



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Consejera Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

FECHA UT SUPRA

Radicación: 15001-23-33-000-2014-00564-01

Actor: CARLOS HUMBERTO ALONSO

Demandado: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

ACLARACIÓN DE VOTO
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Con el respeto acostumbrado me permito señalar, que si bien comparto el sentido de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena de la Sección Segunda en este proceso, considero necesario aclarar mi voto para destacar y justificar los cambios de criterio que he adoptado con respecto a la potestad de la Procuraduría General de Nación para imponer sanciones disciplinarias a los servidores públicos de elección popular.

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 15 de noviembre de 2017, (Exp. núm. Interno 1131-2014, anuló los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación, mediante los cuales sancionó disciplinariamente al exalcalde GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, con motivo de la adopción del sistema de manejo de las basuras en Bogotá. Aunque acompañé la decisión del 2017, lo cierto es que en la aclaración de voto que hice en ese asunto, explicité las razones de mi respaldo, que hoy transcribo *in extenso* por ser también pertinentes en este caso:

“(…) la razón de acompañar el sentido de dicha decisión, tuvo como fundamento exclusivo el convencimiento de que ese ente fiscalizador, en ejercicio de las potestades constitucionales y legales que lo habilitan para investigar y sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular no sujetos a fuero especial, incurrió en una desviación de poder, al imponerle al disciplinado la más severa de las sanciones consagradas en la Ley 734 de 2002, sin que en el expediente aparezca acreditado que el burgomaestre de marras haya incurrido en una ilicitud sustancial y sin que se haya demostrado su culpabilidad ni establecido la tipicidad de su conducta, amparándose por demás en un acervo probatorio totalmente precario y falta de idoneidad y congruencia, a partir del cual no resultaba jurídicamente viable tener como probados los cargos formulados al disciplinado.”



Y más adelante se afirma:

“En cuanto dice relación con la supuesta falta de competencia de la Procuraduría para investigar y sancionar disciplinariamente al Alcalde Mayor de Bogotá, es oportuno traer a colación los siguientes apartes de la Sentencia C-028 de 2006 proferida por la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, en donde se precisó lo siguiente:

“La Corte considera que el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales de reciente adopción en materia de lucha contra la corrupción, no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas, igualmente sancionatorias aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador”.

“Esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen. Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador”.

“En lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversas ocasiones, la Corte ha considerado que hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior. Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución”.

“El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción. En igual sentido, la Constitución de 1991, tal y como lo ha considerado la Corte en diversos pronunciamientos, tampoco se opone a la existencia de dichas sanciones disciplinarias, incluso de carácter permanente, pero bajo el entendido de que dicha sanción de inhabilidad se aplique exclusivamente cuando la falta consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado. En suma, contrario a lo sostenido por los demandantes, la facultad que le otorgó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias temporales o



permanentes que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos, no se opone al artículo 93 constitucional ni tampoco al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica”.

“A partir de los razonamientos contenidos en la sentencia parcialmente trascrita -- la cual constituye un precedente jurisprudencial vinculante para todas las autoridades--, es que disiento, no del fallo anulatorio, sino de las consideraciones y determinaciones que tocan con la limitación o restricción de las competencias de la Procuraduría General de la Nación, pues según la opinión mayoritaria de la Sala, tales potestades contradicen lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana de derechos humanos.”

“En efecto, los argumentos contenidos en la precitada decisión judicial, la cual por demás ya hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, constituyen para mí un fundamento plausible para apartarme de la interpretación restrictiva que se hizo de las funciones y competencias de la Procuraduría General de la Nación en aquellos casos en los cuales el disciplinado es un servidor público de elección popular que ha incurrido en faltas disciplinarias, tal como quedó plasmado por la Sala en la decisión de fondo proferida en este proceso, al acoger las recomendaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) le hizo al Estado colombiano, en el sentido de entender que un organismo de naturaleza administrativa como lo es la Procuraduría General de la Nación, no puede imponer sanciones disciplinarias que de algún modo limiten o restrinjan la posibilidad de que tales servidores públicos desempeñen las funciones propias del cargo para el cual fueron elegidos democráticamente.”

“Según la lectura que hago del numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tiene asignada expresamente la función de ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, incluyendo a aquellos de elección popular, aunque exceptuando a aquellos que tienen un fuero especial. En tal virtud, al ejercer el poder disciplinario que es propio de ese organismo de control, la Procuraduría se encuentra habilitada para adelantar las investigaciones disciplinarias correspondientes e imponer las condignas sanciones a que haya lugar, sin que pueda predicarse que ese precepto constitucional y los de orden legal que le dieron desarrollo (Decreto Ley 262 de 2000 y Ley 734 de 2002), se encuentren en contravía de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado colombiano, más aún cuando las decisiones disciplinarias deben ser adoptadas en estrecha armonía con las normas que regulan el debido proceso y son pasibles de control judicial por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

“No puede perderse de vista en el análisis de estos temas, que el Constituyente de 1991, en el ejercicio soberano de su potestad de configuración normativa e institucional, tuvo a bien mantener la Procuraduría General de la Nación dentro de la estructura del Estado colombiano, a la cual le confió el ejercicio del *ius puniendi*, sin que sea dable predicar el desconocimiento de las disposiciones de la Convención Americana de los derechos del hombre. Al respecto retomo lo expresado por la Corte Constitucional en el fallo ut supra mencionado, cuando asegura con notable acierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior. Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales.”



“En ese mismo orden de ideas, estimo oportuno destacar que al no ser los preceptos convencionales normas jerárquicamente superiores a las de orden constitucional, no es factible entender que estas últimas deban ser inaplicadas al entrar en contradicción real o aparente con esos preceptos de orden convencional, más aún cuando el reiterado criterio de la Corte ha sido enfático al señalar que esas disposiciones internacionales incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por la vía del bloque de constitucionalidad, deben ser interpretadas sistemáticamente con nuestro ordenamiento constitucional, sin que ello ocasione, tal como ha ocurrido en este caso, un desconocimiento o una modificación sustancial de las normas superiores adoptadas por el constituyente. “

“No sobra añadir a lo anterior, que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de decretar o denegar la nulidad de muchas sanciones disciplinarias impuestas a servidores públicos elegidos popularmente, mediante sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada. En ese contexto, no puede soslayarse que la tesis mayoritaria de la Sala puede llegar a ocasionar serios traumatismos de orden presupuestal y poner en entredicho la seguridad jurídica, ante la posibilidad de que quienes en el pretérito han sido destituidos o suspendidos o están siendo investigados por presuntas faltas disciplinarias cometidas en el ejercicio de algún cargo de elección popular, puedan quedar legitimados o habilitados para demandar la reparación de los daños derivados de la imposición y ejecución de ese tipo de decisiones sancionatorias.”

“También quiero hacer propicia la ocasión para señalar que cuando el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los servidores públicos de elección popular solamente pueden ser desvinculados de sus cargos en virtud de una decisión adoptada por un juez penal, ese precepto de naturaleza convencional no puede ser interpretado literalmente en el sentido de entender que tales decisiones únicamente pueden ser adoptadas por un juez con funciones específicas dentro de la jurisdicción penal, sino en términos generales, tal como yo lo entiendo, por aquellas autoridades o entidades que en cada uno de los Estados ejerzan el ius puniendi, es decir, el derecho sancionatorio o punitivo, dentro de las cuales se encuentra, en el caso colombiano, la Procuraduría General de la Nación.”

“Entender lo contrario, llevaría no solo al absurdo de que en Colombia los servidores públicos solamente puedan ser sancionados por jueces pertenecientes a la jurisdicción penal, cuando en realidad estos últimos solo se ocupan exclusivamente de investigar y sancionar delitos penales y no ilícitos disciplinarios, sino a la eliminación de las fronteras que delimitan esas dos ramas del derecho punitivo.”

Posteriormente y en armonía con el texto que acabo de transcribir, el suscrito Consejero de Estado reafirmó en providencias de las que fue ponente¹ o en las que participó como miembro de la sala de decisión de

¹ A manera de ejemplo se relacionan a continuación algunas de las providencias proferidas con ponencia del suscrito Consejero de Estado, en las que se reconoció la competencia de la Procuraduría General de la Nación, para investigar y sancionar servidores públicos de elección popular: sentencias de 25 de enero de 2018, con número interno 1924-2011, Luis Alfonso Díaz Barbosa, Alcalde de Ocaña (Santander); de 23 de agosto de 2018, con número interno 2230-2014, Carlos Alberto Ballesteros, Concejal Medellín; de 20 de septiembre de 2018, con número interno 2604-15, Carlos Barbosa Malaver, Alcalde de Anapoima; de 4 de abril de 2019, con número interno 2128-2012, Samuel Moreno Rojas, Alcalde de Bogotá; de 6 de mayo de 2019, con número interno 2637-2013, Juan Carlos Abadía Campo, Diputado del Valle; de 16 de mayo de 2019, con número interno 0885-2012, Juan Jairo Montoya Correa, Alcalde de Concordia Antioquia; de 8 de julio de 2019, con número interno 1972-2010, Luis Eduardo Vives Lacouture, Senador de la República; de 9 de diciembre de 2019, con número interno 0754-2015, Cielo González Villa, Gobernadora del Huila; de 23 de enero de 2020, con número interno 4299-2014, Arnoldo Guzmán Quimbayo, Alcalde de Rovira, Tolima; de 16 de mayo de 2019, con número interno 0885-2012; de 7 de octubre de 2019, con número interno 1232-2011, Benjamín Salcedo Pérez, Concejal Sucre; de 31 de



la Sección Segunda, Subsección A,² que la Procuraduría General de la Nación tenía la potestad y la habilitación constitucional para sancionar disciplinariamente a servidores públicos de elección popular, las cuales hicieron tránsito a cosa juzgada.

Aquí es necesario puntualizar, que la línea jurisprudencial plasmada en esas decisiones, se vio modificada en forma radical por la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 8 de julio de 2020, al resolver en forma definitiva el caso Petro Urrego contra Colombia, en la cual se señala que las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad, constituyen en la práctica una restricción a los derechos políticos y contradicen la interpretación que la CIDH hace del artículo 23.2 de la CADH, pues el hecho de que una autoridad administrativa pueda imponer ese tipo de sanciones, transgrede el principio de jurisdiccionalidad, la garantía de imparcialidad, la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó como garantía de no repetición, que el Estado Colombiano debía adecuar su derecho disciplinario interno en un "*plazo razonable*", para hacer concordar la normatividad interna con los estándares internacionales adoptados por esa colegiatura, en el entendido que la potestad de sancionar a los servidores públicos de elección popular, debe ser ejercida por "*un juez en proceso penal*".

Es bien conocido que el Estado Colombiano pretendió dar cumplimiento a la sentencia de la CIDH con la Ley 2094 de 29 de junio de 2021, en cuyo articulado se dispuso que la Procuraduría General de la Nación ejercía funciones jurisdiccionales y que, como consecuencia de ello, sus decisiones tenían el carácter de providencias judiciales.

octubre de 2019, con número interno 0711-2016, Jaime Alberto Guancha Argoty, Alcalde de Yacuanquer, (Nariño); de 7 de noviembre de 2019, con número interno 2084-2013, Omar Ricardo Diazgranados, Exgobernador del Magdalena; de 9 de marzo de 2020, con número interno 4266-2019, Francisco Javier Atuesta Díaz, Alcalde de Rionegro, Santander. No sobra advertir además, que la Sección Segunda, Subsección A dictó varias providencias, con ponencia del Consejero William Hernández Gómez y el acompañamiento del suscrito, adicionales a las aquí relacionadas, en las que se reconoce la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular y, por otra parte, que en la gran mayoría de esas providencias se aceptó el impedimento presentado por el doctor Rafael Francisco Suárez Vargas para intervenir en esos procesos.

²:



No se puede soslayar que la misma Corte IDH, al verificar la ejecución y cabal acatamiento de la sentencia proferida el 8 de julio de 2020, en los términos previstos en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana y en el art. 69 del su Reglamento, expidió la Resolución del 25 de noviembre de 2021, en cuyo el párrafo 22 concluyó de manera perentoria lo siguiente:

“22. [...] la reforma legal planteada por el Estado continúa permitiendo que un órgano distinto a un juez en proceso penal imponga restricciones a derechos políticos de funcionarios democráticamente electos, de manera incompatible con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención Americana y con el objeto y fin de dicho instrumento. Tampoco ha sido indicado por el Estado que se hubiere reformado de manera alguna los artículos 44 y 45 del Código Disciplinario que este Tribunal dispuso que debían ser adecuados a estándares internacionales en materia de restricción de los derechos políticos (supra Considerando 8.i), con lo cual la Procuraduría General de la Nación continúa reteniendo la facultad de imponer sanciones de destitución e inhabilitación a funcionarios públicos democráticamente electos, contraviniendo lo previsto en los artículos 23.2 y 2 de la Convención”.

En atención a lo expuesto, la Corte IDH consideró necesario mantener abierto el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la decisión de fondo dictada en el caso Petro y decidió en la parte resolutive de esa decisión, que el Estado de Colombia debía adoptar, en definitiva y a la mayor brevedad posible, las medidas necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a las garantías de no repetición, de acuerdo entre otros, con lo estipulado en el art. 68-1 de la Convención.

Por otra parte, es preciso poner de relieve que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas ocasiones, que los jueces y magistrados tenemos la “[...] *la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos*”³.

Así lo interpretó la CIDH al supervisar el cumplimiento de la sentencia proferida en el caso “*Gelman vs. Uruguay*”⁴ y “*Gómez Lund y otros (“Guerrilla do Araguaí” vs Brasil)*”⁵, en donde se destaca que “[...] *los jueces y tribunales tienen un importante rol en el cumplimiento o implementación de la sentencia de la Corte Interamericana. El órgano*

³ Caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina.

⁴ Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo de 2013.

⁵ Resolución del 17 de octubre de 2014



judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso. En esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En ese orden de ideas, comparto el sentido de la decisión adoptada por el plenario de la Sección Segunda, no sin antes destacar que el artículo 68.1 del Pacto de San José, impone a los miembros de la OEA que suscribieron dicho pacto, el compromiso de cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en donde sean parte, el cual se extiende a todos los poderes y órganos del Estado.

Al suscribir esta aclaración, debo resaltar que la providencia aprobada solo está llamada a producir efectos *inter partes* y no es de aplicación retroactiva, motivo por el cual no puede ser aplicada para desconocer los efectos de la cosa juzgada, pues ello resultaría contrario al debido proceso regulado en el artículo 23 de la Constitución y en el artículo 8º de la CADH.

En este sentido dejo aclarado mi voto,

Fecha *ut supra*,

Original firmado por
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero de Estado