



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
Consejero Ponente: William Hernández Gómez

Bogotá, D.C., veintiséis de octubre de dos mil diecisiete.

SE.

107

Radicado: 110010325000201000290 00 (2388-2010)

Actor: Juan Carlos Abadía Campo

Demandado: Nación, Procuraduría General de la Nación.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Sala de Subsección dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, que se tramitó por demanda interpuesta por el señor Juan Carlos Abadía Campo contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

Pretensiones:

Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Acto sancionatorio del 5 de mayo de 2010, por el cual la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública lo declaró responsable disciplinariamente en su condición de gobernador del Departamento del Valle del Cauca, y le impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 10 años.
2. Decisión del 25 de mayo del mismo año, por la cual la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, confirmó en su integridad la sanción impuesta.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

- Se ordene a la Nación, Procuraduría General de la Nación cancelar todas las anotaciones derivadas de los actos demandados.
- Se disponga que el Gobierno Nacional lo reintegre a su cargo como gobernador hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha en la que expiraba el respectivo período constitucional, así como el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la destitución hasta el vencimiento del período para el que fue electo.
- Que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamentos fácticos:

1. El señor Juan Carlos Abadía Campo fue elegido gobernador del Departamento del Valle del Cauca para el período constitucional comprendido entre el 1.º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011.
2. Mediante auto del 10 de marzo de 2010, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública ordenó la apertura de investigación disciplinaria en su contra, con el fin de indagar sobre los hechos ocurridos el 20 de febrero de ese mismo año, en una reunión en la que concurrieron él, 21 alcaldes del departamento y el

precandidato presidencial en aquel momento, Andrés Felipe Arias Leyva.

3. El 19 de abril de 2010 la entidad demandada dispuso tramitar las actuaciones a través del procedimiento verbal, habida cuenta de que se podría configurar la falta disciplinaria gravísima contemplada en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.
4. En tal virtud, los días 28 y 30 de abril de 2010 la Procuraduría celebró audiencias públicas en las cuales decretó y practicó unas pruebas y denegó otras.
5. Por medio de proveído del 5 de mayo del mismo año, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública lo declaró responsable disciplinariamente y le impuso la sanción de destitución del cargo de gobernador e inhabilidad general para desempeñar cargos públicos por 10 años, al encontrar probada la participación en política del actor. A juicio del ente de control, Juan Carlos Abadía Campo utilizó su investidura para dar ventajas a Andrés Felipe Arias Leyva, quien estaba inscrito como precandidato en la próxima consulta del partido Conservador, con aspiraciones a ocupar la Presidencia de la República.
6. La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, a través de decisión del 25 de mayo de 2010, confirmó la sanción impuesta, la cual fue ejecutada con el Decreto 2925 del 5 de agosto de 2010, expedido por el Ministerio del Interior y de Justicia.

Normas violadas y concepto de la violación:

En la demanda se citaron como disposiciones violadas los artículos 2, 6, 25, 29, 40 y 127 de la Constitución Política y los artículos 4, 5, 6, 13, 23, 141 y 142 de la Ley 734 de 2002.

Como concepto de violación de la normativa invocada, adujo que la Procuraduría General de la Nación le desconoció el derecho fundamental al debido proceso, por las razones que pasan a exponerse:

1) Falta de motivación por ausencia de adecuación típica de la falta disciplinaria

Al respecto, señaló que se vulneró el principio de legalidad toda vez que su comportamiento no se adecuaba a la falta imputada, esto es, la prevista en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 «utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y en la Ley».

En ese sentido, precisó que el día de los hechos objeto de investigación disciplinaria, tenía agendada una reunión con varios alcaldes de su departamento para abordar problemas administrativos y de funcionamiento en la región, y adicionalmente, la visita del precandidato Andrés Felipe Arias Leyva, por lo que, con el fin de atender ambos compromisos aceptó que este último llegara al denominado criadero *La Leyenda* ubicado en el corregimiento de Rozo, Valle del Cauca, el cual era el sitio de encuentro con los mandatarios locales.

Relató que durante el tiempo que Andrés Felipe Arias Leyva estuvo en la reunión, formuló preguntas sobre la problemática de la región, las cuales fueron respondidas por los alcaldes, y que su actuación se limitó a permitir que este se informara respecto de estos asuntos, lo que de manera alguna constituye la comisión de la falta aludida, máxime si se tiene en cuenta que a cualquier ciudadano le asiste el derecho a solicitar a las autoridades públicas el suministro de información.

Agregó que el hecho de que el señor Arias Leyva ostentara la calidad de precandidato presidencial, no implica que el demandante hubiera utilizado su cargo para participar en la actividad del partido o movimiento político a la que pertenecía el aspirante, puesto que era necesario verificar el contenido de la reunión y los temas allí abordados, toda vez que para endilgar la falta prevista en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, es necesario que el disciplinado participe en actividades de partidos o movimientos políticos.

En este punto indicó que la actuación del demandante no se enmarca en ninguna de las actividades definidas en el artículo 3.º de la Ley 996 de 2005, de manera que la misma deviene en atípica. Al respecto, expuso que la norma en mención definió que se entienden por actividades de campaña presidencial: la promoción política y la propaganda electoral a favor de un candidato, precisando que la promoción política «hace referencia a la divulgación de la propuesta de gobierno o proyecto político de un candidato» y por su parte, la propaganda electoral es «el conjunto de actividades políticas realizadas con la finalidad directa de convocar a los electores a votar en favor de un candidato» y que en tal virtud, no puede considerarse que Juan Carlos Abadía Campo haya realizado alguna de esas conductas.

2) Expedición irregular del acto por indebida valoración probatoria e inversión de la carga de la prueba

El demandante consideró que los actos sancionatorios no contienen una debida valoración probatoria, pues de las pruebas allegadas al plenario, no es dable concluir, como lo hizo la Procuraduría, que el 20 de febrero de 2010, el gobernador del Valle del Cauca «instrumentalizó su función en la realización de actos de contenido político, “sólo que éstos tuvieron un contenido velado y subrepticio”, lo cual no exime a que sean objeto de reproche disciplinario» (f. 187).

Seguidamente, relacionó los medios de prueba con fundamento en los cuales la Procuraduría encontró acreditada la falta disciplinaria, para señalar que ninguno de ellos demuestra la realización de actos de contenido político de los que pudiera derivarse su responsabilidad disciplinaria, como quiera que no evidencian que en la reunión del 20 de febrero de 2010 se expusieran planteamientos de programas políticos o propaganda de este tipo. Pese a ello, las decisiones sancionatorias supusieron que la aludida reunión llevaba «inmerso un mensaje político oculto, o como la vista disciplinaria lo denominó, un contenido “velado y subrepticio”» (f. 194).

Al respecto resaltó que la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que la falta disciplinaria por participación en política no puede basarse en «conjeturas ni supuestos carentes de objetividad», y que en tal virtud, el ente

de control no podía sancionarlo con el argumento de que la presencia de Andrés Felipe Arias Leyva contenía un mensaje oculto.

Por lo anterior, consideró acreditada la indebida valoración probatoria por parte de la Procuraduría General de la Nación y adicionalmente la vulneración del artículo 142 de la Ley 734 de 2002, en atención a que las decisiones sancionatorias no se soportan en pruebas que conduzcan a la certeza sobre la existencia de la falta, lo que a su vez implica el desconocimiento del *indubio pro disciplinado*.

3) Infracción de las normas en que debió fundarse

Este cargo lo basó en varios aspectos, a saber:

- *Desconocimiento del artículo 5 de la Ley 734 de 2002.* Al respecto, sostuvo que las decisiones acusadas no hicieron un análisis sobre la eventual afectación del deber funcional que se causó con la falta, tal como lo exige la normativa disciplinaria.
- *Desconocimiento de las formas propias del juicio disciplinario.* Toda vez que después de haberse practicado pruebas y recibido versión libre en virtud de auto de apertura de investigación disciplinaria proferido dentro del procedimiento ordinario, se cambió al trámite verbal, lo que en su sentir, vulnera el contenido del inciso 3.º del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, norma que prevé como requisito *sine qua non* para la aplicación del procedimiento verbal que no se hubiere expedido auto de apertura de investigación.

Agregó que el día que se desató el recurso de apelación no fue citado a la audiencia para dar lectura al fallo, con lo cual se afectaron no solo las formas propias del procedimiento verbal, sino también su derecho de defensa y contradicción.

- *Vulneración de la garantía de imparcialidad de la función pública.* Afirmó que antes de que se efectuara la notificación de la decisión de primera instancia, diversos medios de comunicación ya la conocían, no obstante, la funcionaria de la Procuraduría General de la Nación alegó que la

audiencia se aplazó en razón a que no se había concluido la elaboración de la providencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación presentó escrito de contestación de la demanda, en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones y señaló, como razones de su defensa, que la conducta de Juan Carlos Abadía Campo se adecuaba a la prescripción normativa contenida en el artículo 48 numeral 39 de la Ley 734 de 2002 y en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, los cuales prohíben la utilización del cargo para participar en las actividades de los partidos o movimientos políticos.

Al respecto, explicó que en el proceso disciplinario tramitado en contra de Juan Carlos Abadía Campo logró acreditarse que en desarrollo de una reunión, supuestamente de trabajo, entre este y 21 alcaldes del Departamento del Valle del Cauca, el gobernador permitió la intervención de Andrés Felipe Arias Leyva quien, en época de campaña electoral, aspiraba a ser designado como candidato del Partido Conservador a la Presidencia de la República, lo cual evidencia el interés político partidista en su desarrollo.

La entidad demandada indicó que en la referida reunión, el precandidato «aprovechó la ocasión para darse cuñas relacionadas con su aspiración» (f. 233) ante los alcaldes de dicho departamento, al presentar probables soluciones a la problemática de los municipios, la cual por demás, manifestó conocer ampliamente en razón de su experiencia como ministro de agricultura.

De otra parte, señaló que el hecho de que culminada su intervención el candidato presidencial Andrés Felipe Arias Leyva se hubiera retirado del recinto, no desvirtúa la premeditación en la conducta del actor, quien lo convocó a una reunión privada con los máximos jefes de la administración municipal.

Manifestó además, que contrario a lo afirmado por el apoderado de la parte actora, los medios de prueba aportados por solicitud del implicado, tales como las noticias presentadas por los medios de comunicación respecto de los

hechos objeto de investigación, los testimonios de algunos alcaldes convocados a la reunión y la inspección ocular al sitio donde se desarrollaron los acontecimientos, llevaron a la entidad a la total certeza sobre la configuración de la falta, cumpliéndose a cabalidad los presupuestos de que trata el artículo 142 de la Ley 734 de 2002.

Afirmó que la ilicitud sustancial no consiste en la transgresión formal y simple de la norma sino que, teniendo en cuenta el objeto que protege el derecho disciplinario, se trata de la infracción sustancial al deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. En ese orden de ideas, la conducta del señor Abadía Campo, en desarrollo de sus funciones como gobernador del departamento del Valle del Cauca, afectó los principios de imparcialidad y transparencia que deben caracterizar a la administración. Anotó además que la ilicitud sustancial está debidamente motivada en los actos acusados, por lo cual el cargo en tal sentido, debe ser despachado desfavorablemente.

Sobre el respeto por las formas propias del juicio, estimó que por estar cumplidos los presupuestos procesales de que trata el artículo 152 de la Ley 734 de 2004, la Procuraduría General de la Nación profirió el auto de apertura de investigación disciplinaria en contra de Juan Carlos Abadía Campo. Igualmente, que una vez recaudadas las pruebas que permitieron determinar que la conducta imputable al accionante correspondía al comportamiento que describe el artículo 48 numeral 39 *ejusdem*, la entidad en virtud de lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 175 *ibidem*, ordenó adelantar el trámite por el procedimiento verbal, actuación procesal que se ajusta a la Constitución y a la ley.

Igualmente, puso de presente que el accionante pudo conocer el contenido de la decisión sancionatoria de primera instancia a través de su apoderado, el cual fue notificado por estrados en la respectiva audiencia, en la que tuvo la oportunidad de presentar el recurso de apelación. Resaltó que en todo caso, el artículo 181 de la Ley 734 de 2002, establece la remisión al procedimiento ordinario en lo no previsto en el trámite verbal.

En relación con el hecho de que la decisión sancionatoria fue divulgada por los medios de comunicación antes de que el disciplinado fuera notificado de la misma, adujo que ello no afectó sus derechos, toda vez que el

pronunciamiento adverso al demandante fue igualmente conocido por él. Agregó que no existe infracción al orden jurídico por el hecho de divulgar a los medios la sanción disciplinaria impuesta en su contra, toda vez que el artículo 33 de la Ley 190 de 1995¹ consagra que los fallos que profieran la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, son públicos. Destacó que de conformidad con la norma en cita, solo tienen reserva las investigaciones preliminares, y los pliegos de cargos.

Por otra parte, sostuvo que si bien el escrito introductor plantea que la decisión se conoció por los medios de comunicación, antes de que el demandante hubiese sido notificado, el mismo no precisa cómo tal situación incidió negativamente en los derechos que le asistían con ocasión del trámite del proceso.

Seguidamente, propuso la excepción de ineptitud formal de la demanda, por considerar que el concepto de violación no estableció con claridad las causales invocadas, en los términos previstos por el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En escrito separado, la parte demandante solicitó la suspensión provisional de las decisiones acusadas al estimar que la medida era procedente y justificada para evitar que se siguiera ocasionando un perjuicio, por cuanto los actos sancionatorios conllevan la limitación de sus derechos fundamentales a la participación política y a ser elegido miembro de corporaciones públicas, además de implicar la imposibilidad jurídica de acceder a cargos públicos.

Mediante providencia del 3 de marzo de 2011², la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación denegó la suspensión provisional en razón a que estimó necesario realizar un examen de fondo de los actos acusados, del procedimiento adelantado y de las pruebas que sustentaron la decisión con el fin de verificar los cargos formulados por el demandante.

¹ Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

² Ff. 205 a 211 del C. Ppal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Juan Carlos Abadía Campo (ff. 272 – 294). El apoderado de la parte demandante reiteró las afirmaciones contenidas en el acápite de concepto de violación del escrito introductor, relacionadas con la atipicidad de la conducta endilgada, el desconocimiento de las normas en que debía fundarse, la indebida valoración probatoria y la omisión en el análisis de la infracción al deber funcional.

La Procuraduría General de la Nación no presentó alegatos de conclusión³.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que solicitó denegar las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

En primer término, señaló que una lectura de los actos sancionatorios permite evidenciar que el comportamiento desplegado por Juan Carlos Abadía Campo configura la falta disciplinaria descrita en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, dado que a los funcionarios públicos, aunque sean de elección popular, les está prohibido participar en política.

En segundo lugar, aclaró que no resulta explicable que el disciplinado invitara al precandidato a intervenir a una reunión que había citado con varios alcaldes de los municipios del Valle del Cauca, con la finalidad de tratar asuntos de interés general. Preciso que tal conducta no puede justificarse con «la excusa de que tenía una cita con Arias Leyva acordada previamente» (f. 302 vto.), porque para ello el escenario natural era la sede de la gobernación o su residencia particular, pero no una reunión de trabajo con los altos mandatarios de los municipios del departamento.

³ Ver constancia visible a folio 305 del cuaderno principal.

Para el Ministerio Público, la presencia del mencionado aspirante en el corregimiento de Rozo en el municipio de Palmira constituye claramente intervención en política por parte del gobernador Abadía Campo quien organizó y convocó la reunión, máxime si se tiene en cuenta que se estaba a menos de dos semanas de la consulta interna del Partido Conservador.

Igualmente, consideró que tampoco le asiste razón al accionante cuando afirma que el cambio del procedimiento del ordinario al verbal constituye causal de nulidad, puesto que la conducta investigada era la descrita en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, evento en el cual, la misma codificación autoriza la realización de la correspondiente audiencia verbal.

CONSIDERACIONES

1. Cuestiones previas

1.1. La excepción de *ineptitud formal de la demanda*

El apoderado de la Procuraduría General de la Nación propuso la excepción de *ineptitud formal de la demanda*, por considerar que el libelo introductor no establece con claridad las causales invocadas en el concepto de violación, tal como lo exige el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

Frente a este aspecto, la Sala debe precisar que la exigencia prevista por el numeral 4.º de la norma en cita, se satisface cuando en la demanda se señalan las normas que se consideran violadas o desconocidas por el acto demandado, así como la sustentación de los cargos que se formulan, sin que ello exija que su exposición se haga bajo un modelo estricto de técnica jurídica.

Es importante destacar que la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, moduló los efectos del numeral 4.º del artículo 137 del CCA. En tal

decisión de exequibilidad condicionada señaló que «cuando el juez administrativo advierte la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución.».

En la *ratio decidendi* de dicha providencia, la Corte precisó que la exigencia del concepto de la violación no debe extremarse en su aplicación, al punto que un excesivo rigorismo procesal atente contra el principio de prevalencia del derecho sustancial por mandato del artículo 228 de la Constitución Política. Así las cosas, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido sea fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación sea insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad⁴.

El criterio expuesto en el pronunciamiento en comento determinó el cambio de la concepción de la llamada *justicia rogada*, derivada del numeral 4.º del artículo 137 y del 138 del CCA, que circunscribían el control judicial dentro de la acción de nulidad a los cargos que se formularan de forma precisa por la parte demandante, sin que al juez de lo contencioso administrativo le estuviera dado excederse de tal marco, para dar paso a una posición garante del principio de tutela judicial efectiva, consagrado por la Convención Americana de Derechos Humanos, en los artículos 8⁵ (sobre garantías procesales) y 25.1⁶ (protección judicial).

⁴ Corte Constitucional, sentencia C- 197 de 1999.

⁵ 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

Respecto del recurso efectivo que consagra el artículo 25.1, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que debe entenderse como el derecho humano a la protección judicial efectiva y sostuvo que «[...] el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención [...]»⁷. Tal posición ha sido reiterada desde entonces por el tribunal interamericano⁸.

En el mismo sentido, expuso que la efectividad supone que además «[...] de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes [...]»⁹.

De acuerdo con los pronunciamientos invocados, esta Corporación arribó a la siguiente conclusión: «los artículos 8 y 25.1 de la Convención Americana,

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁶ Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Páez vs Perú, sentencia del 3 de noviembre de 1997.

⁸ En sentencia del 29 de septiembre de 1999 proferida en el caso Cesti Hurtado vs Perú, la Corte afirmó que «[...] para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad [...]».

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barbani Duarte y otros vs Uruguay, sentencia del 13 de octubre de 2011.

consagran la tutela judicial efectiva, según la cual toda persona tiene derecho a: i) un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo e idóneo; ii) ante los jueces o tribunales; iii) que las proteja contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley o en la Convención Americana y iv) que tal recurso no solo debe ser efectivo para constatar la violación, sino también para remediarla.»¹⁰

En consecuencia, solamente si el libelo introductor carece por completo de este requisito se considera defectuoso por la falta de uno de sus presupuestos y será necesario que sea subsanado en los términos del artículo 143 del CCA.

Establecido lo anterior, y al revisar el caso concreto se observa que del escrito de demanda emergen con claridad cuáles son las disposiciones invocadas como desconocidas con los actos administrativos atacados, así como las razones por las cuales considera el accionante infringidos dichos preceptos, esto es, la atipicidad de la conducta, la transgresión de las formas propias del proceso disciplinario, la indebida valoración probatoria y la omisión en el análisis de la infracción al deber funcional.

En ese orden, la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

1.2. Análisis integral de la sanción disciplinaria

La Sala Plena¹¹ de esta corporación definió que el control que ejerce el juez de lo contencioso administrativo es integral, lo cual debe entenderse bajo los siguientes parámetros:

«[...] 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto de 2016, Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz, Radicación: 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU).

¹¹ *Ibidem*.

extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) **La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley.** 5) Las irregularidades del demandante procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva [...]»

El control de legalidad integral de los actos disciplinarios, así propuesto, conlleva implicaciones para el juez de lo contencioso administrativo que lo habilitan para lo siguiente:

- Aunque en principio el análisis de la legalidad del acto demandado está enmarcado en las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto que el juez puede y debe examinar otras conexas con derechos fundamentales, con el fin de garantizar la primacía del derecho sustancial y optimizar la tutela judicial efectiva.
- Estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que sustentan la sanción. Así como verificar la valoración de la prueba, lo cual comprende: (i) el análisis acerca del acatamiento al derecho de audiencia y defensa; (ii) el respeto de los principios y reglas fijadas por la Constitución y la ley disciplinaria para el recaudo del material probatorio y; (iii) se debe comprobar si el acto fue debidamente motivado.
- Examinar que en la actuación disciplinaria se haya dado estricto cumplimiento a todos los principios rectores de la ley que rige la materia.
- Que la sanción disciplinaria corresponda a la gravedad de la falta y a la graduación que prevé la ley.

- Realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad de la ilicitud sustancial y de ser necesario, valorar los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional así como las justificaciones expuestas por el disciplinado.

Bajo este marco conceptual, la Sala procede a estudiar el caso *sub examine*:

1.3. El proceso disciplinario y la sanción

Por noticia difundida en diferentes medios de comunicación, la Procuraduría General de la Nación tuvo conocimiento de que el 20 de febrero de 2010, en el corregimiento de Rozo ubicado en el municipio de Palmira, Valle del Cauca, se reunieron 21 alcaldes del departamento con el precandidato presidencial Andrés Felipe Arias Leyva, en virtud de convocatoria efectuada por el gobernador, Juan Carlos Abadía Campo. En efecto, una entrevista efectuada por los medios de comunicación a un asistente a la mencionada reunión, daba cuenta de que los mandatarios locales no fueron informados previamente de la presencia del precandidato y además, fueron invitados a votar por él en la próxima consulta del Partido Conservador con el fin de que los municipios tuvieran un mejor tratamiento.

Mediante providencia del 10 de marzo de 2010¹², la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios ordenó la remisión del proceso a la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales, pues conforme lo señalado en el artículo 25, literal c), del Decreto 262 de 2000, la competencia para investigar a los gobernadores, radica en las procuradurías delegadas.

En tal virtud, el procurador general de la Nación, con base en las facultades otorgadas por el artículo 7.º numeral 19 del Decreto 262 de 2002 designó a la procuradora delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, para adelantar en primera instancia la investigación, quien con base en lo dispuesto en el artículo 152 de la Ley 734 de 2002 y al encontrarse identificado al posible autor de la falta, dictó auto de apertura de investigación disciplinaria¹³ en contra de Juan Carlos Abadía Campo, y dispuso la práctica de pruebas.

¹² F. 1A C. 3.

¹³ Ff. 6 - 8 *ibidem*.

El 9 de abril de 2010, el investigado rindió versión libre y a través de Auto del 19 de ese mismo mes, la Procuraduría adoptó el procedimiento verbal en atención a que los hechos investigados se enmarcaban en la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. En tal proveído, decretó además la práctica de otras pruebas.

Los días 28, 29 y 30 de abril de 2010 se llevó a cabo audiencia en la cual se practicaron algunas pruebas y se denegaron otras. La decisión fue apelada por el apoderado del disciplinado, quien posteriormente desistió de las mismas. Con Auto del 4 de mayo de esa anualidad¹⁴ se aceptó el desistimiento.

El 3 de mayo de 2010 y al considerar que ya se había recaudado abundante material probatorio, la Procuraduría decidió suspender la diligencia con la finalidad de proferir dentro de los dos días siguientes el correspondiente fallo¹⁵, el cual se dictó el 5 de mayo de 2010, declarando responsable disciplinariamente a Juan Carlos Abadía Campo por incurrir en la falta descrita en el artículo 48, numeral 39 de la Ley 734 de 2002, con ocasión de la reunión llevada a cabo el 20 de febrero de 2010, en el corregimiento de Rozo, Valle del Cauca; como consecuencia de ello, le impuso sanción de destitución e inhabilidad general para desempeñar cargos públicos por el término de 10 años. La decisión se notificó en estrados.

Contra el acto administrativo sancionatorio, el disciplinado presentó recurso de apelación, que fue concedido con proveído del 7 de mayo de 2010¹⁶ y desatado el 25 de mayo de 2010 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de confirmar en su integridad la providencia de primera instancia. La notificación se surtió personalmente en la misma fecha, al apoderado del actor¹⁷ y quedó ejecutoriada el 26 de los mismos mes y año¹⁸.

¹⁴ Ff. 259 y 260 *ibidem*.

¹⁵ F. 263 *ibidem*.

¹⁶ F. 397 C. 4.

¹⁷ F. 505 C. 4.

¹⁸ F. 508 C.4.

El apoderado del disciplinado pidió la aclaración del acto del 25 de mayo de 2010, en relación con el hecho de que antes de que se les notificara oficialmente de la decisión sancionatoria, los medios de comunicación ya habían difundido tal información. Con providencia del 10 de junio de 2010¹⁹, se declaró improcedente la solicitud presentada, proveído que fue notificado personalmente el 18 de junio del mismo año²⁰.

A través del Decreto 2061 del 8 de junio de 2010²¹, el presidente de la República ejecutó la sanción impuesta, actuación cuyos efectos cesaron por disposición del Decreto 2272 del 24 de junio de 2010²², como consecuencia del amparo concedido dentro de la acción de tutela número 2010-00893 por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca. Este último acto, a su vez, fue dejado sin efectos por orden de la entonces Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que mediante fallo del 28 de julio de 2010 revocó la anterior decisión²³, a lo cual se dio cumplimiento por medio del Decreto 2925 del 5 de agosto de 2010²⁴.

2. Problemas jurídicos

De conformidad con las causales de nulidad invocadas en la demanda, los problemas jurídicos se contraen, por una parte, al debate sobre las formalidades del procedimiento disciplinario adoptado y las notificaciones de las decisiones sancionatorias, y por otra, al estudio de los aspectos sustanciales de dichos actos. Todos los anteriores se concretan en los siguientes interrogantes:

Respecto de las formalidades del procedimiento disciplinario

¹⁹ F. 550 *ibidem*.

²⁰ F. 562 C. 4.

²¹ Por el cual se hace efectiva una sanción de destitución e inhabilidad impuesta al gobernador del departamento del Valle del Cauca y se hace un encargo. F. 564. C. 4.

²² F. 569 C. 4.

²³ Revocó y declaró improcedente la acción de tutela promovida por Juan Carlos Abadía Campo.

²⁴ Por el cual cesan los efectos del Decreto 2272 del 24 de junio de 2010, y se hace una designación. F. 575, *ibidem*.

1. ¿La Procuraduría General de la Nación vulneró las formas propias del juicio disciplinario adelantado en contra de Juan Carlos Abadía Campo?
2. ¿El hecho de que se hubiere divulgado a los medios de comunicación la decisión sancionatoria de primera instancia antes de su notificación al demandante vulnera el principio de imparcialidad y por ende es causal de nulidad de los actos acusados?

De ser negativa la respuesta a los anteriores interrogantes, se analizarán los otros cargos planteados en el libelo introductor, a saber:

Respecto de los asuntos sustanciales

3. ¿La conducta del señor Juan Carlos Abadía Campo en la reunión del 20 de febrero de 2010 en el corregimiento de Rozo, Valle del Cauca, sancionada por la Procuraduría General de la Nación se adecúa a la falta disciplinaria descrita en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?
4. ¿Las decisiones sancionatorias se fundamentaron en una indebida valoración probatoria?
5. ¿Los actos acusados analizaron la ilicitud sustancial de la conducta investigada?

2.1. Primer problema jurídico

¿La Procuraduría General de la Nación vulneró las formas propias del juicio disciplinario adelantado en contra de Juan Carlos Abadía Campo?

El apoderado de la parte demandante sostuvo que se vulneraron las formas propias del juicio disciplinario por lo siguiente: i) Se presentó una irregularidad al adoptar el procedimiento verbal luego de haberse dictado el auto de apertura de investigación; ii) No fueron citados ni el disciplinado ni su defensor a la audiencia del 25 de mayo de 2010, en la cual se desató el recurso de apelación.

A fin de dilucidar el problema jurídico planteado, se estudiará: i) el respeto por las formas propias de cada juicio; ii) el proceso disciplinario verbal; iii) análisis de la adopción del procedimiento verbal en el caso concreto; iv) la citación a la lectura del fallo de segunda instancia; y v) conclusión.

2.1.1. El respeto por las formas propias de cada juicio

El respeto por las normas procedimentales como parte del debido proceso es una garantía que emana del artículo 29 de la Constitución Política al prever «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y **con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio**».

En materia disciplinaria, el artículo 6²⁵ de la Ley 734 de 2002 ampara, expresamente, el cumplimiento de las reglas de procedimiento, al indicar que el sujeto disciplinable debe ser investigado por el funcionario competente «y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso».

Es pertinente indicar que el concepto de *formas propias de cada juicio* fue delimitado en la sentencia C-140 de 1995 como «las reglas -señaladas en la norma legal- que, de conformidad con la naturaleza de cada juicio, determinan cada una de las etapas propias de un proceso y que, a su vez, se constituyen en las garantías de defensa y de seguridad jurídica para los intervinientes en el respectivo litigio».

Así, las reglas de procedimiento buscan la realización de principios constitucionales y derechos fundamentales tales como la igualdad real al disponer que todas las personas sean juzgadas bajo la misma ritualidad procesal. Ello sin perjuicio de procedimientos especiales establecidos para determinados funcionarios que obedecen a razones específicas, y la exclusión de cualquier forma de arbitrariedad en el ejercicio de la administración de justicia de manera que las formas propias del juicio

²⁵ **Artículo 6.º.** Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

aseguran la imparcialidad del juez, según lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-407 de 1997, en apartes que tienen plena validez en esta materia y que se sintetizan en el siguiente:

«[e]l someter las controversias a procedimientos preestablecidos e iguales, no sólo garantiza el derecho de defensa: realiza, en primer lugar y principalmente, el principio de la igualdad ante la ley, en el campo de la administración de justicia. Y asegura eficazmente la imparcialidad de los encargados de administrar justicia, mediante la neutralidad del procedimiento.»

En la misma sentencia, la Corte puso de presente que la razón por la cual la ley consagra varios tipos de procedimientos obedece a las diferencias propias de cada asunto, cuyas particularidades definen la especialidad del trámite.

2.1.2. El procedimiento disciplinario verbal

Con la finalidad de lograr mayor celeridad en los procesos disciplinarios e impedir que la sanción pierda su pertinencia y efectos reparadores²⁶, la Ley 734 de 2002 concibió el procedimiento verbal, el cual se traduce en un trámite más expedito para adelantar las diligencias tendientes a verificar la responsabilidad del servidor público, siempre que se cumplan determinadas condiciones.

Este procedimiento está descrito en los artículos 177 a 180 *ibidem* y se inicia con la citación a audiencia al posible responsable para que rinda su versión sobre los hechos objeto de investigación, y aporte y solicite pruebas, las

²⁶ En la sentencia C-1076 de 2002 se citan apartes de los antecedentes legislativos de la norma de la siguiente forma «En la época actual, en que la celeridad es elemento esencial de la eficacia, es preciso que los órganos de control cuenten con herramientas legales ágiles y dinámicas que permitan dar respuestas oportunas, cuando todavía la sociedad resiente la conducta irregular del funcionario o el daño acusado, y no cinco años después cuando la sanción ha perdido tanto la pertinencia como sus efectos reparadores. Este es el criterio que orienta e inspira el procedimiento disciplinario previsto en el último libro del proyecto. Por esta razón, se creó un procedimiento verbal simplificado a la realización de una audiencia dentro de los dos días siguientes a la verificación de la situación de flagrancia o al conocimiento del hecho; es aplicable por el jefe inmediato cuando la falta sea leve o cuando el servidor público sea sorprendido en flagrancia o confiese la autoría de una falta grave o gravísima.» (Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.).

cuales se practicarán en la misma diligencia. Una vez concluidas las intervenciones se dictará la decisión que corresponda, de manera verbal, y se entenderá notificada en estrados, oportunidad en la cual es viable la interposición del recurso de apelación, que podrá ser sustentado verbalmente o por escrito dentro de los dos días siguientes, igual término que tiene el superior para definirlo.

Ahora, si el procedimiento es de única instancia, procede el recurso de reposición que será resuelto en la misma diligencia. En caso de que no se presente recurso alguno, la providencia quedará ejecutoriada una vez concluya la audiencia.

El artículo 175 de la Ley 734 de 2002 definió los eventos en los cuales es viable adelantar la investigación disciplinaria por el procedimiento verbal, así:

- Cuando el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta (flagrancia).
- Cuando exista confesión.
- Cuando la falta sea leve.
- Cuando se trate de alguna de las faltas descritas en los numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 del artículo 48 *ejusdem*.
- En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia²⁷.

En relación con este último evento, conviene precisar que conforme al artículo 162 de la Ley 734 de 2002, habrá lugar a formular pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado, mediante decisión que debe contener los aspectos relacionados en el artículo 163²⁸ *ibidem*.

²⁷ Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2010.

²⁸ **Artículo 163.** Contenido de la decisión de cargos. La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia C-242 de 2010, declaró la exequibilidad del inciso 3.º del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, al considerar que no se vulnera el artículo 29 de la Carta Política, habida cuenta de que el propósito de la regla es constitucionalmente legítimo, esto es, propender porque las actuaciones en materia disciplinaria sean ágiles y se adelanten bajo los principios de eficiencia, eficacia, economía procesal y celeridad, lo que armoniza con el artículo 209 Superior, en concordancia con los objetivos que persigue el Código Disciplinario Único y con el artículo 1.º de la Ley 1285 del 23 de enero de 2009²⁹, relacionada con la prontitud y eficacia de las actuaciones de la administración de justicia³⁰.

También, concluyó que el inciso 3.º del artículo 175 que textualmente expresa: «En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia», debe interpretarse conforme los principios de los procedimientos disciplinarios sin excepción, y debe ser comprendido como una manera de agilizar las actuaciones disciplinarias (Libro I), de modo que la expresión en

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.

2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.

3. La identificación del autor o autores de la falta.

4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.

5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.

6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código.

7. La forma de culpabilidad.

8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

²⁹ Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

³⁰ El artículo 1.º de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, prevé: La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria. Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos. [...]

todo caso tiene un alcance independiente del contenido de los incisos 1.º y 2.º del mismo artículo 175, y únicamente, tiene aplicación cuando se ha verificado objetivamente la falta y existe prueba que compromete la responsabilidad de la persona disciplinada.

Adicionalmente, la providencia en cita indicó que tal inciso no supone la afectación de los derechos de defensa de las personas eventualmente investigadas, pues aquellas conservan la posibilidad de solicitar pruebas y controvertirlas, así como de presentar recursos contra la decisión adoptada. También señaló que no es cierto que el procedimiento ordinario sea más garantista por el hecho de ser más amplio, toda vez que el procedimiento verbal tendrá lugar en aquellos casos en los que existen elementos de prueba suficientes para encontrar configurada la falta imputada, de manera pues, que al extender el trámite se retarda la adopción de una decisión que debe ser rápida y eficaz, dado que el funcionario ya tiene claridad sobre la estructuración de la falta.

En este punto es relevante precisar que la duda que se hubiere podido generar, sobre la exégesis del inciso 3.º del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, derivada de las consideraciones vertidas en la sentencia T-060 de 2009³¹ sobre su subordinación a los incisos 1.º y 2.º, quedó disipada con la tesis contenida en la sentencia C-242 de 2010, analizada anteriormente.

Sobre el término para la adopción del procedimiento verbal, vale la pena señalar que esta corporación³² razonó que no existe una limitación temporal para que el ente investigador adopte tal procedimiento, en atención a que la norma no contiene dicho alcance, pues al señalar que si al momento de la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia, quiere decir que desde el acto mismo de apertura de la investigación es posible que se

³¹ En efecto, en la sentencia T-060 de 2009, la Corte Constitucional conoció en sede de revisión, una acción de tutela que formuló la Superintendencia de Sociedades contra la Sección Segunda Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el marco de un proceso disciplinario, en la cual la Corte avaló la interpretación efectuada por dicha corporación en el sentido de que la aplicación del inciso 3 del artículo 175 del CDU estaba subordinada a la ocurrencia de los eventos de que tratan los apartados 1 y 2.

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 20 de marzo de 2014, radicación: 110010325000201100119-00 (0411-11), actor: José Esteban Duarte.

ordene adelantar el proceso disciplinario bajo este trámite, siempre que estuviera objetivamente demostrada la falta y existiera prueba que comprometiera la responsabilidad del investigado³³, pues de lo contrario, no resultaba posible valorar la procedencia de aplicar el procedimiento verbal. En este sentido manifestó:

«Así las cosas, el inciso tercero del artículo 175 del CDU, planteaba unos presupuestos normativos sin los cuales no podía citarse a audiencia, por lo que puede concluirse que la norma, lejos de imponer un límite temporal, lo que consagraba era el ejercicio de una facultad –variar el procedimiento- que no expiraba en el momento del auto de apertura, sino que podía ejercerse dentro de la investigación disciplinaria a partir del momento en que se dispusiera del material probatorio suficiente para otorgar un grado amplio de certeza a la existencia de la falta disciplinaria, con el fin de permitir que la autoridad disciplinaria pudiera aplicar un procedimiento más ágil y rápido en desarrollo del principio de celeridad».

Con base en las consideraciones expuestas, se admitió que el procedimiento podía variarse válidamente aun con posterioridad al auto que dispuso la apertura de la investigación, siempre y cuando se hiciera antes de la formulación de cargos. Tal interpretación se incorporó a la norma procesal en comento, con la modificación introducida por el artículo 57 de la Ley 1474 de 2011³⁴.

Precisamente, en la sentencia C-370 de 2012 en la que se analizó la exequibilidad del mencionado artículo 57 de la Ley 1474 de 2011, la Corte sostuvo que ampliar la oportunidad para citar a audiencia hasta antes de proferir pliego de cargos, no vulnera algún derecho fundamental, pues a partir de ese momento se da paso a todas las garantías propias del proceso verbal, dentro de las cuales se resaltan en esta oportunidad las siguientes:

³³ Artículo 162 de la Ley 734 de 2002. «El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno.»

³⁴ La norma en comento adicionó el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 para señalar que «En los eventos contemplados en los incisos anteriores, se citará a audiencia, en cualquier estado de la actuación, hasta antes de proferir pliego de cargos.».

- La de ser escuchado en versión libre acerca de los hechos y la posibilidad de solicitar y aportar pruebas, para que sean practicadas en la misma diligencia, dentro del término improrrogable de tres días, si fueren conducentes y pertinentes. Ello por cuanto en caso de no ser posible en esa misma diligencia, la audiencia debe suspenderse por el término máximo de cinco días y señalarse fecha para la práctica de la prueba o pruebas pendientes. (art. 177 de la Ley 734 de 2002).
- La posibilidad de interponer recursos contra las decisiones que adopte la autoridad disciplinaria, así como también contra el fallo. (art. 180 *ibidem*).

2.1.3. Análisis de la adopción del procedimiento verbal en el asunto concreto

Sobre este aspecto, se observa que mediante auto del 19 de abril de 2010 la Procuraduría dispuso adelantar el proceso disciplinario en contra de Juan Carlos Abadía Campo por el procedimiento verbal³⁵, en atención a que la falta que se investigaba era una de aquellas que, según el inciso 2.º del mencionado artículo 175, se ventilan bajo este trámite procesal, esto es, la descrita en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. En tal providencia se ordenó notificar personalmente al implicado así como a su apoderado, con la advertencia de que contra la decisión que citó a audiencia no procedía recurso alguno, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 186 de la Ley 734 de 2002.

En la misma decisión, la procuradora delegada para la vigilancia preventiva de la función pública indicó que aún no se había proferido el pliego de cargos (f. 89 C.3) y seguidamente, relató los antecedentes con la identificación del disciplinado, los hechos objeto de investigación, las pruebas recaudadas hasta ese momento procesal y el análisis de las mismas, la conducta objeto de reproche con las normas vulneradas, y con todo ello realizó una calificación provisional de la falta así como del grado de responsabilidad del disciplinado, es decir, que en esta misma providencia se incluyó la decisión

³⁵ Ff. 87 a 107 C. 3.

de formulación de cargos, cuya notificación se dispuso según consta en el folio 109 del cuaderno 3 y se surtió efectivamente el 22 de abril de 2010³⁶. Adicionalmente, el auto indicó que el expediente permanecería en la secretaría a disposición del interesado para su consulta y decretó la práctica de pruebas testimoniales.

En ese orden, es evidente que la decisión de variación del procedimiento se dictó junto con el auto del pliego de cargos, es decir, ambas determinaciones se presentaron de manera concomitante.

De lo anterior se observa que no le asiste razón a la parte demandante por cuanto el tercer inciso del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 no prevé la limitación temporal para la adopción del procedimiento verbal que indica el actor y adicionalmente, la interpretación jurisprudencial ha permitido la posibilidad de variación hasta el pliego de cargos, en aras de salvaguardar los derechos de defensa y contradicción.

Así las cosas, comoquiera que en el presente asunto la adopción del trámite verbal no se dio con posterioridad a la formulación de cargos, es claro que la decisión de variar el procedimiento se dio con plena observancia formal y material de las normas que determinan la ritualidad del proceso y no afectó los derechos del investigado, quien notificado de la decisión, pudo conocer la calificación de la falta imputada, ejercer el derecho de defensa y contradicción, por lo que el cargo formulado no tiene vocación de prosperidad.

Con todo, de aceptarse que el inciso 3.º del artículo 175 trae una limitación temporal para la adopción del procedimiento verbal, sería necesario tener en cuenta la independencia de tal aparte normativo frente a los incisos 1.º y 2.º que antes se analizó, caso en el cual, tampoco podría predicarse un vicio por tal circunstancia, toda vez que la razón por la que se adoptó este trámite está enmarcada por la clase de falta que se investigó, premisa que corresponde al inciso 2.º.

2.1.4. La citación a la lectura del fallo de segunda instancia

³⁶ F. 136 C. 3.

En relación con la alegada vulneración a las formas propias del juicio por la falta de citación a la audiencia del 25 de mayo de 2010 en la cual se desató el recurso de apelación en contra del acto sancionatorio proferido el 5 de ese mismo mes, se evidencia que la regla de procedimiento contenida en el artículo 177 de la Ley 734 de 2002 ordena que el superior resuelva el recurso de apelación formulado contra la decisión de primera instancia «dos días después» de la sustentación, empero, no indica que tal providencia deba darse en audiencia.

En esas condiciones no es posible afirmar que la notificación de dicho acto deba surtir en estrados, como sí sucede con la de primera instancia (art. 180). En tal virtud debe acudirse a la norma remisoría al procedimiento ordinario contenida en el artículo 181 *ejusdem*, para admitir que aquella se efectúa personalmente al disciplinado y/o a su defensor o, en su defecto, por edicto (artículo 101 y 107).

En consecuencia, el hecho de que no se hubiera citado a una audiencia para dar lectura al fallo que resolvió la segunda instancia, de manera alguna omitió una etapa procesal prevista dentro del procedimiento verbal, toda vez que la Ley 734 de 2002 no contempla que el fallo sancionatorio de segunda instancia deba dictarse dentro de audiencia, caso en el cual la notificación de la misma tendría que ser en estrados.

Ahora bien, en el folio 505 del cuaderno 3 reposa la constancia de notificación personal de la decisión proferida el 25 de mayo de 2010, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación presentado contra el acto de primera instancia, efectuada al apoderado del demandante, de esta manera, es claro que la Procuraduría dio cumplimiento a las normas sobre notificación de la providencia que resolvió el recurso de apelación aplicables al caso.

Conclusión:

La Procuraduría General de la Nación no desconoció las formas propias del juicio disciplinario adelantado en contra de Juan Carlos Abadía Campo, en primer lugar, porque al adoptar el trámite verbal luego del auto de apertura de

investigación, no se vulneró el debido proceso del encartado, en consideración a que el tercer inciso del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 no prevé la limitación temporal para la adopción del procedimiento verbal que indica el actor, y adicionalmente por cuanto la jurisprudencia ha optado por permitir dicha posibilidad de variación hasta el pliego de cargos, en aras de salvaguardar los derechos de defensa y contradicción.

Así las cosas, comoquiera que en el presente asunto la modificación del procedimiento se surtió en la misma providencia de formulación de cargos, es claro que la decisión de variar el procedimiento al verbal se dio con plena observancia formal y material de las normas que determinan la ritualidad del proceso y no afectó los derechos del investigado, quien notificado de la decisión, pudo conocer la calificación de la falta imputada, y ejercer el derecho de defensa y contradicción.

En segundo lugar, porque el hecho de que no se hubiera citado a una audiencia para dar lectura al fallo que resolvió la segunda instancia no implica la omisión de alguna etapa procesal que esté prevista dentro del procedimiento verbal, toda vez que la Ley 734 de 2002 no contempla que la decisión de segunda instancia deba dictarse dentro de audiencia. En consecuencia, las normas que rigen las formalidades de dicha providencia son las que regulan el procedimiento ordinario en esta instancia, según las cuales la notificación es personal al disciplinado y/o a su defensor o, en su defecto, por edicto y no en estrados.

2.2. Segundo problema jurídico

¿La divulgación a los medios de comunicación de la decisión de primera instancia antes de su notificación al demandante vulneró el principio de imparcialidad de la función pública y, por ende, es causal de nulidad de los actos acusados?

2.2.1. El principio de imparcialidad en materia disciplinaria

El principio de imparcialidad es exigible de los servidores del Estado y en general, de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas, pues en

sus actuaciones debe prevalecer siempre el interés general³⁷, motivo por el cual su juicio debe estar exento de intereses que lo alejen de dicha finalidad.

La importancia y trascendencia de la imparcialidad en la función pública ha sido resaltada por la jurisprudencia constitucional, en razón a que los pronunciamientos y los actos que expiden quienes la desempeñan afectan los derechos de las personas, lo que implica que los servidores encargados de tal labor deben asumir una conducta recta, libre de toda inclinación respecto del sentido en el que deba adoptarse la decisión y así brindar un trato igual para todas las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y jurídica³⁸.

De esta manera, el artículo 3.º del Código Contencioso Administrativo, al señalar los principios orientadores de las actuaciones administrativas prescribe que, en virtud del principio de imparcialidad, las autoridades en su actuar deben tener en cuenta que el propósito de los procedimientos es el de asegurar y garantizar los derechos de las personas sin discriminación alguna, otorgándoles la igualdad en su trato.

El principio en cuestión tiene dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva³⁹. La objetiva hace referencia a la materia sobre la cual haya de conocerse u objeto del proceso, en tanto la subjetiva se predica respecto de los sujetos y consiste en que el juez o funcionario que debe emitir una decisión sobre determinada materia no haya tenido relación alguna con las partes involucradas, de manera que se asegure su probidad e independencia para que no se vea afectado su razonamiento objetivo por inclinaciones o diferencias personales con alguna de las partes del asunto bajo su conocimiento.

A su vez, la Ley 734 de 2002 le da especial relevancia al principio de la imparcialidad cuando se refiere a la función pública (art. 22), a los deberes de los servidores públicos (art. 34 numerales. 2.º, 6.º y 38), a los principios

³⁷ Artículo 123 de la Constitución Política, prevé: «[...] Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento [...]»

³⁸ T-297 de 1997

³⁹ Al respecto se pueden consultar las sentencias T-1034 de 2006, C-545 de 2008, C-450 de 2015.

del procedimiento disciplinario (art. 94⁴⁰) y a la búsqueda de la prueba dentro del mismo (art. 129). Su acepción en materia disciplinaria se puede resumir en el concepto expresado por la Corte Constitucional al señalar:

«[e]l principio de imparcialidad, como parte del debido proceso disciplinario, debe ser entendido como la garantía con la cual se asegura que el funcionario que adelanta la investigación, o que conozca de los recursos interpuestos contra las actuaciones adelantadas, obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto disciplinado como ante la causa misma y el objeto o situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir.»⁴¹

Debe tenerse en cuenta que si bien el hecho de que en materia disciplinaria la administración ostenta la doble condición de juez y parte, pues quien adelanta la investigación también define si existe responsabilidad del implicado, lo cierto es que en la labor de instrucción y recaudo de la prueba está especialmente condicionada por la búsqueda de la verdad real, por lo cual debe imprimir el mismo rigor para verificar tanto los aspectos desfavorables como los favorables, en relación con la conducta que le corresponde analizar (art. 129 Ley 734 de 2002).

Adicionalmente y dada su trascendencia, el ordenamiento jurídico ha dotado de herramientas que permitan la efectividad de dicho principio, tales como los impedimentos y las recusaciones⁴², con la finalidad de asegurar que el ejercicio de la función disciplinaria respete los derechos del investigado atendiendo la naturaleza y propósitos del poder disciplinario⁴³, los cuales se encuentran descritos en el artículo 84 *ibidem*.

2.1.2. La imparcialidad y la divulgación de la decisión sancionatoria

⁴⁰ Artículo 94. Principios que rigen la actuación procesal. La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente ley y en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo. Así mismo, se observarán los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción.

⁴¹ Sentencia C- 762 de 2009.

⁴² Sentencia T-176 de 2008.

⁴³ Sentencia C- 792 de 2009.

De todo lo anteriormente expuesto no es plausible evidenciar cómo la divulgación a los medios de comunicación afectó la imparcialidad con la que debe actuar el funcionario disciplinario, pues tal conducta no conlleva *per se* el desconocimiento de este principio en su dimensión objetiva ni en la subjetiva, dado que la divulgación de la sanción a los medios de comunicación no corresponde a ninguna de las circunstancias contempladas por el artículo 84 de la Ley 734 de 2002, a saber:

«Artículo 84. Causales de impedimento y recusación. Son causales de impedimento y recusación, para los servidores públicos que ejerzan la acción disciplinaria, las siguientes:

1. Tener interés directo en la actuación disciplinaria, o tenerlo su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
2. Haber proferido la decisión de cuya revisión se trata, o ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia.
3. Ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de cualquiera de los sujetos procesales.
4. Haber sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales o contraparte de cualquiera de ellos, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia de la actuación.
5. Tener amistad íntima o enemistad grave con cualquiera de los sujetos procesales.
6. Ser o haber sido socio de cualquiera de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple, o de hecho, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
7. Ser o haber sido heredero, legatario o guardador de cualquiera de los sujetos procesales, o serlo o haberlo sido su cónyuge

o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

8. Estar o haber estado vinculado legalmente a una investigación penal o disciplinaria en la que se le hubiere proferido resolución de acusación o formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por cualquiera de los sujetos procesales.

9. Ser o haber sido acreedor o deudor de cualquiera de los sujetos procesales, salvo cuando se trate de sociedad anónima, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

10. Haber dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale, a menos que la demora sea debidamente justificada».

Ahora bien, tampoco se evidencia que al revelar a los medios de comunicación la sanción impuesta al actor se le hubiere vulnerado el debido proceso, pues como se vio, la providencia del 5 de mayo de 2010 le fue notificada debidamente en la audiencia, y en esa misma oportunidad formuló el recurso de apelación para sustentarlo en el memorial presentado el 7 de ese mismo mes⁴⁴.

Aunado a lo anterior, debe anotarse que por otra parte, el artículo 33 de la Ley 190 de 1995 dispone que los fallos que profieran la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, son públicos, de manera que el hecho de divulgar a los medios la sanción disciplinaria que fue impuesta en contra de Juan Carlos Abadía Campo no constituye vulneración del orden jurídico.

Conclusión:

La divulgación a los medios de comunicación de la decisión de primera instancia, antes de su notificación al demandante, no vulneró el principio de imparcialidad de la función pública ni de tal principio en materia disciplinaria.

Respecto de los asuntos de fondo

⁴⁴ F. 400 C. 4.

El tercer y cuarto problema jurídico se desarrollarán de forma conjunta, en atención a la relación existente entre uno y otro.

2.3. Tercer y cuarto problema jurídico

¿La conducta del señor Juan Carlos Abadía Campo en la reunión del 20 de febrero de 2010 en el corregimiento de Rozo, Valle del Cauca, investigada por la Procuraduría General de la Nación se adecúa a la falta disciplinaria descrita en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

¿Las decisiones sancionatorias se fundamentaron en una indebida valoración probatoria?

2.3.1. La tipicidad en materia disciplinaria

La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política impone que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». En términos de la Corte Constitucional⁴⁵ este principio «cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro proteger la seguridad jurídica».

Así las cosas, le corresponde exclusivamente al legislador definir, de forma abstracta y objetiva, qué conductas desplegadas por quienes tienen a su cargo el ejercicio de funciones públicas deben ser objeto de sanción por afectar el correcto desarrollo del servicio que le ha sido encomendado o por el abuso en su ejercicio⁴⁶.

⁴⁵ Sentencia C-769 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁶ El artículo 6 de la Constitución Política prevé: *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*

El proceso de adecuación típica supone la comprobación lógica y razonada de la relación de subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo, de lo cual surge a su vez, una relación de contrariedad entre el comportamiento de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas y el deber presuntamente incumplido.

El análisis de la tipicidad es un apartado fundamental en la motivación del acto administrativo que impone una sanción disciplinaria y dentro del mismo, la autoridad cuenta con un margen de interpretación más amplio que el que se encuentra en el derecho penal, pues la precisión con la cual deben estar descritos los comportamientos disciplinariamente reprochables tiene una mayor flexibilidad al concebido en materia criminal, ante la dificultad de que la ley haga un listado detallado de absolutamente todas las conductas constitutivas de falta⁴⁷; como consecuencia de ello se ha avalado, desde un punto de vista constitucional⁴⁸, la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados y la formulación de los tipos abiertos y en blanco que están redactados con una amplitud tal que hace necesario remitirse a otras normas en las que se encuentren consagrados los deberes, las funciones o las prohibiciones que se imponen en el ejercicio del cargo, y que exigen un proceso de hermenéutica sistemática lógica que demuestre en forma congruente cómo la conducta investigada se subsume en la descrita por la ley.

Conviene aclararse que los conceptos jurídicos indeterminados, entendidos como «aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador, que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas»⁴⁹, son admisibles en la forma de consagrar infracciones administrativas siempre que

⁴⁷ Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-404 de 2001 indicó «la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la teleología de las facultades sancionatorias, los sujetos disciplinables y los efectos jurídicos que se producen frente a la comunidad, hacen que la tipicidad en materia disciplinaria admita -en principio- cierta flexibilidad»⁴⁷, posición reiterada en sentencias C-818 de 2005 y C-030 de 2012.

⁴⁸ Frente a este punto se pueden ver varias sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas, la C-393 de 2006.

⁴⁹ Véanse las sentencias C-818 de 2005, C-762 de 2009, C-343 de 2006, C-030 de 2012, entre otras.

las remisiones a otras normas o a otros criterios permitan determinar los comportamientos censurables, pues de permitirse que el operador sea quien defina la conducta sancionable de manera discrecional sin referentes normativos precisos se desconocería el principio de legalidad⁵⁰.

Ahora bien, en cuanto a los tipos abiertos y los tipos en blanco⁵¹, se observa que la jurisprudencia constitucional se ha referido a ellos de manera indistinta, para dar a entender que se trata de aquellas descripciones legales constitutivas de falta disciplinaria, que precisan la remisión a otras normas a fin de completar el sentido del precepto.

Lo anterior se desprende del concepto jurídico avalado en las sentencia C-818 de 2005⁵², entre otras, en la cual se sostuvo que los *tipos abiertos* son «aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria».

En relación con los *tipos en blanco*, aquella Corporación también considera que apunta a preceptos que requieren de una remisión normativa para completar su sentido⁵³ bajo la condición de que se «verifique la existencia de normas jurídicas precedentes que definan y determinen, de manera clara e

⁵⁰ En la sentencia C-530 de 2003, admitió la «siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos».

reiterado en C-406 de 2004 y C-030 de 2012.

⁵¹ Sentencias C-404 de 2001, C-818 de 2005.

⁵² En este aparte cita la Sentencia C-401 de 2001.

⁵³ Ver la sentencia 404 de 2001.

inequívoca, aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco» exigencia que trasciende al campo disciplinario, según lo señalado por la sentencia C-343 de 2006.

No obstante, la doctrina distingue los tipos en blanco de los abiertos, para señalar que los primeros requieren de un suplemento normativo para completar su alcance⁵⁴, mientras que los segundos se pueden delimitar así «El tipo abierto, como lo ha definido su creador, es aquel en el cual el legislador no ha determinado de manera completa la materia de la prohibición, correspondiéndole cerrarlo al juez: “la materia de la prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”⁵⁵, afirma Hans Welzel»⁵⁶. Es así como los tipos en blanco se han incluido en la clasificación de tipos según su estructura formal⁵⁷, mientras que los abiertos ingresan en la división según su contenido⁵⁸.

Otro aspecto que conviene precisar en tanto hace referencia a la redacción del tipo y a su contenido, es el hecho de que el derecho disciplinario colombiano acude a un sistema genérico de incriminación denominado *numerus apertus* «en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa – como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.»⁵⁹.

⁵⁴ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 433 – 445.

⁵⁵ Claus Roxin. *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p.6.

⁵⁶ Gómez Pavajeau. *Op. Cit.*, p. 431.

⁵⁷ Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis S.A. 2000, p.115.

⁵⁸ *Ibidem* p.118.

⁵⁹ Sentencia C-155 de 2002.

Precisado lo anterior, procede la Sala a analizar los elementos del tipo disciplinario previsto en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, a fin de determinar si la conducta del entonces gobernador del Valle del Cauca, Juan Carlos Abadía Campo, se subsume en la misma.

2.3.2. Análisis de los elementos del tipo disciplinario

La falta contenida en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, prescribe:

«**Artículo 48.** Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:
[...]

39. Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley»

La Sección encuentra que esta conducta está regida por dos verbos rectores:

- **utilizar** (el cargo): «Hacer que algo sirva para un fin. Aprovecharse de algo o de alguien.»⁶⁰
- **participar**: definida como «Dicho de una persona: Tomar parte en algo. Recibir una parte de algo. Compartir, tener las mismas opiniones, ideas, etc., que otra persona. Participa de sus pareceres. Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos. Dar parte, noticiar, comunicar»⁶¹.

En cuanto a su contenido se trata de un tipo de mera conducta pues para su configuración solamente se requiere el comportamiento de *utilizar el cargo para participar*, independientemente de sus consecuencias, como lo puede ser el que se obtengan determinados resultados electorales.

Este tipo es de aquellos denominados en blanco, en atención a que es necesario hacer una remisión normativa. En efecto, los ingredientes normativos contenidos en esta descripción están dados por las actividades

⁶⁰ <http://dle.rae.es/?id=bCiUayh>.

⁶¹ <http://dle.rae.es/?id=S09ab8h>.

de partidos y movimientos políticos y las controversias políticas, y para determinar qué debe entenderse por las primeras conviene señalar que el artículo 2.º de la Ley 130 del 23 de marzo de 1994⁶² definió los partidos y movimientos políticos en los siguientes términos:

«Los partidos son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, **promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación.**

Los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones. [...]» (se resalta)

De lo anterior, se puede extraer que toda actividad tendiente a la promoción y encauzamiento de la participación de los ciudadanos y contribución a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación, será propia de los partidos y movimientos políticos.

Por otra parte, el artículo 3.º de la Ley 996 de 2005, define cuáles son las actividades de la campaña presidencial, en los siguientes términos:

«Artículo 3º. Actividades de la campaña presidencial. Se entiende por actividades de campaña presidencial, la promoción política y la propaganda electoral a favor de un candidato a la Presidencia de la República. La promoción política hace referencia a la divulgación de la propuesta de gobierno o proyecto político del candidato. La propaganda electoral es el conjunto de actividades políticas realizadas con la finalidad directa de convocar a los electores a votar en favor de un candidato».⁶³

⁶² Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones.

⁶³ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1153 de 2005, en el entendido que las actividades de campaña se realizarán en las mismas condiciones señaladas en el artículo anterior.

Sobre el concepto de controversias políticas, la Corte Constitucional aclaró que debe interpretarse como la prohibición dirigida a empleados estatales, que hace referencia a «las **controversias políticas de tipo partidista o en el marco de procesos electorales**, y en modo alguno a la intervención de estos en deliberaciones o discusiones sobre temas públicos de interés general ajenas a los debates electorales o a las disputas partidistas –de partidos o movimientos políticos–, pues supondría desconocer la importancia de la deliberación pública entre todos los ciudadanos para el funcionamiento de la democracia representativa y participativa»⁶⁴.

Aunado a lo anterior, y en relación con este tipo disciplinario, es preciso analizar el alcance de la prohibición en participación en política de los servidores públicos contenida en el artículo 127 de la Constitución Política. Para el efecto, es necesario recordar que el texto original del artículo en cita, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, prohibió la participación en política en los siguientes términos:

«Artículo 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A los empleados del Estado y de sus Entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta».

⁶⁴ C-794 de 2014.

Posteriormente, los incisos segundo y tercero de la aludida disposición, fueron modificados por el Acto Legislativo 2.º de 2004, así:

«ARTICULO 127.

[...]

A los empleados del Estado **que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad** les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición **solo** podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale **la Ley Estatutaria**.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.»

Y en el párrafo transitorio del artículo 4.º del Acto Legislativo 2.º de 2004 se dispuso que el Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentaran, antes del 1.º de marzo de 2005, un proyecto de Ley Estatutaria que desarrollara entre otros puntos, el literal f) del artículo 152 de la Constitución, las garantías a la oposición y la participación en política de servidores públicos.

En tal virtud se expidió la Ley 996 de 2004, *Ley de garantías electorales*, la cual definió el marco legal para el debate electoral a la Presidencia de la República. En la exposición de motivos correspondiente al título III alusivo a la participación en política de los servidores públicos, se indicó que con el artículo 1.º del Acto Legislativo 2.º de 2004 que modificó el artículo 127 Superior, «se autorizó a los servidores públicos que ejercen autoridad civil o política y cargos de dirección administrativa a tomar parte en actividades políticas y partidistas. Adicionalmente, consagró que los **empleados no**

contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria, reglamentación que busca definir el presente proyecto de ley». Así mismo, se precisó que se establecerían unas limitaciones en la realización de las actividades de carácter político tendientes a que esta fuera ejercida de manera adecuada «tanto en relación con la función pública como frente a la igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República». (negrillas fuera de texto).

Así las cosas, el artículo 37 de la Ley 996 de 2004 contempló la posibilidad para los servidores públicos que no se desempeñaran en la Rama Judicial, en el órgano electoral, o en los órganos de control y seguridad, de «participar en las actividades de los partidos o movimientos políticos, movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos, sin ostentar en ellos representación alguna en sus órganos de gobierno o administración, ni dignidad en los mismos o vocería, según los términos establecidos por la presente ley».

Sin embargo, tal artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 1153 de 2005, al considerar que la norma no era clara ni específica en determinar las condiciones de participación en política lo que hacía insuficiente la regulación. Frente al punto precisó que tal disposición no fijaba «límites a una actuación que si bien permitida por la Carta lo es en forma excepcional y no como regla general».

Así, la Corte sostuvo que «[t]al **apertura de la disposición deriva en la posibilidad de que la participación en política termine yendo en detrimento del desarrollo de la función pública** en virtud del olvido de las tareas encomendadas en la ley a los funcionarios en razón de la dedicación a las actividades políticas» resaltando que el proyecto de ley «debió fijar las condiciones para que los servidores públicos diferentes al Presidente pudieran participar en política. Lo anterior con el fin de promover el equilibrio entre los candidatos, velar porque el ejercicio de la actividad política no opacara el desarrollo de las funciones públicas al servicio del interés general y evitar abusos en cabeza de quienes ostentan cargos públicos».

Para la Corte, la indeterminación con la que se pretendió desarrollar la regulación necesaria para el ejercicio de la actividad política posibilitaba cualquier forma de participación y tal amplitud era contraria a la Carta.

A su turno, el artículo 38 de la Ley 996 consagró como prohibiciones para los servidores públicos frente a su participación en política, las siguientes:

«Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado, les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.
3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.
4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.
5. Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participan como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista. Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participan candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la

República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa».

Frente a esta, la Corte sostuvo que las limitaciones allí señaladas pretendían garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 Superior. Sin embargo, y a fin de evitar todo equívoco, en cuanto a la extensión de esta prohibición para todos los servidores públicos, declaró inexecutable las expresiones «a excepción de» y «que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución», pues en su sentir, únicamente de esta manera habría total claridad «en que los sujetos pasivos de las prohibiciones enunciadas son todos los servidores públicos».

Por su parte, el artículo 39 *ejusdem* previó como formas de participación en política de los servidores públicos las siguientes: i) participación en simposios, conferencias, foros o congresos organizados por el partido, ii) inscribirse como miembros o militantes del partido; iii) ser parte de los miembros permanentes de la organización de base de los centros de estudio o academias de formación de los partidos no ostentando cargo de dirección o dignidad en la organización y iv) contribuir a los fondos de los partidos, movimientos y/o candidatos, sin que esto implique autorizar libranzas a cargo de su remuneración como servidores públicos.

Sin embargo, en virtud de la sentencia de constitucionalidad C-1153 de 2005, solamente se mantuvo la de inscribirse como miembro del respectivo partido,

declarando la inexequibilidad de la expresión *o militantes*. En efecto, la Corte consideró que esta expresión era «demasiado amplia e indeterminada, más aún cuando no se prevé bajo qué circunstancias de modo, tiempo y lugar puede darse tal militancia».

Siguiendo esa misma línea argumentativa concluyó que los numerales primero, tercero y cuarto, eran contrarios a la Carta, en atención a su vaguedad, por cuanto no se precisaba ni de qué manera ni durante cuánto tiempo ni en qué espacios físicos, el funcionario público que intervenga en política podría participar en simposios, conferencias, foros y congresos organizados por el partido, como tampoco las circunstancias para la participación como miembros permanentes de la organización de base de los centros de estudios o academias del partido. Y en lo referente a la contribución a los fondos de los partidos, adujo que no se reguló siquiera de manera mínima dicha actividad.

Es de anotar que con posterioridad a la Ley 996 de 2004 no se ha expedido ninguna ley estatutaria que regule las condiciones del ejercicio de participación en política.

Ahora bien, en la sentencia C-794 de 2014 mediante la cual resolvió acerca de la exequibilidad de la expresión *controversias políticas* contenida en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002⁶⁵, la Corte Constitucional concluyó que la participación en política de los empleados del Estado en las actividades de los partidos y movimientos o en las controversias políticas, está supeditada a la expedición de un régimen estatutario que establezca las condiciones para ello, derivando de tal conclusión dos efectos:

«(i) hasta tanto no se expida la ley que defina el contenido y alcance de la participación allí aludida, ningún empleado del Estado⁶⁶ puede alegar un derecho subjetivo para participar en

⁶⁵ Sentencia C-794 de 2014

⁶⁶ Con excepción del Presidente de la República y el Vicepresidente de la República en atención a lo dispuesto en el Acto legislativo 2 de 2004 y de los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular según lo establecido en el artículo 41 de la ley 996 de 2005. Adicionalmente respecto de los Congresistas el artículo 283.9 de la ley 5 de 1992 los autoriza para participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley.

actividades de partidos y movimientos o en controversias políticas en los términos descritos en esta sentencia; y en segundo lugar, (ii) esa imposibilidad autoriza a las autoridades disciplinarias, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 48.39 de Ley 734 de 2002, iniciar las investigaciones que correspondan e imponer las sanciones.»

En su sentir, si no fueran estos los efectos, el mandato constituyente que fija la exigencia de una ley estatutaria previa no tendría consecuencias, puesto que quedaría al arbitrio de los empleados del Estado participar o no en política.

Para la Corte, la prohibición de participar en política prevista en tal artículo, encuentra fundamento en importantes razones constitucionales como son:

- (i) Proteger el principio de imparcialidad de la función *pública*, de la retención del Estado por uno o varios partidos;
- (ii) Asegurar la *prevalencia del interés general* sobre el interés particular;
- (iii) Garantizar la *igualdad de los ciudadanos y organizaciones políticas*, de manera que no exista un trato privilegiado e injustificado por parte de las autoridades a las personas, movimientos o partidos de su preferencia;
- (iv) Preservar la *libertad política del elector y del ciudadano* del clientelismo o la coacción por parte de servidores del Estado, a través del uso arbitrario de la investidura oficial y de los recursos del público; y
- (v) Defender la *moralidad pública* de la utilización o destinación abusiva de bienes y dineros públicos.

En este punto es importante anotar que esa Corporación ha reiterado que la prohibición de participar en el debate político, para quien detenta la calidad de servidor público es «una condición necesaria de la neutralidad en el desempeño de sus funciones.»⁶⁷.

⁶⁷ Sentencia C- 1508 de 2000, reiterada entre otras en sentencia C-794 de 2014

En efecto, para la Corte, la aludida prohibición «comprende **la conducta dirigida a intervenir activa o pasivamente en las diferentes disputas con incidencia electoral directa**, apoyando o rechazando, una causa, una organización política o un candidato».

Así las cosas, indicó que la autorización para participar en política que prevé el inciso 3.º del artículo 127 constitucional, está sujeta a tres límites que se desprenden directamente de la misma Carta. Estos son: i) su ejercicio no puede ser abusivo (art. 95.1); ii) no puede desconocer las reglas constitucionales específicas aplicables a todos los empleados del Estado (arts. 110 y 127 inc. 4) y (iii) el ejercicio del derecho referido solamente procede con la expedición de una ley estatutaria que la autorice y fije las condiciones de ejercicio.

En lo que respecta al ejercicio abusivo del derecho a participar en política por parte de los servidores públicos, la jurisprudencia constitucional ha precisado algunas conductas que lo constituyen. En efecto, en la sentencia C-454 de 1993 se definieron las siguientes: (i) la utilización de los elementos de su despacho para hacer proselitismo o para desempeñar en cualquier sentido la actividad política; (ii) el empleo del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses; (iii) el uso de información reservada tomada de los archivos de la entidad pública a los cuales tiene acceso por razón de su cargo para desarrollar actividades políticas; y (iv) el ejercicio de las competencias de una forma que incline de forma ilegítima la actuación de Estado a favor de una determinada corriente o movimiento político.

Para la Corte la prohibición contenida en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 no anula los contenidos básicos del derecho a la participación en política ni tampoco impone restricciones desproporcionadas, en atención a que no afecta las manifestaciones más importantes de tal derecho, como son: i) el derecho al sufragio activo y pasivo; ii) la afiliación de las personas a un partido y iii) la posibilidad de emitir sus opiniones en controversias de interés general y de participar en procesos de discusión pública.

En tal virtud, concluyó que la aludida falta persigue importantes propósitos constitucionales como son «asegurar la imparcialidad, la moralidad, la

prevalencia del interés general sobre el particular, la igualdad de los partidos y movimientos políticos así como también la libertad política», los cuales son esenciales en el *Estado Social y Democrático de Derecho*.

En este punto, se precisa, que en relación con la interpretación del artículo 127 de la Constitución Política, en un primer momento, esta Corporación consideró que dicha norma implicaba una restricción absoluta para los servidores públicos hasta que se expidiera la correspondiente ley que reglamentara las condiciones de participación en política, tal y como puede verse en providencias en las que se debatieron asuntos de nulidad electoral⁶⁸.

No obstante lo anterior, en la sentencia del 28 de enero de 2003, la Sala Plena de la Corporación⁶⁹, asumió una posición más amplia e incluyente del derecho de participación en política, al señalar: «Es cierto que el artículo 127 de la Carta no ha tenido desarrollo legal en cuanto no se ha proferido la ley que determine las condiciones en las cuales se permita la participación en actividades políticas de los empleados públicos no comprendidos en la prohibición, pero la ausencia de regulación legal no puede desconocer la autorización expresa otorgada por la propia Constitución».

Esta última, también se vio reflejada en casos en los que se debatió la imposición de sanciones disciplinarias a servidores públicos por indebida participación en política, al considerar que tal limitación solamente podría predicarse en cuanto a comportamientos dirigidos a «inclinarse eficazmente la

⁶⁸ En este sentido ver las sentencias de la Sección Quinta de: 29 de octubre de 1992, radicación: 0785, Actor: Roberto Jiménez Carmona; 6 de noviembre de 1992, radicación: 0779, Actor: Marcial de Jesús Montero Mercado; 6 de noviembre de 1992, radicación: 0779, Actor: Marcial de Jesús Montero Mercado; 4 de diciembre de 1992, radicación: 0806, Actor: Jhon Jairo de Jesús Gómez Giraldo; 5 de marzo de 1993, radicación: 0885, Actor: Fernando Bernal Larrota, C.P.: Miguel Viana Patiño; 5 de marzo de 1993, radicación: 0882, Actor: Luis Ángel Martínez Sendoya; 26 de marzo de 1993, radicación: 0923, Actor: Marcial de Jesús Montero; 26 de marzo de 1993, radicación: 0937, Actor: Jesús María Soto Vásquez; 21 de mayo de 1993, radicación: 0978, Actor: José Nicolás Duque Ossa; 10 de junio de 1993, radicación: 0927, Actor: Jhon Domingo Ruiz Porras. Y de la Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto del 18 de marzo de 1992, Radicación número: 430, Actor: Ministerio De Gobierno.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de enero de 2003, radicación: 11001-03-15-000-2002-1098-01(PI-057), Actor: Néstor Guillermo Franco González.

decisión del electorado»⁷⁰ y también se acogió en asuntos de nulidad electoral⁷¹.

Posteriormente, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 14 de febrero de 2013, asumió la tesis restrictiva al considerar que los derechos políticos de todos los servidores públicos estaban sujetos a la expedición de una ley estatutaria que específicamente permitiera la participación en política⁷².

Así las cosas, se tiene que si bien la posición de la Sala Plena de esta Corporación había sido la tesis amplia de la participación en política, la misma fue expedida cuando aún no se había proferido el Acto Legislativo núm. 02 de 2004, el cual, como se indicó, modificó el texto constitucional incluyendo el adverbio **solo**, por lo cual al cambiar su sustento normativo, dicha interpretación no puede tener vigencia en la actualidad.

Con base en lo anterior, es necesario que la Sala de Sección realice una relectura de la falta descrita en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, para interpretarla de manera armónica con el artículo 127 de la Constitución Política, el Acto Legislativo núm. 002 de 2004 y la Ley 996 de 2005.

Frente al punto es importante señalar que los derechos políticos y el derecho fundamental a la participación en política, como todo otro derecho fundamental, son objeto de dos tipos de desarrollos legislativos: i) los

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, 28 de abril de 2005, radicación: 25000-23-25-000-1998-00655-02(6210-03), Actor: Carlos Roberto Ferro Solanilla; Subsección B, sentencias del 1 de diciembre de 2005, radicación: 25000-23-25-000-1998-00634-01(2324-04), Actor: Leonor Serrano De Camargo; 20 de agosto de 2009, radicación: 25000-23-25-000-2002-07989-01(2845-05), Actor: Yamile Millán Quimbayo; 25 de marzo de 2010, radicación: 25000-23-25-000-2004-2363-02(0504-08), Actor: José Jairo Linares Rodríguez; Subsección A, sentencia del 26 de marzo de 2014, radicación: 11001-03-25-000-2013-00117-00(0263-13), Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo. En este mismo sentido se puede ver la sentencia de la Sección Primera 16 de septiembre de 2010, radicación: 11001-03-24-000-2004-00194-01, Actor: Martha Elena Chávez Valbuena y Alfonso Jáuregui Pinilla.

⁷¹ Sentencia del 5 de marzo de 2009. Expediente: 760012331000200800205-01. Actor: William Orozco Cardona y otro. Demandados: Concejales de Cartago – Valle. Reiterado en la providencia de la Sección Quinta del 27 de marzo de 2009, radicación: 47001-23-31-000-2007-00523-01, Actor: Rafael Alejandro Martínez y otros.

⁷² Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de febrero de 2013, radicación: 11001-03-06-000-2013-00001-00(2134), Actor: Ministerio del Interior.

relativos a su desarrollo y concretización, en virtud a las texturas abiertas de las normas constitucionales y; ii) los atinentes a sus restricciones y limitaciones. Al respecto, el artículo 152 literal a) de la Constitución Política dispuso que mediante leyes estatutarias el legislador regulará los «derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección».

En lo que respecta a la restricción de los derechos fundamentales, Robert Alexy ha considerado que al ser derechos de rango constitucional, solo pueden ser restringidos «a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional». En ese sentido, planteó que las restricciones pueden ser de dos clases: i) restricciones directamente constitucionales y ii) restricciones indirectamente constitucionales.

Las restricciones directamente constitucionales son las limitaciones de rango constitucional, en las cuales la cláusula restrictiva⁷³ está contenida en la propia Carta Política, lo que implica que tienen un reconocimiento constitucional directo. Por su parte, las restricciones indirectamente constitucionales, son aquellas cuya imposición está autorizada por la Constitución, y se expresa de manera clara en las cláusulas de reserva explícitas⁷⁴. En estos casos, las limitaciones no están consagradas en la norma fundamental, sino que esta genera la competencia en favor de la ley para que sea esta la que quien imponga la restricción.

Al analizar el contenido del artículo 127 Constitucional modificado por el Acto Legislativo 2.º de 2004 se evidencia que el mismo incluye restricciones directamente constitucionales y restricciones indirectamente constitucionales al derecho fundamental a la participación en política, tal como pasa a explicarse:

⁷³ En palabras de Robert Alexy una cláusula restrictiva «es la parte de la norma completa de derecho fundamental que dice como está restringido o puede ser restringido lo que el supuesto de hecho de derecho fundamental garantiza *prima facie*». Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, página

⁷⁴ Para Alexy, las cláusulas de reserva explícita son «aquellas disposiciones *iusfundamentales* o partes de disposiciones *iusfundamentales* que autorizan expresamente intervenciones, restricciones o limitaciones» Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, página

Dentro de las **directamente constitucionales** se encuentran: i) las que cobijan a los servidores que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a quienes les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas y ii) la prohibición a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, respecto de los que señala, se aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución Política, según el cual no pueden ejercer la función del sufragio ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos.

Por su parte, dentro de las **indirectamente constitucionales** está la referida a los servidores no contemplados en la prohibición del inciso 2.º del artículo 127, frente a quienes indicó que «solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria». En este caso, el constituyente reservó el desarrollo de tal tema al legislador cualificado.

Ahora y para efectos de delimitar el alcance de las restricciones indirectamente constitucionales, la doctrina y la jurisprudencia constitucional han desarrollado la teoría del núcleo esencial del derecho, la cual se ha considerado como «una garantía reforzada de eficacia normativa de los derechos fundamentales, en tanto que es exigible un mínimo de contenido que vincula y se impone principalmente frente al legislador»⁷⁵ y como «una barrera insuperable que es exigible para evitar que la limitación del derecho se convierta en su anulación o para impedir que se despoje de su necesaria protección»⁷⁶.

En este caso, la Ley 996 de 2005 en su título III delimitó el alcance del derecho a participar en política para lo cual en el artículo 38 determinó unas prohibiciones aplicables a todos los servidores públicos, en el artículo 39 reguló las conductas permitidas, de las cuales se reitera, en virtud de la inexequibilidad declarada a través de la sentencia C- 1153 de 2003, solamente se mantuvo *la de inscribirse como miembro de su partido*. Y en el artículo 40 previó las sanciones, al señalar que «incumplir con las disposiciones consagradas en este capítulo, será sancionable gradualmente

⁷⁵ Sentencia C-756 de 2008

⁷⁶ *Ibidem*.

de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 y según la gravedad del hecho».

Se observa entonces que la restricción indirectamente constitucional al derecho de participación en política prevista en la Ley 996 de 2005 y sancionada en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 no limita el núcleo esencial de tal derecho, como quiera que la misma permite el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo, su afiliación como miembro de un partido y la posibilidad de intervenir en «deliberaciones o discusiones sobre temas públicos de interés general **ajenas a los debates electorales o a las disputas partidistas –de partidos o movimientos políticos–**»⁷⁷.

Así las cosas, y para efectos de completar el ingrediente normativo de la falta de participación en política contenida en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

La falta disciplinaria tipificada en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 depende para su configuración de la clase de servidor público que se investiga, es decir, que tendrá un sujeto activo cualificado, al cual se le aplicarán distintas reglas en virtud de lo preceptuado por el artículo 127 CP modificado por el Acto Legislativo 2.º de 2004 y la Ley 996 de 2005, por lo cual:

1. A los servidores que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas.
2. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, les está prohibido ejercer el derecho al sufragio así como intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos.
3. Los demás servidores **solo** podrán participar en las actividades de partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas en los

⁷⁷ Así lo precisó la Corte en la sentencia C-794 de 2014, al analizar lo que debía entenderse por la expresión *controversias políticas* contenida en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

términos definidos en la **Ley Estatutaria**, esto es, en la Ley 996 de 2005.

Establecido lo anterior, pasa la Sala a analizar si en el caso concreto, la conducta del señor Juan Carlos Abadía Campo se subsume en la adecuación típica de la falta disciplinaria contenida en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, para lo cual se estudiarán las pruebas obrantes en el proceso disciplinario que dieron lugar a la imposición de la sanción por parte de la Procuraduría General de la Nación, a fin de determinar, si como lo indica en su demanda, la interpretación que de ella dio la Procuraduría fue indebida.

2.3.3. Pruebas recaudadas en la investigación disciplinaria

Las pruebas que sirvieron de fundamento para estructurar la falta disciplinaria del señor Juan Carlos Abadía Campo fueron las siguientes:

Documentos

- Cd. con la noticia transmitida por el noticiero Noticias Uno, que dio a conocer a la opinión pública que el 20 de febrero de 2010 se llevó a cabo una reunión en el corregimiento de Rozo, municipio de Palmira, en el Valle del Cauca a la que asistieron 21 alcaldes del departamento, el gobernador Juan Carlos Abadía Campo y el entonces candidato a la consulta del partido Conservador Andrés Felipe Arias Leyva.

- Cd. con la entrevista practicada por la directora de la FM- RCN Radio a Jorge Hernán Gómez, alcalde del municipio de Versalles, quien asistió al encuentro del 20 de febrero de 2010 en el criadero *La Leyenda*. En tal entrevista, el referido servidor público señaló que en la aludida reunión, el señor Andrés Felipe Arias les explicó sobre sus aspiraciones políticas pero no adquirió ningún tipo de compromiso político con alguno de los asistentes (1:41 y 5:40). Así mismo, precisó que le expusieron la problemática de los municipios, respecto de la cual manifestó apoyo (2:12). Cuando se le preguntó acerca de su reacción al percatarse de la presencia del pre candidato, manifestó que él y otros alcaldes se sorprendieron y que se lo plantearon al entonces gobernador (3:55), quien no hizo pronunciamiento

alguno al respecto. (4:10). Agregó que nunca habían asistido otros candidatos a este tipo de reuniones (5:20).

- Publicaciones y notas periodísticas, aportadas por la Oficina de Prensa de la Procuraduría General de la Nación, incluyendo un DVD con noticias emitidas por los noticieros Noticias Uno y CM&, los días 7 y 9 de marzo de 2010, respectivamente.

- Manual de funciones del cargo de gobernador del departamento del Valle del Cauca adoptado mediante acto administrativo n.º 0651 del 8 de abril de 2002.

- Certificación de inscripción de Andrés Felipe Arias como precandidato para la consulta Conservadora celebrada el 14 de marzo de 2010 (f. 28 C.3).

- Formularios de resultados electorales de la consulta interna del partido Conservador, en las cuales se desprende que la candidata Noemí Sanín resultó ganadora en la consulta.

- Declaraciones rendidas bajo juramento ante notario por los alcaldes de Vijes, Caicedonia y Ansermanuevo, quienes estuvieron presentes en la controvertida reunión y que afirmaron que en esa oportunidad no se llevaron a cabo actos de proselitismo.

Versión libre y su ampliación

En la versión libre del investigado⁷⁸, éste manifestó que el 20 de febrero de 2010 tenía agendada una cita con el entonces candidato a la consulta Conservadora, Andrés Felipe Arias Leyva, quien le llamó para informarle que se encontraba en camino para cumplírsela, frente a lo cual él le dijo que podría atenderlo brevemente, dado que tenía una reunión con unos alcaldes para tratar problemas de tipo administrativo. Ante esa explicación, el pre candidato le recordó que antes ya le había manifestado su interés de reunirse con varios mandatarios locales para conocer la problemática de los municipios, por lo cual el gobernador le planteó que llegara al sitio de la

⁷⁸ Ff. 32 a 39 del C. 3.

reunión programada con los alcaldes y que para tal efecto coordinara con su secretario.

Describió que cuando él llegó, Arias Leyva ya se encontraba en el lugar y que una vez saludó, se excusó y les explicó a los asistentes que había juntado las dos reuniones. Seguidamente el precandidato se presentó, les habló de su gestión como ministro, les comentó la percepción que tenía de los entes territoriales y les expuso que le gustaría compartir inquietudes y problemáticas de los municipios. Resaltó que no existió ninguna promesa ni compromiso, toda vez que el precandidato solamente quería «nutrirse de información»⁷⁹. Mencionó que él también se reunió con otros candidatos presidenciales para la época, tales como Juan Manuel Santos, Germán Vargas Lleras y Noemí Sanín.

En la ampliación de versión libre llevada a cabo en la audiencia realizada el 30 de abril de 2010 (01:02:00 a 02:16:40 DVD 2), el disciplinado indicó que la reunión se realizó en un sitio público (1:07:00) y que la ley permite que él como gobernador se reúna con los candidatos y precandidatos a la presidencia de la República (01:10:00), enfatizando que incluso, está en la obligación de suministrar información y dialogar con ellos temas de interés nacional sin que tal conducta implique participación en política. Sostuvo además, que la reunión fue coordinada y organizada por su secretario privado, y que se realizó en un lugar reservado del criadero, en atención a que en la misma se trataron temas de tipo de administrativo como son los problemas de los municipios y las cuotas partes pensionales.

Cuando la funcionaria de la Procuraduría lo cuestionó sobre la presencia del señor Carlos Bejarano, ex alcalde del municipio de Yumbo⁸⁰, quien para la fecha no se desempeñaba como mandatario local, pese a lo cual estuvo en la multitudinaria reunión, indicó que se trataba de una persona cercana a la política, cuyo ingreso a la reunión objeto de controversia no autorizó pero que, posiblemente, fue por su condición de ex alcalde que se le admitió acercarse.

⁷⁹ F. 34 C. 3.

⁸⁰ Quien según las noticias difundidas fue señalado por el entonces presidente de la República como alias «Pucho» relacionado con actividades al margen de la ley.

También hizo referencia a una entrevista que se le realizó a Humberto Pava Camelo⁸¹ y al testimonio que este posteriormente rindió dentro de la investigación disciplinaria, para señalar que el declarante reconoció que lo afirmado a los medios de comunicación en relación con la participación en política que se le imputaba, era una suposición suya y que no existía soporte o prueba que de fe de ello (01:29:00).

En la ampliación de la versión libre, Juan Carlos Abadía Campo aclaró también que con ocasión de la Ley de Garantías y como medida para evitar una posible participación en política, se había abstenido de realizar consejos comunitarios en época pre electoral, pese al reclamo que en tal virtud, le hicieron algunos mandatarios locales (01:35:00).

Por otra parte, informó que la escogencia del lugar para sus reuniones con los mandatarios locales del departamento suele ser informal y manifestó que su gobierno es un gobierno de la gente y no necesita un escenario específico para encontrarse con los alcaldes (02:10:00).

Testimonios

Andrés Felipe Arias Leyva. Entonces candidato a la consulta del Partido Conservador. (ff. 165 a 178 C. 3). Sostuvo que su proyecto político está «orientado a defender los ideales del doctor Álvaro Uribe ahora y para 2014, lo que implica la necesidad de reunirme permanentemente con muchos funcionarios y distintos líderes con el único objeto de escucharlos acerca de la problemática de diferentes sectores y regiones [...]», pues tal información le permitía construir una propuesta programática en atención a la situación real del país. Adujo que las reuniones con funcionarios de todos los niveles es parte esencial de un ejercicio político responsable.

En relación con los hechos objeto de investigación disciplinaria, manifestó que días atrás tenía agendada una cita con el gobernador Juan Carlos Abadía Campo y cuando lo llamó para avisarle que ya se dirigía al encuentro, el mandatario departamental lo sorprendió con la noticia de que solo podría atenderlo unos minutos porque tenía otro compromiso con varios alcaldes, a

⁸¹ Periodista y miembro del partido Conservador.

lo que Andrés Felipe Arias Leyva le recordó que para él era muy importante escuchar la mayor cantidad de alcaldes, motivo por el que el investigado le propuso «juntar» las dos reuniones, para lo cual le indicó que su secretario privado le daría las instrucciones para llegar al sitio.

El testigo manifestó que una vez en el lugar, esperó la llegada del gobernador quien lo presentó como el ex ministro de agricultura y les explicó a los alcaldes la razón de su presencia en el lugar (f. 172). Afirmó que él se dirigió a los mandatarios locales para señalarles que quería conocer la situación de sus municipios, por lo que ellos procedieron a comentarle respecto de diversos asuntos, tales como la reducción de los recursos destinados a cubrir la salud, así como la crisis fiscal que los aquejaba con ocasión de distintos embargos por las cuotas partes pensionales. Destacó que para la construcción de su programa de gobierno suele pedir espacios con los gobernadores y los alcaldes, pues ello le permite conocer la realidad de los entes territoriales, y que tal actuación a su juicio no constituye proselitismo político.

Posteriormente, se refirió a su derrota en los comicios electorales que dieron por ganadora a Noemí Sanín tanto a nivel nacional como en el departamento del Valle del Cauca, señalando que ella lo sobrepasó por casi 40.000 votos y que perdió aproximadamente en el 80% de los municipios de ese ente territorial. Puso de presente que su partido político no es el mismo del entonces gobernador y que por eso no pudo haberlo apoyado. Adicionalmente, enfatizó que la reunión no tuvo como finalidad hacer proselitismo político y que en ella ningún alcalde le ofreció apoyo electoral.

Jorge Hernán Gómez Ángel, alcalde del Municipio de Versalles (min. 2:03:19 a 2:48:00 DVD 1). Sostuvo que fue convocado por el secretario privado de la Gobernación del Valle del Cauca, quien no les informó que a la misma concurriría Andrés Felipe Arias Leyva. Ya en el lugar, el gobernador Abadía Campo presentó al ex ministro y les explicó las razones por las cuales Arias Leyva estaba allí. Anotó que la reunión se desarrolló en dos momentos, así:

En primer término, los alcaldes le expusieron a Arias Leyva las dificultades de sus municipios, principalmente la relacionada con la crisis fiscal. (2:22:00),

según él, esto lo hicieron teniendo en cuenta que dicha persona era cercana al Gobierno Nacional y «vimos de muy buena fe, que él de pronto llevara este mensaje o lo tuviera en su memoria pero él no hizo ningún ofrecimiento, él se limitó a escuchar» (2:23:00). Recalcó que cuando los mandatarios locales hablaron de dichos asuntos, Arias Leyva no prometió ni se comprometió con nada y que tampoco hizo comentario alguno al respecto. Mencionó que no existió propaganda política en dicho encuentro.

En segundo lugar, y después de la partida de Arias Leyva, se continuó la reunión con el objeto para el cual había sido convocada, esto es, para tratar los problemas que afectaban a sus respectivos municipios.

Oscar Iván Londoño Galvis, alcalde del municipio de Alcalá, (min. 01:00 a 45:16 DVD 1). Expuso que la reunión del 20 de febrero de 2010 se llevó a cabo por solicitud de los alcaldes y no del gobernador Juan Carlos Abadía Campo. Manifestó que no tenía conocimiento de que en ella estaría presente un pre candidato presidencial. Narró que fue una reunión de trabajo en la cual se hizo un diagnóstico de los municipios (14:34). Así mismo señaló que la presencia del señor Andrés Felipe Arias en esta fue tangencial, que el gobernador lo presentó «como un ciudadano» y que trataron algunos temas de nivel general, tales como, las cuotas partes pensionales por las cuales fueron demandados los municipios y los desayunos escolares respecto de los cuales Arias Leyva los interrogó.

Por último destacó que en dicha oportunidad no hubo propaganda política y que los compromisos asumidos se dieron con el gobernador, pero de ninguna manera con Andrés Felipe Arias Leyva.

Gloria Amparo Espinosa Dávila, alcaldesa del Municipio de Trujillo (min. 9:27 a 26:30 DVD 3). Señaló que ella solicitó ser atendida por el gobernador para tratar el tema de unos recursos para una carrera atlética que se llevaría a cabo en su municipio. Indicó que ella llegó a la reunión cuando Andrés Felipe Arias salía del lugar.

Rosa Nancy Stella Vásquez de Arias, alcaldesa del municipio de Candelaria (min. 35:40 a 1:17:20 DVD 3). En relación con los hechos manifestó que Juan Carlos Abadía Campo les explicó la razón por la cual

había juntado los dos compromisos, presentó a Andrés Felipe Arias por su nombre de una manera muy amistosa como a todos (45:15) y les informó que él quería escucharlos, seguidamente, anotó se abordaron temas generales de los municipios. Dijo que las reuniones con el gobernador son usuales en diferentes lugares.

Luis Telmo Rojas Perea, secretario privado de la Gobernación del Valle del Cauca (min. 4:40 a 1:07:00 DVD 3), expresó que fue quien, por razón de su cargo, organizó el encuentro de los alcaldes con el gobernador en el corregimiento de Rozo. Indicó que Andrés Felipe Arias Leyva estuvo unos 15 o 20 minutos en el lugar, y explicó que se enteró de su presencia, aproximadamente 30 minutos antes de la reunión, porque el gobernador se lo comunicó.

Sobre la presentación del precandidato, sostuvo que se realizó como la de cualquier otro ciudadano. Adujo que no prestó mucha atención cuando estaban en la conversación con Arias Leyva, puesto que estaba ocupado con la logística del evento y que solo escuchó que hablaban algo del FONPET y la salud (23:00). No consideró extraña la presencia del pre candidato (25:00) e insistió en que no se «hizo nada indebido» y no identificó ningún material o referencia a alguna campaña política en las fotos de la reunión que le fueron puestas de presente por la procuraduría.

Adicionalmente, expresó que la reunión se llevó con las medidas de seguridad que normalmente acompañan al gobernador, y que a la misma no tuvieron acceso los medios de comunicación, por tratarse de temas de trabajo de los asistentes, sin embargo, denotó que la misma se llevó a cabo en un sitio público dedicado a actividades relacionadas con caballos. En lo que respecta a la presencia del señor Carlos Alberto Bejarano en el lugar, quien no se desempeñaba como mandatario local para la época de los hechos, indicó que posiblemente se debió a que este se encontró con algunos conocidos.

Felipe Adolfo Restrepo Gómez, alcalde de Yumbo (min. 42:50 a 01:01:15 DVD 3). Manifestó que no fue invitado a la reunión y por esa razón no asistió.

Carlos Alberto Bejarano Castillo, ex alcalde de Yumbo (min. 01:20 a 44:22 DVD 2), indicó que su presencia el 20 de febrero de 2010 en el criadero «La Leyenda» se debió a que fue por un «salto de caballo» y no a que hubiera sido invitado al encuentro que se desarrollaba con el gobernador y los mandatarios locales. Afirmó que aquel sitio es público (9:08) y que no tuvo ninguna restricción para su ingreso (21:22). Que una vez en el lugar, fue a saludar al gobernador y que él le dijo «no no, espérate un momentico», en ese escenario se demoró 1 o 2 minutos, pues se sintió apenado y se marchó. Dijo que vio a Andrés Felipe Arias Leyva a un costado del quiosco (15:20) pero no tuvo ningún contacto con él (21:40). Igualmente, narró que la administradora del sitio tampoco lo pudo atender porque no permaneció en el criadero por mucho tiempo, el cual estimó en unos 8 minutos en total.

Humberto Pava Camelo, periodista y dirigente del partido Conservador (01:10:13 a 01:44:00 DVD 3). Admitió que él apoyaba la campaña de Noemí Sanín, contrincante política del señor Andrés Felipe Arias y en relación con las declaraciones que dio a los medios de comunicación aclaró que tuvo conocimiento de los hechos por una grabación en un Cd. que llegó a su lugar de trabajo. En este punto de la audiencia la defensa objetó el contenido de tal documento, por cuanto afirmó que se trataba de una grabación ilegal (01:16:00), reparo que atendió la procuradora delegada por lo que el testigo omitió referirse a su contenido (01:22:00).

En cuanto a la noticia publicada por Noticias Uno, narró que no se encuentra todo el contexto de lo que habló con el periodista y que en todo caso, en esa oportunidad, él se pronunció sobre aspectos que eran de *su parecer, de su imaginación como periodista, con su inventiva política* (01:30:00).

Inspección Judicial

Inspección ocular llevada a cabo el 29 de abril de 2010 al criadero «La Leyenda», en el cual se desarrolló la reunión que dio lugar a la sanción disciplinaria (ff. 8 a 17 C. 4). En tal diligencia se corroboró, que se trata de una empresa privada de carácter comercial, en donde se venden caballos, así como insumos y servicios para su reproducción. Así mismo que los gastos de la reunión del 20 de febrero de 2010, los pagó Telmo Rojas,

secretario privado del gobernador y que las actividades que se desarrollaron ese día son propias del ejercicio de su objeto social.

2.3.4. Análisis de las pruebas recaudadas

De las pruebas que obran en el expediente se concluye lo siguiente:

Juan Carlos Abadía Campo se posesionó como gobernador del departamento del Valle del Cauca el 1.º de enero de 2008, para el periodo constitucional que culminaría el 31 de diciembre de 2011⁸².

Por su parte, Andrés Felipe Arias fue inscrito y participó como precandidato en la consulta interna del Partido Conservador celebrada el 14 de marzo de 2010, es decir que para el 20 de febrero de ese mismo año, se encontraba en campaña.

El 20 de febrero de 2010, se desarrolló una reunión, por solicitud de algunos de los alcaldes municipales del Valle del Cauca, en el criadero «La Leyenda» ubicado en el corregimiento de Rozo, a la cual asistieron el gobernador, 21 mandatarios locales y el precandidato presidencial Andrés Felipe Arias, quien acudió por invitación de Juan Carlos Abadía Campo.

Tal reunión se desarrolló, en un lugar reservado del establecimiento público antes mencionado, y para su desarrollo se tomaron medidas de seguridad a cargo de los esquemas de los mandatarios que limitaron su ingreso. No obstante lo anterior, se registró el ingreso de un tercero, el señor Carlos Bejarano, quien para la fecha ya no se desempeñaba como alcalde de algún municipio del departamento, pese a lo cual manifestó no haber encontrado ningún obstáculo para su ingreso al evento.

El propósito de la citada reunión era tratar algunos problemas que aquejaban a los municipios, tales como las cuotas partes pensionales a cargo de los entes territoriales que el departamento estaba reclamando judicialmente.

⁸² Ff. 152, 153, 154 y 155 C. 3.

A su turno, la asistencia del precandidato Andrés Felipe Arias a la reunión tenía por objeto recolectar información para el proyecto del programa de gobierno que presentaría en su candidatura presidencial, mismo que se nutriría de la información allí recolectada.

Dicha reunión tuvo dos momentos o etapas, una en la cual estuvo presente Andrés Felipe Arias Leyva quien escuchó a los mandatarios locales acerca de la problemática de los entes territoriales y les expuso su conocimiento frente al tema en virtud de su experiencia como exministro de agricultura, y la otra, se desarrolló cuando el precandidato salió del lugar, momento en el cual se limitaron a tratar los temas que motivaron a los mandatarios locales a solicitar ser atendidos por el gobernador.

De acuerdo con las versiones de los asistentes al encuentro, en ningún momento se dieron a conocer aspectos propios del proyecto político del aspirante a la presidencia de la República ni se difundió propaganda escrita o verbal de aquel, como tampoco se mencionaron temas relativos a las elecciones que próximamente se llevarían a cabo o se solicitó apoyo en dichas jornadas. Sin embargo, los mandatarios locales afirmaron que le expusieron al ministro la problemática de los municipios, y que ese tipo de reunión no se llevó a cabo con ningún otro candidato.

Es de anotar que ni la realización de la reunión entre mandatarios locales y el gobernador del Valle ni la presencia de Andrés Felipe Arias Leyva en la misma ha sido debatida en el proceso. Lo que ha sido objeto de debate es si la participación en la misma por parte de Juan Carlos Abadía Campo se subsume en el tipo disciplinario por el que fue sancionado.

Para la Sala, el gobernador del Valle del Cauca, Juan Carlos Abadía Campo, incurrió en el tipo disciplinario consagrado en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en atención a que su conducta no se enmarcó dentro de las permitidas por el artículo 127 de la Constitución Política, el Acto Legislativo 2.º de 2004 y la Ley 996 de 2005. En efecto, las pruebas arrimadas al plenario evidencian que su conducta configuró un ejercicio abusivo del derecho a participar en política, en la medida que en uso de sus competencias como gobernador programó una reunión con los alcaldes de su departamento, a fin de tratar temas que aquejaban a los municipios y

estando en época electoral, invitó a la misma a un precandidato presidencial, permitiéndole nutrirse de la información que allí se presentaría, a fin de que con esta elaborara su proyecto presidencial y plan de gobierno, vulnerando con ello los principios que rigen la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política y el derecho de igualdad de los partidos políticos, como quiera que a la misma no se invitó a ningún otro candidato o precandidato presidencial.

Es de advertir que los principios rectores de la función administrativa se encuentran directamente vinculados al interés general y a los fines del Estado establecidos en el preámbulo y en los artículos 1.º y 2.º de la Constitución. Ello por cuanto, es a través de la función administrativa que estos pueden realizarse, y por eso, su vulneración afecta de manera grave al Estado Social de Derecho.

En consecuencia, el análisis conjunto del material probatorio permite evidenciar que el señor Abadía Campo con su actuar, propició, permitió y facilitó las actividades de la campaña del precandidato a la Presidencia de la República, Andrés Felipe Arias Leyva, en desmedro de la de los demás precandidatos y candidatos a quienes no se les convocó a dicha reunión, para que en igualdad de oportunidades pudieran acceder a la información de los municipios que allí se brindó, con lo cual se infiere que su conducta se encuentra enmarcada en la falta disciplinaria descrita en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Mírese que fue Abadía Campo quien permitió no solo la realización de la reunión con los mandatarios locales, sino también quien facilitó que a ella tuviera acceso un precandidato presidencial. Al respecto debe resaltarse que sin la actuación del gobernador, Andrés Felipe Arias Leyva no hubiese podido asistir a la reunión de alcaldes del Departamento del Valle que se realizó el día 20 de febrero de 2010.

Así las cosas y si bien se ha indicado que en dicha reunión la actitud del gobernador Juan Carlos Abadía Campo no fue activa en el sentido de hacer proselitismo o propaganda política, es necesario recordar que tal como lo consideró la Corte, la participación en política no requiere de conductas activas de publicidad o proselitismo de los servidores públicos, pues dicha

falta puede configurarse con comportamientos pasivos que puedan tener incidencia electoral directa, como ocurrió en este caso, en el que en plena campaña hacia la Presidencia de la República, se permitió a un solo candidato tener una reunión con los gobernadores, lo que va en detrimento de los principios constitucionales.

Además, la afirmación del accionante según la cual canceló los concejos comunitarios y advirtió a los alcaldes el deber de cuidado con este tipo de actividades, demuestra que estaba consciente de que con su conducta no podía favorecer a alguna causa política en la época pre electoral, la cual no requiere, de manera inequívoca, la difusión de material publicitario, pues la actividad de los partidos y movimientos políticos no se contrae, exclusivamente, a la distribución de propaganda gráfica o al proselitismo político activo, como se indicó anteriormente.

De otra parte, el hecho de que en la jornada electoral no hubiese salido ganador el señor Arias Leyva, no despoja del carácter político a la reunión que se examina, pues para que se estructure la falta disciplinaria por participación en política, no se exige un determinado resultado electoral o que la conducta del servidor público sea efectiva para lograr el éxito o la derrota del movimiento o partido político que se beneficia o perjudica con su intervención, lo que determina la constitución de la falta es la vulneración del artículo 127 de la Constitución Política, el Acto Legislativo núm. 02 de 2004 y la Ley 996 de 2005.

Conclusión:

La conducta de Juan Carlos Abadía, en calidad de gobernador del Valle del Cauca, al permitir la presencia del pre candidato Andrés Felipe Arias a la reunión del 20 de febrero de 2010, en el corregimiento de Rozo del mismo departamento, que se citó con el objetivo de tratar la problemática de los municipios, utilizó su cargo para incidir a favor de este último, pues al permitirle su asistencia propició, permitió y facilitó las actividades de la campaña de Andrés Felipe Arias.

Tal conclusión deviene del análisis de las pruebas obrantes en el expediente, el cual se corresponde con el efectuado por la Procuraduría General de la

Nación, lo que desvirtúa la indebida valoración probatoria alegada en la demanda y la vulneración al *in dubio pro disciplinado*.

Quinto problema jurídico

¿Los actos acusados analizaron la ilicitud sustancial de la conducta investigada?

2.5.1. La ilicitud sustancial

La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo⁸³, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son materia de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, así, el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»

Es importante precisar que, en el ámbito de la función pública, la noción de *empleo* debe entenderse como «el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades establecidas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignados por autoridad competente, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública, y que deben ser atendidas por una persona natural»⁸⁴, ello determina que el *deber funcional* enmarca todas aquellas funciones que le han sido asignadas a un determinado empleo o cargo público, las cuales han de ejercerse con observancia de los parámetros constitucionales y legales dentro de los cuales ha sido concebido, pues su desbordamiento conlleva un reproche de responsabilidad a la luz del artículo 6.º de la Constitución Política⁸⁵.

⁸³ CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, Teoría General del Derecho Disciplinario, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2009, págs. 132 y siguientes.

⁸⁴ Artículo 6.º del Decreto 1950 de 1973, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por artículo 1.º del Decreto 3074 de 1968.

⁸⁵ «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.»

Debe señalarse además que, para que se configure una falta disciplinaria, la conducta debe ser antijurídica lo cual supone, no solamente el incumplimiento formal del deber, sino que es menester que la infracción de este sea «sustancial», esto quiere decir, que la actuación u omisión del servidor público debe desembocar en una afectación material, real y efectiva del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público.

En este sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia C-948 de 2002 al estudiar la constitucionalidad del referido artículo 5.º de la Ley 734 de 2002, sostuvo lo siguiente:

«[...] como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones⁸⁶. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, **el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.**

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. **Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta.** [...]» (Subraya y negrilla de la Sala).

Así las cosas, no es suficiente que el servidor público falte a sus deberes funcionales para que exista la falta disciplinaria, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública

⁸⁶ Ver Sentencia C-417 de 1993.

encomendada al disciplinado, lo que significa que si la ilicitud no fue «sustancial» no es posible declarar la responsabilidad disciplinaria⁸⁷.

Otro requisito que debe cumplirse para que exista antijuridicidad de la conducta, consiste en que la afectación del deber funcional debe originarse en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado, lo que implica que para refutarla es menester que este tenga una razón válida para haberla cometido, situación en la cual la autoridad disciplinaria debe revisar las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en la Ley 734 de 2002.

2.4.2. Ilicitud sustancial en el caso concreto

La Constitución Política, en el artículo 209, consagra los principios de la función administrativa, dentro de los cuales, se incluye en lo relevante al presente caso, el de imparcialidad, el cual implica que los servidores públicos deben actuar de manera neutral en el ejercicio de las funciones públicas.

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, en la decisión del 5 de mayo de 2010, consideró que en este caso la conducta del demandante era ilícita sustancialmente, con base en los siguientes argumentos:

En primer término definió que dentro de las funciones y atribuciones de los gobernadores, se debe tener en cuenta que el artículo 298 de la Carta señala que los departamentos tienen la función administrativa de intermediación entre la Nación y los municipios y que el artículo 305 *ejusdem*, estatuye que son atribuciones del gobernador:

«[...]

2. Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes.

[...]

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 12 de mayo de 2014, Radicación: 11001-03-25-000-2012-00167-00(0728-12), actor: Jorge Gutiérrez Sarmiento.

4. Presentar oportunamente a la asamblea departamental los proyectos de ordenanza sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos.

[...]

6. Fomentar de acuerdo con los planes y programas generales, las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del departamento que no correspondan a la Nación y a los municipios.

[...]

10. Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez.

En concordancia con lo anterior, citó las siguientes normas que definen el marco del deber funcional al que estaba sujeto el gobernador:

El artículo 7.º de la Ley 489 de 1998, prevé:

En el ejercicio de las facultades que se le otorgan por medio de esta Ley y en general en el desarrollo y reglamentación de la misma el Gobierno será especialmente cuidadoso en el cumplimiento de los principios constitucionales y legales sobre la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades territoriales. En consecuencia procurará desarrollar disposiciones y normas que profundicen en la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración siguiendo en lo posible el criterio de que la prestación de los servicios corresponda a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la Nación. Igualmente al interior de las entidades nacionales descentralizadas el gobierno velará porque se establezcan disposiciones de delegación y desconcentración de funciones, de modo tal que sin perjuicio del necesario control administrativo los funcionarios regionales de tales entidades posean y ejerzan efectivas facultades de ejecución presupuestal, ordenación del

gasto, contratación y nominación, así como de formulación de los anteproyectos de presupuesto anual de la respectiva entidad para la región sobre la cual ejercen su función.

Los artículos 6.º, 7.º y 94 del Decreto 1222 de 1986:

Artículo 6.º. Los departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución, y ejercerán sobre los municipios la tutela administrativa necesaria para planificar y coordinar el desarrollo regional y local y la prestación de servicios, en los términos que las leyes señalen.

Artículo 7.º. Corresponde a los departamentos:

[...]

c) Promover y ejecutar, en cumplimiento de los respectivos planes y programas nacionales y departamentales actividades económicas que interesen a su desarrollo y al bienestar de sus habitantes.

[...]

El manual de funciones del cargo de gobernador del departamento del Valle del Cauca:

1. Ejercer las funciones que le asigna la Constitución, la Ley, los decretos del Gobierno y las ordenanzas y las que le fueren delegadas por el presidente de la República.

[...]

4. Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio de conformidad con la Constitución y las Leyes.

[...]

7. Dirigir y coordinar los servicios nacionales en las condiciones de la delegación que le confiere el presidente de la República.

[...]

17. Dentro de los límites de la Constitución y la Ley, suspender o sustituir a los alcaldes del Departamento en los casos taxativamente señalados.

Como consecuencia de ello, concluyó que aunque los alcaldes no están subordinados jerárquica o funcionalmente al gobernador, lo cierto es que este último ejerce control de tutela respecto de aquellos, y que como consecuencia de ello, al permitir el encuentro con el pre candidato Andrés Felipe Arias Leyva, quien al ser una persona con trayectoria y experiencia en la administración pública y la problemática nacional «despierta la atención en esta clase de electores, quienes pueden ver en él a un buen conductor de los destinos del país [...]», por lo que se vulneró el deber de imparcialidad que debía primar en las actuaciones que en calidad de gobernador, adoptara el demandante.

Por su parte, la decisión de segunda instancia⁸⁸ consideró adicionalmente, que se afectaron sustancialmente los deberes funcionales del actor en su calidad de gobernador departamental, consistentes en mantener su cargo y funciones al margen de los debates y contiendas propias de los partidos y movimientos políticos.

Acorde con lo expuesto, se evidencia que contrario a lo afirmado por el demandante, los actos demandados sí se ocuparon de analizar la afectación sustancial al deber funcional que acompañó la conducta de Juan Carlos Abadía Campo, pues vulneró la obligación de velar por garantizar el principio de imparcialidad y transparencia en todas las actuaciones que despliegue en el ejercicio de las funciones impuestas como servidor público, máxime cuando para la fecha de los hechos ostentaba un cargo de la mayor trascendencia en la administración departamental.

Conclusión: Los actos acusados sí analizaron la ilicitud sustancial de la conducta investigada y comprobaron la afectación de los deberes funcionales que tenía el actor en su calidad de gobernador departamental, consistentes en mantener su cargo y funciones al margen de los debates y contiendas propias de los partidos y movimientos políticos.

⁸⁸ F. 41 de la decisión del 25 de mayo de 2010 de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

Decisión: De esta manera, al no encontrarse probado ninguno de los cargos endilgados en contra de los actos acusados, la Sección denegará las pretensiones de la demanda.

Condena en costas: Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, *en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.*

Aceptación de impedimento

Mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2017, manifestó su impedimento respecto del asunto *sub examine*, al considerar que estaba incurso en la causal contenida en el numeral 9.º del artículo 141 del CGP, toda vez que el acto sancionatorio de primera instancia fue suscrito por María Eugenia Carreño Gómez, en su calidad de procuradora delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, con quien le unen vínculos de amistad íntima, desde hace varios años.

Se acepta el impedimento presentado por el Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, al considerarlo fundado.

Reconocimiento de personería

Se reconocerá personería al doctor Emilio José Rojas Cárdenas, identificado con cédula de ciudadanía número 1.098.676.795 y tarjeta profesional número 243.877 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la Procuraduría General de la Nación, en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 349 del cuaderno principal del expediente.

En mérito de 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

PRIMERO: Declárese no probada la excepción *de ineptitud de la demanda* presentada por la Procuraduría General de la Nación.

Segundo: Deniéguese las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por Juan Carlos Abadía Campo en contra de la Procuraduría General de la Nación, por lo expuesto *ut supra*.

Tercero: Declarar fundado el impedimento presentado por el Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, por lo señalado en la parte motiva.

Cuarto: Sin costas por lo brevemente expuesto.

Quinto: Reconózcase personería al doctor Emilio José Rojas Cárdenas, identificado con cédula de ciudadanía número 1.098.676.795 y tarjeta profesional número 243.877 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la Procuraduría General de la Nación, en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 349 del cuaderno principal del expediente.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI». Ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
(Impedido)

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ