

CONCURSO DE CONDUCTAS DISCIPLINARIAS - Prescripción independiente / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA - Contabilizaciones en faltas instantáneas y permanentes / FALTAS INSTANTANEAS - Prescripción / FALTAS DISCIPLINARIAS CONTINUADAS - Prescripción

Si bien se consagró en el inciso 2º del artículo 98 de la Ley 200/95 que las providencias que resolvieran recursos de apelación o de queja, así como consultas, quedarían en firme el día en que fueran suscritas por el funcionario competente, lo cierto es que esta preceptiva atenta contra principios constitucionales que informan la función administrativa (art. 209), particularmente con el que tiene que ver con la publicidad como forma de dar a conocer aquellas decisiones de la administración que afectan la situación jurídica de una persona. En materia sancionatoria, estima la Sala, no puede aceptarse que una decisión de tal naturaleza adquiera firmeza desde el momento mismo de su expedición, sin haberse agotado el procedimiento de notificación y sin haber quedado ejecutoriada la sanción pues, en tal evento, no sería oponible a su destinatario, en tanto la decisión disciplinaria no ostentaría el privilegio de la eficacia jurídica y, como consecuencia, no podría ser materializada. Resulta forzoso entonces armonizar la regla jurídica prevista en el artículo 98-2 de la Ley 200 de 1995 con lo dispuesto en los artículos 83, 84 y 85 de la misma obra, referente a la observación de presupuestos relacionados con las formas de notificación, con la obligación de dar a conocer las providencias por este medio y con la notificación personal de los fallos disciplinarios, sin los cuales, podría llevarse a cabo la ejecución de la sanción. Observa la Sala que si bien la investigación disciplinaria se inició como consecuencia de la masacre ocurrida en el Municipio de Mapiripán entre el 15 y el 20 de julio de 1997, lo cierto es que los cargos que se formularon en contra del demandante no se contraen sólo a esos hechos sino que igualmente se encuentran sustentados en la supuesta relación que él tenía con un sujeto llamado RENÉ y quien se identificó, en compañía de Gamarra, como perteneciente a las autodefensas, por lo que se consideró que el actor había podido incurrir en varias faltas disciplinarias, entre otras, la de asociarse y mantener notoria relación con personas pertenecientes a grupos paramilitares. No se trató entonces de una falta instantánea, como se quiere hacer ver en la demanda, sino de una de carácter permanente, en la medida en que la conducta objeto de investigación y sanción tuvo ocurrencia de manera continuada, esto es, antes y después de la masacre de Mapiripán, en tanto el último hecho se verificó el 11 de diciembre de 1997, y en tal caso la vigilancia de la conducta oficial no sólo se contraía a los días comprendidos entre el 15 y el 20 de julio de 1997. Luego la prescripción de la acción empezará a contarse a partir de aquella fecha. La Procuraduría General de la Nación disponía de un término de cinco (5) años para adelantar la respectiva investigación disciplinaria y resolverse dentro de ese mismo lapso la situación jurídica del actor.

NOTA DE RELATORIA: Menciona las sentencias 1794-98, 17112, 747-01, 0662-06 del Consejo de Estado, así como la sentencia C-244 de 1996 de la Corte Constitucional.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Inciso 2 del artículo 98 de la Ley 200 de 1995

Esta Corporación, en un asunto de similares contornos, aplicó la excepción de inconstitucionalidad respecto del inciso 2º del artículo 98 de la Ley 200/95, concibiendo que "(...) la acción disciplinaria prescribe en 5 años contados a partir de la constitución de la falta, siempre y cuando se notifique dentro de dicho lapso la providencia que ponga fin a la instancia." Así mismo, se refirió a los efectos de la sentencia C-1076/02 de la Corte Constitucional, en relación con la declaración

de exequibilidad condicionada (modulada) del inciso 2º del artículo 119 de la Ley 734/02, señalando que no le era aplicable a situaciones ocurridas durante la vigencia de la Ley 200 de 1995.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia C-1072 de 2002 de la Corte Constitucional.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Concepto

El debido proceso, como desarrollo del principio de legalidad, ha sido concebido por el constituyente como un derecho fundamental de aplicación inmediata, el cual se aplica, sin distinción alguna, a toda actuación (art. 29 de la C.P.), y del cual se desprende obviamente el derecho de defensa, constituyéndose en su núcleo esencial. Así, toda persona debe juzgarse conforme a la ley preexistente al acto que se le imputa, ante la autoridad competente y con las formalidades propias de cada juicio, es decir, que la actuación debe ceñirse a las ritualidades propias del caso. Y para que esa protección constitucional sea real y efectiva se hace necesario que tales formalidades o procedimientos se encuentren previamente señalados en un estatuto legal, de tal suerte que pueda determinarse de manera clara e inequívoca cuál ha de ser el comportamiento gubernativo o judicial a seguir en cada caso.

PRUEBA TRASLADADA - Incorporación traslado, contradicción

En primer lugar, se refirió a la nulidad relacionada con la prueba trasladada, señalando que había sido apreciada de acuerdo con lo ordenado en el artículo 124 del CDU, sin que tal norma exigiera ritualidad procesal alguna. Anotó que la prueba fue incorporada en visita especial, cuya fecha de práctica fue conocida por la defensa con anticipación, por lo que mal podía invocar desconocimiento en torno a su traslado y que “como quiera que la inspección se realizó sobre documentos auténticos, las fotocopias de las mismas quedan autenticadas con la atestación del funcionario de haberlas obtenido de determinado proceso”. Agregó que por auto del 29 de octubre se ordenó visita especial al expediente 155-24269/99 y que además se les comunicó a las partes, de tal suerte que si no acudieron a la diligencia mal pueden ahora alegar una nulidad. De otra parte, encontró que no hubo contradicción sustancial en los cargos formulados, pues los mismos se muestran de manera complementaria y no excluyente, como que se halla probada su relación con grupos paramilitares, la ayuda para su incursión en Mapiripán y su omisión en informar a sus superiores del conocimiento que tenía de la presencia del grupo armado en la zona, sustentándose para ello en medios de prueba testimonial y documental ya mencionados.

PROCESO DISCIPLINARIO - Masacre de Mapiripán / MASACRE DE MAPIRIPAN - Proceso disciplinario / PRUEBA TRASLADADA - Legalidad

Considera la Sala, conforme a las normas de orden legal (Ley 200 de 1995) que rigen esta clase de actuaciones administrativas, que en el caso concreto y particular se cumplieron a cabalidad con las respectivas etapas del proceso disciplinario pues, como se advierte fácilmente, se rindió un informe por parte de los funcionarios investigadores, el disciplinado conoció de los cargos que de manera concreta se formularon en su contra con base en las disposiciones infringidas, presentó sus respectivos descargos y alegatos de conclusión y además controvertió las pruebas allegadas en su contra. Así mismo, al proceso se le imprimió el principio de la doble instancia. En cuanto a la prueba trasladada, y como lo anotó la entidad demandada, no puede invocarse desconocimiento del traslado cuando la prueba fue incorporada en visita especial y la parte actora

conocía con anterioridad de su práctica y sin embargo no asistió, por lo que no puede alegar ahora su propia culpa. Conforme a la documental allegada al debate judicial, la Sala observa que la responsabilidad disciplinaria se dedujo de faltas que aparecieron demostradas como consecuencia de la conducta asumida por el demandante en relación con la masacre de Mapiripán. En efecto, la sanción de separación absoluta del servicio de las fuerzas militares es consecuencia de una valoración integral de las pruebas obrantes en el proceso disciplinario, con fundamento en versiones rendidas por funcionarios del Estado (Oficiales del Ejército, Fiscal Regional y Procuradora Judicial) y no solo de personas militantes de las Autodefensas (no se probó que fueran integrantes de las FARC). Declaraciones que dieron buena cuenta de la relación del demandante con grupos al margen de la ley. Por el contrario, la Sala observa que en razón a circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos objeto de investigación y sanción disciplinaria, conforme al material probatorio recaudado y del cual dan cuenta los fallos acusados, resulta evidente la conducta reprochable del demandante, si se considera su expresa aceptación, así sea con posterioridad a la ocurrencia de la masacre, del vínculo que tenía con miembros de grupos paramilitares, pues las explicaciones dadas al respecto no logran llevar al convencimiento de que se trataba simplemente del ejercicio de funciones como encargado de contrainteligencia o de un trabajo de tesis o de grado como requisito para optar a un reconocimiento académico.

PROCURADOR AD HOC - No corresponde su designación al Senado, lo es el Viceprocurador / PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA - Cuando existe impedimento del Procurador General de la Nación lo reemplazará el Viceprocurador General de la Nación / IMPEDIMENTO DEL PROCURADOR GENERAL - Competencia del Viceprocurador para decidirlo

Si bien la Ley 200 de 1995, en su artículo 69 - inciso 4º -, señalaba que en caso de declararse impedido el Procurador General de la Nación debía solicitarse al Senado de la República la designación de un ad hoc para que conociera del asunto del cual se separaba de su conocimiento, lo cierto es que ante la entrada en vigencia del Decreto ley 262 de 2000 tal disposición fue modificada por el artículo 17 - numeral 3º -, en el sentido de que el Viceprocurador General de la Nación reemplazaría al Supremo Director del Ministerio Público cuando éste manifestase algún impedimento. No es cierto entonces que se no se haya garantizado el principio de las dos instancias pues, por una parte, se advierte que el fallo de primera fue expedido por la Comisión Especial creada por auto del 4 de mayo de 2001 para adelantar la investigación disciplinaria y adoptar la correspondiente decisión, el cual fue suscrito por el Viceprocurador General de la Nación en condición de Presidente de dicha comisión; y de la otra, que el fallo de segunda instancia fue expedido por la Viceprocuradora General de la Nación pero en reemplazo del Supremo Director del Ministerio Público, atendiendo la normatividad antes reseñada. En tal caso, la competencia para conocer del impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación, conforme a la citada norma del decreto 262, no residía en el Senado sino en el Viceprocurador de esa misma entidad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-01244-01(4880-05)

Actor: JUAN CARLOS GAMARRA POLO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA Y PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia del 28 de octubre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

JUAN CARLOS GAMARRA POLO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal la nulidad de los siguientes actos:

- 1) Fallo del 9 de noviembre de 2001, proferido por el Viceprocurador General de la Nación, por medio del cual fue sancionado disciplinariamente con separación absoluta del servicio.
- 2) Fallo del 1º de abril de 2001, expedido por la Viceprocuradora General de la Nación (e.), por el cual se confirmó la decisión anterior.
- 3) Resolución 000753 del 6 de agosto de 2002 del Comandante del Ejército Nacional que resolvió separarlo en forma absoluta de las Fuerzas Militares.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho pretende que se ordene el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, el pago de salarios y prestaciones sociales, sin solución de continuidad, y la desanotación en los registros disciplinarios de la sanción. En los términos y oportunidades previstos en los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda los hace consistir:

- 1) El actor se vinculó al ejército nacional el 5 de marzo de 1978, previo cumplimiento de requisitos legales, ascendiendo en la carrera militar hasta el grado de Sargento Primero.
- 2) Entre enero y mayo de 1997, realizó el curso de analistas y entrevistadores en la Escuela de Inteligencia, en el cual sus instructores le asignaron un trabajo de grado sobre los grupos de autodefensa como generadores de violencia, para lo cual debió obtener material bibliográfico y consultar diversas fuentes de información, material que conservó en su archivo personal y que fue utilizado en su contra por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación para señalarlo como auxiliador de tales grupos, y coautor de la masacre de Mapiripán.
- 3) A finales de mayo de 1997, fue destinado al Batallón “Joaquín París” de San José del Guaviare, en donde laboró como miembro de la sección de inteligencia con funciones de contrainteligencia y bajo el mando del Sargento Primero Jesús Alberto Ramírez Machado y del Oficial de Inteligencia Mayor Alberto García Narváez.
- 4) El 15 de julio de 1997, el Comandante del Batallón recibió información sobre la presencia de un grupo de autodefensas en el Municipio de Mapiripán, sin que pudiesen reaccionar por falta de recursos, por lo que fue necesario comunicarle de tal hecho al Comandante de la Séptima Brigada de Villavicencio.
- 5) Ese mismo día, el Comandante del Batallón le comunicó verbalmente a los sargentos Ramírez y Gamarra sobre lo sucedido y les ordenó “abrir un nuevo blanco” en la sección de inteligencia con el nombre de “justicia privada”, a fin de recopilar información sobre este nuevo factor de violencia.
- 6) Esa información no resultaba útil para lo que estaba sucediendo, pues se requería de operaciones militares inmediatas, pero no por iniciativa de un suboficial como el actor sino por orden del mando militar, en tanto el primero sólo llevaba allí dos meses y carecía de autoridad y mando.
- 7) El Comandante del Batallón, con base en la información suministrada, días después dispuso el envío de tropas para hacer frente al grupo de autodefensas.
- 8) Una vez se tuvo conocimiento público de la masacre, el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos designó una comisión especial para adelantar indagación preliminar y, con base en denuncias hechas por el Estado Mayor de las FARC contra las fuerzas militares, se abrió investigación disciplinaria contra oficiales del ejército.

- 9) El 19 de marzo de 1999, se ordenó compulsar copias de la actuación a fin de que se abriese otra investigación por los mismos hechos contra el demandante.
- 10) La Comisión Disciplinaria Especial designada para adelantar ambas investigaciones se abstuvo de integrar el caudal probatorio pues, en vez de compulsar para este segundo proceso copia de todas las actuaciones del proceso 155-242669-99, se limitó a tomar como prueba trasladada sólo algunas actuaciones de la fiscalía que, según su criterio, podrían servir como prueba contra miembros de las fuerzas militares y desechó piezas procesales fundamentales, como el hecho de que las FARC hubiesen secuestrado el 24 de julio de 1997 a funcionarios de la procuraduría.
- 11) El 23 de agosto de 2000 se le formularon cargos, por cometer faltas contra el honor militar, el debido celo y oportunidad en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes del servicio, suministrar armamento, uniformes y prendas del ejército a grupos paramilitares y participar en la muerte y desaparición de algunas personas.
- 12) De manera oportuna, el actor rindió descargos desvirtuando las pruebas aducidas en su contra.
- 13) El 7 de noviembre de 2001, el Viceprocurador General de la Nación ordenó poner en conocimiento de los sujetos procesales las pruebas trasladadas del proceso penal, sin esperar a que se surtiesen las actuaciones ordenadas en la providencia anterior y con violación del debido proceso dictó el fallo acusado. Contra esta decisión interpuso recurso de apelación.
- 14) El 1º de marzo de 2002, el Procurador General se declaró impedido para conocer de la apelación y dio traslado al Viceprocurador para que asumiese conocimiento (art. 17-3 Dcto.262/00).
- 15) El 1º de abril de 2002, el Viceprocurador (e.) decidió de plano el impedimento, asumió conocimiento en segunda instancia y confirmó el fallo objeto de impugnación.
- 16) La sanción impuesta al actor tuvo como única finalidad la errónea y parcializada apreciación de declaraciones rendidas por Edison Londoño y Gilberto Cuellar militantes en las FARC, José Pastor Gaitán miembro de las autodefensas, José Luís Parra ex fiscal regional de San José del Guaviare y Beatriz Cadavid procuradora judicial de San José del Guaviare.
- 17) En los actos acusados no se precisaron circunstancias de tiempo, modo y lugar de las conductas irregulares, pero si se le acusó y sancionó por haber participado en la masacre perpetrada por autodefensas en el municipio de

Mapiripán entre el 15 y el 20 de julio de 1997, tiempo durante el cual se hallaba desempeñando funciones como orgánico del Batallón. Tampoco se apreciaron pruebas que demostraban su inocencia.

18) La sentencia que puso fin al proceso disciplinario fue notificada personalmente el 1º de agosto de 2001 y a su apoderado el 29 de julio del mismo año, es decir, después de 5 años de haber ocurrido los hechos.

Como disposiciones violadas se citaron:

- Constitución Política: artículos 29, 31, 209 y 230
- Código Civil: artículos 26 y 27
- C. de P.C.: artículos 36-4, 37-4 y 140-6 y 150
- Ley 200 de 1995: artículos 5, 6, 8, 13, 14, 16, 18, 69, 73-d, 75, 77-1-6, 96, 102, 118, 120, 122, 131, 157 y 158
- Decreto 262 de 2000: artículos 7, 17 y 22
- C.C.A.: artículo 50
- C. de P.P.: artículo 99

Afirmó que el único interés de los funcionarios investigadores era probar, aún tergiversando la verdad, la supuesta responsabilidad de militares en hechos cometidos por autodefensas en Mapiripán, violando así el debido proceso.

Señaló que mediante los actos acusados se le impuso la máxima sanción disciplinaria por presunta participación en la muerte y desaparición forzada de diversas personas en Mapiripán durante los días 15 al 20 de julio de 1997, lo cual se dedujo de supuestas faltas que no aparecen probadas. No se precisó cómo ni en qué momento incurrió en ellas, pero se da por sentado su participación en la masacre.

Expresó que la decisión acusada fue notificada por fuera del término previsto en el artículo 34 Ley 200 de 1995, lo que significa que al momento de notificarse el fallo definitivo la acción se encontraba prescrita.

Alegó nulidad del fallo de primera instancia, por cuanto hubo omisión del término fijado para la práctica de pruebas, pues no esperó a que el auto del 7 de noviembre de 2001 produjera sus efectos, al no poder controvertir la prueba trasladada, la que además se halló incompleta porque no se allegaron piezas

importantes como las relacionadas con el secuestro de los funcionarios de la procuraduría por parte de las FARC el 24 de julio de 1997.

En su concepto, no se garantizó el principio de las dos instancias (arts. 31 C.P., 96 y 102 Ley 200/95, 50 C.C.A. y 19-7 Dcto. 262/00), porque la apelación fue resuelta por el mismo funcionario que decidió la primera, pues el Procurador General se declaró impedido para conocer del asunto en razón de haber salvado el voto, en su calidad de Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, cuando se dirimió el conflicto de competencias en materia penal, no obstante no tipificarse causal alguna de las previstas en los artículos 150 del C. de P.C. y 99 del C. de P.P., ya que no hizo un juicio de valor sobre los hechos objeto de investigación.

Advirtió que la Viceprocuradora (e.) carecía de competencia para conocer del impedimento del Procurador General, pues quien decide sobre la designación de uno ad hoc es el Senado de la República (arts. 69 Ley 200/95, 173-7 C.P. y 315 Ley 5ª/92). Por lo tanto, no ha debido invocarse el artículo 19-2 del Decreto 262/00, el cual no podía relacionarse con procesos disciplinarios conocidos en primera instancia por el Viceprocurador, sino a todos los demás casos en que deba declararse impedido o sea objeto de recusación. Y de suponer que el proceso no fue fallado en primera instancia por el Viceprocurador sino por la Comisión Especial presidida por éste, la competencia para conocer del de alzada le correspondía a la Sala Disciplinaria (art. 22-1 Dcto. 262/00).

Continuó: Los supuestos vínculos que se le atribuyen con sujetos pertenecientes a grupos paramilitares corresponde a una época posterior a la ocurrencia de la masacre y obedecen al desempeño de sus funciones como encargado de contrainteligencia del batallón y a las órdenes impartidas por el comandante, pero precisó que antes de la incursión de las autodefensas a Mapiripán no existía en San José del Guaviare el fenómeno del paramilitarismo sino de la guerrilla.

De la presencia de aquellos grupos tuvo conocimiento el 15 de julio de 1997, por conducto del comandante, quien le ordenó abrir en la sección de inteligencia un nuevo blanco con el nombre de "justicia privada".

No aparece probado el suministro de armamento y prendas del ejército a grupos paramilitares, pues la entidad se basó en testigos de oídas, militantes de las FARC y de las autodefensas, así como de funcionarios de la fiscalía y procuraduría, los

cuales resultan contradictorios, vagos e imprecisos (arts. 187, 217 y 218 C. de P.C.) pues parten de simples conjeturas. A continuación, transcribió apartes de los descargos rendidos por él dentro del disciplinario a fin de demostrar la contradicción en las declaraciones.

Finalmente le sorprendió la forma como se apreció la declaración de Edison Londoño el día 6 de junio de 2001 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado, en la cual hizo un relato sobre su condición de militante de las FARC y su misión como infiltrado en la inteligencia militar, aclarando que versiones anteriores contra militares obedecían al interés de la organización subversiva de desacreditar a las fuerzas militares.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo, mediante la sentencia objeto de apelación, accedió a las súplicas de la demanda con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

Consideró que entre las fechas en que ocurrieron los hechos objeto de investigación y sanción disciplinaria - 15 al 20 de julio de 1997 - y la de notificación del fallo de segunda instancia - 29 de julio de 2002 al apoderado judicial y 1º de agosto de 2002 al actor -, transcurrió el término previsto en el artículo 34 de la Ley 200 de 1995, operando en consecuencia la prescripción de la acción disciplinaria, independientemente de si la falta fue instantánea o sucesiva, por cuanto se fijó un marco temporal del proceso disciplinario a partir de aquellas fechas.

LA APELACION

En memorial visible a folios 725 y siguientes del cuaderno principal del expediente, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, de cuyas razones de inconformidad, se destacan las siguientes:

Anotó que la conducta sancionada tuvo ocurrencia de manera continuada, antes y después de la masacre de Mapiripán, por lo que no podía suscribirse sólo a los días comprendidos entre el 15 y el 20 de julio de 1997, pues se le reprochó el

haber mantenido relaciones con paramilitares, como se probó con la reunión sostenida el 11 de diciembre de 1997 con el comandante René, reconocido miembro de las autodefensas, y por haberles prestado ayuda para su incursión al lugar de la masacre y suministrado armamento y uniformes.

Afirmó que el Tribunal no analizó que así se tomara la conducta como instantánea, no habría operado la prescripción, en razón a que sólo a partir de la publicación del fallo de la Corte (C-1076/02), por el cual se declaró exequible el inciso 2º del art. 119 de la Ley 734/02, los fallos de segunda quedarían en firme y ejecutoriados no con la suscripción del acto sino con la notificación, y como en este caso el fallo de segunda instancia fue notificado el 29 de julio de 2002 - antes la ejecutoria de la sentencia de la Corte -, debe aplicarse el inciso 2º del artículo 98 de la Ley 200/95.

En último lugar, expuso que se pretende un reexamen de las decisiones disciplinarias, lo que no es posible porque se estaría habilitando una tercera instancia, en contra vía de la efectividad y seguridad jurídica, cuando se ha respetado el debido proceso y el derecho de defensa.

ALEGATOS

El apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa solicitó la modificación de la sentencia, en el sentido de que la condena económica la asuma la Procuraduría General de la Nación, absolviendo de dicho pago a su representada. Hizo énfasis en que la conducta fue continúa y en la no ocurrencia de la prescripción (art. 98-2 Ley 200/95).

El disciplinado reiteró, en lo fundamental, lo expuesto en la demanda, insistiendo en su inocencia dado que no está probada su participación, por acción u omisión, en la masacre de Mapiripán, y luego pretendió desvirtuar cada uno de los cargos formulados en su contra, advirtiendo sobre la ausencia de pruebas que pudieran relacionarlo con los hechos nefastos ocurridos en julio de 1997.

Según la Procuraduría, las reglas del debido proceso fueron observadas rigurosamente, garantizándole al actor su derecho de defensa, y las decisiones acusadas producto de una valoración probatoria legalmente aportada, sin que se

vieran amenazados derechos fundamentales del disciplinado. Y en cuanto a la prueba trasladada, señaló que se acogió a lo previsto en la Ley 200/95.

Se refirió al principio de la doble instancia y al fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria, indicando que el fallo de segunda instancia se adoptó conforme a lo señalado en el artículo 17-3 del Decreto 262/00 y la decisión definitiva tomada dentro del término del artículo 98 de la Ley 200/95.

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado consideró, con base en la sentencia C-1076/02, que el término de prescripción ha de contarse a partir de la suscripción del fallo que le puso fin a la instancia gubernativa, más no desde el momento de la notificación, en el caso examinado, el 1º de abril de 2002 cuando quedó en firme y cobró ejecutoria; y que la imposición de la pena hace referencia a la acción, en tanto que la notificación a la publicidad, sin que se le hubiese cercenado la oportunidad de acudir al contencioso.

Para resolver, se

CONSIDERA

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de los siguientes actos administrativos:

- 1) Fallo del 9 de noviembre de 2001, proferido por el Viceprocurador General de la Nación, por medio del cual el actor fue sancionado disciplinariamente con separación absoluta del servicio.
- 2) Fallo del 1º de abril de 2001, expedido por la Viceprocuradora General de la Nación (e.), por el cual se confirmó la decisión anterior.
- 3) Resolución 000753 del 6 de agosto de 2002 del Comandante del Ejército Nacional que resolvió separarlo en forma absoluta de las Fuerzas Militares.

DE LA PRESCRIPCIÓN.-

Al momento de la comisión de las supuestas faltas disciplinarias endilgadas al señor Juan Carlos Gamarra Polo - 1997 - se hallaba vigente la Ley 200 de 1995, por la cual se adoptó el Código Único Disciplinario.

En relación con la oportunidad para ejercer válidamente la función disciplinaria (indagación, investigación y sanción) prescribió esa ley:

“ARTICULO 34. TERMINOS DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION Y DE LA SANCION. La acción disciplinaria prescribe en el término de cinco (5) años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación y, desde la realización del último acto, en las de carácter permanente o continuado.”.

Si bien se consagró en el inciso 2º del artículo 98 de la Ley 200/95 que las providencias que resolvieran recursos de apelación o de queja, así como consultas, quedarían en firme el día en que fueran suscritas por el funcionario competente, lo cierto es que esta preceptiva atenta contra principios constitucionales que informan la función administrativa (art. 209), particularmente con el que tiene que ver con la publicidad como forma de dar a conocer aquellas decisiones de la administración que afectan la situación jurídica de una persona.

En materia sancionatoria, estima la Sala, no puede aceptarse que una decisión de tal naturaleza adquiera firmeza desde el momento mismo de su expedición, sin haberse agotado el procedimiento de notificación y sin haber quedado ejecutoriada la sanción pues, en tal evento, no sería oponible a su destinatario, en tanto la decisión disciplinaria no ostentaría el privilegio de la eficacia jurídica y, como consecuencia, no podría ser materializada¹.

Resulta forzoso entonces armonizar la regla jurídica prevista en el artículo 98-2 de la Ley 200 de 1995 con lo dispuesto en los artículos 83, 84 y 85 de la misma obra, referente a la observación de presupuestos relacionados con las formas de notificación, con la obligación de dar a conocer las providencias por este medio y con la notificación personal de los fallos disciplinarios, sin los cuales, podría llevarse a cabo la ejecución de la sanción.

Esta Corporación, en un asunto de similares contornos, aplicó la excepción de inconstitucionalidad respecto del inciso 2º del artículo 98 de la Ley 200/95, concibiendo que “(...) la acción disciplinaria prescribe en 5 años contados a partir de la constitución de la falta, siempre y cuando se notifique dentro de dicho lapso

¹ Pueden revisarse providencias adoptadas en procesos 1794-98; 17112; 747-01; 0662-06 de esta Corporación. Así como la sentencia C-244/96 de la Corte Constitucional.

la providencia que ponga fin a la instancia.”². (Se subrayó). Así mismo, se refirió a los efectos de la sentencia C-1076/02 de la Corte Constitucional, en relación con la declaración de exequibilidad condicionada (modulada) del inciso 2º del artículo 119 de la Ley 734/02³, señalando que no le era aplicable a situaciones ocurridas durante la vigencia de la Ley 200 de 1995.

En el caso concreto y particular se observa lo siguiente:

1) Informe preliminar de la Comisión de Profesionales Universitarios adscritos a la Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y que da cuenta de hechos ocurridos en el Municipio de Mapiripán entre el 15 y el 20 de julio de 1997, relacionados con la muerte y desaparición de algunas personas, presumiblemente a manos de un grupo de autodefensas, deduciendo un **posible grado de participación de servidores públicos**, entre ellos, **miembros de las fuerzas militares** con jurisdicción en San José del Guaviare. La Comisión sugirió se ordenara apertura formal de investigación disciplinaria (fls. 39-44 C.1).

2) Auto de formulación de cargos en donde se establece que la investigación disciplinaria se originó como consecuencia de la masacre ocurrida en el Municipio de Mapiripán, Departamento del Meta, durante los días 15 al 20 de julio de 1997. En el caso de los miembros de las fuerzas militares, por el conocimiento que tenían para esa fecha de la presencia de un grupo armado, según llamada telefónica que les hiciera el Juez de esa municipalidad, **por la supuesta relación (conexión) sostenida con paramilitares**, por no dar aviso a sus superiores de lo sucedido en esa región, por suministrarles armamento, uniformes y prendas del ejército nacional y por ser partícipes de la muerte y desaparición de algunas personas de esa localidad, en tanto no se evitó el objetivo propuesto por las autodefensas y por el contrario se les brindó apoyo para que cometieran unos hechos delictivos (fls. 212, 213-215, 217-221, 224, 225, 258-269 y 287-289).

Observa la Sala que si bien la investigación disciplinaria se inició como consecuencia de la masacre ocurrida en el Municipio de Mapiripán entre el 15 y el 20 de julio de 1997, lo cierto es que los cargos que se formularon en contra del demandante no se contraen sólo a esos hechos sino que igualmente se

² Sentencia del 12 de mayo de 2005, expediente 4430-03, actor Alejandro Vitoria Tous, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

³ Disposición cuyo contenido normativo coincide con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 98 de la Ley 200/95.

encuentran sustentados en la supuesta relación que él tenía con un sujeto llamado RENÉ y quien se identificó, en compañía de Gamarra, como perteneciente a las autodefensas (fl. 214 c. ppal), por lo que se consideró que el actor había podido incurrir en varias faltas disciplinarias, entre otras, la de asociarse y mantener notoria relación con personas pertenecientes a grupos paramilitares (fls. 261 y 264 c. ppal).

El hecho al que se refiere el aparte anterior, y que así mismo dio origen a las respectivas investigación y sanción disciplinaria, sucedió el **11 de diciembre de 1997** (fl. 470 c. ppal).

No se trató entonces de una falta instantánea, como se quiere hacer ver en la demanda, sino de una de carácter permanente, en la medida en que la conducta objeto de investigación y sanción tuvo ocurrencia de manera continuada, esto es, antes y después de la masacre de Mapiripán, en tanto el último hecho se verificó el **11 de diciembre de 1997**, y en tal caso la vigilancia de la conducta oficial no sólo se contraía a los días comprendidos entre el 15 y el 20 de julio de 1997. Luego la prescripción de la acción empezará a contarse a partir de aquélla fecha.

La Procuraduría General de la Nación disponía de un término de cinco (5) años para adelantar la respectiva investigación disciplinaria y resolverse dentro de ese mismo lapso la situación jurídica del Sargento ® Juan Carlos Gamarra Polo.

En consideración a la fecha de **notificación** personal de la sanción disciplinaria - **29 de julio de 2002** (fl. 164 c. ppal) -, y con la cual se agotó la vía gubernativa, es claro que la acción disciplinaria **no** se encontraba prescrita, y por lo tanto no había perdido facultad el Ministerio Público para ejercer la función disciplinaria.

Procederá entonces estudiar de fondo el asunto.

En la demanda se alegó fundamentalmente violación del debido proceso, al considerar que el único interés de los funcionarios investigadores era probar la responsabilidad de militares en hechos cometidos por autodefensas en Mapiripán; al imponerse una sanción con base en supuestas faltas que no aparecieron probadas, pues no se precisó cómo ni en qué momento incurrió en ellas; al omitirse el término fijado para la práctica de pruebas, ya que no se esperó a que

el auto del 7 de noviembre de 2001 produjera efectos, lo que impidió controvertir la prueba trasladada.

Así mismo, por no haberse garantizado el principio de las dos instancias, ya que la apelación fue resuelta por el mismo funcionario que decidió la primera; por haberse aceptado por parte de la Viceprocuradora (e) el impedimento manifestado por el Procurador General; y por basarse en testigos de oídas para señalar que él había suministrado armamento y prendas del ejército a grupos paramilitares.

El debido proceso, como desarrollo del principio de legalidad, ha sido concebido por el constituyente como un derecho fundamental de aplicación inmediata, el cual se aplica, sin distinción alguna, a toda actuación (art. 29 de la C.P.), y del cual se desprende obviamente el derecho de defensa, constituyéndose en su núcleo esencial. Así, toda persona debe juzgarse conforme a la ley preexistente al acto que se le imputa, ante la autoridad competente y con las formalidades propias de cada juicio, es decir, que la actuación debe ceñirse a las ritualidades propias del caso.

Y para que esa protección constitucional sea real y efectiva se hace necesario que tales formalidades o procedimientos se encuentren previamente señalados en un estatuto legal, de tal suerte que pueda determinarse de manera clara e inequívoca cuál ha de ser el comportamiento gubernativo o judicial a seguir en cada caso.

En el caso examinado, y según pruebas que obran dentro del proceso, la actuación administrativa disciplinaria se surtió de la siguiente manera:

- Oficio del 22 de julio de 1997, por medio del cual el Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos Humanos comisionó a profesionales adscritos a esa delegada para que se desplazaran a Mapiripán y localidades circunvecinas a fin de que se investigara si en la masacre ocurrida en esa región participaron servidores públicos (fl. 23 c. ppal).

A fin de dar cumplimiento a la comisión otorgada, los funcionarios se valieron del siguiente material probatorio para efectos de rendir un informe preliminar:

- Declaración rendida por el Juez Promiscuo Municipal de Mapiripán quien dio cuenta que el 14 de julio de 1997 llegó a esa población un grupo fuertemente

armado de las autodefensas procediendo a secuestrar a varias personas y quienes luego fueron torturadas y asesinadas con sevicia. Después de relatar algunos hechos relacionados con la guerrilla y con los paramilitares, anotó que él había oficiado, en cumplimiento de su deber, al Tribunal Superior de Villavicencio, a la Cruz Roja Internacional y a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos para que se enteraran de lo que estaba sucediendo en esa población.

Así mismo, dijo el testigo haberse comunicado el 16 de julio de 1997 con un Mayor del Ejército y con quien tuvo la oportunidad de conversar sobre lo que estaba ocurriendo, preguntándole el oficial si le aconsejaba desplazarse hacia esa localidad porque estaba escaso de tropa y no podía dejar a San José desprotegido, a lo que el juez le respondió que era decisión suya porque él sabía más de cuestiones de guerra irregular. Sin embargo, luego requirió de su presencia ante la masacre, pero el oficial le contestó que estaba esperando la orden del comandante de la base. Señaló que el 20 de julio de 1997 le notificó de los últimos muertos y el oficial le respondió “créame que estoy muy preocupado por su situación pero no puedo hacer nada, no puedo ni siquiera mandar un helicóptero, apunte este número de teléfono 632482 de Villavicencio séptima brigada, JAIME UZCATEGUI RAMIREZ, brigadier General, él le soluciona”, a lo que el juez le replicó que ya no había nada que hacer. Resolvió entonces el declarante decidir sobre la suerte de él y la de su familia porque no obtuvo, según se afirmó, ayuda de la fuerza pública (fls. 24-35 c. ppal).

- Los profesionales comisionados de la Delegada para los Derechos Humanos dejaron constancia que el 24 de julio de 1997 fueron retenidos por miembros de la guerrilla de las FARC, quienes les manifestaron que tenían conocimiento de que los supuestos paramilitares que actuaron en Mapiripán eran integrantes de una unidad móvil del ejército y se les señaló cómo habían operado esos grupos para la fecha de los insucesos. Afirmaron igualmente los citados profesionales:

“En San José del Guaviare se nos informó por personas que no quisieron rendir declaración que los autores de los lamentables hechos llegaron a San José del Guaviare en aviones blancos con línea roja o naranja y que HUGO SARMIENTO dueño del Restaurante del Aeropuerto fue contratado por el Ejército para preparar comida que sería pagada directamente por quienes la consumían y que esa comida se preparó y se consumió dentro de las instalaciones del Batallón ‘Joaquín París’ de San José del Guaviare.

Tratando de verificar la información anterior, en la torre de control del aeropuerto de San José del Guaviare encontramos constancias de que los días 11 y 12 de julio de 1997 aterrizaron con personal uniformado los aviones Antonov AN-32, a los cuales le caben hasta ochenta (80) pasajeros sin equipaje, con los números 4007 y 4009, aquel de 'Sadelca' y éste de 'Selva', cuyos colores son blanco con rayas rojas. El 407 procedente de Mitú y el 4009 procedía de 'Los Cedros' que es una pista en el Caquetá" (fls. 38-36 c. ppal).

- Informe preliminar de la Comisión de Profesionales Universitarios adscritos a la Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y que da cuenta de hechos ocurridos en el Municipio de Mapiripán, relacionados con la muerte y desaparición de algunas personas, presumiblemente a manos de un grupo de autodefensas, deduciendo un **posible grado de participación de servidores públicos**, entre ellos, **miembros de las fuerzas militares** con jurisdicción en San José del Guaviare. La mencionada Comisión sugirió se ordenara apertura formal de investigación disciplinaria (fls. 39-44 c. 1).

Por auto del 7 de noviembre de 2001, el Viceprocurador General de la Nación puso en conocimiento de los sujetos procesales, y por el término de tres (3) días, las pruebas trasladadas del proceso penal No.104-2 del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá y del proceso disciplinario No.1-24269-99 (fl. 75 c. ppal).

- El 23 de agosto de 2002, se le formularon al actor los siguientes cargos: faltas contra la moral y el prestigio de las fuerzas militares, contra el servicio, contra el honor militar y constitutivas de mala conducta, conforme a los artículos 65, 142 y 184 del Decreto 85 de 1989.

Imputaciones que se fundamentaron en 1) una supuesta relación con grupos paramilitares, 2) no dar aviso a sus superiores de lo sucedido en el Municipio de Mapiripán, en tanto no se evitó el objetivo propuesto por las autodefensas y por el contrario se les brindó apoyo para que cometieran unos hechos delictivos, 3) suministrar armamento, uniformes y prendas del ejército nacional a las autodefensas, 4) ser partícipe de la muerte y desaparición de algunas personas de esa localidad y 5) no hacer inteligencia para impedir la incursión de grupos al margen de la ley en San José del Guaviare, dejando desprotegida en sus vidas a la población de Mapiripán (fls. 258 - 269 c. ppal); y todo ello con base en el material probatorio que se anuncia a continuación:

- José Luis Parra Velásquez - Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales - manifestó conocer al Sargento Juan Carlos Gamarra Polo y saber de su relación con un sujeto llamado René quien a su vez le manifestó, en presencia del actor, pertenecer a las autodefensas (fl. 214 y 264 c. ppal).
- Gilberto Cuellar Yaguará - Informante de la Brigada Móvil No.2 en 1996 y perteneciente a grupos paramilitares -, en declaración rendida ante la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, se refirió igualmente a René como el comandante de los paramilitares urbanos de San José del Guaviare y afirmó haber conocido al Sargento Gamarra del Batallón Joaquín París, por intermedio de los paramilitares, quien les ayudaba con información, uniformes y traslado de armas (fls. 214 y 265 c. ppal).
- Beatriz Cadavid Cadavid - Procuradora Judicial en San José del Guaviare - anotó “que todo el mundo en San José del Guaviare sabía que RENÉ era paramilitar, que él mismo se presentaba como tal; que con el tiempo se enteró que el Sargento GAMARRA y otros sargentos que no les sabía el nombre, pertenecientes al Batallón Joaquín París, estaban en el paramilitarismo” (fl. 215 c. ppal). De igual forma se refirió al “suceso ocurrido entre el Fiscal Regional PARRA VASQUEZ y el Sargento GAMARRA POLO, relacionado con la fuga de un miembro de un grupo paramilitar de las instalaciones de la Fiscalía en San José del Guaviare, así como su conocimiento de la existencia del sujeto llamado ‘RENÉ’, como presunto paramilitar y su trato con GAMARRA POLO” (fl. 265 c. ppal).
- Edison Londoño Niño afirmó que “el Sargento GAMARRA se mantenía con RENÉ, tomando trago y le traía información de supuestos guerrilleros que capturaban, pero que no los podían tener mucho tiempo porque no les comprobaban nada y se los entregaba a RENÉ. Que una vez el Sargento GAMARRA le trajo a RENÉ y al grupo, camuflados, cartucheras, porta proveedores, unas hamacas para dormir, unos equipos y un papelito con números y letras para que se comunicara con él” (fls. 218 y 265 c. ppal).
- Diligencia de allanamiento realizada por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación al centro de reclusión o de

detención del demandante, en donde se encontró en su computador información relacionada con el paramilitarismo y con material reservado de inteligencia del ejército (fls. 220 y 266 c. ppal).

- Documento “RESIN No. 29, que cubre del 10 al 17 de julio de 1997, elaborado y proyectado en la Sección de Inteligencia del Batallón, donde oficiaba como suboficial analista JUAN CARLOS GAMARRA POLO y que firmó el comandante encargado del Batallón Joaquín París, Mayor HERNAN OROZCO CASTRO, dentro del cual nada se dice sobre los hechos que acontecían en Mapiripán, a pesar de la gravedad de las informaciones que se recibieron en el Batallón a partir del 15 de julio” (fl. 267 c. ppal.).

En memorial visible a folios 165 a 195 del cuaderno principal, el demandante, por conducto de apoderado judicial, hace sus respectivos descargos de la siguiente manera:

- La declaración de José Luis Parra no merece credibilidad, pues al compararla con la de Beatriz Cadavid no entiende cómo el comandante de las autodefensas se presenta personalmente ante quien estaba investigando graves hechos delictivos cometidos en Mapiripán; se abstiene de ordenar su captura, así como la del prófugo que supuestamente le iban a entregar; y después hace una descripción morfológica del sujeto después de transcurridos 6 meses a través de los medios de comunicación cuando el 11 de diciembre 1997 se habían entrevistado en completa oscuridad.
- La versión de Parra Vásquez es inconducente e impertinente, pues se refiere a una situación ocurrida 5 meses después de los hechos materia de investigación y que de aceptarse como cierta la versión no podría ser prueba suficiente para presumir que el actor se asoció a grupos paramilitares y fue partícipe de la muerte y desaparición forzada de personas en Mapiripán. Agrega que el relato de Beatriz Cadavid es de oídas, pues repite las especulaciones que públicamente se han hecho sobre el caso, pero sin concretar a qué Sargento se describía en el mismo.
- Al referirse a la declaración de Cuellar Yaguará anotó que presenta varias deficiencias como elemento probatorio, pues era el testigo el que

suministraba información sobre los paramilitares al Sargento Gamarra y no al contrario; el declarante fue despedido del Batallón en 1997 porque sus informaciones ocasionaron varios fracasos operacionales y no le merecían credibilidad al actor como jefe de contrainteligencia; no se le inquirió al testigo para que explicara sobre circunstancias de tiempo, modo y lugar en que supuestamente el Sargento ayudaba a los paramilitares con información, uniformes y traslado de armas; que al responder la última pregunta el testigo no se refirió al demandante sino a otro individuo; y que no está probado que el actor hubiese sustraído del batallón material de guerra o de intendencia.

- Existió una duda razonable sobre la identidad de la persona señalada por los testigos, pues en el batallón Joaquín París prestó servicios el Sargento Gamarra Herrera como integrante también del S-2.
- En cuanto al material retenido en la celda, señaló que corresponde al archivo personal de un profesional estudioso y ordenado, orgulloso de su formación como analista de inteligencia militar y que tenía derecho a conservar por su amor al ejército nacional. Estimó como normal que hubiese conservado en su poder el borrador del trabajo de grado, elaborado junto con otros compañeros en el curso de analista y entrevistadores realizado en la escuela de inteligencia durante los meses de febrero a mayo de 1997, cuyo título es “Proyecciones de los Grupos de Justicia Privada”, tema asignado al azar por el director de la escuela. Agrega que el interés académico y profesional por conservar este material no puede ser apreciado como prueba de delito o falta disciplinaria alguna.
- Afirmó que no existe prueba de que hubiese conocido del hecho con anterioridad a su ocurrencia, pues no era posible verificar una información recibida telefónicamente por el comandante sobre hechos ocurridos a casi 300 kms de distancia, pero que además era inútil tratar de adelantar averiguaciones sobre el particular cuando el propio comandante del batallón se encargaba de ello. Expresa que las declaraciones del Coronel Orozco Castro y del Sargento Ramírez Machado no fueron consideradas al momento de formularse cargos, pues los investigadores de la Procuraduría se confundieron al pensar que el actor tenía asignadas

funciones de inteligencia respecto de grupos de autodefensa durante la época previa a los hechos objeto de investigación.

- Finalmente tildó de sospechosos los testimonios de Cuellar Yaguará, Gaitán Ávila y Londoño Niño, en razón de sus antecedentes y vínculos con grupos al margen de la ley.

Mediante fallo del 9 de abril de 2001, el Viceprocurador General de la Nación, en calidad de Presidente de la Comisión Disciplinaria, resolvió sancionar disciplinariamente con separación absoluta de las fuerzas militares al Sargento Segundo Juan Carlos Gamarra Polo (fls. 294 - 575). En dicha providencia se examinaron los cargos formulados, la situación de disciplinado y los descargos hechos; se hizo un análisis jurídico probatorio de los cargos probados y de las normas infringidas, así como de la naturaleza de las faltas y de las sanciones.

En memorial visible a folios 196 a 211 del cuaderno principal, el apoderado del actor interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, afirmando en primer lugar que aún no había transcurrido el término de los 3 días de la prueba trasladada cuando ya se había adoptado el fallo de primera instancia.

Por lo demás, reprodujo básicamente los argumentos expuestos al hacer los respectivos descargos pero, esta vez, en relación con los fundamentos de hecho y de derecho que sirvieron de base al Ministerio Público para imponer sanción, sosteniendo, en síntesis, que los cargos fueron desvirtuados en el momento procesal indicado y que hubo graves errores de apreciación del material probatorio en la medida en que se valoraron de manera acomodaticia, lo que no corresponde a los postulados de la sana crítica (fls. 196 - 211).

Mediante providencia del 1º de marzo de 2002, el Procurador General de la Nación se declaró impedido para conocer de la apelación propuesta por el demandante contra el fallo de primera instancia, por cuanto siendo Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura intervino en la discusión y decisión del conflicto positivo trabado entre la Jurisdicción Especial Penal Militar y la Jurisdicción Ordinaria (fls. 73 -74).

Si bien la Ley 200 de 1995, en su artículo 69 - inciso 4º -, señalaba que en caso de declararse impedido el Procurador General de la Nación debía solicitarse al

Senado de la República la designación de un ad hoc para que conociera del asunto del cual se separaba de su conocimiento, lo cierto es que ante la entrada en vigencia del Decreto ley 262 de 2000 tal disposición fue modificada por el artículo 17 - numeral 3º -, en el sentido de que el Viceprocurador General de la Nación reemplazaría al Supremo Director del Ministerio Público cuando éste manifestase algún impedimento.

No es cierto entonces que se no se haya garantizado el principio de las dos instancias pues, por una parte, se advierte que el fallo de primera fue expedido por la Comisión Especial creada por auto del 4 de mayo de 2001 para adelantar la investigación disciplinaria y adoptar la correspondiente decisión, el cual fue suscrito por el Viceprocurador General de la Nación en condición de Presidente de dicha comisión; y de la otra, que el fallo de segunda instancia fue expedido por la Viceprocuradora General de la Nación pero en reemplazo del Supremo Director del Ministerio Público, atendiendo la normatividad antes reseñada.

En tal caso, la competencia para conocer del impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación, conforme a la citada norma del decreto 262, no residía en el Senado sino en el Viceprocurador de esa misma entidad.

En fallo del 1º de abril de 2002, visible a folios 73 a 163 del cuaderno principal, la Viceprocuradora General de la Nación (e.) resolvió confirmar la decisión de primera instancia.

En primer lugar, se refirió a la nulidad relacionada con la prueba trasladada, señalando que había sido apreciada de acuerdo con lo ordenado en el artículo 124 del CDU, sin que tal norma exigiera ritualidad procesal alguna. Anotó que la prueba fue incorporada en visita especial, cuya fecha de práctica fue conocida por la defensa con anticipación, por lo que mal podía invocar desconocimiento en torno a su traslado y que “como quiera que la inspección se realizó sobre documentos auténticos, las fotocopias de las mismas quedan autenticadas con la atestación del funcionario de haberlas obtenido de determinado proceso”.

Agregó que por auto del 29 de octubre se ordenó visita especial al expediente 155-24269/99 y que además se les comunicó a las partes, de tal suerte que si no acudieron a la diligencia mal pueden ahora alegar una nulidad (fls. 169-172).

De otra parte, encontró que no hubo contradicción sustancial en los cargos formulados, pues los mismos se muestran de manera complementaria y no excluyente, como que se halla probada su relación con grupos paramilitares, la ayuda para su incursión en Mapiripán y su omisión en informar a sus superiores del conocimiento que tenía de la presencia del grupo armado en la zona, sustentándose para ello en medios de prueba testimonial y documental ya mencionados.

Considera la Sala, conforme a las normas de orden legal (Ley 200 de 1995) que rigen esta clase de actuaciones administrativas, que en el caso concreto y particular se cumplieron a cabalidad con las respectivas etapas del proceso disciplinario pues, como se advierte fácilmente, se rindió un informe por parte de los funcionarios investigadores, el disciplinado conoció de los cargos que de manera concreta se formularon en su contra con base en las disposiciones infringidas, presentó sus respectivos descargos y alegatos de conclusión y además controvertió las pruebas allegadas en su contra. Así mismo, al proceso se le imprimió el principio de la doble instancia.

En cuanto a la prueba trasladada, y como lo anotó la entidad demandada, no puede invocarse desconocimiento del traslado cuando la prueba fue incorporada en visita especial y la parte actora conocía con anterioridad de su práctica y sin embargo no asistió, por lo que no puede alegar ahora su propia culpa.

Estima la Sala entonces que el demandante ha debido, por lo menos, valerse del término concedido en el auto por medio del cual fue incorporada a la actuación disciplinaria la prueba trasladada, exponiendo las razones de orden fáctico o legal que consideraba como suficientes para objetarla.

Conforme a la documental allegada al debate judicial, la Sala observa que la responsabilidad disciplinaria se dedujo de faltas que aparecieron demostradas como consecuencia de la conducta asumida por el demandante en relación con la masacre de Mapiripán.

En efecto, la sanción de separación absoluta del servicio de las fuerzas militares es consecuencia de una valoración integral de las pruebas obrantes en el proceso disciplinario, con fundamento en versiones rendidas por funcionarios del Estado (Oficiales del Ejército, Fiscal Regional y Procuradora Judicial) y no solo de

personas militantes de las Autodefensas (no se probó que fueran integrantes de las FARC). Declaraciones que dieron buena cuenta de la relación del demandante con grupos al margen de la ley.

Igualmente se observa que la decisión impuesta se sustentó en la documental que se halló en manos del sancionado (computador) y en los informes manejados para la época de los luctuosos hechos de Mapiripán en el batallón al que se encontraba adscrito el demandante.

En relación con la autenticidad y veracidad del contenido material de tales versiones y documentos se dirá que no fueron desvirtuadas en sede administrativa ni ahora en la judicial, pues el demandante afirma simplemente que existieron contradicciones sustanciales pero su dicho no es soportado en prueba alguna (art. 177 del CPC) y que permita llegar a una conclusión diferente de la que arribó la Procuraduría General de la Nación.

Por el contrario, la Sala observa que en razón a circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos objeto de investigación y sanción disciplinaria, conforme al material probatorio recaudado y del cual dan cuenta los fallos acusados, resulta evidente la conducta reprochable del demandante, si se considera su expresa aceptación, así sea con posterioridad a la ocurrencia de la masacre, del vínculo que tenía con miembros de grupos paramilitares, pues las explicaciones dadas al respecto no logran llevar al convencimiento de que se trataba simplemente del ejercicio de funciones como encargado de contrainteligencia o de un trabajo de tesis o de grado como requisito para optar a un reconocimiento académico.

De conformidad con el artículo 177 del C. de P.C. incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; y por la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, lo cual se deduce del texto del artículo 66 del C.C.A.

Al no desvirtuarse la legalidad de los actos administrativos demandados, estima la Sala que éstos deben mantenerse dentro del ordenamiento jurídico.

Se revocará entonces la decisión del Tribunal Administrativo y en su lugar se despacharán desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada del 28 de octubre de 2004 de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso iniciado por Juan Carlos Gamarra Polo contra la Nación - Ministerio de Defensa y Procuraduría General de la Nación.

En su lugar se dispone:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

Inaplícase por inconstitucional el inciso 2º del artículo 98 de la Ley 200 de 1995.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada la sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCIA

ALFONSO VARGAS RINCON