez que: **(i)** la conducta no era sancionable *–por cuanto por fuerza mayor al disciplinado no le era exigible una actuación diferente a la que*

fue desplegada-, (ii) no incurrió en dolo –dado que el disciplinado no tuvo la intención de causar daño a los integrantes del pelotón-, (iii) la orden de evitar los desplazamiento por carreteras era imposible de cumplir –toda vez que, así lo reconoció la justicia penal militar cuando cesó el procedimiento penal militar-, y (iv) no se graduó debidamente la sanción –por cuanto no se tuvo en cuenta los antecedentes ni la personalidad del disciplinado, a efectos de imponer un correctivo menor-.

1.2 Oposición a la demanda¹⁹

El Ejército Nacional a través de apoderado, contestó la demandada oponiéndose a las pretensiones del libelo, con los siguientes argumentos:

Señaló que, el acto administrativo²⁰ acusado estuvo ajustado a las normas legales y constitucionales, que se encuentra amparado por la presunción de legalidad y que el demandante se limitó a enunciar las normas transgredidas sin realizar la debida subsunción con la conducta adelantada por el operador disciplinario, por lo cual el juzgador no debería analizar tales cargos.

Afirmó que, las autoridades disciplinarias de primera y segunda instancia hicieron una aplicación adecuada del régimen normativo (Ley 836 de 2003 - régimen disciplinario de las fuerzas militares), por lo tanto la hoja de vida del demandante – *la cual acredita idoneidad para el servicio-* no es un elemento relevante para el análisis de la responsabilidad disciplinaria y no puede limitar la potestad sancionadora del Estado.

Manifestó que, la presunta violación al debido proceso por defectos de forma no es admisible, ya que, si bien en el resolutivo del fallo de segunda instancia de 27 de mayo de 2011, se cometió un error de transcripción en relación con la fecha de la providencia apelada, el actor podía haber solicitado una aclaración o corrección de conformidad con el artículo 285 del Código General del Proceso²¹, y no lo hizo.

¹⁹ Visible en folios 314 a 317 (reverso) del expediente, cuaderno principal.

²⁰ Fallo sancionatorio de primera instancia, proferido el 25 de mayo de 2009, por el Comandante Décima Octava Brigada del Ejército Nacional; y el fallo sancionatorio de segunda instancia, proferido en calenda 27 de mayo de 2011 respectivamente que declararon disciplinariamente responsable al accionante

²¹ Artículo 285. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia. [...]

Indicó que, el referido error tipográfico en el año del fallo disciplinario de primera instancia, no implicó una vulneración del derecho de defensa del ahora demandante, pues en el contenido de la decisión de segunda instancia se hace alusión a apartes de contenido concreto del fallo de primera instancia²², con lo cual es claro que la decisión disciplinaria confirmada fue la recurrida por el disciplinado.

1.3 La sentencia de primera instancia²³

El Tribunal Administrativo de Arauca, mediante sentencia de primera instancia del 27 de julio de 2018, denegó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Señalo que, no es de recibo el argumento respecto de la presunta violación del debido proceso, dado que, el actor conocía desde el momento en que impugnó esa sesión mediante recurso de apelación que la fecha verdadera fecha de expedición de la providencia era el 25 de mayo de 2010 –y no 25 de mayo de 2009-, de manera que tal error tipográfico no tiene la capacidad para cambiar o modificar la decisión sancionatoria.

Indicó que las decisiones disciplinarias de primera y segunda instancias guardaron coherencia y fueron unánimes en la calificación de la culpabilidad dado que, el dolo se estableció después de haber realizado un análisis acucioso de la conducta estableciendo que el ahora actor tenía pleno conocimiento de las ordenes operativas y aun así voluntariamente decidió incumplirlas.

Afirmó que no hubo una errónea dosificación de la sanción, dado que una vez calificada las faltas como gravísimas a título de dolo -*Ley 836 de 2003, artículo 58, numerales 16 y 30*-, la sanción a imponer era de destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años.

Manifestó que, la actuación del disciplinado afectó el deber funcional, dado que, su conducta no garantizó el cumplimiento de los fines y el funcionamiento del Estado, por el contrario, transgredió las obligaciones que como servidor público debió asumir, ya que, se pudo demostrar en el proceso disciplinario la lesión y el peligro en que puso a la administración pública.

²² Proferido el 25 de mayo de 2009, por el Comandante Décima Octava Brigada del Ejército Nacional;

²³ Folios 409 a 422 del expediente cuaderno principal.

Expuso que, el auto de 23 de septiembre de 2011 expedido por la *Fiscalía 9 Penal Militar ante los Juzgados Penales Militares de División*, por el cual se cesó en favor del ahora demandante el procedimiento penal militar por el delito de desobediencia *-artículo 115 del Código Penal Militar-*, no puede ser analizado en esta instancia contenciosa administrativa a efectos de dar lugar a la nulidad de los actos administrativos acusados, toda vez que: i) esa decisión no hizo parte del procedimiento disciplinario, toda vez que fue expedida luego de proferido el fallo sancionatorio de segunda instancia de 27 de mayo de 2011, y ii) los procesos disciplinarios y penales son autónomos e independientes, de manera que la decisión que se profiera en uno de ellos, no condiciona ni limita al otro.

Afirmó que el incumplimiento del término para resolver el recurso de apelación en el proceso disciplinario, no conlleva necesariamente a la nulidad de los actos administrativos acusados, pues frente a esta circunstancia la ley no establece un silencio administrativo positivo a favor del investigado ni la obligación de expedir un fallo absolutorio por tal causa.

1.4 El recurso de apelación

El demandante presentó recurso de apelación²⁴ contra la sentencia del 27 de julio de 2018²⁵ proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y acceda a las pretensiones de la demanda, con base los siguientes argumentos:

Señaló el Tribunal de primera instancia, no tuvo en cuenta que los errores en el fallo disciplinario de segunda instancia y en el acto de ejecución de la sanción, respecto de la fecha del fallo disciplinario de primera instancia afectaron sustancialmente su derecho de defensa, en la medida en que no hubo certeza la ejecutoriedad de la sanción, por lo cual ésta no podía ejecutarse.

Afirmó que el A quo no hizo un estudio ponderado, minucioso, profundo y exigente frente al objeto del litigio, pues se limitó a dar credibilidad a las decisiones administrativas acusadas, sin abordar las circunstancias del desarrollo de la operación en la que participó el Pelotón Contra guerrilla Arpón I, con las cuales se demuestra que la conducta sancionada era atípica y carente de culpabilidad, toda vez que, las ordenes operativas *-desplazarse después de las 19:00 horas y*

²⁴ Visible en folios 431 a 441 del expediente, cuaderno principal.

²⁵ Que Denegó las pretensiones solicitadas en la demanda.

hacerlo evitando caminos, trochas y carreteras- era imposible de cumplir, tal y como lo señaló la Fiscalía 9 Penal Militar ante los Juzgados Penales Militares de División en el auto de 23 de septiembre de 2011 que por los mismos hechos de la investigación disciplinaria y el delito de desobediencia, cesó el procedimiento penal militar.

Indicó que, el sentenciador de primera instancia no tuvo en cuenta que, en el proceso disciplinario no había plena prueba afectos que en grado de certeza y fuera de toda duda razonable permitiera proferir una sanción.

1.5 Alegatos de conclusión²⁶

- **La parte demandante – recurrente.** El apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, en los cuales expuso los siguientes argumentos.

Indicó que, el ahora demandante no incumplió las órdenes operativas dadas por su superior, toda vez que el desplazamiento de la tropa en horas del día y por carretera tuvo lugar en razón a las condiciones del lugar por el que debían transitar y con la convicción de hacer lo necesario para llevar a cabo la misión de desplazamiento que le había sido encomendada.

Manifestó que, la calificación dolosa de la conducta por parte de la autoridad disciplinaria es contraria a la realidad, toda vez que no quiso causar la muerte de los miembros de la tropa, su intención era la de ganarle al enemigo y en su cometido no escatimó esfuerzos para tal fin.

Manifestó que, si bien las faltas imputadas están catalogadas como gravísimas, debía tenerse en cuenta la imposibilidad realizar otra conducta diferente a la reprochada, considerando las condiciones en que ocurrieron los hechos, lo cual se sustenta en el auto de 23 de septiembre de 2011 de la Fiscalía 9 Penal Militar ante los Juzgados Penales Militares de División, por medio del cual cesó el procedimiento penal militar y se exoneró de responsabilidad por el delito de desobediencia –*artículo 115 del Código Penal Militar*-.

- **La parte de demanda.** De conformidad con el informe secretarial del 7 de junio de 2019²⁷, la parte demandada guardó silencio.

1.6 Concepto del Ministerio Público

²⁶ Folios 474 a 479 del expediente, cuaderno principal.

²⁷ Visible en folio 480 del expediente, cuaderno principal.

De conformidad con el informe secretarial del 7 de junio de 2019²⁸, el Ministerio Público no presentó concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Planteamiento del problema jurídico

Revisada la demanda, la contestación, la sentencia de primera instancia y los argumentos del recurso de apelación, encuentra la Sala que para resolver de fondo el presente asunto deberá atender los siguientes problemas jurídicos:

- ¿La autoridad disciplinaria incurrió en defectos de forma en la expedición de los actos administrativos acusados, que dieran lugar a la vulneración del debido proceso del disciplinado?

¿La autoridad disciplinaria vulneró el debido proceso del demandante por indebida valoración probatoria en relación con los elementos de la responsabilidad y la sanción que le fue impuesta?

Para efectos de resolver los mencionados problemas, la Sala desarrollará el marco normativo de cada uno de éstos y a continuación resolverá los cargos del recurso apelación.

2.2 RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO, REFERIDO A LAS IRREGULARIDADES Y DEFECTOS DE FORMA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO.

- El debido proceso disciplinario, la naturaleza del requisito de la fecha de expedición de las providencias disciplinarias y los términos de las etapas del proceso sancionatorio ordinario.

El ejercicio de la potestad sancionatoria que tiene a su cargo el Estado debe estar fundado en principios y valores constitucionales, y asegurar en todo momento la vigencia de los elementos propios de la garantía del debido proceso, el cual de acuerdo con la jurisprudencia constitucional²⁹, tiene como principal objetivo otorgar garantías al investigado para la obtención de una decisión justa.

Para materializar este postulado superior –*debido proceso*- y la facultad correctiva del Estado respecto del ejercicio de actividades de especial connotación para la seguridad de la Nación, como es la fuerza pública *-y en particular las fuerzas*

²⁸ Visible en folio 480 del expediente, cuaderno principal.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-721 de 2015.

militares-, la Constitución Política en su artículo 227³⁰, otorgó entregó al legislador la obligación de establecer un régimen disciplinario aplicable a sus integrantes, el cual se concretó en la Ley 836 de 2003³¹ *-vigente al momento en que se presentaron los hechos objeto de reproche disciplinario-*.

En el citado régimen disciplinario especial se consagraron aspectos sustanciales *- normas de conducta y actuación militar- remitiendo en cuanto al procedimiento a lo dispuesto en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002)*, por lo tanto para el análisis de cargos de nulidad relacionados con el trámite o aspectos formales del procedimiento debe acudirse a las reglas y la jurisprudencia decantada en relación con esta última codificación.

La Ley 734 de 2002, para efectos de los cargos presentados por el demandante *- los cuales refieren a irregularidades en el procedimiento y los actos disciplinarios-*, al hacer alusión a la tipología de las notificaciones *-artículos 100 a 109 ídem-*, expresamente señala que las autoridades con competencia sancionatoria están facultadas para expedir dos (2) clases de providencias a saber autos y fallos, siendo estos últimos los que definen de manera definitiva la situación jurídica del investigado *-artículo 170 ídem-*, en única *-artículos 83, 113 y 192 ídem-*, en primera *-artículos 76 y 115 ídem-* o en segunda instancia (171 ídem).

En relación con el fallo disciplinario *-de única, de primera y/o de segunda instancia-*, el legislador en el mencionado artículo 171 ídem, expresamente consagró los requisitos esenciales que éste contener, los cuales permiten proteger el núcleo esencial del debido proceso del investigado, en especial las garantías de publicidad, defensa y contradicción, siendo estos en su orden los siguientes: “1. La identidad del investigado. 2. Un resumen de los hechos. 3. El análisis de las pruebas en que se basa. 4. El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas. 5. La fundamentación de la calificación de la falta. 6. El análisis de culpabilidad. 7. Las razones de la sanción o de la absolución, y 8. La exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutive.”.

³⁰ Artículo 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

³¹ Por la cual se expide el reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

De acuerdo con anterior, el Código Disciplinario Único, no hace alusión de manera directa a la “*fecha*” como elemento esencial de los fallos disciplinarios, sin embargo la mencionada codificación en los artículos 103 *-notificación de decisiones interlocutorias-* y 111 *-oportunidad para interponer los recursos-* se refiere a este asunto de forma indirecta, al mencionar que en la comunicación para notificar al afectado de las decisiones interlocutorias se debe indicar “*la fecha de la providencia y la decisión tomada*” y al señalar que la interposición de los recursos reposición y apelación debe hacerse “*desde la fecha de expedición de la respectiva decisión*”, por lo cual es claro que, la fecha de las providencias disciplinarias, si bien no constituye un elemento esencial del fondo de la decisión - *que permita por vía directa la nulidad del fallo disciplinario-*, si resulta indispensable para la materialización de garantías del debido proceso como la publicidad y contradicción, y, es bajo ese contexto *-afectación de las garantías de publicidad y contradicción-*, que por vía indirecta deben analizarse los cargos de anulación referidos a este tipo de irregularidades, a fin de establecer si el defecto - *el error en la fecha de la providencia disciplinaria-* da lugar a la nulidad del acto administrativo acusado.

También debe señalarse que de conformidad con el artículo 121 de la Ley 734 de 2002, ante la detección de algún error en la providencia sancionatoria *-entre ellos la fecha de expedición-*, el investigado está facultado para solicitar “*en cualquier tiempo*” a la autoridad que expidió el acto su corrección, sin que sea necesario acudir a los recursos *-reposición o apelación-* para lograr tal cometido (Ley 734 de 2002, artículo 21 *-integración normativa-*, para este caso con el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil *-vigente para la época de los hechos-*).

En cuanto a los plazos establecidos para las etapas del procedimiento disciplinario ordinario *-aplicado al demandante-*, debe señalarse que el legislador *-para la época de los hechos objeto de litigio-*³², estableció los siguientes para el agotamiento de las diferentes actuaciones: i) seis (6) meses para adelantar la indagación preliminar *-artículo 150 ídem-*, ii) doce (12) o dieciocho (18) meses para agotar la investigación disciplinaria *-artículo 156 ídem-*, iii) noventa (90) días para la práctica de pruebas *-artículo 168 ídem-*, iv) veinte (20) días para proferir fallo de primera instancia siguientes al vencimiento para presentar descargos o del término probatorio *-artículo 169 ídem-* y vii) cuarenta y cinco (45) días para proferir fallo de segunda instancia, siguientes al día en que se hubiere recibido el

³² Ley 734 de 2002, sin las modificaciones realizadas por la Ley 1474 de 2011.

proceso –artículo 171 ídem-.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional³³ ha precisado que la inobservancia por sí misma, de un término procesal, no da lugar a la invalidez del procedimiento sancionatorio, en la medida en que, es necesario que se valoren las circunstancias en que tal situación ocurrió y si con ello se afectó el derecho de defensa del investigado.

De igual manera, el Consejo de Estado³⁴ se ha pronunciado en idéntica dirección en varias oportunidades y ha indicado que el incumplimiento de un término procesal en materia disciplinaria –*con excepción del término de prescripción de la acción disciplinaria consagrado en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002*- no tiene la virtud de conducir inexorablemente a la nulidad del acto administrativo disciplinario acusado por cuanto el legislador no estableció expresamente para tales irregularidades esa consecuencia.

En ese orden, el incumplimiento de los plazos de las mencionadas etapas del procedimiento disciplinario no puede generar de manera directa la nulidad del acto administrativo, y por lo tanto para que tal irregularidad pueda conllevar ese efecto tiene que demostrarse la vulneración de alguna de las garantías esenciales del debido proceso y que tal situación habría dado lugar a una decisión disciplinaria absoluta.

Cabe destacar en este punto, que no toda irregularidad acaecida en el curso de un procedimiento administrativo o inobservancia de los requisitos formales por parte de la administración pública, constituye por sí sola, un motivo para declarar la nulidad de los actos administrativos producto de una actuación administrativa. Estos solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro del procedimiento impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de quien pueda

³³ Corte Constitucional, sentencia SU-901 de 1 de septiembre de 2005. “*Del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional. De allí que la afirmación que se hace en el sentido que se violaron derechos fundamentales por la inobservancia de un término procesal no deba ser consecuencia de una inferencia inmediata y mecánica, sino fruto de un esfuerzo en el que se valoren múltiples circunstancias relacionadas con el caso de que se trate, tales como la índole de los hechos investigados, las personas involucradas, la naturaleza de las pruebas, la actuación cumplida tras el vencimiento del término y la incidencia de tal actuación en lo que es materia de investigación. (...) Si bien en el proceso disciplinario adelantado contra el actor se desconoció el término legalmente fijado para la investigación preliminar, tal irregularidad no afectó ni el debido proceso ni el derecho de defensa y por ello no puede haber lugar al amparo constitucional de tales derechos y a la declaratoria de invalidez de lo actuado. (...)*”

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 31 de enero de 2018. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicación: 170012333000201400032 01 (1630-2015). Actor: Juan Carlos Sánchez Cañón

resultar afectado con su expedición, es decir, que la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso puede ser decretada únicamente cuando dentro del procedimiento para su expedición se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que afecten las garantías constitucionales del administrado.

Una irregularidad acaecida en el curso de un procedimiento administrativo se considera sustancial, cuando incide en la decisión de fondo que culmina con la actuación administrativa, contrariando los derechos fundamentales del administrado, es decir, que de no haber existido tal irregularidad, el acto administrativo que define la situación jurídica debatida hubiese tenido un sentido sustancialmente distinto. Por el contrario, las irregularidades o vicios, que no afectan el fondo del asunto discutido, esto es, que de no haber ocurrido, la decisión definitiva hubiese sido en igual sentido, no tienen la relevancia para generar la nulidad del mismo, pues, esto no desconoce la finalidad del debido proceso administrativo, es decir, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

- Resolución de los cargos de apelación, referidos al primer problema jurídico

Señala el apelante que el Tribunal A quo, no tuvo en cuenta que la autoridad disciplinaria demandada incurrió en una violación del debido proceso que afectó la garantía de defensa y contradicción del disciplinado, al consignar de forma errónea en el fallo disciplinario de segunda instancia y en el acto de ejecución de la sanción, la fecha del fallo disciplinario de primera instancia, así como por haber incumplido el término para proferir el fallo disciplinario de segunda instancia.

- Tras el análisis de las actuaciones surtidas en el proceso disciplinario³⁵ donde fueron expedidos los administrativos acusados, se observa que el Comandante de la Décimo Octava Brigada del Ejército Nacional *-autoridad disciplinaria de primera instancia-*, mediante auto: i) de 8 de agosto de 2008 abrió indagación preliminar³⁶; ii) de 24 de abril de 2009, abrió investigación disciplinaria³⁷; iii) de 9 de agosto de 2009, corrió traslado para alegar, iv) de 14 de octubre de 2009, profirió pliego de cargos; y iv) de 24 de noviembre de 2009,

³⁵ Cuaderno principal, folios 6 y siguientes.

³⁶ Cuaderno de pruebas N° 1, folio 141.

³⁷ Cuaderno principal N° 1, folio 185.

ordenó el traslado de las pruebas practicadas dentro del proceso penal militar³⁸
adelantado por los mismos hechos de la investigación disciplinaria.

En el expediente obra copia del fallo disciplinario de primera instancia proferido por el Comandante de la Décimo Octava Brigada del Ejército Nacional, por el cual se sancionó al ahora actor con destitución e inhabilidad general por el término de 10 años, en el cual se indica como fecha de expedición el 25 de mayo de 2009.

FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA
EJÉRCITO NACIONAL
DECIMA OCTAVA BRIGADA

(...)

Disciplinado: CLAUDIO MAURICIO PÍSTALA TULCAN.

(...)

Asunto: Fallo Primera Instancia

Arauca, Arauca, **veinticinco (25) de mayo de dos mil nueve (2009)**.

(...)

(Subrayado y negrilla fuera de texto).

También obra en el expediente, fallo disciplinario de segunda instancia de 27 de mayo de 2011³⁹ proferido por el Comandante General de las Fuerzas Militares, en el cual expresamente se aclara que por error gramatical, en el fallo disciplinario de primera instancia quedó consignada la fecha “25 de mayo de 2009” siendo la correcta “25 de mayo de 2010”, por lo tanto en la parte resolutive hace alusión a la fecha real del fallo a confirmar.

“FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA
COMANDO GENERAL.

Bogotá D.C., veintisiete de 27 de mayo de 2011.

(...)

ACTUACIÓN PROCESAL

(...)

Mediante decisión del 25 de mayo de 2010 (por error me con los gráficos escribió 2009), se profirió fallo de primera instancia, declarando probado sino desvirtuados los cargos formulados al señor Sargento Segundo pístala cual Claudio Mauricio, por lo que el comandante Decima Octava Brigada del Ejército le impuso sanción disciplinaria (...).”.

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad el fallo sancionatorio de primera instancia proferido el 25 de mayo de 2010, por el Comandante

³⁸ Cuaderno de pruebas N° 3, folio 365.

³⁹ Cuaderno principal, folios 24 y siguientes

de la Décimo Octava Brigada del Ejército Nacional, que declaró responsable de los cargos formulados al señor Sargento Segundo Pistala Tulcán Claudio Mauricio (...).

(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Igualmente se observa que, el Comandante del Ejército Nacional en la Resolución N° 778 de 22 de mayo de 2012⁴⁰, por medio de la cual ejecutó la sanción disciplinaria impuesta al ahora demandante, señaló que el fallo disciplinario de primera instancia databa de 25 de mayo de **2010**.

EJÉRCITO NACIONAL
Resolución N° 778 de 2012
(22 MAY 2012)

Por medio de la cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un suboficial del Ejército Nacional.

(...)

RESUELVE:

(...)

ARTÍCULO 2º: Anotar en la hoja de vida del señor Sargento Viceprimero INF. CLAUDIO MAURICIO PÍSTALA TULCAN, el conocimiento de la presente resolución y la parte resolutive del **fallo de primera instancia de fecha 25 de mayo de 2009**, proferido por el señor Brigadier General Comandante de la Décimo Octava Brigada, la parte resolutive del fallo de segunda instancia de 27 de mayo de 2011, proferido por el señor Almirante Comandante General de las Fuerzas Militares.

(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Atendiendo a lo anterior, es claro que, el fallador disciplinario de primera instancia incurrió en un error al señalar el año en el cual fue expedido su fallo –*la fecha correcta fue el 25 de mayo de 2010*–, por cuanto: **i)** no resulta lógico que el fallo disciplinario de primera instancia, sea anterior a los autos pliego de cargos, de traslado de pruebas y de traslado a alegatos, dado que estas actuaciones de acuerdo con el orden cronológico de etapas procesales dispuestas por la ley disciplinaria –*las cuales fueron descritas en acápite anterior de esta providencia*–, son instrumentales y permiten mediante un orden consecutivo, al operador disciplinario obtener los elementos fácticos y jurídicos para proferir una decisión definitiva, y **ii)** el fallador disciplinario de segunda instancia expresamente puso de presente el error existente en la fecha del fallo de primera instancia.

Ahora bien, cómo se indicó en acápite previo de esta providencia, el error en la fecha del fallo disciplinario de primera instancia para efecto de la prosperidad del

⁴⁰ Cuaderno principal, folios 56 y siguientes.

cargo de nulidad, exige la comprobación de la afectación a las garantías fundamentales de publicidad y contradicción, en otros términos, es necesario que se acredite en el expediente que tal irregularidad impidió al afectado conocer e identificar la providencia en cuestión y como consecuencia la posibilidad de ejercer los medios de impugnación que contra ella eran procedentes.

De acuerdo con las piezas procesales que obran en el expediente se observa que, el disciplinado *-ahora demandante-*, a pesar de la irregularidad antes anotada, identificó y conoció plenamente el fallo disciplinario de primera instancia al punto que se notificó legalmente del mismo y presentó contra este un recurso de apelación mediante escrito de 22 de junio de 2010, el cual dio lugar al fallo disciplinario que confirmó la sanción *-también ahora demandado-*.

En ese orden operador disciplinario de segunda instancia, contrario a lo manifestado por el demandante *-ahora apelante-* no incurrió en irregularidad alguna, pues lo único que hizo fue poner de presente la imprecisión cometida por el a quo disciplinario y corregirla en la providencia de segunda instancia, y esto de manera alguna puede considerarse como una falsa motivación, una falsedad o una situación que pudiera afectar la ejecutoria de la sanción disciplinaria.

Si bien es cierto que, en el acto de ejecución de la sanción disciplinaria *-transcrito previamente-* la autoridad nominadora se refirió a la fecha plasmada en el fallo disciplinario de primera instancia *-25 de mayo de 2009-* y no a la fecha real *-25 de mayo de 2010-*, esto no tiene incidencia alguna en la sanción que le fue impuesta al demandante, pues se trata de un acto posterior a la imposición de la misma, y en todo caso tal, y como se expuso en acápite previo de esta providencia, el disciplinado *-ahora demandante-* contaba con la posibilidad de solicitar la corrección del error gramatical y no lo hizo. Por lo tanto el argumento de apelación bajo estudio no está probado.

- De las pruebas que obran en el expediente se observa que, el recurso de apelación contra el fallo disciplinario de primera instancia fue presentado el 22 de junio de 2010, y se resolvió por el Comandante General de las Militares el 27 de mayo de 2011, esto es por fuera del término de cuarenta y cinco (45) días establecido por el artículo 171 de la Ley 734 de 2002 *-analizado en acápite previo de esta providencia-*.

No obstante lo anterior, no hay evidencia en el expediente que permita inferir válidamente que el mencionado exceso en el término para resolver la segunda

instancia del proceso disciplinario haya dado lugar a la vulneración de alguna las garantías fundamentales de defensa o contradicción del disciplinado, o pudiera haber dado lugar a la expedición de un fallo absolutorio *-dado que el único plazo cuyo incumplimiento genera esa consecuencia es el de prescripción de la acción disciplinaria-*.

Por otra parte tampoco se observa evidencia alguna que permita acreditar que el disciplinado *-ahora demandante-* haya reprochado la dilación del término para resolver la segunda instancia, y es lógico que no tuviera interés en hacerlo, porque ésta en ultimas lo benefició, dado que al no estar en firme la sanción impuesta en el fallo de primera instancia de 25 de mayo de 2009 (fecha real 25 de mayo de 2010) pudo permanecer mayor tiempo en la institución, esto es hasta el 22 de mayo de 2012 *-cuando se ejecutó la destitución-*, en consecuencia no podría ahora pretender acreditar una afectación a sus derechos por una situación respecto de la cual guardó silencio y claramente obtuvo un beneficio. Por lo tanto el argumento de apelación bajo estudio no está probado.

Atendiendo a lo previamente señalado, el cargo de apelación bajo análisis no tiene vocación de prosperidad.

2.3 RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO, REFERIDO A LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y LA DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN.

-Los elementos de la responsabilidad disciplinaria y la autonomía del derecho disciplinario.

En materia disciplinaria la responsabilidad implica el análisis de la conducta del sujeto disciplinable desde tres (3) diversos factores a saber, esto es, **la tipicidad**,⁴¹ la ilicitud sustancial⁴² y la culpabilidad,⁴³ los cuales por el diseño y estructura del derecho disciplinario adquieren connotaciones especiales diferentes a los decantados por otras manifestaciones del *ius puniendi* del Estado⁴⁴.

⁴¹ Artículo 4°; 23; 43 # 9; 184 # 1 C.D.U.

⁴² Artículo 5° C.D.U.

⁴³ Artículo 13; 43 # 1; 44 párrafo C.D.U.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 19 de febrero 2015. Expediente N°:11001-03-25-000-2012-00783-00. Demandante: Alfonso Ricaurte Riveros. En esta providencia la Subsección identificó y analizó los factores que determinan la responsabilidad explicando la forma como estos influyen en la determinación de la sanción así como las diferencias en relación con el derecho penal.

En cuanto a la tipicidad, la jurisprudencia constitucional⁴⁵ ha sostenido que el derecho administrativo sancionador, se encuentra *-igual que el derecho penal-* sujeto a los principios constitucionales de legalidad y reserva de ley, los cuales son rectores del debido proceso, no obstante a lo anterior, estos adquieren matices de flexibilidad y menor rigurosidad para el caso del derecho sancionador disciplinario.

En este orden, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala⁴⁶ la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer el legislador en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica, lo cual se materializa para el operador disciplinario en la labor de identificar con precisión la conducta investigada (**imputación fáctica**), la norma disciplinaria que se considera infringida lo cual implica el acierto en la determinación del grado de gravedad de la falta (**imputación jurídica**), y la concordancia de la conducta con todos los elementos gramaticales que escriben la falta (**subsunción**).

Respecto a la determinación del grado de gravedad de la falta, esta Sala ha señalado que su identificación depende de un listado taxativo *-para las faltas gravísimas-*⁴⁷ y de unos “criterios de gravedad o levedad”⁴⁸ *-para las faltas graves y leves-*. Todo lo anterior, se puede condesar a través del siguiente esquema:

CONTENIDO DEL FACTOR “TIPICIDAD” EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. (Análisis de la conducta desde la infracción de una regla de conducta)		
1	Imputación fáctica	Determinación e individualización de la conducta cometida por el sujeto disciplinable.
		Subsunción de la conducta en una norma que exija un comportamiento. (Deber, prohibición,

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2012.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Radicado No: 11001-03-25-000-2011-00590-00. No. Interno: 2266-2011. Actor: Fabio Zarate Rueda. Demandado: La Nación - Policía Nacional. Trámite: Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

⁴⁷ Artículo 48 C.D.U., y 34 de la Ley 1015 de 2006.

⁴⁸ Artículo 43 C.D.U

2	Imputación jurídica	extralimitación de función).
		Subsunción en una falta disciplinaria y determinación de la misma como gravísima, grave o leve.

La ilicitud sustancial como elemento de estructura de la responsabilidad disciplinaria, está consagrada en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 bajo el siguiente tenor *“La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”*.

En criterio del Consejo de Estado⁴⁹, en este elemento se revisa la conducta del sujeto pasivo desde el punto de vista objetivo de la infracción al deber funcional y subjetivo respecto de las causales de justificación -artículo 28, Ley 734 de 2002-⁵⁰, de manera que sólo contiene un nivel de gradualidad, el cual únicamente tiene como utilidad evaluar si la conducta es contraria o no al ordenamiento jurídico, a fin de establecer si hay lugar o no a exclusión de responsabilidad. Lo descrito se resume a continuación:

CONTENIDO DEL FACTOR “ANTI JURIDICIDAD” EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. (Análisis de la conducta desde la afectación de un deber funcional y la existencia o no de justificación).		
1	Afectación del deber funcional	Es indiferente la gravedad mayor o menor de la afectación del deber funcional de cualquier naturaleza.
2	Falta de justificación legal	Inexistencia de causal de justificación de la conducta, en entre ellas, las consagradas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

Entre las causales de justificación de la conducta se encuentran i) la fuerza mayor o el caso fortuito, ii) el estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, iii) el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, iv) la necesidad de

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 2 de mayo de 2013. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00149-00(1085-2010). Actor: Edgar Ariosto Alvarado González. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Única Instancia – Autoridades Nacionales.

⁵⁰ La Corte Constitucional, en la sentencia C-948 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), explicó a este respecto que el derecho disciplinario se diferencia del derecho penal, entre otras, porque dado su objetivo central de garantizar la excelencia en el desempeño de la función pública, las sanciones que contempla se justifican por el mero incumplimiento del deber de los servidores públicos, incumplimiento que conlleva una afectación del servicio a ellos encomendado.

salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, v) la insuperable coacción ajena o miedo insuperable; vi) la convicción errada e invencible de que la conducta no constituye falta disciplinaria, y vii) la situación de inimputabilidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a la fuerza mayor⁵¹ como causal de exoneración de responsabilidad disciplinaria, ha señalado que consiste en *“hechos que solamente pueden ser atribuidos a una causa extraña y ajena al comportamiento de la persona, de la cual no es posible resistirse o que escapa a las posibilidades efectivas de previsión”*⁵².

La culpabilidad –*artículo 44 parágrafo, y artículo 21 ídem*⁵³-, constituye el elemento bajo el cual se analiza subjetivamente la conducta desde la voluntariedad o intencionalidad en la comisión de la misma, y contiene distintos niveles (**Dolo, culpa gravísima y culpa grave**) con los cuales se determina la clase de sanción a imponer.

En cuanto al contenido de los grados de culpabilidad sancionables en materia disciplinaria –*dolo y culpa*-, con base en lo definido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁵⁴, se tiene que, para **el dolo** es necesario remitirnos al Código Penal -*por indicación expresa del artículo 21 de la Ley 734 de 2002*-, en consecuencia su acreditación implica el conocimiento de *“los hechos constitutivos de la infracción”* y la voluntad dirigida hacia *“su realización”*, mientras que **la culpa** de conformidad con el artículo 44 –*parágrafo*- de la Ley 734 de 2002 está supeditada a la imprudencia o negligencia bajo los conceptos de culpa gravísima –*ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento*- y culpa grave -*inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones*-. Lo anterior se resume

⁵¹ La fuerza mayor o caso fortuito se encuentra definida en el artículo 64 del Código Civil, artículo subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, así: *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”*.

⁵² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia de 4 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00098-00(0438-12) Actor: Martha Cecilia Cárdenas Rueda Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación

⁵³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto 2014-03799 de marzo 17 de 2015. Ref.: Expediente 11001-03-15-000-2014-03799-00. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Importancia jurídica. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. C/. Procuraduría General de la Nación.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Auto de marzo de 2015, radicado 2014-03799-00. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. En esta providencia la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado analizó el factor “culpabilidad” y estableció que el contenido de los conceptos culpa grave y culpa gravísima tienen contenido propio en el artículo 44, parágrafo de la Ley 734 de 2002 mientras que el concepto de dolo debe ser observado desde el artículo 22 del código penal.

en el siguiente esquema:

CONTENIDO DEL FACTOR “CULPABILIDAD” EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. (Análisis desde el aspecto subjetivo de la conducta).		
1	Análisis formal	Ley 734 de 2002, artículo 13. Debe constar en la decisión disciplinaria el análisis de la subjetivo de la conducta so pena de incurrir en responsabilidad objetiva.
2	Análisis material	El análisis subjetivo de la conducta además debe permitir que esta se subsuma en las descripciones de culpa del artículo 44 – párrafo- de la Ley 734 de 2002 y/o de dolo del condigo penal –con la salvedad realizada por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado-, so pena de ausencia de culpabilidad.

En cuanto a la autonomía del derecho disciplinario, por su compartir un carácter sancionatorio con otras disciplinas del ius puniendi, el legislador en el artículo 2 de la Ley 734 de 2002, la consagró expresamente como un principio rector de la ley disciplinaria.

Ley 734 de 2002

LIBRO I

PARTE GENERAL

TITULO I

PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY DISCIPLINARIA

(...)

Artículo 2°. Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta. (Subrayado fuera de texto).

En relación con lo anterior el Consejo de Estado⁵⁵ ha señalado que, si bien es cierto, una misma conducta puede dar lugar a diversas investigaciones de índole

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 26 de septiembre de 2012. Radicación N° 11001-03-25-000-2010-00127-00(0977-10) Actor: Gabriel Enrique Ramos Fontalvo. Demandado: Nación-Procuraduría General de la Nación.

sancionatorio *-fiscal, penal, contravencional, disciplinario, correccional, fiscal y de punición por indignidad política-*, las cuales pueden valerse de las mismas normas obligacionales y pruebas, no es posible trasladar automáticamente la interpretación normativa ni la valoración probatoria, en atención a que la diferencia de objeto de una y otra disciplina sancionatoria hace que el respectivo operador *- penal, disciplinario o fiscal-* tenga como fin la prueba de aspectos de la infracción penal, disciplinaria o fiscal que en el caso concreto son diferentes.

En ese orden de ideas, el juez contencioso administrativo, antes de proceder a avalar la interpretación normativa y la valoración probatoria realizada por operadores judiciales *-por ejemplo, la de los jueces penales-* y operadores administrativos *-por ejemplo, la de las Contralorías-*, debe realizar un análisis material de la misma desde un escenario general de los principios del derecho disciplinario y desde un escenario particular referido a la imputación típica del caso disciplinario.

En concordancia con lo anterior la Corte Constitucional⁵⁶ ha reconocido que si bien los diferentes regímenes sancionatorios comparten elementos comunes, cada uno de ellos tiene su peculiaridad, dado que, una misma conducta puede ser sancionada en distintos ámbitos sin que haya violación al principio *non bis in ídem*, de manera que, es indiferente para tales efectos que al infractor se le haya adelantado por la misma conducta una investigación en otra disciplina punitiva, y que allí se le sancionara o se absolviera, toda vez que, los presupuestos procesales y sustanciales de responsabilidad son diferentes.

- Resolución de los cargos de apelación, referidos al segundo problema jurídico

Señala el demandante - apelante que, el Tribunal Administrativo de primera instancia no tuvo en cuenta que la autoridad disciplinaria demandada lo investigó por una conducta no sancionable (atipicidad), derivada de una orden imposible de cumplir por fuerza mayor (inexistencia de ilicitud sustancial), la cual no fue cometida con intención (fala de culpabilidad dolosa), dando lugar a una sanción de destitución e inhabilidad general de 10 años desproporcionada por no consultar sus antecedentes del servicio (graduación de la sanción) y desconocer que la Justicia Penal Militar a través de la Fiscalía 9 Penal Militar ante los Juzgados Penales Militares de División, mediante auto de 23 de septiembre de 2011 lo

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C- 244 de 1996.

exoneró de responsabilidad por el delito de desobediencia –*artículo 155 del Código Penal Militar*–.

De conformidad con lo decantado en el acápite previo de esta providencia, cuando se invoque como argumento de nulidad una interpretación posterior que sobre los mismos hechos y pruebas de la investigación disciplinaria haya realizado otra autoridad en ejercicio de sus competencias de *ius puniendi* –*verbi gracia, autoridad penal o fiscal*– debe entenderse que aquella –*la interpretación posterior de la otra autoridad*– no se invoca como precedente sino como un sustento del cargo de indebida valoración probatoria del operador disciplinario, y en tal caso el juez contencioso debe proceder a analizar el asunto de fondo **para establecer, primero si tal decisión es desde el punto de vista de la imputación fáctica y jurídica comparable con la disciplinaria, y luego, si en tal caso tendría la entidad suficiente para deslegitimar la vocación de legalidad y acierto de los argumentos del fallador disciplinario.**

En estos términos, dado que las investigaciones –*disciplinaria y penal militar*–, adelantadas contra el ahora demandante iniciaron de forma concomitante y en la primera –*median to de 24 de noviembre de 2009*– se dispuso el traslado del acervo probatorio de la *te au* segunda, resulta insuficiente el argumento de temporalidad –*esto es que la decisión penal militar fue posterior a la disciplinaria*– deprecado por el Tribunal A Quo para no revisar el cargo, en consecuencia es necesario proceder a su análisis de fondo.

A efectos de lo anterior, dado que el argumento de cargo referido al desconocimiento de la verdad establecida por la Justicia Penal Militar se encuentra estrechamente relacionada con los elementos de responsabilidad disciplinaria –*tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad*–, es necesario previamente analizar en el caso concreto del ahora demandante, cada proceso sancionatorio –*el disciplinario y el penal militar*– en su contexto jurídico y probatorio.

De las pruebas que obran en el expediente, se tiene que la investigación disciplinaria tuvo como causa hechos ocurridos el 23 de julio de 2008, por lo cual al ahora demandante:

i) En la **imputación fáctica** se le reprocharon tres (3) conductas a saber, a) haber omitido las medidas necesarias para la protección del personal a su cargo durante el desplazamiento, b) haber incumplido la orden de no realizar desplazamientos

antes de las 19:00 horas -7:00 de la noche- y c) haber incumplido la orden de evitar en los desplazamientos caminos, trochas y carreteras, y,

ii) En la **imputación jurídica** estas conductas fueron subsumidas en (3) faltas gravísimas, a saber: a) No adoptar las medidas preventivas necesarias para desplazamientos de tropa bajo su mando (Ley 836 de 2003, artículo 58, numeral 16), b) incurrir en el delito de desobediencia por realizar desplazamientos antes de las 19:00 horas -7:00 de la noche- (Ley 836 de 2003, artículo 58, numeral 30, en concordancia con el Código Penal Militar, artículo 115), y c) incurrir en el delito de desobediencia por realizar desplazamientos de la tropa por carreteras (Ley 836 de 2003, artículo 58, numeral 30, en concordancia con el Código Penal Militar, artículo 115). Así puede verse, de la lectura del fallo disciplinario de primera instancia.

“CARGOS IMPUTADOS

Mediante auto de fecha catorce (14) de octubre de 2009, se profirieron cargos en contra del disciplinado.

PRIMER CARGO: El señor Sargento Segundo Claudio MAURICIO PÍSTALA TULCÁN, comandante del pelotón de contraguerrilla arpón I, del batallón de contraguerrillas No. 27 “CR. ROGELIO CORREA CAMPOS”, con su conducta transgredió la norma disciplinaria al no adoptar las medidas necesarias para el desplazamiento de la tropa bajo su mando, ocasionando indirectamente la muerte de los tres soldados profesionales y heridas a nueve uniformados más.

SEGUNDO CARGO: El señor Sargento Segundo CLAUDIO MAURICIO PÍSTALA TULCÁN, Comandante del Pelotón de Contraguerrilla Arpón I, del batallón de contraguerrillas No. 27 “CR. ROGELIO CORREA CAMPOS” con su conducta transgredió la norma disciplinaria, toda vez que incumplió y modificó la orden legítima de no hacer desplazamientos antes de las 19 horas, y a su vez incumplió la orden legítima de evitar desplazarse sobre caminos y trochas ocasionando indirectamente la muerte de tres soldados profesionales y heridas a nueve uniformados más.

(...)

NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS

Teniendo en cuenta los hechos materia de investigación, así como los cargos formulados al investigado señor Sargento Segundo PÍSTALA TULCÁN CLAUDIO MAURICIO, este presuntamente transgredió el reglamento del régimen disciplinario de las fuerzas militares de Colombia, contenido en la Ley 836 del 16 de julio de 2003, en su artículo 58, faltas gravísimas, numeral 16 y 30, respectivamente que en su tenor prescriben:

(...)

CALIFICACIÓN DE LA FALTA

Con la conducta ejecutada por el implicado Sargento Segundo PÍSTALA TULCÁN CLAUDIO MAURICIO, se incurrió en la falta tipificada como GRAVÍSIMA, de las consagradas en el Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, contenidas en la Ley 836 de 2003 en su artículo 58 numerales 16 y 30 respectivamente, que en su tenor literal rezan:

“Son faltas gravísimas:

16. No adoptar las medidas preventivas necesarias para la defensa de la base, puesto, repartición, o buque, a su cargo, o para desplazamientos de tropa bajo su mando.

30. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo.”

Esta última en concordancia con lo preceptuado en el código Penal militar en su artículo 115 que señala en su texto:

“ARTÍCULO 115 DESOBEDIENCIA. El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de uno (2) a tres (3) años.”.

(Subrayado fuera de texto).

Por otra parte, del acervo probatorio se observa que la Fiscalía 9 Penal Militar ante los Juzgados Penales Militares de División investigó la conducta del ahora demandante, únicamente por el delito de desobediencia (Código Penal Militar, artículo 115) y en su análisis se limitó a uno solo de los componentes de la orden, esto es *“evitar en todo momento de desplazarse sobre caminos, trochas, picas, carreteras”*, señalando la imposibilidad de su cumplimiento, en atención a que la carretera por la que transitaba la tropa al momento de ser emboscada era paso obligado, dadas las condiciones del terreno circundante. En la mencionada providencia se lee lo siguiente:

“V. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 554 del Código Penal Militar, procede este Despacho a calificar el mérito del sumario que se adelanta en contra del Sargento Segundo Pístala Tulcán Claudio Mauricio, a quien se le sindicó del presunto delito de desobediencia, decisión que se tomará una vez analizado el correspondiente acervo probatorio que reposa en el plenario investigativo.

(...)

En cuanto al hecho que nos ocupa del presunto delito de DESOBEDIENCIA, éste se encuentra puntualizado en la ley Penal Militar, artículo 115 que prescribe lo siguiente:

“Artículo 115.- Desobediencia. El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”.

(...)

El reato de **DESOBEDIENCIA**, es una conducta que prescribe el legislador al expresar “***El que incumpla o modifique orden legítima del servicio***”, para este caso en concreto es necesario determinar que exista la orden legítima, contra la cual se atentaría.

(...)

Es notorio resaltar que la orden dada por el Mayor Sarmiento Barrera Ricardo al momento de impartirla parecía lógica, es decir razonable, con el proceso adecuado en el desarrollo del pensamiento; pero al llevarlo a la realidad y aplicarla al tipo de terreno por donde debía transitar la contraguerrilla ARPÓN 1 para llegar a cumplir con la misión principal que era “**moverse hacia la parte sur, cerca del Burón y montar emboscadas y observatorios**”, ya perdía esa razonabilidad que al inicio la caracterizaba. De acuerdo a los resultados de la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de hechos que a letra dice “**UNA VEZ UBICADO EL PUNTO SE REALIZA LA OBSERVACIÓN DEL LUGAR DEL HECHO, EL CUAL TIENE UNA SOLA VÍA DE ACCESO, LA CUAL CONSISTE EN UN TERRAPLEN DE 8 METROS DE ANCHO, NO TRANSITABLE EN VEHÍCULO, A SUS COSTADOS ESCARBOSIDAD “MATORRAL Y AGUA” DE MÁS DE UN METRO DE PROFUNDIDAD, YA QUE, A MEDIDA QUE SE INGRESA AL MENCIONADO SITIO SE VA SUMERGIENDO,**”; como se puede observar el paso de los militares era obligado. De tal manera que no había posibilidad de cumplir en su totalidad con algunas de las instrucciones de coordinación táctica operacional, tal como era el que: “las tropas deben ejecutar sus movimientos e infiltraciones a partir de las 19:00 horas, hasta las 01:00 horas, evitando en todo momento desplazarse sobre caminos, trochas, picas, carreteras.”, tal instrucción era imposible cumplirla, como quiera que en el sector de ocurrencia de los hechos, de acuerdo a lo manifestado en los testimonios y corroborado en la inspección judicial, toda vez que, se rescata que los declarantes al unísono manifestaron ir a campo traviesa pero que al llegar al sitio del “terraplén” el cual les tocó pasar porque a lado y lado había agua que les llegaba a la altura del pecho y de difícil paso, además iban cargados con 30 kilos de peso más el corporal lo que dificultaba el movimiento.

La desobediencia atribuida al Sargento Segundo **PÍSTALA TULCÁN CLAUDIO MAURICIO** por la necesidad de cumplir con unas instrucciones que aplicadas a la realidad carecían de la lógica elemental que requiere una orden, puesto que, era imposible de cumplir porque el terreno era de difícil acceso y de hecho no existía otra forma de cruzar sino atravesando el terraplén donde fueron sorprendidos los militares por al parecer

subversivos, ocasionando la muerte a tres militares y heridas de consideración a nueve más. Tal situación es verificable en los elementos materiales probatorios allegados legalmente al expediente, tales como discos compactos de la inspección judicial y reconstrucción de hechos realizada por personal de investigadores de Policía Judicial SIJIN, el material fotográfico y las declaraciones rendidas por soldados profesionales quienes mencionan que era un paso obligado.

A falta de un elemento estructural o requisito fundamental de una verdadera orden, esta pierde su calidad y valoración como orden legítima a la que hace alusión el tipo penal en su artículo 115 “***El que incumpla o modifique una orden legítima,...***”; al no existir orden, la conducta desplegada por el Sargento Segundo **PÍSTALA TULCÁN CLAUDIO MAURICIO** desaparece por sustracción de materia y deviene como atípica, por cuanto no cumple con lo descrito en el tipo penal.

(...)

CALIFICACIÓN JURÍDICA.

(...)

Sin más consideraciones de orden jurídico y en mérito de lo anteriormente expuesto, el Fiscal Noveno (9º) Penal Militar ante Juzgados de División, en uso de sus facultades legales y, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO: DISPONER LA CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO a favor del señor Sargento Segundo **PÍSTALA TULCÁN CLAUDIO MAURICIO**, de condiciones militares y civiles conocidas en autos, por el presunto delito de **DESOBEDIENCIA**, de conformidad con lo consagrado en el artículo 554 del Código Penal Militar y en concordancia con las consideraciones jurídicas de esta Fiscalía, plasmadas en la parte motiva pertinente y por reunirse a cabalidad los presupuestos señalados en el artículo 558 del citado Estatuto Penal Castrense.

SEGUNDO: Contra la presente Cesación de Procedimiento solo procede el recurso de apelación, y de no proponerse, archívense las sumarias una vez ejecutoriada la presente decisión, por no proceder el grado jurisdiccional de consulta tal como lo dispone la Ley 1058 de 2006.

TERCERO: Dar los avisos de ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.”

(Subrayado con cursiva fuera de texto)

De lo previamente transcrito se observa que, las imputaciones fácticas y jurídicas - así como la razones en que se fundan las decisiones Disciplinaria y Penal Militar no son totalmente comparables, pues mientras que en la primera se analizan tres (3) imputaciones jurídicas, en la segunda únicamente se examina una de ellas, situación que conlleva a que la decisión Penal Militar en comento por sí sola no pueda tener en el presente caso la entidad suficiente para derrumbar la presunción de legalidad y acierto de los fallos disciplinarios, pues en todo caso en estos subsistirían por lo menos dos (2) imputaciones que no fueron analizadas por la Justicia Penal Militar, las cuales por si solas dan lugar al correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad de 10 años que le fue impuesto al demandante –*por tratarse de faltas gravísimas imputadas a título de dolo*-. Lo anterior se puede resumir, en el siguiente esquema:

	DECISIÓN DISCIPLINARIA	DECISIÓN PENAL MILITAR
IMPUTACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS	Ley 836 de 2003 artículo 58 numeral 16 -no tomar medidas-. Falta gravísima = Destitución e inhabilidad de 10 a 20 años.	NO FUE ANALIZADO
	Ley 836 de 2003, artículo 58 numeral 30, en concordancia con el delito de DESOBEDIENCIA del artículo 115 del Código Penal Militar. – <i>Incumplir la orden de desplazamiento con posterioridad a las 19:00 horas</i> -. Falta gravísima = Destitución e inhabilidad de 10 a 20 años.	NO FUE ANALIZADO
	Ley 836 de 2003, artículo 58 numeral 30, en concordancia con el delito de DESOBEDIENCIA del artículo 115 del Código Penal Militar. – <i>Incumplir la orden de no desplazarse por caminos, picas, trochas, carreteras</i> -. Falta gravísima = Destitución e inhabilidad de 10 a 20 años.	Delito de DESOBEDIENCIA del artículo 115 del Código Penal Militar. – <i>Incumplir la orden de no desplazarse por caminos, picas, trochas, carreteras</i> -. Falta gravísima = Destitución e inhabilidad de 10 a 20 años.

Establecido anterior, debe proceder la Sala a analizar si la autoridad disciplinaria incurrió en violación del debido proceso, al momento de evaluar los elementos de la responsabilidad disciplinaria –*tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad*-, y de realizar la graduación de la sanción. Tal y como se indicó previamente fueron tres (3) las conductas reprochadas al demandante, las cuales fueron subsumidos en igual número de faltas disciplinarias gravísimas. En el expediente obran:

i) Informe de fecha 24 de julio del 2008 y ampliación, suscrito por el Mayor Ricardo Sarmiento Barrera, en el cual manifestó que, el día 23 de julio de 2008 realizó programa radial con los comandantes de pelotón y les dio la orden de extremar las medidas de seguridad, hacer la desubicación hacia el sur de su ubicación en el horario ordenado por el Comando de División que era entre las 19:00 y las 01:00 horas, y no tomar caminos, carreteras o trocha⁵⁷, y que el lugar de los hechos no era un paso obligado para la tropa, y por tal motivo el desenlace fatal de la misión se debió al incumplimiento de las normas tácticas de disciplina.

ii) Informe del Sargento Segundo Claudio Pístala Tulcán, quien manifiesta que, una vez terminó el programa se formó al personal, y dado que, era primera vez que él como comandante del pelotón patrullaba el sector, decidió realizar el movimiento más temprano, es decir, aproximadamente a las 18:00 horas, para tener visibilidad del sector por el cual se iba a avanzar, pues solo había una ruta de acceso al sector, dada las difíciles condiciones del terreno -pantano alrededor-⁵⁸.

iii) Orden Fragmentaria “Jinete 3” a la orden de operaciones “Monterrey”, por Brigada 18 Arauca, expedida por el comandante del batallón contraguerrilla N° 27, en la cual se señala en las instrucciones de coordinación táctica y operacional que “las tropas deben sus movimientos e infiltraciones a partir de las 19:00 horas hasta las 1:00 horas, evitando en todo momento desplazarse sobre caminos, trochas, picas, carreteras. Lo anterior teniendo en cuenta que una vez detectado el eje de avance de las tropas por los bandidos, proceder a colocar minas anti personas adelante.”⁵⁹.

iv) Acta de compromiso, Arauca, Arauca; noviembre 26 de 2007, N° 22., en el cual se lee: “*Con el fin de tomar acciones preventivas tendientes a evitar que el*

⁵⁷ Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 2-3.

⁵⁸ Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 10

⁵⁹ Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 24

personal orgánico del Comando Décima Octava Brigada y las Unidades agregadas operacionalmente se vea inmerso en el delito contemplado en el artículo 115 del C.P.M., que a su tenor literal reza: (...) 22. En todo los casos, cuando con ocasión del actuar enemigo y por seguridad de la tropa en el área se deba modificar una orden impartida legalmente por el Superior, ésta deberá ser consultada con el Comandante que la impartió. (...). Las ordenes antes referidas, son de carácter permanente y constituyen una orden clara, lógica, oportuna, precisa, y concisa, su incumplimiento acarrea estar inmerso en la conducta punible de DESOBEDIENCIA. En consecuencia de haber recibido las órdenes anteriormente mencionada, firman cada una de las personas a las cuales les fue impartida.”⁶⁰.

v) Videos (SANY1394.AVI), (SANY1396.AVI), (SANY1398.AVI) y (SANY1399.AVI) de inspección judicial⁶¹ al lugar de los hechos realizada el 14 de julio de 2011 dentro del proceso penal militar adelantado contra el ahora demandante por el delito de desobediencia, del cual en atención a las respuestas dadas a los cuestionamientos realizados por los investigadores, se puede deducir que: i) el Pelotón Arpón I durante el desplazamiento siempre utilizó la carretera *-su utilización no fue circunstancial-*, ii) existían zonas inundadas *-el agua llegaba bajo la cintura, de una de las personas que realizó una demostración-* en sectores inmediatamente aledaños a la carretera y anteriores al lugar donde ocurrió la emboscada, y iii) era posible evitar el uso de la carretera tomando campo travesía alejándose de la misma y de las zonas inundados pero con mayor uso de tiempo *-de acuerdo a respuesta dada por el ahora demandante y en la inspección judicial-*.

vi) Los siguientes testimonios y declaraciones, en las cuales se observa que el ahora demandante, en su calidad de Comandante del Pelotón Arpón tenía pleno conocimiento de las ordenes de estrategia militar referidas a no realizar desplazamientos en horas del día y no utilizar carreteras, así como la decisión libre de este de iniciar el desplazamiento en horas del día utilizando la carretera.

Nº	DECLARANTE	CUADRO Y FOLIO
1	DECLARACION DEL SEÑOR SLP. EDINSON GUZMAN BEDOYA.	Cuaderno Nº 1 de Pruebas. Folio 153.
2	DECLARACIÓN DEL SEÑOR SLP. ALBARACÍN MARTINEZ OSCAR IVAN	Cuaderno Nº 1 de Pruebas. Folio 154.
3	DECLARACIÓN DEL SEÑOR SLP. CACEREZ	Cuaderno Nº 1 de

⁶⁰ Cuaderno Nº 2 de Pruebas. Folio 241.

⁶¹ Cuaderno Nº 1 de Pruebas. Folio 383 (CD).

	ZAPATA JORGE	Pruebas. Folio 155.
4	DECLARACION DEL SEÑOR SLP. FABIO ENRIQUE VILLABONA MEJÍA	Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 157 (reverso).
5	DECLARACION DEL SEÑOR SLP. MAURICIO CLAVIJO QUINTERO.	Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 159.
6	DECLARACION DEL SEÑOR SLP. GOMEZ GUARIN MANUEL.	Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 160.
7	DECLARACION DEL SEÑOR SS. CLAUDIO MAURICIO PISTALA TULCAN.	Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 165.
8	DECLARACION DEL SEÑOR CS. JOSE ROBERTO TRIANA MANCILLA.	Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 167.
9	DECLARACIÓN del SEÑOR SOLDADO PROFESIONAL JESUS ANTONIO SELES CASTRO.	Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 169.
10	DECLARACIÓN RENDIDA POR EL SEÑOR SLP. BAYONA GARCÉS OMAR.	Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 172.
11	DECLARACIÓN DEL SEÑOR SLP. RIVERA HERNANDEZ OLGER.	Cuaderno N° 1 de Pruebas. Folio 174.
12	VERSIÓN LIBRE DEL SEÑOR CLAUDIO MAURICIO PÍSTALA TULCÁN.	Cuaderno N° 2 de Pruebas. Folio 274.
13	DECLARACIÓN DEL SEÑOR SLP. BAYONA GARCÉS OMAR.	Cuaderno N° 3 de Pruebas. Folio 426.
14	DECLARACIÓN DEL SEÑOR SARGENTO PRIMERO SALGADO CANDELO JHON JAIRO.	Cuaderno N° 3 de Pruebas. Folio 485.
15	DECLARACIÓN DEL SEÑOR SLP. OLGER RIVERA HERNÁNDEZ.	Cuaderno N° 3 de Pruebas. Folio 531.
16	DECLARACION DEL CP. TRIANA MANCILLA JOSE ROBERTO.	Cuaderno N° 4 de Pruebas. Folio 565.

- En cuanto a la tipicidad de la conducta, atendiendo a las pruebas antes mencionadas, se observa con grado de certeza que el ahora demandante: i) dispuso, el día de los hechos entre las 17:30 horas (5:30 de la tarde) y las 18 horas (6:00 de la tarde) la desubicación de la tropa, en un claro desacato a la orden de desplazamiento posterior a las 19:00 horas (7:00 de la noche), conducta que encaja plenamente en la descrita por la Ley 836 de 2003, artículo 58 numerales 16 y 30 *-este último en concordancia con el tipo de desobedecía del artículo 115 del Código Penal Militar-*, y ii) ordenó, el día de los hechos el desplazamiento de la tropa por una carretera, contrariando la orden superior de evitar *“caminos, trochas, picas y carreteras”*, lo cual encaja plenamente en la descripción típica de la Ley 836 de 2003, artículo 58 numeral 30 en concordancia *con el tipo penal de desobedecía del artículo 115 del Código Penal Militar.*

Así las cosas, encuentra la Sala que la entidad demandada logró demostrar durante el trámite de la actuación disciplinaria la tipicidad de la conducta reprochada al actor como elemento requerido para imponer la sanción disciplinaria, por lo tanto, al proferir los actos impugnados no incurrió en irregularidad, pues su expedición fue ajustada a la normatividad disciplinaria, y se realizó la debida adecuación del supuesto normativo a la conducta realizada por el actor.

- En cuanto a la ilicitud sustancial de la conducta, la Sala concuerda con la valoración realizada por el operador disciplinario, de acuerdo con la cual no existe evidencia que permita establecer una causal de justificación *–y menos aún la causal de fuerza mayor–* para el incumplimiento de las órdenes en el presente caso, en consecuencia no existía apremio o necesidad urgente que exigiera desplazar la tropa antes de las horas indicadas y transitar por carreteras.

En relación con estas últimas, obran en el expediente diversas pruebas testimoniales y documentales *–señaladas en párrafos previos de esta providencia–* las cuales permiten inferir que: i) no existía ningún elemento de fuerza mayor, causa extraña e imposible de resistir que escapara a las posibilidades efectivas de previsión *-más allá del interés del demandante de llegar pronto al lugar de destino desplazamiento de la tropa-*, que obligara a incumplir las órdenes de seguridad; ii) durante todo el trayecto del desplazamiento de la tropa *-incluyendo el inicio del mismo-* transitó por carreteras, iii) el trayecto de la carretera donde ocurrió la emboscada podía ser evitable *-con inversión de más tiempo en su ejecución de la orden-* para alejarse de los lugares anegados; iv) era exigible una conducta diferente a la desplegada, pues el acta de compromiso, Arauca, Arauca; noviembre 26 de 2007, N° 22 *–analizada previamente–*, expresamente prevé que ante situaciones imposibilidad de cumplimiento de incumplimiento de una orden directa (tesis del demandante) se debe consultar de inmediato la autoridad superior las acciones a seguir y no proceder a incumplirla, más aún cuando como ocurrió en el presente caso, se habían puesto de presente al demandante de manera especial, las implicaciones riesgosas *-posibles emboscadas y ataques a la tropa-* que podrían conllevar el no acatamiento de las mismas.

Al respecto señala la Sala que, el hoy demandante desobedeció injustificadamente la orden legítimamente impartida por su superior, incumpliendo la obligación que le competía en razón a su cargo. Sumado a lo anterior, no obró bajo alguna de las

causales de justificación, dando como consecuencia la afectación injustificada del deber funcional.

- En relación a la culpabilidad de la conducta, obran en el expediente pruebas documentales y testimoniales *–referidas en párrafos previos-* que acreditan: i) la existencia de las órdenes, la claridad de las mismas así como el pleno conocimiento de estas por parte del disciplinado *-ahora demandante-*, y ii) la intención deliberada, espontánea no coaccionada, de no seguir las órdenes que se le habían indicado, sin que se observe error o equivocación en la interpretación de las mismas, lo cual en los términos de la ley disciplinaria *-de acuerdo con lo decantado en acápite previo de esta providencia-* recorre los elementos constitutivos del dolo, y en el mejor de los casos de la culpa gravísima *“cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento”*, a la cual en los términos del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, le corresponde la misma sanción que le fue impuesta al demandante, por tratarse de faltas de gravísimas.

- Sobre el argumento de nulidad referido a la graduación de la sanción, debe señalar la Sala *-reiterando lo expuesto en acápite previo de esta providencia-* que de conformidad con numeral 1º del artículo 44 del Código Disciplinario Único, la destitución e inhabilidad general se aplica a las faltas gravísimas realizadas con dolo o culpa gravísima, y en atención al artículo 46 ídem la inhabilidad general va desde un mínimo de 10 años hasta un máximo de 20 años *-o permanente cuando mediante un delito se afecte el patrimonio del Estado-*, y si bien el artículo 47 ídem establece como criterio para la graduación de la sanción entre otros los antecedentes disciplinarios del implicado, en este caso los mismos no tienen ninguna utilidad en la medida en que al actor le fue aplicado el mínimo de inhabilidad, esto es 10 años.

Considera la Sala, que la autoridad disciplinaria no realizó un análisis probatorio a alejado de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los hechos materia de reproche, que, una vez estudiado el plenario se obtiene que estas lograron demostrar la responsabilidad del actor, para luego proceder a imponer la sanción correspondiente, respetando el derecho al debido proceso.

De conformidad con lo expuesto, la Sala considera que los cargos del recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad, en consecuencia por los motivos

señalados en esta providencia se confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

CONFÍRMASE, la sentencia de 27 de julio de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Claudio Mauricio Pistala Tulcán contra la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional por haber proferido los fallos disciplinarios de 25 de mayo de 2009 *–fecha real 25 de mayo de 2010-* y de 27 de mayo de 2011, a través de los cuales fue sancionado con destitución del cargo de Sargento Viceprimero de Infantería e inhabilidad general de 10 años.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

Firma electrónica

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firma electrónica

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Firma electrónica

CARMELO PERDOMO CUÉTER