

RESTRICCIÓN DE DERECHOS POLITICOS – Normatividad interna / DESTITUCION E INHABILIDAD – Restricción a los derechos políticos

En materia de restricción de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 constitucional, el artículo 98 ibídem señala que la ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley. La suspensión de la ciudadanía por decisión judicial implica necesariamente la restricción de los derechos políticos. Pero, además de la suspensión de la ciudadanía como restricción de los derechos políticos, la Carta Política señala una serie de eventos que limitan el ejercicio de los derechos políticos, entre los que se pueden mencionar, entre otros, el artículo 122, por la comisión de delitos y los artículos 172, 177 y 191, por razón de la nacionalidad y la edad. (...) La destitución e inhabilidad general y la suspensión y la inhabilidad especial también son claras restricciones a los derechos políticos, teniendo en cuenta que implican, de una parte, la terminación de la relación del servidor público con la administración, entre otros, de los elegidos popularmente y, de otra, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, aún de elección popular.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 40 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 45

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN – Competencia para investigar y sancionar funcionarios públicos de elección popular.

El artículo 278 ibídem impone al Procurador General de la Nación ejercer de manera directa, entre otras, la función de “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley, derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional, obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo”. En desarrollo de esta competencia, el Procurador General de la Nación se encuentra facultado para sancionar a los servidores públicos, incluso los de elección popular, con “destitución e inhabilidad general, cuando cometen faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima”, o con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas, o con inhabilidad permanente “cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado”, conforme con el artículo 44, numerales 1 y 2, y 46 de la Ley 734 del 2002, implicando ello una restricción al ejercicio de los derechos políticos de los elegidos popularmente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 277 / CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 278

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN – Competencia para investigar y sancionar funcionarios públicos de elección popular. Control de convencionalidad

Retomando el criterio integrador plasmado por la Corte Constitucional en Sentencia C-028 del 2006, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera que, de acuerdo con la ratio decidendi de este

pronunciamiento, la regla jurisprudencial que de allí se desprende es que la competencia que se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios públicos de elección popular se ajusta al artículo 23.2 de la CADH solo en cuanto que la actuación del órgano de control se encamine a prevenir hechos de corrupción o a conjurar actos de servidores públicos que promuevan y constituyan casos reprochables de corrupción, función que desarrolla en cumplimiento de los fines previstos internacionalmente, entre ellos, la obligación adquirida por el Estado Colombiano en tratados de lucha contra la corrupción. Regla jurisprudencial que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, conforme con el artículo 243 de la Constitución Política, que señala que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Sin embargo, la Corte Constitucional en los pronunciamientos de constitucionalidad C-028 del 2006 y C-500 del 2014 no examinó los preceptos y normas que prevén las competencias de la Procuraduría General de la Nación frente a la posibilidad de sancionar con destitución e inhabilidad, para el ejercicio de derechos políticos, a funcionarios de elección popular que se encuentren inmersos en conductas contrarias a Derecho, pero que no constituyen per se casos reprochables de corrupción o constitutivos de tales actividades, de tal manera que, en ese sentido, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como juez de convencionalidad, examinar, para este proceso, la competencia de la Procuraduría General de la Nación a la luz de las normas convencionales y, si es del caso, inaplicar aquellas disposiciones de orden interno que no se acompasen con el precepto establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...) Colombia, como Estado parte del Pacto de San José de Costa Rica celebrado en 1969, se obliga a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, conforme al artículo 1 de la Convención, de tal manera que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. (...) Un control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, fundamento sancionatorio en el presente caso, permite advertir una incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional y concluir, de manera diáfana, que la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal. (...) La interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o pro hominem, en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular. Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia

judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza. De acuerdo con lo anterior, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política debe interpretarse así: “las respectivas sanciones” que puede imponer el Procurador General de la Nación “conforme a la Ley”, tratándose de servidores públicos de elección popular, como resultado de una investigación disciplinaria cuyo origen no se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, son todas aquellas establecidas en el ordenamiento interno, distintas a las señaladas en el artículo 44 del CDU, que implican restricción de derechos políticos de tales servidores, como la destitución e inhabilidad general (numeral 1) y la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (numeral 2). (...) Conforme con lo dicho, la Procuraduría General de la Nación mantiene incólume sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos de elección popular. No obstante, no le está permitido sancionar con destitución e inhabilidad o suspensión e inhabilidad para el ejercicio de derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, pues, en esos casos, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 9 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 44,1

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS – No tienen competencia para restringir los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó el alcance del artículo 23.2 de la CADH, al precisar que una autoridad administrativa no tiene competencia para restringir derechos políticos a los servidores públicos de elección popular, mediante la imposición de sanción, entre ellos, limitar el derecho al sufragio pasivo, es decir, el derecho a ser elegidos, por vía de la inhabilidad. Tesis que fue aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución de Medidas Cautelares 5/2014 al solicitar al Gobierno de Colombia la suspensión inmediata de los efectos de la decisión del 9 de diciembre del 2013, expedida y confirmada por la Procuraduría General de la Nación el 13 de enero del 2014, actos administrativos aquí demandados, “a fin de garantizar los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego y pueda cumplir con el periodo para el cual fue elegido como Alcalde de la ciudad de Bogotá D.C. el 30 de octubre del 2011”.

FUENTE FORMAL: PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA – ARTÍCULO 23.2

SANCIÓN ADMINISTRATIVA – Ilegalidad por vicios en el proceso de adecuación típica de la conducta

A juicio de la Sala Plena de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aunque la Procuraduría General de la Nación planteó, de manera detallada y precisa, la descripción típica prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 2002, al señalar los principios de la contratación estatal y las disposiciones de rango legal que a su vez los desarrollaban, en todo caso los actos administrativos demandados son ilegales, porque hubo vicios en el proceso de adecuación típica de la conducta, lo que se traduce en la atipicidad de la falta, como pasa a explicarse. Los elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta imputada son: 1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual. 2. Que la participación sea en detrimento del patrimonio público o con

desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa establecidos en la Constitución y en la ley. (...) La Sala considera que la administración central al suscribir los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre del 2012 y 809 del 4 de diciembre del 2012, entre la UAESP y la EAAB, y la EAAB y la EAB S. A. E. S. P., respectivamente, no eludió los procedimientos de selección objetiva a través del proceso licitatorio para la adjudicación de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá mediante la implementación de un esquema de aseo que permitiera dar cumplimiento en corto plazo a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional y poner en ejecución el plan de inclusión de la población de recicladores en la prestación del servicio de aseo. El proceso de selección objetiva para adjudicar la operación de este servicio a operadores del servicio de residuos ordinarios no podía llevarse a cabo de manera independiente a la entrada en funcionamiento del sistema de aprovechamiento. Es más, la misma Procuraduría General de la Nación reconoció que la administración no podía iniciar el proceso de licitación. Al respecto señaló que: “es cierto que la administración distrital encontró para el mes de junio del 2012 que no era posible iniciar un nuevo proceso de licitación pública de la prestación del servicio de aseo bajo el sistema de las áreas de servicio exclusivo”. (...) Para la Sala, entonces, a partir de las especiales situaciones a las que se vio abocado el Distrito Capital en la implementación de un nuevo modelo o esquema de aseo que integra: (i) las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en Auto 275/11, (ii) el Programa Basura Cero y (iii) el esquema de metas a cumplir para la inclusión de la población recicladora en la gestión pública de los residuos sólidos de la ciudad de Bogotá, las decisiones adoptadas por el exalcalde Mayor de Bogotá, en particular en lo que tiene que ver con los contratos interadministrativos 017 y 0809 del 2012, no transgredieron sus deberes funcionales y no se adecuaron a la descripción normativa de la falta disciplinaria que se le endilga.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 31

MOTIVACIÓN DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA – Proceso de subsunción típica de la conducta / PROCESO DISCIPLINARIO – Principio de tipicidad

El proceso de subsunción típica de la conducta es una de las piezas fundamentales de todo acto que manifiesta el poder represor del Estado y constituye uno de los prerrequisitos necesarios de legalidad y juridicidad de toda sanción. La decisión sancionatoria debe incluir en su motivación un proceso de subsunción típica de la conducta de la persona investigada bajo la norma sancionatoria aplicable. Se trata de un razonamiento que permite establecer la relación directa entre el supuesto descrito en la norma que establece la falta imputada y las circunstancias fácticas plenamente acreditadas, de cuyo análisis y verificación se establezca con certeza si encuadran o no en el componente descriptivo de la norma. Pero, en este caso, la Procuraduría General de la Nación, al efectuar este proceso de adecuación típica de los hechos a partir de los cuales efectuó la imputación al disciplinado, confundió su rol de autoridad disciplinaria de la conducta de los servidores públicos con el papel de juez de control de legalidad del contrato, que no tenía. Ese proceso de adecuación típica implica un juicio de inmersión del hecho probado en cada uno de los elementos integrantes de la norma, a través de una interpretación bajo los criterios textual, sistemático y teleológico, que en forma razonada y razonable lleve a la certeza de que la conducta asumida por el disciplinado encuadra en los supuestos o componentes normativos de la falta disciplinaria. La motivación del acto sancionatorio debe comprender una descripción completa, precisa y clara de cada uno de los supuestos de hecho a partir de los cuales la entidad realiza el proceso de

adecuación típica, inclusive desde la imputación formulada en el pliego de cargos, lo que significa que esa descripción no puede obviarse bajo la premisa de que en el pliego se hizo con suficiente argumentación. El pliego de cargos, como acto de trámite, no integra el acto sancionatorio. Por las razones que anteceden, la Sala declarará la nulidad del acto administrativo en cuanto impuso la sanción por la configuración de la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 del CDU por violación al principio de tipicidad.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 31

FALTA DISCIPLINARIA DE EJERCICIO DE POTESTADES PARA UNA FINALIDAD DISTINTA A LA PREVISTA EN LA NORMA – No habilita al funcionario sancionador para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo

Frente a dicha falta disciplinaria se prevén los siguientes elementos: La existencia de una norma que otorga potestades al empleo o función (norma otorgante). El ejercicio de una potestad derivada del empleo o función (competencia del funcionario que puede ser material o funcional). Que dicho ejercicio se realice con una finalidad diferente a la prevista en la norma otorgante (desconocimiento de los fines de las normas que le sirven de fundamento a la actuación de la administración). El funcionario que disciplina debe advertir que el acto (o la actuación) se profirió con desconocimiento de los fines previstos en la norma que otorga la competencia, evidenciando así la relación de subordinación entre el funcionario (o quien ejerce la función pública) y el Estado, y el deber de obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administrativa por el desconocimiento de un deber, con el objetivo de dirigir el comportamiento del funcionario al cumplimiento de la función con sujeción al “bien común y el interés general, el servicio del Estado y de la comunidad y de los intereses generales (art. 1, 2, 123 inc. 2 y 209 inc. 1 C.P.)”. La falta establecida en el numeral 60 del artículo 48 del CDU lleva implícito un control de la conducta de quien expide el acto o desarrolla la actuación, desde el derecho disciplinario, con ocasión de la finalidad u objetivos del acto frente a las normas que habilitan su expedición. De ahí que la norma hable de una finalidad distinta, pero debe hacerse énfasis en que dicho control se hace a partir del control disciplinario, esto es, que se debe atar al cumplimiento de los deberes funcionales. Esta falta no contiene una habilitación al funcionario sancionador para que desvirtúe la presunción de legalidad de un acto administrativo, competencia propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Asimismo, se advierte que toda ilegalidad de un acto administrativo, así sea decretada por la jurisdicción contenciosa administrativa, no apareja la imposición de una sanción disciplinaria, pues esta requiere la demostración del incumplimiento de los deberes funcionales. Para la Sala, en este caso, la adecuación típica de la falta sobre los presupuestos que señala el ente de control no se ajusta a los elementos integrantes del tipo, por las dos siguientes razones: La primera, porque el análisis en el cumplimiento de los deberes funcionales atribuidos al Alcalde Mayor de Bogotá, en lo que corresponde a la prestación eficiente de los servicios públicos, no está condicionado por la legalidad de los actos administrativos que expida para tal fin, por lo que la Sala considera que la Procuraduría, en el juicio de adecuación típica de la falta, confundió el fin del acto con la causal de ilegalidad por presunta violación al principio de libertad de empresa. Quiere decir lo anterior que el ente de control debió demostrar que existía un interés ilegítimo por parte del Alcalde Mayor de Bogotá al expedir el mencionado acto administrativo, interés que se traduce en el hecho de que con dicha medida se hubiera derivado un beneficio para sí o para un tercero, que se alejaba de los fines atribuidos al ejercicio de la función pública y a la prestación del

servicio público de aseo en las condiciones y requerimientos exigidos a partir de lo previsto en la ley, por el juez constitucional. Se reitera, esta falta no contiene una habilitación al funcionario sancionador para que, a partir de un análisis de legalidad de un acto administrativo, como consecuencia necesaria, se establezca la responsabilidad disciplinaria, como quiera que toda ilegalidad de un acto administrativo no apareja la imposición de una sanción disciplinaria, pues esta requiere la demostración del incumplimiento de los deberes funcionales. Y la segunda, porque entre los elementos integrantes del tipo disciplinario, previsto en el numeral 60 del artículo 48 del CDU, está el relacionado con la finalidad que se persigue a través del ejercicio de las potestades conferidas por la norma habilitante. Si bien el fin del acto administrativo es un presupuesto de legalidad, su expedición, con desconocimiento de las normas de carácter superior en que debe fundarse, constituye otro presupuesto de legalidad al que no hace mención el tipo disciplinario. Asimismo, se resalta que los motivos de ilegalidad que atribuye el órgano de control al Decreto 564 del 2012 no son objeto de estudio en esta decisión, que, por lo demás, es objeto de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en el proceso de nulidad con radicación No. 11001 33 34 003 2012 00131 01. La expedición de un acto administrativo con infracción de las normas en que debe fundarse, que constituye una causal autónoma para invalidar la decisión, no significa per se que el funcionario haya actuado con una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante, y haya desconocido el cumplimiento de sus deberes funcionales. Se trata de presupuestos autónomos sobre la legalidad del acto administrativo, de tal manera que puede ocurrir que el acto esté viciado porque el funcionario actuó con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, “aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico”.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 60

FAVORABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

El ejercicio del poder disciplinario no es discrecional, así el funcionario titular de la potestad disciplinaria tenga un amplio campo de valoración al efectuar el proceso de subsunción típica. En esta medida, conviene preguntarse cuál es el alcance de la facultad sancionatoria disciplinaria del Estado, cuando el conjunto normativo invocado como sustento de la falta imputada al disciplinado, admite varias interpretaciones desde el punto de vista legal y constitucional. La finalidad del poder disciplinario consiste en corregir la conducta del funcionario. En este contexto, el poder de la Procuraduría General de la Nación debe ceñirse al respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, el control jurisdiccional de los actos sancionatorios debe ser intenso. En este orden, frente a la obligación de imparcialidad del funcionario sancionador, si la conducta relevante para el derecho disciplinario admite interpretaciones excluyentes, que a su vez son razonadas y proporcionales, se debe acoger aquella interpretación que salve la duda a favor del disciplinado. En el caso concreto, es importante precisar que la actuación del Alcalde Mayor frente al principio de la libertad de empresa ha tenido diferentes interpretaciones.

TESTIGO TÉCNICO – Valoración / VALORACIÓN DE TESTIMONIOS

La Sala no puede dejar pasar por alto el error en que incurrió la Procuraduría General de la Nación al otorgar valor probatorio a la declaración del señor Samuel Prada Cobos, Gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga, que llegó al proceso sin mención previa y, además, como testigo técnico, sin serlo. El estudio de la Sala se justifica desde el punto de vista de la crítica frente al análisis y

valoración probatoria, como quiera que, de forma reiterada, en el acto sancionatorio se acude a la calidad de testigo técnico del declarante, para tener como probado que, para cumplir con las órdenes de la Corte Constitucional, no era necesario el modelo previsto en el Decreto 564 del 2012. Se destaca, entonces, que según el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil (norma vigente para la época de la actuación administrativa), el testigo solo puede exponer conceptos “cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia”. En este sentido, el testigo adquiere la connotación de técnico. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de junio del 2015, definió al testigo técnico como “un experto en materias científicas, técnicas o artísticas que, al declarar acerca de cómo percibió los hechos, se vale de sus especiales conocimientos [...] Dar la versión de cómo se percibieron los hechos implica que el testigo hubiese presenciado las circunstancias de tiempo, modo y lugar”. En este orden de ideas, la Sala considera que el señor Samuel Prada Cobos emitió un concepto científico sobre unos hechos de los que no tuvo conocimiento directo, razón por la cual no tiene la calidad de testigo técnico. En efecto, a minuto 51:55 de su declaración, indica “no puedo hablar de Bogotá, es este sentido, porque es que no conozco lo que pasó allá”. Por otra parte, cuando el apoderado del disciplinado le pregunta: ¿existe alguna reglamentación nacional, no disposiciones de la Superintendencia, que son, digamos, de normatividad inferior, una reglamentación nacional en materia de libre competencia, en materia de aseo?, el testigo declara “Sí, claro, no la conozco en detalle, pero sí, claro, esto está regulado en la Constitución para abajo”. Así las cosas, la Procuraduría desconoció las normas procesales sobre la valoración de testimonios, al darle a la declaración del señor Prada Cobos el valor de un testigo técnico. Adicionalmente, se resalta que los parámetros sobre la implementación de un modelo de aseo, a través de un testigo, no se pueden aplicar de una ciudad a otra, obviando diferencias que precisan de un estudio técnico, en el que se tengan en cuenta variables tales como el tamaño de la población, el tipo de residuos, la estratificación, el esquema de subsidios o las condiciones fácticas de la prestación del servicio. La declaración del señor Samuel Prada Cobos debió valorarse como un testimonio sin calidad de técnico. En consecuencia, no se tiene como demostrado el hecho que indica la Procuraduría y que le sirvió de sustento para estructurar la tipicidad de la falta prevista en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

FALTA DISCIPLINARIA GRAVISIMA – Por proferirse actos administrativos con violación de normas constitucionales o legales referentes a la protección de los recursos naturales y del medio ambiente

En los términos de la norma, el tipo disciplinario exige la concurrencia de los siguientes elementos para establecer la correcta subsunción de la conducta investigada: (i) la emisión de un acto administrativo por parte del funcionario, (ii) que dicho acto administrativo sea proferido por fuera del cumplimiento del deber, (iii) que se violen normas (constitucionales o legales) referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural, los recursos naturales y el medio ambiente y (iv) que la ejecución del acto administrativo haya causado un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente. En este orden de ideas, el acto sancionatorio debe establecer cuál es el alcance y contenido de los elementos del tipo disciplinario, entre los que se encuentran las expresiones “por fuera del cumplimiento del deber”, “con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección del medio ambiente” y “originando un riesgo grave para la salud humana o el medio ambiente”, a partir de las definiciones legales o jurisprudenciales de cada uno de los conceptos referidos, así como de criterios de

interpretación textual, sistemática y teleológica. El alcance y contenido de cada uno de los componentes de la falta debe ser definido por el operador disciplinario como parte de ese proceso de razonamiento lógico-jurídico que caracteriza la adecuación típica de la conducta atribuida al disciplinado en el texto de la norma que la describe. Ese proceso de definición clara y precisa de cada uno de los componentes normativos es un supuesto necesario para que el disciplinado ejerza su derecho de contradicción y defensa frente al criterio hermenéutico y juicio argumentativo que efectúa el respectivo funcionario y se constituye, a su vez, en el límite al margen de discrecionalidad en el proceso de adecuación típica. Cada uno de los componentes que integran la descripción de la falta requiere de una interpretación razonada y razonable que debe ser explícita en el acto, de tal manera que una vez sea establecido el contenido y alcance de los componentes normativos, el funcionario debe proceder a examinar el material probatorio recaudado en cada caso particular, para determinar, punto por punto, si la conducta encaja en los presupuestos normativos que definen el tipo disciplinario. (...) El análisis realizado en los párrafos que anteceden no era suficiente para encontrar ajustada la conducta del funcionario al tipo disciplinario imputado en el pliego de cargos, pues se recuerda que en el caso específico de la falta prevista en el numeral 37 del artículo 48 del CDU aún restaba por establecer que, en los términos de esta disposición, la conducta del funcionario había “originado un riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente”. La Sala observa que la autoridad disciplinaria no llevó a cabo un ejercicio de interpretación o delimitación destinado a establecer lo que, en términos de la norma, constituiría un “riesgo grave” para el medio ambiente o la salud humana, ingrediente especial del tipo disciplinario, como lo calificó la misma entidad. Como se dijo previamente, para determinar si la conducta del funcionario originó un riesgo grave para los bienes protegidos, era necesario en primer lugar determinar a partir de la situación en concreto, la noción de “riesgo” y los parámetros utilizados para evaluar su “gravedad”, pues lo contrario podría implicar una vulneración de los derechos al debido proceso del investigado. La Sala estima necesario recordar que si bien el funcionario disciplinario está facultado por un margen más amplio para determinar si la conducta objeto de reproche se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos disciplinarios, ello no lo habilita para desconocer las garantías mínimas del debido proceso. En otras palabras, el mencionado margen de adecuación, definido por el titular de la acción disciplinaria, constituye el marco de referencia para el ejercicio de los derechos de contradicción y de defensa en la actuación administrativa. Descendiendo al caso concreto, se tiene que el ente de control no llevó a cabo ningún esfuerzo por dotar de alcance y contenido el elemento “riesgo grave” que determina el tipo disciplinario contenido en el numeral 37 del artículo 48 del CDU. (...) El tenor literal del numeral 37 del artículo 48 del CDU califica como “grave” el riesgo que debe verificarse como consecuencia de la actuación del funcionario imputado, por lo que no bastaba con demostrar la existencia de “riesgos o impactos”, sino que debía comprobarse suficientemente que su intensidad y magnitud fue de tal entidad que implicó una seria amenaza para los bienes jurídicos protegidos. Por otra parte, si la Procuraduría consideraba que el informe presentado por la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá adolecía de errores metodológicos y su imparcialidad estaba en duda podía acudir a otros medios probatorios que dieran cuenta de los hechos investigados. Aún más, si se tiene en cuenta que el dictamen elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación tampoco brindaba certeza sobre la generación de un riesgo grave sobre el medio ambiente o la salud humana. (...) Adicionalmente, no podía perderse de vista que los dictámenes periciales practicados en el proceso administrativo fueron elaborados por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá,

dependencias adscritas al ente disciplinario y al despacho del que por entonces era titular el funcionario imputado, respectivamente, circunstancia que si bien no constituye en sí misma una irregularidad, sí se erigió en una razón más para contar con el concepto técnico de la Universidad Nacional de Colombia, por lo que la negativa de decretar la práctica de la prueba pericial implicó una limitación de los derechos a la contradicción y de defensa, en la medida en que conllevó la imposibilidad de controvertir y refutar con argumentos técnicos y científicos las consideraciones y conclusiones contenidas en el dictamen. La Sala reitera que, si bien el funcionario disciplinario cuenta con un amplio espectro para determinar si una conducta encaja en el tipo disciplinario imputado, esto no significa que le sea permitido adoptar decisiones que desconocen el derecho al debido proceso y que el marco de definición de los elementos del tipo disciplinario constituye el campo en que el investigado ejerce las garantías inherentes al debido proceso en la actuación administrativa. En este cargo, la falta de tipicidad prospera toda vez que hubo deficiencias en el juicio de adecuación típica realizado, en la medida en que el acto sancionatorio no delimitó el elemento integrante del tipo disciplinario (la existencia de un riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente causado por la actuación del funcionario), ni estableció con claridad cuál fue la magnitud de los riesgos y cómo se encuadraban estos en los tipos de impacto definidos por el dictamen pericial antes citado.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 48 NUMERAL 37

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decide la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el ciudadano Gustavo Francisco Petro Urrego contra la Nación, Procuraduría General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

El señor Gustavo Francisco Petro Urrego, mediante apoderado, instauró ante esta Corporación demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho contra los actos administrativos proferidos el 9 de diciembre del 2013 y 13 de enero del 2014 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante los que se declaró, respectivamente, responsable disciplinariamente al demandante y se lo sancionó con destitución e inhabilidad general por quince (15) años, y se confirmó en sede de reposición.

1. PRETENSIONES

En la demanda se piden las siguientes:

Declaraciones

1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 9 de diciembre del 2013 y el 13 de enero del 2014.
2. Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro del demandante al cargo de Alcalde Mayor de Bogotá D.C.
3. Que se ordene a la Procuraduría General de la Nación anular del registro de antecedentes disciplinarios la anotación correspondiente a la sanción disciplinaria impuesta en contra del demandante, si se efectuó dicho reporte.

Condenas

1. Que se condene a la demandada a pagar al demandante todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta cuando se produzca su reintegro.
2. Que estas condenas sean actualizadas atendiendo a la variación del IPC, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

2. HECHOS

Como hechos relevantes de la demanda, se resaltan los siguientes¹:

El actor señala que, como resultado de la investigación disciplinaria que cursó en su contra como Alcalde Mayor de Bogotá, fue sancionado mediante acto del 9 de diciembre del 2013, proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, decisión que se confirmó por la misma Sala el 13 de enero del 2014.

¹ Folios 556 a 636, c. ppal.

Indica que, por esos hechos, interpuso una acción de tutela ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que fue negada, y que para proteger sus derechos políticos solicitó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el otorgamiento de medidas cautelares, que fueron concedidas. Sin embargo, el Gobierno Nacional lo destituyó mediante Decreto 570 del 20 de marzo del 2014.

Los sustentos fácticos de las pretensiones se resumirán de manera integrada con los cargos expuestos en el concepto de violación.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El actor cita como violados los artículos 29, 40, 103, 259, 277, 278, 315, 365, 366, 367, 368, 369 y 370, de la Constitución Política; 4, 5, 6, 9, 13, 14, 18, 20, 23, 28, 84, 86, 87, 94, 128, 129, 132, 141 y 142, de la Ley 734 del 2002; 35, 38, 39 y 163, del Decreto Ley 1421 de 1993; 5 núm. 5.1, 14 núm. 14.5, 17, 18 y 40 de la Ley 142 de 1994; 209, 210 y 211 de la Ley 489 de 1998; 33, de la Ley 1551 del 2013; 7 (nums. 5 y 21), 9 y 22, del Decreto 262 del 2000, y 23, de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo concepto de violación desarrolló a través de los cargos de: i) violación directa de la Constitución Política, ii) violación de normas internacionales, iii) violación directa de la ley, iv) inexistencia de ilicitud sustancial, v) ausencia de culpabilidad, vi) inexistencia de tipicidad, vii) falsa motivación y viii) desviación de poder.

3.1. Violación directa de la Constitución Política

3.1.1. Violación del derecho al debido proceso

- **Nulidad de los actos demandados por falta de competencia**

Porque la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación (i) se arrogó el ejercicio del control político propio del Constituyente Primario y, por delegación, al Concejo de Bogotá, al reprochar la adopción de la política pública de implementación del programa Basura Cero, parte del Plan de Desarrollo de Bogotá Humana; (ii) usurpó la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al determinar la ilegalidad de los Decretos 564 y 570 del 2012, proferidos por el Alcalde de Bogotá, que establecieron, respectivamente, el régimen transitorio del esquema de recolección de residuos y la declaratoria de emergencia amarilla.

Porque el Procurador General de la Nación no podía delegar a la Sala Disciplinaria

la facultad de sancionar al disciplinado, por ser indelegable, según el artículo 278.1 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 7.22 del Decreto 262 del 2000, que otorga al Procurador la competencia, en única instancia, de los procesos disciplinarios contra el Alcalde Mayor de Bogotá. Controvierte, al amparo del artículo 278 C.P., “que la desvinculación del cargo del doctor Gustavo Petro se produce por faltas correspondientes a la infracción **de manera manifiesta a la Constitución o la ley**”.

Porque se desconoció el principio de competencia vertical, pues, pese a la jerarquía del Alcalde, fue sancionado por funcionarios de la Sala Disciplinaria.

- **Nulidad de los actos por violación en el trámite de las recusaciones**

Porque la Procuraduría resolvió las recusaciones presentadas por el actor el 30 de diciembre del 2013, y no corrió traslado de las decisiones para que los sujetos procesales se pronunciaran al respecto.

- **Nulidad por violación al principio de imparcialidad y a la presunción de inocencia**

Porque la Sala Disciplinaria prejuzgó e impidió la defensa del disciplinado, pues desde el pliego de cargos se señaló su responsabilidad, en contravía de la presunción de inocencia. Además, porque la entidad demandada consideró que el contrato interadministrativo era irregular, sin que existiera una sentencia que declarara su nulidad, por lo que incurrió en un prejuzgamiento en dicha etapa de la actuación, sin que variara en el acto sancionatorio.

Porque no se tuvieron en cuenta las pruebas que favorecían la defensa del disciplinado, de las que se podía inferir una duda razonable sobre la comisión de las faltas disciplinarias o justificaban la conducta del Alcalde Mayor y lo exoneraban de responsabilidad.

Porque la demandada no valoró ninguna de las pruebas que podían demostrar que la verdadera causa de la crisis en la recolección de basuras en los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012, en la ciudad de Bogotá, fue la conducta de los operadores privados en los días previos, como lo constata la comunicación del Defensor del Pueblo del 20 de diciembre del 2012² y el reporte estadístico del relleno sanitario, y no la suscripción de los convenios interadministrativos, la

² Fol. 18, cuaderno principal de la actuación administrativa.

expedición del Decreto 564 del 2012 o del Decreto 570 del 2012, ni la presunta incapacidad de Aguas de Bogotá o de la EAAB, empresa que sí tenía la experiencia y capacidad para prestar el servicio de aseo³, con la única salvedad de que los vehículos compactadores que se iban a utilizar eran los propios del Distrito que estaban en poder de los operadores privados. Adicionalmente, se observó que se requerían equipos nuevos y, ante las eventuales dificultades de la reversión de los compactadores en poder de los operadores privados, se acudió al alquiler de vehículos.

3.1.2. Violación de los artículos 40, 103 y 259 de la Constitución Política

Considera que como el actor fue elegido por votación popular se debe respetar la voluntad de los ciudadanos que lo eligieron y su derecho fundamental a que “su remplazo se lleve a cabo de conformidad con el procedimiento establecido”⁴.

Los actos administrativos son nulos, porque violan los derechos políticos de los electores del Alcalde, de quienes impulsan la revocatoria de su mandato y el propio derecho fundamental a ejercer cargos públicos.

3.2. Violación de normas internacionales

Con fundamento en el artículo 93 Constitucional, y teniendo en cuenta que el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que los derechos políticos de los ciudadanos solamente pueden limitarse en un proceso penal por un juez competente, la entidad demandada violó dicha Convención, pues, sin tener competencia, restringió los derechos políticos del demandante, al imponer la sanción de inhabilidad por el término de 15 años. Actuación que también transgrede el artículo 21 de la Ley 734 del 2002, por el cual “en lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos”.

3.3. Violación directa de la ley

Según el actor, los actos demandados desconocen la Ley 734 del 2002, pues “la omisión en el ejercicio de la competencia directa asignada constitucionalmente al Procurador General de la Nación” viola el principio de titularidad de la acción disciplinaria (arts. 2 y 3).

³ Al respecto, cita los testimonios de Carlos Alberto Acero y Darío Beltrán.

⁴ Folio 596.

3.4. Inexistencia de ilicitud sustancial

Según el actor, los actos demandados son nulos porque no se observó el principio de ilicitud sustancial previsto en el artículo 5 del CDU, según el cual “la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”, pues no solo debió observarse la contradicción entre la conducta y la norma, sino que debió verificarse que aquella desconoció la finalidad para la cual se estableció el deber.

3.5. Ausencia de culpabilidad

El actor expone que, conforme con el artículo 13 del CDU, “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa”. Sin embargo, en el presente caso, aunque se consideró que el disciplinado actuó a título de dolo y culpa, al sancionarlo no se tuvo en cuenta la participación de terceros en los hechos materia de investigación, lo cual contravino, igualmente, el principio de presunción de inocencia (artículos 29 de la CP y 9 del CDU), pues a la demandada le correspondía probar la responsabilidad del disciplinado y no al sancionado demostrar su inocencia⁵.

Señala que, contrario a lo estimado por el operador disciplinario, la implementación transitoria del esquema de recolección de basuras estuvo desprovista de “malas intenciones y de dolo”. El Alcalde “tuvo una intención clara y precisa de beneficio a la comunidad en general, de la administración distrital y del cumplimiento de funciones”⁶. Sin embargo, en la actuación demandada no hubo un estudio ni argumentación sobre la culpabilidad del actor, sino que de “manera tajante” se estableció el dolo.

3.6. Inexistencia de tipicidad

Sostiene que desde el pliego de cargos se le endilgó una falta gravísima, sin que se contara con un concepto de violación, claro y preciso, ni un verdadero análisis de la conducta, que, además, fue erradamente calificada, pues “plenamente está encuadrada en una falta grave o leve si se hace un estudio serio y ponderado de los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta”⁷.

Expresa que no se realizó un adecuado juicio de tipificación de las conductas del

⁵ En este sentido, cita la sentencia del 14 de febrero del 2011, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, M.P. Luis Rafael Vergara.

⁶ Folio 615.

⁷ Folio 616.

disciplinado, pues no se probó la existencia de la falta disciplinaria ni su relación con el deber funcional, lo que llevó a que se hiciera la imputación de una falta gravísima, que “solamente es aplicable a hechos de alta y refinada corrupción, pero aquí la Sala Disciplinaria de manera desbordada y desproporcionada llega a una sanción de destitución e inhabilidad de 15 años para desempeñar cargos públicos, como si se tratara de un delincuente peligrosísimo”⁸.

3.7. Falsa motivación

Alega que los actos demandados están falsamente motivados (i) por error de hecho, pues hacen referencia a unos hechos hipotéticos, como el daño que pudo causar la política del Alcalde, y (ii) por error de derecho, porque la autoridad disciplinaria se atribuyó funciones propias de los ciudadanos y del Concejo de la ciudad, “por ser estos los competentes constitucionales para ejercer control político sobre las actuaciones que se generan en la implementación de un plan de gobierno”⁹. Cuestiona que la demandada hubiera asumido una competencia para controlar disciplinariamente al Alcalde Mayor de Bogotá, por la implementación de una política pública -Basura Cero-, que se orientó a cumplir lo ordenado por la Corte Constitucional.

Señala que la Procuraduría General de la Nación tampoco tenía competencia para efectuar un control de legalidad del Decreto 564 del 2012, que implementó el programa Basura Cero, que, por lo demás, fue declarado legal por el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá en sentencia del 12 de febrero del 2014.

3.8. Desviación de poder

A juicio del demandante, el ente de control tramitó un proceso disciplinario con un propósito ajeno a su función, que fue sancionar la ejecución de la política pública sobre la prestación del servicio de aseo en Bogotá. Que tampoco tenía la potestad de juzgar la legalidad de los actos administrativos expedidos por el Alcalde para implementar el esquema de recolección de basuras y “la declaratoria de emergencia amarilla que habilitó al Distrito para usar las volquetas que recogieron los desperdicios de la ciudad hasta que (sic) se conseguían los vehículos adecuados”¹⁰.

Así mismo, considera que se incurrió en desviación de poder, porque (i) utilizó sus

⁸ Folio 621.

⁹ Folio 625.

¹⁰ Folio 631.

competencias para realizar el control político de las decisiones del gobierno distrital en el esquema de recolección de basuras y (ii) estableció la violación al principio de la libre competencia, sin estar facultado para ello.

Indica que no se puede usar el poder disciplinario para imponer una voluntad en asuntos en los que se admiten diferentes posturas ideológicas. La función disciplinaria de las autoridades se debe orientar a la lucha contra la corrupción y a la salvaguarda de la moral administrativa. Sin embargo, “los juicios abiertos sobre la base de las supuestas violaciones de los principios disciplinarios de la función administrativa que aparentemente inspiran las disposiciones del mal llamado Código Disciplinario Único no sirven para cogobernar ni para coadministrar”¹¹.

4. AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y DECISIÓN DE MEDIDA CAUTELAR

La demanda fue admitida mediante auto del 10 de abril del 2014¹² y, por auto del 13 de mayo del 2014¹³, se decretó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos demandados, por cuanto la sanción se imputó a título de dolo bajo argumentos que no constituían una motivación que, de manera razonable y con suficiencia probatoria, permitiera atribuir, sin dubitación alguna, una falta disciplinaria de esa naturaleza.

Esta decisión fue confirmada mediante auto del 17 de marzo del 2015¹⁴ por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que resolvió el recurso de súplica presentado por la Procuraduría General de la Nación como entidad accionada.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado, la Procuraduría General de la Nación contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las siguientes razones¹⁵:

5.1. De la competencia de la Procuraduría General de la Nación

Defendió la **competencia de la Procuraduría para imponer la sanción de destitución e inhabilidad a funcionarios elegidos popularmente**, con

¹¹ Folio 618.

¹² Folios 642 a 649.

¹³ Folios 209-249, Cuaderno de Medidas Cautelares.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 17 de marzo del 2015, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Folios 581 a 660.

¹⁵ Folios 845 a 912 del cuaderno principal.

fundamento en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el fallo del 5 de marzo del 2014 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que definió el tema al resolver la acción de tutela presentada por el demandante¹⁶.

Así mismo, por cuanto la Corte Constitucional, en sentencias C-028 del 2006 y SU-712 del 2013, interpretó la facultad disciplinaria de imponer sanciones de destitución e inhabilidad a funcionarios de elección popular. Sin que haya un desconocimiento del artículo 23 CADH, pues el artículo 30 de la misma convención “permite que las leyes nacionales que prescriban restricciones al ejercicio de derechos y libertades lo haga atendiendo a razones de interés general, lo cual acontece en el caso del derecho disciplinario”.

Por otra parte, considera que no se configura una falta de **competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar conductas relacionadas con la adopción o ejecución de políticas públicas**, pues los controles político (art. 40 CP) y disciplinario (art. 277.6 CP), ejercidos por dicha entidad, si bien son autónomos, no son excluyentes y corresponden a las formas heterogéneas previstas en la Constitución Política para el ejercicio de la vigilancia de la función pública, como lo estipuló la Corte en la sentencia C-107 del 2013.

Por último, controvierte **la falta de competencia de la Sala Disciplinaria**, alegada por el actor, pues la facultad de delegación del Procurador General de la Nación en dicha Sala está prevista en el inciso 3 del párrafo del artículo 7, en concordancia con el numeral 22, del Decreto 262 del 2000, delegación avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-429 del 2001. Además, por cuanto las faltas por las que fue sancionado el actor no están previstas en el numeral 1º del artículo 278 de la Constitución Política.

5.2. Del derecho al debido proceso

No se violó el debido proceso, porque los testimonios que, según el actor, tenían la vocación de desvirtuar la responsabilidad del Alcalde fueron solicitados después de que se profirió el acto sancionatorio de única instancia, hecho que constituye una omisión de la parte accionante y que no es atribuible a la demandada.

Además, la prueba testimonial no era necesaria, pues la responsabilidad del

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de marzo del 2014, proceso con radicado No. 2014-06871.

sancionado no se estableció a partir de la injerencia de terceros, y los hechos relativos al “supuesto complot de las basuras por parte de operadores privados antes del 18 de diciembre del 2012 fue una situación sobre la cual los sujetos procesales se refirieron de manera amplia y profunda en varias oportunidades dentro del proceso”.

Así mismo, las recusaciones formuladas por el demandante contra el Procurador General de la Nación, la Viceprocuradora General de la Nación y la Sala Disciplinaria fueron tramitadas y decididas conforme a derecho.

No se violó el debido proceso, por cuanto la sanción impuesta al demandante fue proporcional al concurso de faltas gravísimas.

5.3 De la falta disciplinaria. La tipicidad, la ilicitud sustancial y la culpabilidad

5.3.1 Sobre la primera falta (Artículo 48, numeral 31 del CDU), señala que era legal la sanción, porque se probó que el Alcalde decidió que dos entidades “sin ninguna experiencia y capacidad, asumieran la prestación del servicio de aseo en la ciudad capital”, lo que se materializó en la suscripción de contratos interadministrativos donde no se respetó del principio de selección objetiva. Que las empresas del Distrito nunca habían prestado el servicio de aseo en la forma que se requería a partir del 18 de diciembre del 2012. Que “tan cierto es lo anterior, que la EAAB, mediante el Acuerdo No. 12 del 5 de septiembre del 2012, cambió su objeto social para poder prestar el servicio. Es decir, antes del 5 de septiembre del 2012, desde el punto de vista jurídico, la EAAB no podía prestar el servicio de aseo con todos sus componentes, entre ellos, la recolección, transferencia y tratamiento de residuos sólidos”¹⁷.

Así mismo, se tuvo en cuenta “el caos administrativo, la inversión y mala utilización de cuantiosos recursos del Distrito y el riesgo de que algunos de ellos estén al borde de perderse, producto de la falta de experiencia y la capacidad”¹⁸.

5.3.2. La segunda falta (Artículo 48, numeral 60 del CDU) se estructuró sobre la conducta del Alcalde al expedir el Decreto 564 del 2012, por el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en Bogotá, que el acto sancionatorio calificó como “contrario al ordenamiento jurídico”, en tanto que “violó el principio constitucional de la libertad de empresa”, pues impidió que empresas

¹⁷ Folio 875.

¹⁸ Folio 876.

diferentes a las distritales prestaran, en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo, desde el 18 de diciembre del 2012.

Expresa que los artículos 6, 8 y 9 del Decreto 564 del 2012 restringieron y limitaron la libertad de empresa, “como se lo advirtieron varias entidades y organismos de control en numerosas oportunidades al señor Alcalde Mayor de Bogotá y a sus cercanos funcionarios y colaboradores. De manera especial deben destacarse las múltiples advertencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”¹⁹.

Controvierte el argumento según el cual la actuación del Alcalde tenía por objeto cumplir las órdenes proferidas por la Corte Constitucional, pues el plan de inclusión presentado ante la Corte en marzo del 2012 no preveía que un operador público prestara el servicio de aseo.

5.3.3. Sobre la tercera falta (Artículo 48, numeral 37 del CDU), explica que la sanción tuvo como fundamento la expedición del Decreto 570 del 2012, para autorizar el uso de volquetas “con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios”. La conducta del Alcalde fue contraria a la correcta prestación del servicio de aseo, en el programa de Basura Cero, en tanto que “se autorizó el uso de volquetas cuando era obligatorio el uso de vehículos compactadores, situación que generó que en la ciudad de Bogotá se dejaran de recoger durante tres días del mes de diciembre del 2012 entre 6.000 y 9.000 toneladas de residuos sólidos”²⁰, poniendo en riesgo la salud y el medio ambiente.

5.4. La ilicitud sustancial

Señala que, tratándose del derecho disciplinario, las faltas disciplinarias son de mera conducta, de modo que no se requiere que se ocasione un daño, sino que “basta con defraudar un deber funcional para estar inmerso en la comisión del injusto disciplinario”. Sobre el punto, cita la sentencia C-948 del 2002, que estudió la exequibilidad del artículo 5 de la Ley 734 del 2002, relativo a la ilicitud sustancial.

5.5. La culpabilidad

¹⁹ Folios 872 a 873.

²⁰ Folio 885.

Reafirma la calificación del actuar doloso del entonces Alcalde en la comisión de las dos primeras faltas, pues “conocía los hechos; sabía y quería que las empresas del Distrito asumieran, a como diera lugar, la prestación del servicio público de aseo [...] Para ello, tuvo la voluntad de actuar de esa manera, aspecto que se evidenció en la forma como determinó al entonces director de la UAESP y a los gerentes de la EAAB y de la empresa Aguas de Bogotá para que suscribieran los contratos interadministrativos 017 y 809 del 2012, los cuales fueron totalmente irregulares, porque ninguna de estas empresas contaba con la experiencia y la capacidad técnica y operativa para prestar el servicio público de aseo en la ciudad capital”²¹.

Así, se demostró que existieron múltiples advertencias y recomendaciones, de diferentes entidades del orden nacional y distrital, en las que se expusieron elementos de juicio sobre la falta de experiencia y capacidad de las entidades del Distrito para asumir la prestación del servicio público de aseo.

Resalta que el actor actuó voluntariamente, que era conocedor de los hechos y la ilicitud de su conducta “y más cuando en muchas de sus mismas explicaciones refirió que una de las razones para su decisión fue ‘descartelizar’ a un grupo de contratistas, propósito que no guardaba ninguna relación con el respeto de las normas contractuales vigentes y con la garantía de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá como era su deber”²².

Sostiene que la valoración sobre el dolo, llevada a cabo en los actos sancionatorios disciplinarios para las faltas primera y segunda, “tuvo en cuenta el comportamiento voluntario en el obrar del disciplinado en cuanto a su querer en la asunción del servicio público de aseo por empresas del distrito, al igual que apreció de manera determinante el conocimiento que precedía el obrar contrario a sus deberes funcionales”²³.

Respecto de la tercera falta, imputada a título de culpa gravísima, indica que el actor sabía que con la expedición del Decreto 570 del 2012, al autorizar el uso de volquetas, no se cumplía con las condiciones exigidas en los Decretos 948 de 1995 y 1713 del 2002.

²¹ Folio 889.

²² Folio 890.

²³ Folios 895 a 896.

5.6. De los hechos alegados por el actor como eximentes de responsabilidad

Explica que el presunto “complot” de los operadores privados contra el esquema de recolección de basuras fue un debate resuelto en los fallos disciplinarios y descartada su pertinencia.

Anota que no existen las diferentes interpretaciones sobre la libertad de empresa en la prestación del servicio público de aseo, pues las normas son claras y no permiten la restricción de la participación de las empresas privadas, como lo hizo el modelo impuesto por el Alcalde.

Señala que, en criterio del actor, el modelo previsto en el Decreto 564 del 2012 consagra la posibilidad de que los municipios o los distritos presten directamente el servicio público, como lo disponen los artículos 6 y 14 de la Ley 142 de 1994. No obstante, para la entidad accionada, las condiciones establecidas en estas normas no se acreditaron, en tanto que “en la ciudad existían para la época varias empresas con capacidad para prestar el servicio de recolección de basuras”.

Por otra parte, expone que el cumplimiento de las órdenes proferidas por la Corte Constitucional dirigidas a la inclusión de la población recicladora en la prestación del servicio de aseo no es un eximente de responsabilidad, toda vez que no se analizó el Auto 275 del 2011 y el alcance de sus órdenes, en el que la Corte fue reiterativa “en señalar que en la ciudad de Bogotá regía la libre competencia desde el 15 de septiembre del 2011, fecha en la que finalizaron los contratos de concesión de las áreas de servicio exclusivo”²⁴. En lo anterior, debe diferenciarse entre: i) el modelo de prestación de residuos aprovechables y ii) el modelo de recolección, barrido y limpieza de residuos no aprovechables, pues, según la Corte, el primero debe manejarlo la población recicladora, pero el segundo sí se rige por la libertad de competencia. Además, la Corte no impuso ningún esquema en particular, ni habilitó al Distrito para crear uno diferente a los dos previstos en la ley. Agrega que las acciones afirmativas a favor de la población recicladora no son contrarias a la libertad de competencia o a la concesión de áreas de servicio exclusivo.

6. DE LA AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO

El 5 de abril del 2016, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la

²⁴ Folio 907.

Corporación, se realizó la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde las partes se pronunciaron así:

6.1 Parte demandante

Reiteró los argumentos centrales de la demanda y solicita que, en virtud del control de convencionalidad, se dé aplicación al artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de establecer que un funcionario de elección popular solo puede ser privado de sus derechos políticos mediante una sentencia de un juez penal.

6.2 Parte demandada

Defiende nuevamente la competencia de la Sala Disciplinaria y la legalidad de las faltas imputadas al demandante. Explica que la Corte Constitucional, en la sentencia C-028 del 2006, definió la interpretación del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos frente a la competencia de la Procuraduría General de la Nación, sin que se pueda pretender “una suerte de inmunidad disciplinaria a favor del electo popularmente” (48: 44).

6.3 Ministerio Público

El Procurador Delegado ante el Consejo de Estado solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

En primer término, considera que la Procuraduría General de la Nación sí tiene competencia para imponer sanciones disciplinarias, conforme con los planteamientos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la tutela del 5 de marzo del 2014, que rechazó por improcedente el amparo solicitado por el demandante. Además, indica que el tema ya fue desestimado por la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-028 del 2006, sobre todo la alegada violación de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 23). Explica que la conclusión final en este proceso constitucional fue que la facultad que le entregó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones 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.

Señala que la Procuraduría General de la Nación respetó las formas propias de

este juicio disciplinario, resolvió todos los argumentos de la defensa, desarrolló las conductas endilgadas en el pliego de cargos y respetó el principio de contradicción de la prueba.

Considera que los cargos de la demanda no tienen vocación de prosperidad, toda vez que a este procedimiento no se le atribuyó la naturaleza especial del artículo 278.1 de la Carta Política, pues la sanción impuesta se enmarcó en la competencia general prevista en el artículo 277 ídem.

A su juicio, no es de recibo el argumento del demandante de actuar en cumplimiento de órdenes judiciales, como el Auto 275 del 2011 de la Corte Constitucional, pues si bien dicha Corte exhorta a la administración distrital al cumplimiento de unas obligaciones, ello no supone la posibilidad de transgredir el ordenamiento jurídico.

6.4 Intervención del actor

El señor Gustavo Francisco Petro Urrego narra que en su campaña política, en el 2011, se acogió un principio del Tratado de Kioto, frente al cambio climático y en relación con el servicio de aseo. Relata que las sociedades modernas, tratando de mitigar dicho cambio, han pasado a sistemas no tradicionales de recolección de basuras, como la reutilización.

Indica que, según la Corte Constitucional, el *modus operandi* del esquema anterior de la prestación del servicio era inconstitucional. Así, manifiesta que cuando llegó a la Alcaldía se desmontó paulatinamente el esquema tradicional de aseo y destaca que “sí recibió notas, escritos de la Procuraduría [...] pero todas gravitaban alrededor de cómo defender a los operadores privados tradicionales del aseo y ninguna, nunca, estableció un mecanismo para poder proteger y garantizar la orden de la Corte Constitucional alrededor de la defensa de los derechos de la población recicladora que el auto 275 y otros autos de la Corte habían hecho prioritarios dentro de la política pública de saneamiento básico del Distrito” (minuto 1:40: 10).

Considera que no es cierto que el Decreto 564 del 2012 haya restringido la libertad de competencia.

Justifica la existencia de las áreas de servicio exclusivo. Tanto así, que la Comisión Reguladora, en el 2003, indicó que la libre competencia pura y simple no

garantizaba el servicio de aseo a los estratos más pobres de Bogotá. Adiciona que en el 2012 se acabaron los contratos de concesión y se pudo cambiar el modelo de aseo, acogiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional para remunerar a los recicladores.

Explica que el 18 de diciembre del 2012 se esperaba la entrega de los camiones compactadores por reversión de los bienes de una concesión. Sin embargo, ello no se llevó a cabo.

Expresa que el Decreto 564 del 2012 conserva su legalidad. En consecuencia, no se le puede atribuir un actuar doloso ni una ilicitud sustancial.

II. CONSIDERACIONES

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante auto del 23 de junio del 2015, avocó el conocimiento del presente proceso para proferir sentencia, con fundamento en el numeral 3º del Artículo 111 de la Ley 1437 del 2011, CPACA, por razones de importancia jurídica, para definir sobre la competencia atribuida al Procurador General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias que restringen derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente, a la luz del ordenamiento jurídico interno y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre otros.

Con este propósito, la Sala abordará, en primer término, el cargo correspondiente a la falta de competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente con destitución e inhabilidad al demandante, Gustavo Francisco Petro Urrego, quien fue elegido popularmente como alcalde de Bogotá D.C.

1. De la falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación para restringir los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desarrollará este estudio a partir del análisis de la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH, a la luz del ordenamiento jurídico interno y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, frente a la sanción impuesta al aquí demandante, en su calidad de Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

A juicio del actor la decisión administrativa demandada resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues si bien los derechos políticos no gozan de un carácter absoluto, su restricción únicamente procede en razón a: i) edad, ii) nacionalidad, iii) residencia, iv) idioma, v) instrucción, vi) capacidad civil o mental y vii) **por condena, por juez competente, en proceso penal**. En este sentido, la sanción de destitución e inhabilidad impuesta al señor Gustavo Francisco Petro Urrego sería incompatible con dicha disposición, toda vez que no fue proferida por una autoridad judicial y, mucho menos, en desarrollo de un proceso penal.

Por su parte, **la Procuraduría General de la Nación** defiende su competencia con fundamento en las sentencias C-028 del 2006 y SU-712 del 2013, proferidas por la Corte Constitucional, que definieron cómo se debe interpretar la facultad disciplinaria de esa entidad para imponer sanciones que inhabilitan el goce de los derechos políticos frente al artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto, al considerar que el artículo 30 del referido instrumento internacional “permite que las leyes nacionales que prescriban restricciones al ejercicio de derechos y libertades lo hagan atendiendo a razones de interés general, lo cual acontece en el caso del derecho disciplinario”.

Problema jurídico

En los términos planteados por las partes, la Sala debe resolver si la Procuraduría General de la Nación es competente para imponer la sanción de destitución e inhabilidad a un servidor público que ha sido elegido popularmente, a la luz del ordenamiento jurídico interno y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para su resolución, la Sala Plena abordará los siguientes temas: **(i)** normas de orden de interno sobre derechos políticos y sus restricciones, **(ii)** normas de orden interno que otorgan la competencia al Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a servidores públicos de elección popular, **(iii)** los derechos políticos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **(iv)** la interpretación constitucional de la competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a servidores públicos de elección popular frente a la Convención Americana de Derechos Humanos y **(v)** control de convencionalidad.

(i) Normas de orden de interno sobre derechos políticos y sus restricciones

El artículo 40 de la Constitución Política consagra los derechos políticos, como derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho, de la siguiente manera:

“**ARTÍCULO 40.** Todo **ciudadano** tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.
- Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”.

Estos derechos políticos surgen a partir de la calidad de ciudadano en ejercicio conforme con el artículo 99 ibídem, que señala que “la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”.

En materia de restricción de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 constitucional, el artículo 98 ibídem señala que la ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad y **su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial** en los casos que determine la ley. La suspensión de la ciudadanía por decisión judicial implica necesariamente la restricción de los derechos políticos.

Pero, además de la suspensión de la ciudadanía como restricción de los derechos políticos, la Carta Política señala una serie de eventos que limitan el ejercicio de los derechos políticos, entre los que se pueden mencionar, entre otros, el artículo 122²⁵, por la comisión de delitos y los artículos 172²⁶, 177²⁷ y 191²⁸, por razón de la nacionalidad y la edad.

²⁵ **Artículo 122.** Modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 01 del 2009. Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

A nivel legal, el artículo 45 del Código Disciplinario Único, al definir las sanciones disciplinarias señala:

“**Artículo 45.** Definición de las sanciones.

1. La destitución e inhabilidad general implica:

- a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o **elección**, o
 - b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o
 - c) La terminación del contrato de trabajo y,
 - d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.
2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo [...]”.

De acuerdo con lo anterior, la destitución e inhabilidad general y la suspensión y la inhabilidad especial también son claras restricciones a los derechos políticos, teniendo en cuenta que implican, de una parte, la terminación de la relación del servidor público con la administración, entre otros, de los elegidos popularmente y, de otra, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, aún de elección popular.

(ii) Normas de orden interno que otorgan la competencia al Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a servidores públicos de elección popular

El artículo 277 de la Constitución Política otorga al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, entre sus funciones, la de “6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, **inclusive las de elección popular**; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e **imponer las respectivas sanciones** conforme a la Ley”.

Así mismo, el artículo 278 *ibídem* impone al Procurador General de la Nación ejercer de manera directa, entre otras, la función de “1. **Desvincular del cargo**, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley, derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la

²⁶ **Artículo 172.** Para ser elegido senador se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección.

²⁷ **Artículo 177.** Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección.

²⁸ **Artículo 191.** Para ser Presidente de la República se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años.

Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional, obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo”.

En desarrollo de esta competencia, el Procurador General de la Nación se encuentra facultado para sancionar a los servidores públicos, **incluso los de elección popular**, con “destitución e *inhabilidad general*, cuando cometen faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima”, o con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas²⁹, o con inhabilidad permanente “cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado”, conforme con el artículo 44, numerales 1 y 2, y 46 de la Ley 734 del 2002³⁰, implicando ello una restricción al ejercicio de los derechos políticos de los elegidos popularmente.

(iii) Los derechos políticos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en 1969, de la cual Colombia hace parte conforme a la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, aprobatoria de dicha Convención, es un pacto multilateral de derechos humanos, instrumento internacional protegido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), órgano de jurisdicción transnacional que garantiza la efectividad de los derechos humanos protegidos por la Convención.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

“Artículo 23. Derechos Políticos

²⁹ En el artículo 48 de la Ley 734 del 2002 se describen las faltas disciplinarias gravísimas. En el caso de Gustavo Francisco Petro Urrego se imputaron las faltas previstas en los **numerales 31** (Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley), **60** (Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante) y **37** (Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente).

³⁰ **Parágrafo.** Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

Sobre la interpretación de esta norma, la Corte IDH, en sentencia del 6 de agosto del 2008, Caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos, en el que se analizó la responsabilidad internacional del Estado por la inexistencia de un recurso adecuado y efectivo en relación con el impedimento de Jorge Castañeda Gutman para inscribir su candidatura independiente a la Presidencia de México, explicó lo siguiente:

“140. Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana, como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos.

141. Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”.

[...]

143. La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.

[...]

145. El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

146. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

[...]

155. Por su parte, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único –a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales– evitar la

posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.

[...]

174. Como lo ha establecido anteriormente el Tribunal, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforman la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a *in fine* de dicho tratado ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella.

175. La Corte ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención y procederá a analizar, a la luz de los mismos, el requisito legal bajo examen en el presente caso”.

En este pronunciamiento, la Corte IDH estableció las **condiciones y requisitos** que los Estados partes deben cumplir al momento de regular o **restringir los derechos políticos**, así:

“a) Legalidad de la medida restrictiva

176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.

[...]

b) Finalidad de la medida restrictiva

180. El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos.

[...].

181. A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos, pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente.

[...]

c) Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva

185. En el sistema interamericano existe un tercer requisito que debe cumplirse para considerar la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana. La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser necesaria para una sociedad democrática. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos”.

De acuerdo con este pronunciamiento, la Corte IDH reiteró las condiciones que en todo Estado parte deben cumplir las disposiciones que restrinjan derechos políticos, como son la legalidad, la finalidad y la necesidad y proporcionalidad de la medida. Estas condiciones ya habían sido enunciadas por la misma Corte en sentencia del 23 de junio del 2005, en el caso *Yatama vs Nicaragua*, en la que la Corte IDH indicó:

“206. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones¹⁷². Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. **La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo.** Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue”.

Posteriormente, en sentencia del 1 de septiembre del 2011 (caso *Leopoldo López vs Venezuela*), en el que se analizó la responsabilidad internacional del Estado por haber inhabilitado al señor López Mendoza para el ejercicio de la función pública a través de la vía administrativa y haber prohibido su participación en las elecciones regionales del 2008, la Corte IDH hizo las siguientes precisiones en torno a la interpretación del artículo 23.2 de la CADH:

“107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. **En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una ‘condena, por juez competente, en proceso penal’.** Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un ‘juez competente’ [fue la Contraloría General de la República de Venezuela], no hubo ‘condena’ y las sanciones no se aplicaron como resultado de un ‘proceso penal’, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana [Garantías judiciales].

108. La Corte estima pertinente reiterar que ‘el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención³¹ y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no solo deben gozar de derechos, sino también de ‘oportunidades’. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos³². En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido’.

[...]

111. Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso

³¹ Cfr. Caso *Castañeda Gutman*, supra nota 209, párr. 143.

³² Cfr. Caso *Yatama*, supra nota 209, párr. 195.

establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana³³. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas³⁴.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó el alcance del artículo 23.2 de la CADH, al precisar que una autoridad administrativa no tiene competencia para restringir derechos políticos a los servidores públicos de elección popular, mediante la imposición de sanción, entre ellos, limitar el derecho al sufragio pasivo, es decir, el derecho a ser elegidos, por vía de la inhabilidad. Tesis que fue aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución de Medidas Cautelares 5/2014 al solicitar al Gobierno de Colombia la suspensión inmediata de los efectos de la decisión del 9 de diciembre del 2013, expedida y confirmada por la Procuraduría General de la Nación el 13 de enero del 2014, actos administrativos aquí demandados, “a fin de garantizar los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego y pueda cumplir con el periodo para el cual fue elegido como Alcalde de la ciudad de Bogotá D.C. el 30 de octubre del 2011 [...]”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la decisión a que se hace referencia, en punto al tema de la posible falta de compatibilidad de la decisión de la Procuraduría General de la Nación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consideró que en este caso no tenía información “respecto a alguna decisión sobre una condena penal, emitida por un juez competente y en un proceso penal, en contra del señor Gustavo Francisco Petro Urrego. En consecuencia, la Comisión estima que la posible aplicación de una sanción de naturaleza disciplinaria, adoptada por una autoridad administrativa, podría afectar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego, quien habría sido elegido por votación popular [...]”.

De acuerdo con los pronunciamientos mencionados, es claro que para la Corte IDH los derechos políticos son derechos humanos, pero no absolutos, que pueden ser restringidos por las condiciones señaladas en el artículo 23.2 de la CADH, restricciones que en cada Estado Parte deben cumplir los requisitos de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad, como han sido explicados por la Corte, y que cuando se trata de la restricción por vía de una sanción, ella no puede ser

³³ Cfr. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de febrero del 2001. Serie C No. 74, párr. 104, y Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero del 2001. Serie C No. 71, párr. 71.

³⁴ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de febrero del 2001. Serie C No. 72, Párr. 106, y Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre del 2010 Serie C No. 218, párr. 170.

distinta a la que imponga un juez penal, mediante una condena dictada dentro de un proceso penal.

(iv) La interpretación constitucional de la competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a servidores públicos de elección popular frente a la Convención Americana de Derechos Humanos

La Corte Constitucional Colombiana, en cuatro pronunciamientos de constitucionalidad y dos decisiones de unificación, ha abordado el estudio de la aplicación del artículo 23.2 de la CADH en el orden interno en relación con las competencias de la Procuraduría General de la Nación, respecto de la posibilidad de sancionar y limitar los derechos políticos de funcionarios públicos de elección popular, exponiendo criterios que no han sido unívocos, y particularmente acompañando e interpretando el ordenamiento interno de manera sistemática frente a los postulados de este artículo convencional con las precisas disposiciones contenidas en el tratado sobre la lucha contra la corrupción.

En efecto, de las lecturas de los pronunciamientos de la Corte Constitucional se pueden extraer tres criterios sobre el alcance de la disposición convencional, así:

Un primer **criterio restrictivo o limitado** lo expuso en las sentencias C-551 del 2003 y C-541 del 2010, en las que sentó como criterio que la inhabilidad prevista por el artículo 122 de la Constitución solo opera cuando el servidor público es condenado penalmente. La Corte Constitucional aplicó literalmente el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al señalar que “esta segunda frase del numeral 1³⁵ puede ser armonizada con la Convención Interamericana, si se entiende que también hace referencia a sentencias en procesos de naturaleza penal. Y como, en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (C.P., art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado. Entonces, entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia. Esto es, aún más claro en materia de derechos

³⁵ Acto Legislativo 01 del 2009, Artículo 4o. El inciso final del artículo 122 de la Constitución Política quedará así: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (C.P., art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro hominem*, según el cual deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona. Y por ello la Corte concluye que, de ser aprobado el numeral 1°, debe entenderse que la segunda frase del mismo hace referencia a que la culpa grave o el dolo del servidor público fue establecida por una sentencia judicial ejecutoriada en un proceso penal y por ello no existe una contradicción entre el numeral 1° y la Convención Interamericana [...].”

Un **segundo criterio**, que se podría llamar **integrador**, fue el expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-028 del 2006, que efectuó el análisis de constitucionalidad de varias normas de la Ley 734 del 2002, entre ellas el numeral 1 del artículo 44³⁶; el literal d, del artículo 45³⁷, y el inicio primero del artículo 46³⁸ ibídem. Allí indicó que la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos de elección popular no es contraria al artículo 23.2 de la CADH, siempre y cuando la sanción tenga fundamento en actos de corrupción.

En dicho pronunciamiento, la Corte Constitucional, frente al alcance del artículo 23 de la Convención señaló que en los últimos años había cobrado fuerza **la necesidad de interpretar sistemática y teleológicamente las disposiciones de los tratados internacionales** para ajustar sus textos a los cambios históricos.

En tal sentido, la Corte Constitucional precisó que la Corte IDH, con fundamento en el artículo 29 de la CADH, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos³⁹, **“que los tratados de derechos humanos son**

³⁶ “Artículo 44. **CLASES DE SANCIONES**. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas, dolosas o realizadas con culpa gravísima”.

³⁷ “Artículo 45. **DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES** [...]”.

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera [...].”

³⁸ “Artículo 46. **LÍMITE DE LAS SANCIONES**. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses, pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente [...].”

³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Tyrer vs. El Reino Unido. Sentencia del 25 de abril de 1978, serie A, núm. 26, párr. 31.

instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.

Así las cosas, en esa oportunidad, la Corte Constitucional consideró que el artículo 23 de la CADH, en punto de las restricciones legales al ejercicio de los derechos políticos, debía ser interpretado armónicamente frente a un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, que si bien no consagran derechos humanos, sí pretenden articular la consecución de fines legítimos, como la lucha contra la corrupción, ajustando en consecuencia el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos a los más recientes desafíos a los que se enfrenta la comunidad internacional. Y de manera puntual estableció que el artículo 23 Convencional “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**”.

Finalmente, la Corte Constitucional señala que “la limitación que conoce el derecho político de acceso a cargos públicos debido a la imposición de una sanción disciplinaria no resulta ser desproporcionada o irrazonable, por cuanto busca la obtención de fines constitucionalmente válidos, en especial, la **salvaguarda de la moralidad pública**”.

Un tercer **criterio, de interpretación amplia**, fue el expuesto en las sentencias de tutela SU-712, del 2013, y SU-355, del 2015, que plantearon como tesis que el Procurador General de la Nación tiene competencia para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, sin importar la naturaleza de la conducta, es decir, no limitó el fundamento de la sanción a los actos de corrupción. En la sentencia SU-712, del 2013, la Corte Constitucional, sobre las bases de interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que esta “reconoció expresamente que “las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas⁴⁰”, siendo lo importante y esencial que en el marco de esas actuaciones se respeten el debido proceso y las garantías que le son inherentes.

⁴⁰ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de febrero del 2001. Serie C No. 72, párr. 106, y Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre del 2010. Serie C No. 218, párr. 170.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia SU-712, del 2013, concluyó:

“Una postura en sentido contrario conduciría al extremo de sostener que en ningún caso el Procurador puede imponer sanciones que impliquen la restricción de derechos políticos como el sufragio pasivo. Aún más, ni siquiera el propio Consejo de Estado, en el marco de un proceso jurisdiccional de pérdida de investidura, podría restringir el ejercicio de derechos políticos, por cuanto no sería una sanción impuesta por un “juez penal”. Todo ello en abierta contradicción con lo previsto en la Carta Política de 1991, que sí autoriza este tipo de decisiones.

En este orden de ideas, la aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta, como lo reconoce la Convención al indicar que corresponde a la ley reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y el mecanismo de sanción. Así como fue explicado en la Sentencia C-028 del 2006, la aplicación del bloque de constitucionalidad debe armonizarse [con] la Constitución, a partir de una interpretación coherente, sistemática y teleológica, con el propósito de lograr conciliar las reglas de uno y otro estatuto”.

Y en la sentencia SU-355 del 2015, la Corte Constitucional consideró que frente a la competencia del Procurador General de la Nación, para sancionar a los funcionarios públicos, incluidos los elegidos por voto popular, se había configurado **la cosa juzgada constitucional**, teniendo en cuenta la decisión adoptada a través de la sentencia C-028 del 2006.

En efecto, la Corte precisó que, según lo definido en la referida providencia del 2006: i) la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos, incluidos los de elección popular, resultaba constitucionalmente válida y que ii) así mismo, se consideraba válida la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general en los casos en que los funcionarios públicos incurrieran en una falta gravísima dolosa o la realizaran con culpa gravísima.

De igual manera, la Corte adujo que, ante la validez de la competencia de la Procuraduría General de la Nación “para el juzgamiento de los Alcaldes”, debía necesariamente atenderse al precedente fijado por su Sala Plena, en sentencia SU-712 del 2013, que fijó como “regla jurisprudencial” que el ya referido organismo de control es competente para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los funcionarios públicos, incluidos los de elección popular, con excepción de los amparados por un fuero específico.

Para la Corte Constitucional, ante la regla de interpretación ya fijada, no es válido entrar a discutir sobre la competencia atribuida al Procurador General de la Nación para imponer la sanción de destitución a servidores públicos de elección popular, al considerar:

“4.2. La Corte debe señalar que, según lo decidido en las sentencias C-028 de 2006 y C-500 de 2014, y con fundamento en los artículos 277 y 278 de la Constitución: (i) es constitucionalmente válida la competencia de la PGN para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos, incluyendo a los de elección popular -con excepción de aquellos que se encuentren amparados por fuero-; y (ii) es constitucionalmente válida la competencia de la PGN para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general cuando se cometan las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

4.3. En materia de la competencia para destituir e inhabilitar servidores públicos -excepto, aforados-, incluso de elección popular, se ha configurado la cosa juzgada constitucional. En esa medida, no es posible cuestionar o discutir la validez constitucional de la referida competencia de la Procuraduría”.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia C-500 del 2014, estudió otra demanda contra el artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002 y, aunque decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-028 del 2006, en las consideraciones siguió el criterio de las sentencias SU-712 del 2013 y SU-355 del 2015.

Retomando el criterio integrador plasmado por la Corte Constitucional en Sentencia C-028 del 2006, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera que, de acuerdo con la *ratio decidendi* de este pronunciamiento, **la regla jurisprudencial que de allí se desprende es que la competencia que se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios públicos de elección popular se ajusta al artículo 23.2 de la CADH solo en cuanto que la actuación del órgano de control se encamine a prevenir hechos de corrupción o a conjurar actos de servidores públicos que promuevan y constituyan casos reprochables de corrupción, función que desarrolla en cumplimiento de los fines previstos internacionalmente, entre ellos, la obligación adquirida por el Estado Colombiano en tratados de lucha contra la corrupción.** Regla jurisprudencial que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, conforme con el artículo 243 de la Constitución Política, que señala que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Sin embargo, la Corte Constitucional en los pronunciamientos de constitucionalidad C-028 del 2006 y C-500 del 2014 no examinó los preceptos y normas que prevén las competencias de la Procuraduría General de la Nación frente a la posibilidad de sancionar con destitución e inhabilidad, para el ejercicio de derechos políticos, a funcionarios de elección popular que se encuentren inmersos en conductas contrarias a Derecho, **pero que no constituyen per se casos reprochables de corrupción o constitutivos de tales actividades**, de tal manera que, en ese sentido, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso

Administrativo del Consejo de Estado, como juez de convencionalidad, examinar, para este proceso, la competencia de la Procuraduría General de la Nación a la luz de las normas convencionales y, si es del caso, inaplicar aquellas disposiciones de orden interno que no se acompañen con el precepto establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(v) Control de convencionalidad

El artículo 9 de la Constitución Política prevé que el Estado colombiano reconoce los principios de derecho internacional. Así mismo, los artículos 26 y 27 de la Ley 32 de 1985, aprobatoria de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, disponen que el Estado debe cumplir los tratados de buena fe, principio *pacta sunt servanda*, y prohíben invocar disposiciones de derecho interno para incumplir los tratados internacionales⁴¹.

En este sentido, Colombia, como Estado parte del Pacto de San José de Costa Rica celebrado en 1969, se obliga a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, conforme al artículo 1 de la Convención, de tal manera que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

De conformidad con el texto de la CADH, la Corte IDH es un órgano supraestatal establecido para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención. Se trata de un medio de protección para la efectividad de las normas convencionales (artículo 33 convencional).

Al ser la Corte IDH un medio de protección y el intérprete autorizado de las normas convenidas en la CADH, sus decisiones tienen efectos vinculantes y de

⁴¹ **Artículo 26. *Pacta Sunt Servanda*.** Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

obligatoria observancia para los Estados Partes, de tal manera que ellos están sometidos a verificar que las normas de su ordenamiento jurídico interno sean compatibles con las normas convenidas multilateralmente y que, en caso de que ello no lo sea, se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento. Esto es lo que la jurisprudencia interamericana ha denominado como control de convencionalidad.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 26 de septiembre del 2006, en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, se refirió al control de convencionalidad en los siguientes términos:

“123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe 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”.

Como se advirtió en el capítulo anterior, la sentencia C-028 del 2006 de la Corte Constitucional constituyó cosa juzgada constitucional de manera parcial, al considerar el avenimiento de las funciones de la Procuraduría General de la Nación al orden constitucional cuando se trata de sancionar y limitar el ejercicio de derechos políticos de funcionarios elegidos popularmente, cuyas conductas se han enmarcado en actos de corrupción, sin que se hayan abordado los eventos en los que las sanciones de destitución e inhabilidad a esos mismos servidores públicos devienen de casos en que, *contrario sensu*, no se enmarcan en supuestos de hecho relacionados directamente con actos de corrupción, de forma que es perfectamente posible para la Sala entrar a analizar el cargo de falta de competencia de la Procuraduría General respecto de la sanción aplicada al exalcalde Gustavo Petro, frente a la disposición del artículo 23.2 convencional, es decir, de efectuar el control de convencionalidad de las normas legales del orden

interno que facultan al Procurador para imponer sanciones que restringen los derechos políticos de los servidores elegidos popularmente en el caso concreto.

Ahora bien, un control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, fundamento sancionatorio en el presente caso, permite advertir una incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional y concluir, de manera diáfana, que **la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular**, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal, por las siguientes razones:

La primera, porque al no ser sancionado el señor Gustavo Petro por una conducta que constituyera un acto de corrupción, la Procuraduría General de la Nación contravino una disposición de rango superior (artículo 23.2 convencional) que obliga, por vía del principio *pacta sunt servanda*, a su ineludible observancia por parte de los Estados miembros de la Convención, norma que dispone que solo un juez penal, mediante una sentencia condenatoria dictada en un proceso penal, puede restringir los derechos políticos de una persona.

En efecto, ninguna de las conductas investigadas y sancionadas por la Procuraduría General de la Nación tuvo como imputación un hecho constitutivo de un acto de corrupción, entendiendo como tales las conductas señaladas en el artículo 1 de la Ley 412 de 1997, “Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis”, así:

“ARTÍCULO VI. ACTOS DE CORRUPCIÓN

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

- a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo y

e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella”.

Además, está probado en el expediente que la Fiscalía General de la Nación adelantó una investigación por las diferentes denuncias recibidas en contra del entonces Alcalde de Bogotá, Gustavo Francisco Petro Urrego, por los mismos hechos que dieron lugar a las sanciones disciplinarias que mediante esta sentencia se estudian y dispuso, mediante Resolución del 21 de noviembre del 2014, el archivo de las diligencias adelantadas, entre otros, contra Gustavo Francisco Petro Urrego, por los delitos de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos, prevaricato por acción y concierto para delinquir, con ocasión de la indagación adelantada por los hechos que constituyen el eje temático referido a la Implementación del llamado Nuevo Modelo de Aseo de Bogotá [...], al evidenciarse falta de tipicidad objetiva de los delitos referidos”⁴².

Hecho que comprueba que la imputación en el proceso disciplinario no tuvo como causa la comprobación de hechos constitutivos de actos de corrupción en el presente caso, que, por lo demás, nunca le fue atribuido en los actos administrativos demandados.

De acuerdo con lo anterior, y en atención a la cosa juzgada constitucional, la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer la sanción prevista en el artículo 44 numeral 1 del CDU, sanción que comporta una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el numeral 1 del artículo 23 convencional.

La Segunda, porque el artículo 23.2 convencional supone la preservación del principio democrático y la preponderancia del derecho a elegir que tienen los ciudadanos de Bogotá en observancia del principio de soberanía popular, de tal manera que mantener vigente una sanción que restringe los derechos políticos del elegido no solamente implicaría cercenar derechos del sancionado, sino también hacer nugatorios los derechos políticos de sus electores que, como constituyente primario, han acordado definir los medios y las formas para autodeterminarse, elegir a sus autoridades y establecer los designios y las maneras en los que habrán de ser gobernados.

⁴² Folio 1044 a 1093, c. ppal. parte 2.

El artículo 23.2 de la CADH debe ser estudiado de cara a las circunstancias históricas y políticas que rodearon su expedición, como también respecto de los preceptos superiores contenidos en la Constitución de 1991.

Bajo el contexto histórico, fue el querer de los Estados Miembros de la OEA que el principio democrático y de tridivisión de poderes fuera el eje rector que guiara el actuar de los integrantes de la Unión, que en su mayoría atravesaban o habían atravesado por periodos aciagos de totalitarismos marcados por formas de gobierno dictatoriales que tenían la capacidad de borrar de un plumazo las aspiraciones democráticas de nacientes sectores de oposición o de líderes que, a través de procesos democráticos, habían alcanzado cargos de elección popular.

Es de la esencia y espíritu del artículo 23 convencional que las autoridades administrativas no ostentaran tal poder como para contrariar la voluntad popular y mancillar los derechos políticos de sus contradictores y opositores, dejando la posibilidad de la decisión, tendiente a limitar este tipo de derechos, en cabeza del poder judicial y particularmente de jueces, con autonomía y capacidad de dictar el derecho de manera imparcial, como lo eran los jueces penales de las golpeadas repúblicas.

Sin embargo, las circunstancias históricas y políticas del Estado Colombiano han cambiado, la democracia se ha robustecido y el Estado de Derecho ha echado raíces al amparo de una forma de estado social y democrática, que respeta el principio democrático basado en la autodeterminación y soberanía del pueblo y que mantiene de manera pétrea la separación de poderes, bajo el amparo de la Constitución de 1991.

De esta forma, la Carta Fundamental no solamente permite que las mayores garantías previstas en tratados internacionales que consagren derechos humanos rijan en el orden interno, por virtud del bloque de constitucionalidad, sino también que garantiza la autonomía e independencia del poder judicial, facilitando de esta manera que la protección y defensa de los derechos de índole político, y particularmente los de elegir y ser elegidos, se puedan radicar en cabeza de los jueces de la República.

Es así como, a la luz de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al poder judicial, y de la integración de estas con la salvaguarda a los derechos políticos que ostentan los servidores públicos de elección popular, es dable

establecer que, a la luz del artículo 23 convencional, solo los jueces de la República resultan competentes para imponer las sanciones que impliquen la destitución y la inhabilidad general de derechos políticos cuando quiera que estas provengan de acciones u omisiones que, no obstante ser contrarias a derecho, no constituyan casos de corrupción.

En este sentido, la interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o *pro hominem*, en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular. Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política debe interpretarse así: **“las respectivas sanciones” que puede imponer el Procurador General de la Nación “conforme a la Ley”, tratándose de servidores públicos de elección popular, como resultado de una investigación disciplinaria cuyo origen no se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, son todas aquellas establecidas en el ordenamiento interno, distintas a las señaladas en el artículo 44 del CDU, que implican restricción de derechos políticos de tales servidores, como la destitución e inhabilidad general (numeral 1) y la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (numeral 2).**

Dentro de la estructura institucional del Estado Colombiano, la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo, juega un papel transcendental en el compromiso internacional que asumió el Estado al suscribir “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre del 2003, en Nueva York, y aprobada por la Ley 970 del 2005, declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-172 del 2006.

En ejercicio de sus competencias, la Procuraduría General de la Nación materializa el propósito señalado por el artículo 8.6 de dicho instrumento, en cuanto se convino que “6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo”.

Pero es más, la competencia de la Procuraduría General de la Nación, al lado de la propia de los jueces penales, se encuentra legitimada, para casos de origen en actos de corrupción, en el artículo 30 de la mencionada Convención que, en su numeral 1, establece que cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a esta Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos, previendo, además, en su numeral 8, que esa disposición “no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos”.

Conforme con lo dicho, la Procuraduría General de la Nación mantiene incólume sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos de elección popular. No obstante, no le está permitido sancionar con destitución e inhabilidad o suspensión e inhabilidad para el ejercicio de derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, pues, en esos casos, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor.

Esta interpretación corresponde a la naturaleza propia de sistema penal colombiano, adoptado como un modelo procesal acusatorio a partir del Acto Legislativo 3 del 2002, que modificó el artículo 250 de la Carta Política y dispuso:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

Nótese que, en su párrafo, el artículo 250 constitucional establece que “la Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo, en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional”.

Por ello, y conforme con el artículo 23 de la Convención, el poder capaz de limitar y suspender el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, en su sentido pasivo como electores y de las autoridades que ellos han elegido democráticamente, radica exclusivamente en un juez de la república. Siendo esta la autoridad que, en el caso concreto, debió ejercer su potestad jurisdiccional para imponer una sanción tan gravosa como la que efectivamente se impuso al exalcalde y no una autoridad administrativa, que, como se dijo, solo tiene competencia para hacerlo cuando quiera que los funcionarios disciplinables se encuentren directamente involucrados en casos que pongan en duda su probidad e integridad respecto de situaciones que nacional e internacionalmente se han definido como de corrupción.

El control de convencionalidad que efectúa la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el presente caso y la tesis que se plantea del artículo 44 del CDU tampoco significan una interpretación restrictiva del artículo 23.2 Convencional frente a instituciones que están previstas en el ordenamiento interno colombiano, tanto a nivel constitucional como legal, como es la pérdida de la investidura de los miembros de corporaciones públicas elegidos popularmente, de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁴³, pues se trata de una sanción declarada por una autoridad de naturaleza judicial, con la garantía del debido proceso y que restringe, de manera legítima, los derechos políticos de los elegidos popularmente y que, además, responde a los criterios de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, tal como lo ha señalado la Corte IDH. La imposición de esta restricción de derechos políticos en un juicio de pérdida de investidura por una autoridad judicial diferente de la penal, bajo una interpretación en sentido amplio y actual, no es incompatible con el artículo 23.2 Convencional, como lo señaló el juez Diego García - Sayán en el voto concurrente razonado, plasmado en la sentencia de la Corte IDH, caso López Mendoza vs. Venezuela, del 1 de septiembre del 2011, que la Sala Plena de esta Corporación comparte y en el que expresó:

⁴³ Artículos 183 y 184 de la Constitución Política, Ley 144 de 1994, Ley 617 del 2000 y Ley 1437 del 2011.

“16. A partir de los medios de interpretación referidos en los párrafos anteriores se puede concluir que el término ‘exclusivamente’ contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo que el concepto ‘condena, por juez competente, en proceso penal’ no necesariamente supone que ese sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción. Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar. Lo que es claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles.

17. A la luz de una interpretación evolutiva y sistemática del artículo 23.2, y en atención al carácter vivo de la Convención, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones contemporáneas de la evolución institucional, lo crucial es que sea una autoridad de naturaleza judicial, vale decir en sentido amplio, y no restringida a un juez penal”.

En efecto, dentro de este contexto de derecho viviente, las instituciones y la democracia Colombiana adelantaron un proceso de robustecimiento a partir de la Constitución de 1991, que sustentada en el principio de la dignidad humana, los derechos fundamentales y las libertades públicas consolidó el sometimiento del Estado al Derecho bajo la forma de Estado Constitucional. Sin embargo, la constitucionalmente plausible estructura del Estado, que puso al ciudadano y la satisfacción de sus necesidades en el centro de la acción del aparato gubernativo, no resulta totalmente inmune ni ajena a las distorsiones jurídicas, ni a los peligros que involucra la concentración del poder, de ahí la existencia del sistema de pesos y contrapesos, como del control de legalidad sobre los actos de los gobernantes que realiza la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ciertamente, en casos como el presente, el juez de lo contencioso administrativo se enfrenta a situaciones que demandan mayor rigor en su función de control de legalidad, cuando la expedición de actos administrativos trasciende la esfera legal e involucra la afectación de derechos humanos, como el derecho político, constitucional y convencionalmente protegido. En ese sentido, la función del juez de lo contencioso administrativo es restablecer y reparar las vulneraciones de derechos, máxime, en una democracia vigorosa en la que es necesario su intervención para garantizar el equilibrio y respeto por los derechos ciudadanos, entre ellos, el derecho a ser elegido, y la libertad para elegir.

Así las cosas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera, bajo la interpretación preferente de los artículos 277.6 de la Constitución Política y 44.1 del CDU, que la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para afectar o limitar los derechos políticos de Gustavo Francisco Petro Urrego para elegir y ser elegido a la luz del ordenamiento jurídico interno, como tampoco frente al Derecho Convencional. La Sala enfatiza que el

demandante tampoco fue objeto de reproche en la esfera de lo penal, pues el exalcalde Petro Urrego mantuvo incólume su presunción de inocencia a pesar de las sindicaciones que se le hicieron por la presunta comisión de delitos relacionados con las mismas circunstancias fácticas que sirvieron de sustento a las faltas que se le endilgaron. Razón demás que justifica el análisis y aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el caso *sub examine*, a la luz de las posibles fracturas que, como se ha dicho, ha sufrido la estructura del Estado Colombiano, que han permitido que su diseño garantista pueda ser distorsionado para que, en nombre de la legalidad, se desconozcan derechos políticos y se trunque el desarrollo de un mandato local legítimamente constituido.

De acuerdo con lo anterior, y en virtud del control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que ante la incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional, se declarará la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación que impusieron al demandante, Gustavo Francisco Petro Urrego, la sanción de destitución e inhabilidad por 15 años, toda vez que dicho ente de control no tiene competencia para imponer una sanción que restrinja los derechos políticos de un servidor público, elegido popularmente, por faltas disciplinarias originadas en conductas que no constituyen actos de corrupción. Prospera el cargo.

2. Por si lo anterior no fuera suficiente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera necesario proceder a examinar las faltas atribuidas al demandante para resolver los cargos planteados en la demanda contra los actos administrativos sancionatorios, toda vez que constituye, como se verá, una razón de más para declarar la nulidad del fallo disciplinario proferido en contra de Gustavo Francisco Petro Urrego.

Del estudio de la legalidad de las faltas disciplinarias atribuidas al señor Gustavo Francisco Petro Urrego

Dada la complejidad del caso, y para una mayor comprensión de la situación fáctica y jurídica que antecedió a las decisiones administrativas sancionatorias, la Sala, previo al estudio de las faltas disciplinarias endilgadas al exalcalde de Bogotá D.C., considera de especial relevancia ilustrar sobre los antecedentes relacionados con la **prestación del servicio público de aseo en el Distrito**

Capital, de la siguiente manera:

I. Antecedentes de la privatización en la prestación del servicio público de aseo en Bogotá	
Creación de la Empresa Distrital de Aseo	Desde 1958, el servicio de aseo en la capital empezó a ser prestado por la Empresa Distrital de Aseo. Tenía como funciones básicas, la recolección, barrido y limpieza de la ciudad.
Creación de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS	Mediante Acuerdo 75 de 1960 se reorganizó la entidad y se le asignó una nueva razón social, Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS, y nuevas funciones.
Inicio de la privatización	La privatización del servicio de aseo en la ciudad inició en 1988 mediante el Decreto 888. El Alcalde declaró el estado de emergencia social, sanitaria y de servicios públicos en la capital y autorizó a la EDIS la contratación con particulares del 40% del servicio y su pago por tonelada recogida.
Incremento del 20% en la prestación del servicio por particulares	En 1991, se incrementó en un 20% la subcontratación. Entra a prestar los servicios el consorcio Aseo Capital. La EDIS atiende las basuras en el restante 40% de la ciudad.
Supresión de la Empresa Distrital de Servicios Públicos, EDIS	Mediante Acuerdo 41 de 1993 el Concejo de Bogotá determinó la supresión y liquidación de la EDIS.
Creación de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, UESP	A través del Decreto Distrital 782 de 1994 se creó la UESP, como una entidad técnica, cuyo objeto era la prestación de los servicios de barrido, recolección, disposición de residuos sólidos, cementerios, hornos crematorios, plazas de mercados y galerías comerciales. La privatización del servicio de aseo llegó al 100% mediante la figura de contratos de concesión en 7 zonas de la ciudad.
Transformación de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, UESP, en la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP	El Acuerdo Distrital 257, de noviembre 30 del 2006 , establece en el artículo 116 que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos es una entidad distrital del sector descentralizado por servicios, de carácter técnico y especializado.

II. El modelo de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá antes de la sentencia T-724 del 2003	
Licitación pública 001 del 2002	<p>En octubre del 2002, la UESP abrió la Licitación Pública 001 del 2002 para contratar la “Concesión para la recolección, barrido y limpieza de vías y áreas públicas y corte de césped y transporte de los residuos al sitio de disposición en el Distrito Capital de Bogotá”.</p> <p>En esta licitación se inició el proceso de adjudicación de las Áreas de Servicio Exclusivo, ASE, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, previa autorización de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA, que, mediante Resolución CRA 235 del 7 de noviembre del 2002, aprobó las 6 ASE por un periodo de 7 años, prorrogables por 1 año.</p> <p>Con la verificación de motivos aprobados por la CRA, el 2 de diciembre del 2002, la UESP dio inicio al proceso licitatorio. El 13 de junio del 2003 se celebró la audiencia pública y se adjudicaron cinco de las seis ASE, según se indicó en la Resolución No. 096 del 2003. La adjudicación de la última ASE se hizo directamente.</p> <p>En desarrollo de la Licitación 001 del 2002, la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, hoy Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, suscribió los contratos de concesión número C-53 del 2003, C-54 del 2003, C-55 del 2003 y C-69 del 2003, para garantizar la prestación del servicio de aseo a todos los habitantes de la ciudad por el término de 7 años, prorrogables 1 año.</p>

	<p>El contrato agotaba su ejecución el 15 de septiembre del 2011⁴⁴.</p>
<p>Sentencia T-724 del 2003</p>	<p>La Asociación de Recicladores de Bogotá, ARB, formuló acción de tutela contra el Distrito Capital de Bogotá, Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, UESP⁴⁵, por considerar que dichas entidades desconocieron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la actuación de buena fe, en la medida en que en el pliego de condiciones de la licitación 001 del 2002 no se incluyeron acciones afirmativas que permitieran la participación preferencial de los recicladores de Bogotá.</p> <p>La referida acción constitucional fue conocida en primera y segunda instancia por los Juzgados 43 Penal Municipal y 1° Penal del Circuito de Bogotá D.C., que, a través de las sentencias del 13 de enero y 26 de febrero del 2003, respectivamente, negaron el amparo solicitado por los accionantes.</p> <p>La Corte Constitucional, en sede de revisión, profirió la sentencia T-724, del 20 de agosto del 2003, en la que, si bien declaró la carencia actual de objeto en el asunto estudiado, dado que el trámite de la licitación pública 001 del 2002 había concluido con la adjudicación de los respectivos contratos de concesión, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de los accionantes y previno a la UESP, o a la entidad del Distrito que haga sus veces, “para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con dicho servicio”.</p> <p>En la misma sentencia se exhorta al Concejo de Bogotá para que “incluya acciones afirmativas en el proceso de contratación administrativa a favor de aquellos grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminación requieran de una especial protección por parte del Estado.</p>
<p>Licitación Pública 001 del 2010</p>	<p>En forma paralela a la ejecución de los contratos de concesión del 2003, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, ordenó la apertura de la licitación pública 001 del 2010, cuyo objeto era “contratar la modalidad de concesión, administración, operación y mantenimiento integral del Relleno Sanitario Doña Juana, de la ciudad de Bogotá, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de tratamiento y aprovechamiento de los residuos que ingresen al RSDJ provenientes del servicio ordinario de aseo”.</p> <p>En el marco de la Licitación 001 del 2010, la Corte Constitucional, mediante auto 091 del 18 de mayo del 2010, instó a la UAESP para que suspendiera el trámite de la licitación 001 del 2010 y, con posterioridad, mediante auto 268 del 30 de julio del 2010, le ordenó, dentro del referido proceso contractual, que expidiera una nueva adenda a través de la cual, entre otros aspectos, se debían modificar las “condiciones de la Licitación 01 del 2010, en el sentido de incluir como requisito habilitante que los proponentes se present[aran] conformados con una organización de segundo nivel de recicladores de Bogotá”, esto, para asegurar la participación efectiva de la población recicladora.</p>

III. La licitación 001 del 2011 y auto 275 del 2011, proferido por la Corte Constitucional

⁴⁴ La ejecución del referido contrato inició el 15 de septiembre del 2003.

⁴⁵ El Concejo de Bogotá, a través del Acuerdo 257 del 2006, transformó la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos en Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, organizada como Unidad Administrativa Especial del orden distrital del sector descentralizado por servicios, con personería jurídica, autonomía administrativa, presupuestal y con patrimonio propio, y adscrita a la Secretaría del Hábitat.

<p>Apertura proceso licitatorio 001 del 2011</p>	<p>En el año 2011, habiendo transcurrido el término pactado en los contratos de concesión adjudicados el 13 de junio del 2003, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, dio apertura al proceso licitatorio 001 del 2011 para concesionar, una vez más, “bajo la figura de Áreas de Servicio Exclusivo, la prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá D.C.”.</p>
<p>Auto 183 del 18 de agosto del 2011, proferido por la Corte Constitucional, mediante el que se dispuso la suspensión de la licitación 001 del 2011</p>	<p>En el marco de un trámite incidental⁴⁶, la Corte Constitucional, mediante auto 183 del 18 de agosto del 2011, dispuso la suspensión de la licitación 001 del 2011, argumentado para tal efecto que se hacía evidente “la imperiosa necesidad de [la] intervención del juez de tutela para la salvaguarda del ordenamiento constitucional, pues, amén de tratarse del cumplimiento de unas órdenes provenientes de esta Corporación en las referidas providencias, persist[ía] la duda fundada en torno a la posible trasgresión de los deberes estatales de adopción de medidas a favor de grupos discriminados o marginados, para que la igualdad sea real y efectiva, tal y como lo establece el Artículo 13 de la Carta”.</p> <p>Los contratos de concesión para la prestación del servicio vencían el quince (15) de septiembre del 2011.</p>
<p>Resolución 522 del 18 de agosto del 2011</p>	<p>La UAESP expidió la Resolución 522 del 18 de agosto del 2011, mediante la cual ordenó, entre otros, “suspender la Licitación Pública No. 001 del 2011, en cumplimiento del auto 183 del 18 de agosto del 2011” y declaró la urgencia manifiesta, argumentando la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. A través del referido acto administrativo se ordenó: i) al Director Operativo de la UAESP que preparara y remitiera a su Dirección Jurídica los documentos necesarios de orden técnico para celebrar los contratos derivados de la declaratoria de urgencia manifiesta y ii) se ordenó a la Directora Jurídica de la misma entidad proyectar los contratos que eran necesarios para “dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo en Bogotá”⁴⁷.</p>
<p>Celebración de contratos de concesión bajo el esquema de contratación directa</p>	<p>En virtud de lo expuesto, y ante la inminente finalización del contrato de concesión adjudicado en el 2003, cuya ejecución inicio el 15 de septiembre del 2003, la UAESP celebró el 12 de septiembre del 2011, bajo el esquema de contratación directa, los contratos de concesión 157E, 158E, 159E y 160E, con operadores privados, por el término de 6 meses, contados a partir del 16 de septiembre del 2011⁴⁸, finalizando el 16 de marzo del 2012.</p>
<p>Auto 275 del 19 de diciembre del 2011, proferido por la Corte Constitucional, mediante el que se dejó sin efectos la totalidad del proceso licitatorio 001 del 2011</p>	<p>El 19 de diciembre del 2011 finalmente la Corte Constitucional, a través del auto 275, declaró que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, había incumplido las órdenes dispuestas en la sentencia T-724 del 2003 y los criterios generales fijados en el auto 268 del 2010, razón por la cual dejaba sin efectos la totalidad del proceso licitatorio 001 del 2011.</p> <p>A juicio de esa Corporación, se hacía necesario que el Distrito de Bogotá definiera y rediseñara un esquema de la actividad de reciclaje con acciones afirmativas “en favor de la población que se dedica[ba] de manera permanente a la actividad de reciclaje -lo que supon[ía] un enfoque diferencial-, de manera que se logr[ara] su regularización respecto de la prestación de los servicios complementarios de aseo en los componentes de reciclaje, transporte, transformación y aprovechamiento de residuos”, esquema que, en todo caso, debía ser entregado a ese mismo Tribunal y a la Procuraduría General de la Nación, a más tardar el 31 de marzo del 2012.</p> <p>Las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, al dejar sin efecto</p>

⁴⁶ A través del auto 180 del 2011, la Corte Constitucional avocó el conocimiento del trámite incidental frente a la licitación 001 de, 2011, al tiempo que requirió de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP, algunas precisiones en relación con las condiciones previstas en el referido proceso licitatorio.

⁴⁷ Folios 13 a 17. Anexo No. 21.

⁴⁸ Folios 18 a 81. Anexo No. 21.

	<p>la Licitación Pública No. 001 del 2011, ante el incumplimiento de la UAESP frente a lo dispuesto en la sentencia T-724 del 2003 y de los criterios generales fijados en el Auto 268 del 2010, fueron las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Definición de un esquema de metas a cumplir a corto plazo. 2. Seguimiento del órgano de control al esquema de metas de corto plazo. 3. Intervención de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA. <ol style="list-style-type: none"> 3.1. Revisión y definición de parámetros generales para la prestación de los servicios de separación, reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos. 3.2. Regularización de la población de recicladores. 4. Normalización en la prestación del servicio público de aseo a través del esquema que el Distrito estime pertinente. 5. Actualización del censo de recicladores.
--	--

IV. El esquema de contratación directa para la prestación del servicio público de aseo para la fecha en que Gustavo Francisco Petro Urrego asume el cargo de Alcalde Mayor de Bogotá	
Esquema de recolección y transporte en el servicio público de aseo en Bogotá	<p>El esquema de recolección y transporte en el servicio público de aseo en Bogotá presentaba una estructura dual⁴⁹, en la que se diferenciaban dos actores:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Empresas privadas mediante contratos de concesión. 2. Una población de miles de recicladores de oficio.
Gustavo Francisco Petro Urrego asumió el cargo de Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá	<p>Para la fecha en que asumió la alcaldía el señor Gustavo Petro Urrego (1 de enero del 2012) se estaban ejecutando los contratos de concesión, celebrados bajo el esquema de contratación directa con operadores privados, que vencían el 16 de marzo del 2012.</p>

V. Actuaciones adelantadas por la administración distrital tendientes a asegurar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá	
Resolución 065 del 8 de febrero del 2012, expedida por el Director de la UAESP	<p>El 8 de febrero del 2012, el Director de la UAESP, a través de la Resolución 065, declaró la urgencia manifiesta para asegurar la continua prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., ante la proximidad del vencimiento del término pactado en los contratos 157E, 158E, 159E y 160E, del 12 de septiembre del 2011⁵⁰.</p>
Contratos de concesión celebrados el 7 de marzo del 2012	<p>El 7 de marzo del 2012, la referida Unidad Administrativa suscribió los contratos de concesión 013, 014, 015 y 016, con varios operadores, por el término de 6 de meses⁵¹.</p>
Esquema de metas a cumplir para la inclusión de la población recicladora en la gestión pública de los residuos sólidos en la ciudad de Bogotá	<p>El 30 de marzo del 2012, el Director General de la UAESP remitió a la Corte Constitucional el esquema de metas a cumplir en el corto plazo, con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores. En el documento, se relata cómo se pretende superar el modelo actual en desarrollo de la política pública de Basuras Cero.</p> <p>De igual forma, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA, remitió en la misma fecha un informe que incluía los parámetros generales para la prestación de la actividad complementaria de aprovechamiento de residuos sólidos, en cumplimiento del Auto 275 del 2011.</p> <p>La Corte Constitucional, mediante auto 084 del 19 de abril del 2012,</p>

⁴⁹ De esta manera, se describe en el documento *Esquema de metas a cumplir para la inclusión de la población recicladora en la gestión pública de los residuos sólidos en la ciudad de Bogotá*.

⁵⁰ Folios 82 a 90. Anexo No. 21.

⁵¹ Folios 91 a 154. Anexo No. 21.

	<p>declaró: i) que la UAESP había enviado dentro del término previsto en el auto 275 del 2011 “el esquema de metas a cumplir en el corto plazo, con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores, y ii) que la CRA remitió, dentro del término exigido por el Auto 275 del 2011, “un esquema de las actuaciones que ha adelantado y continuará desarrollando conforme con sus competencias legales. Por ello, la insta a continuar con el proceso, siguiendo los postulados de la colaboración armónica entre entes públicos para la materialización de los derechos del referido grupo sujeto de especial protección constitucional, así como de los derechos ambientales de todos los habitantes de Bogotá”.</p> <p>El plan de inclusión distingue entre el esquema de prestación del servicio de aseo en sus componentes de recolección y transporte de residuos sólidos no aprovechables y el esquema de residuos aprovechables.</p> <p>Para el primero, plantea un esquema de prestación mediante la concesión de áreas de servicio exclusivo a cargo de operadores privados en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y para el de los residuos aprovechables, a cargo de las empresas de recicladores, la asignación de áreas o rutas también exclusivas.</p> <p>Las metas globales del plan de inclusión se plantearon de la siguiente manera: 1. Garantizar que el 100% de la población de Bogotá conozca el programa Basura Cero, separe en la fuente y disponga el material recuperable en las rutas de recolección selectiva. 2. Reorganizar el servicio público de aseo, reorientado hacia el aprovechamiento, de manera tal que los recicladores de oficio participen como prestadores en óptimas condiciones. 3. Formalizar al 100% la población de recicladores de oficio, haciendo efectiva la remuneración estable por su labor y el acceso a la seguridad social. 4. Desarrollar un marco regulatorio que garantice la separación en la fuente, la reorganización del servicio público de aseo orientado al aprovechamiento y reconocimiento efectivo del trabajo de los recicladores de oficio. 5. Cubrir la prestación del servicio de aseo del material aprovechable con rutas ecológicas, al 100% de usuarios de Bogotá. 6. Asegurar la sostenibilidad técnica, económica y financiera del modelo empresarial construido con la población recicladora para el servicio de recolección, transporte, acopio, comercialización y aprovechamiento de materiales reciclables.</p>
<p>Programa Basura Cero</p>	<p>El Programa Basura Cero, incluido en el Acuerdo 489 del 12 de junio del 2012, estaba orientado a “minimizar el impacto de los escombros y los residuos sólidos, incluyendo los especiales y peligrosos, generados por la ciudad, sobre el ambiente y la salud de los ciudadanos.”.</p> <p>Los proyectos prioritarios de este programa eran:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Estrategia de producción sostenible. 2. Cultura de reducción de basuras y separación en la fuente. 3. Modelo de reciclaje para Bogotá. 4. Aprovechamiento final y minimización de la disposición en relleno sanitario 5. Escombros cero. 6. Gestión integral de residuos especiales y peligrosos.
<p>Prórrogas a contratos de concesión</p>	<p>El 16 de agosto del 2012, la directora encargada de la UAESP suscribió con los concesionarios las prórrogas de los contratos de concesión número 013, 014, 015 y 016, por un término de tres meses, contados a partir del 18 de septiembre del 2012.</p>
<p>Contrato interadministrativo 017 del 2012</p>	<p>En forma paralela a la ejecución de las prórrogas de los referidos contratos 013, 014, 015 y 016 del 2012, el Director (e) de la UAESP y el Gerente de la EAAB suscribieron el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre del 2012, cuya motivación supuso que: “la UAESP deb[ía] dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional y evitar que nuevamente se declar[ara] el incumplimiento en el proceso de contratación del servicio de aseo de</p>

	<p>Bogotá, para lo cual deb[ía] adoptar medidas afirmativas orientadas a la regularización y formalización de la población recicladora de oficio”⁵².</p> <p>Con ocasión de la suscripción del referido contrato interadministrativo, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá adelantó la invitación pública 804 de octubre del 2012, con el fin de adquirir maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. Como resultado de la referida invitación, debe decirse, fueron suscritos los contratos No. 1-06-263000848 y 1-06-263000851 del 2012⁵³.</p>
Contrato interadministrativo 1-07-10200-0809-2012	El 4 de diciembre del 2012 , la EAAB y la Empresa de Aguas de Bogotá suscribieron el contrato interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, con el objeto de que esta última asumiera el desarrollo de las actividades operativas requeridas para la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad de Bogotá D.C.
Decreto 564 del 10 de diciembre del 2012	El 10 de diciembre del 2012, el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. expidió el Decreto 564, a través del cual, según se señaló en su epígrafe, se “adopt[aron] disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital, en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 del 2003 y en los Autos 268, del 2010; 275, del 2011, y 084, del 2012” .
Decreto 570 del 14 de diciembre del 2012	El 14 de diciembre del 2012 , el Alcalde Mayor de Bogotá expidió el Decreto 570 por el cual se decretó el estado de prevención o alerta amarilla, por el término de cuatro meses, para el manejo y control adecuado de los residuos sólidos urbanos en el Distrito Capital ⁵⁴ .
Otrosí número 1 al contrato interadministrativo 017 del 2012	El 17 de diciembre del 2012 , el Gerente de la EAAB y la Directora de la UAESP suscribieron el otrosí número 1 al contrato interadministrativo 017 del 2012, adicionando las cláusulas 1 (objeto) y 35 (periodo de transición y ajuste).
Resolución 768 del 17 de diciembre del 2012	En esa misma fecha, la Directora de la UAESP, a través de la Resolución 768 , declaró la urgencia manifiesta para asegurar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá ante la implementación del nuevo modelo bajo el que se prestaría el referido servicio público, para lo que se suscribieron una serie de contratos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C.

Hecho el anterior recuento, la Sala procede al estudio de cada una de las faltas disciplinarias endilgadas al demandante Gustavo Francisco Petro Urrego, así:

2.1. Falta prevista en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

La Procuraduría General de la Nación, en el acto sancionatorio del 9 de diciembre del 2013, consideró que la suscripción de los contratos interadministrativos entre la UAESP y la EAAB y entre la EAAB y la EAB vulneró los principios de la contratación estatal y de la función administrativa, por lo que se configuró la falta disciplinaria descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 2002.

En el acto sancionatorio se consideró:

⁵² Folio 16. Anexo 4.

⁵³ Folios 23 y siguientes del anexo No. 22.

⁵⁴ Folios 104 a 122. Anexo Dirección Jurídica Distrital.

“8. RAZONES DE LA DECLARATORIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL DISCIPLINADO

[...]

8.1 En cuanto a la falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único [...]

8.1.2 Tipicidad de la conducta

[...] En el presente caso, la suscripción de los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre de 2012 y 809 del 4 de diciembre de 2012, suscritos entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S. P., respectivamente, fueron totalmente irregulares, debido a que ninguna de estas dos empresas del Distrito contaban con el conocimiento, experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo [...]

8.1.2.1 En cuanto al contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012

[...] Con la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre se desconocieron todas las reglas de la contratación pública anteriormente mencionadas, con lo cual se produjo el incumplimiento de varios principios de la contratación estatal, situación que se encuadró en el comportamiento establecido en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

1. En cuanto al **principio de transparencia** [el desarrollo de este principio constituye una reproducción del texto consignado en el pliego de cargos]⁵⁵.
2. En lo que se refiere al **principio de economía** establecido en el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 [el desarrollo de este principio constituye una reproducción del texto consignado en el pliego de cargos]⁵⁶.
4. En cuanto al **principio de selección objetiva**, establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 [el desarrollo de este principio constituye una reproducción del texto consignado en el pliego de cargos]⁵⁷.
6. Y en cuanto al **principio de responsabilidad** [el desarrollo de este principio constituye una reproducción del texto consignado en el pliego de cargos]⁵⁸.

8.1.2.2 En cuanto al contrato interadministrativo 0809 del 4 de diciembre de 2012

[...] La EAAB, en su condición de entidad pública, estaba obligada a cumplir con los mandatos estatutarios y legales que le fueran aplicables, incluyendo el Manual de Contratación de la entidad, adoptado mediante la Resolución n°. 730 del 16 de noviembre de 2012 [...]

⁵⁵ En cuanto al **principio de transparencia**, en donde una de las reglas es la contenida en el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, está claro que la administración distrital, en este caso representada por la UAESP, no llevó a cabo los procedimientos de selección objetiva para haber contratado a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EAAB, para que asumiera la prestación del servicio público de aseo. **La UAESP no acudió a la regla de la licitación y, por el contrario, seleccionó a una empresa del Distrito que no tenía experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio.**

⁵⁶ En lo que se refiere al **principio de economía**, establecido en el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, no se cumplieron los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable: **no se hizo licitación y, por el contrario, acudiéndose a una causal de contratación directa se contrató con una empresa del Distrito que no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio, por lo cual la propuesta de la EAAB claramente no era la más favorable.**

Siguiendo con el **principio de economía**, tampoco se elaboraron los estudios previos requeridos para haber determinado que el contratista idóneo y que reunía las condiciones de experiencia y capacidad técnica era la EAAB.

⁵⁷ En cuanto al **principio de selección objetiva**, establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 del 2007, con la escogencia de la EAAB no se obtuvo el ofrecimiento más favorable para la entidad. Conforme al numeral 1 de la citada norma, la EAAB no tenía las condiciones de experiencia ni los factores adecuados para la prestación del servicio, por lo que la propuesta de la EAAB no fue la más ventajosa.

En el caso concreto, la EAAB, como entidad ejecutora, no subcontrató algunas actividades derivadas del contrato principal, sino que, mediante la suscripción del contrato interadministrativo 0809, trasladó toda la responsabilidad de la prestación del servicio público de aseo a otra entidad que tampoco tenía la experiencia ni la capacidad técnica requerida, como lo fue la Empresa Aguas de Bogotá.

⁵⁸ Y en cuanto al **principio de responsabilidad**, si bien es cierto que el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 establece que los servidores públicos responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los estudios que fueren necesarios, con mayor razón lo serán cuando se trate de la suscripción de los contratos interadministrativos. En el presente caso, valga repetir, una vez más, que no se elaboraron los estudios previos necesarios, pues los estudios que supuestamente determinaron que la EAAB tenía la capacidad y la experiencia requerida incurrieron en notables falencias e irregularidades como se expuso en forma precedente.

Así mismo, quedaron demostradas las notables deficiencias de los estudios previos que posibilitaron la suscripción del contrato interadministrativo n°. 0809 del 4 de diciembre de 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá. En efecto, los documentos totalmente impertinentes, como aquellos relacionados con la verificación de motivos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo, las notables deficiencias tanto en los estudios elaborados por la EAAB así como los documentos que sirvieron de soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá, el interminable listado de contratos que tuvo que celebrar Aguas de Bogotá para tratar de contar con los equipos mínimos requeridos y la falta de experiencia y la condición financiera de esta última empresa fueron las razones por las cuales se concluyó que con la suscripción de dicho contrato se desconocieron las normas contractuales vigentes, en especial, el principio de selección objetiva, con lo cual se puso en riesgo la continuidad de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá”.

La anterior decisión administrativa se confirmó en todas sus partes mediante el acto administrativo del 13 de enero del 2014, al considerar que estaba plenamente acreditado en la actuación disciplinaria que el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en su condición de Alcalde Mayor de Bogotá D.C., había dado “precisas instrucciones para que la asignación del servicio público de aseo se hiciera a un operador público, el cual en la ciudad de Bogotá no existía”, lo que generó el desconocimiento de los principios básicos de la contratación estatal. Lo anterior, porque a juicio de la Procuraduría, la suscripción de los contratos interadministrativos 017 y 0809 del 2012, celebrados, respectivamente, entre la UAESP y la EAAB, y la EAAB y la EAB, “fueron totalmente irregulares”, pues ninguna de estas empresas contaba con el conocimiento, la experiencia y la capacidad para asumir directamente la prestación del servicio de aseo.

La Procuraduría puso en entredicho que el 17 de diciembre del 2012, un día antes de iniciar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, la EAAB y la UAESP suscribieron un otrosí al contrato interadministrativo 017 del 2012, que establecía la posibilidad de contratar con terceros la prestación de dicho servicio, en contraposición a lo considerado desde un inicio por el Distrito Capital, esto es, asumir directamente y en un ciento por ciento la prestación del servicio.

Bajo este supuesto, la Procuraduría afirmó que la suscripción del otrosí evidenciaba que las empresas del Distrito nunca contaron con la capacidad, idoneidad y experiencia necesarias para la asumir en un ciento por ciento la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, pues finalmente fue necesario acudir al servicio de terceros.

En este sentido, la Procuraduría General de la Nación consideró que el Alcalde Mayor de Bogotá dispuso la suscripción de los contratos interadministrativos: (i) sin que se acudiera a las reglas propias de un proceso de licitación pública y (ii) en ausencia de los estudios previos requeridos para determinar que la EAAB era el contratista idóneo y que reunía las condiciones de experiencia y capacidad

técnica.

En conclusión, para la entidad disciplinaria, con la suscripción de los contratos interadministrativos se violaron las siguientes reglas y principios de la contratación estatal:

- **Principio de transparencia:** la UAESP no llevó a cabo los procedimientos de selección objetiva para contratar a la EAAB y no acudió a la regla de la licitación, sino que seleccionó a una empresa del Distrito que no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio público de aseo.
- **Principio de economía:** reiteró lo indicado respecto al principio de transparencia y agregó que hubo notorias deficiencias e irregularidades en la elaboración de los estudios previos que, aunque cumplieron formalmente los criterios establecidos en el Decreto 734 del 2012, en ellos se efectuaban “aseveraciones vagas e imprecisas y no ciertas” sobre la experiencia, capacidad e idoneidad con la que contaba la EAAB, pues no era cierto que la EAAB tuviera la experiencia, idoneidad y capacidad operativa. Esta empresa solo había prestado los servicios públicos de agua y alcantarillado, mientras que el servicio de aseo se incluyó en la modificación estatutaria del 5 de septiembre del 2012, que no cumplió lo dispuesto en el artículo 3.4.2.1.1 del Decreto 734 del 2012 y que fue de forma apresurada (26 días antes de la elaboración de los estudios previos, 27 días antes de la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa y 36 días antes de la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 2012).
- **Principio de selección objetiva:** con la escogencia de la EAAB no se obtuvo el ofrecimiento más favorable para la entidad, pues esa empresa no tenía las condiciones de experiencia ni los factores técnicos adecuados para la prestación del servicio, por lo que su propuesta no fue la más ventajosa. Es decir, **se eludió el proceso licitatorio** y, acudiéndose a una causal de contratación directa, se contrató con una empresa del Distrito que no tenía la experiencia ni la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio.

Para la Procuraduría General de la Nación, pese a que en los estudios se afirmaba que en el Distrito de Bogotá la EAAB “era la empresa que poseía la mayor capacidad administrativa y técnica para el manejo de los servicios de

saneamiento, al haber participado en forma asociada en proyectos de disposición de residuos sólidos con otras empresas y [que] además [contaba] con experiencia desde el año 1995 en proyectos de logística de equipos y vehículos para la prestación de servicios públicos en la actividad de saneamiento [y] [tenía] experiencia comercial y financiera para gestionar el negocio y para el manejo del recurso humano”, este argumento no era suficiente para tener por cumplido el requisito.

La Procuraduría cuestionó que la EAAB, como entidad ejecutora, mediante el contrato interadministrativo 0809 del 2012, trasladara toda la responsabilidad de la prestación del servicio público de aseo a la EAB, pese a que esta tampoco tenía la experiencia ni la capacidad técnica, lo cual quedó en evidencia no solo con la suscripción de múltiples contratos, sino con el informe de revisoría fiscal efectuado por la firma Deloitte & Touche Ltda., a la referida empresa. La firma del convenio interadministrativo 0809 del 2012 entre la EAAB y la EAB, “hizo que el convenio 017 del 2012 perdiera todo sentido”, toda vez que la EAB asumió la responsabilidad que en un inicio había asumido la EAAB.

La Procuraduría, además, consideró que las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en el auto 275 del 2011, sobre la implementación de acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, no apuntaban a que se contratara de determinada manera, sino a que se definiera y rediseñara un esquema para la prestación del servicio de aseo que dignificara la actividad de reciclaje.

Para resolver, se **considera**:

La falta imputada al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en ese entonces Alcalde Mayor de Bogotá D.C, correspondió a la prevista en el numeral 31 del artículo 48 del CDU que dispone:

“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes: [...] 31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”.

De la lectura de los actos administrativos demandados, la Sala advierte que la Procuraduría General de la Nación, al momento de tipificar la falta prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 2002, señaló las reglas legales que desarrollaban y daban alcance concreto a cada uno de los principios de la

contratación estatal que se estimaron vulnerados con la conducta del demandante y, a través de un proceso de integración jurídica, dotó de valor y sentido a los referidos principios de la siguiente manera:

PRINCIPIO	DISPOSICIÓN DE RANGO LEGAL
Transparencia	- Numeral 8, artículo 24 de la Ley 80 de 1993 - Numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 del 2007
Economía	- Numerales 1 y 12, artículo 25 de la Ley 80 de 1993
Selección objetiva	- Artículo 5 de la Ley 1150 del 2007
Responsabilidad	- Numeral 3, artículo 26 de la Ley 80 de 1993

En esos términos, a juicio de la Sala Plena de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aunque la Procuraduría General de la Nación planteó, de manera detallada y precisa, la descripción típica prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 2002, al señalar los principios de la contratación estatal y las disposiciones de rango legal que a su vez los desarrollaban, en todo caso los actos administrativos demandados son ilegales, porque hubo vicios en el proceso de adecuación típica de la conducta, lo que se traduce en la atipicidad de la falta, como pasa a explicarse.

Los elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta imputada son:

1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual.
2. Que la participación sea en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa establecidos en la Constitución y en la ley.

A partir de lo anterior, la Sala procederá a analizar para el caso concreto el segundo de los elementos de la tipicidad de la conducta, específicamente, en cuanto se le endilgó al disciplinado el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal: (i) por no haber acudido a las reglas propias de un proceso de licitación pública y (ii) por haber contratado con dos empresas del Distrito que no contaban con el conocimiento, experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo.

De conformidad con el artículo 311 de la Constitución Política y el artículo 5 de la Ley 142 de 1994, al municipio le corresponde, entre otras funciones, la de prestar los servicios públicos que determine la ley, entre los que se encuentran los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

El artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994 señala que, para los efectos de la gestión de los servicios públicos, se autoriza la celebración de contratos de las entidades oficiales para “transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban”.

El artículo 1º del Acuerdo 001 del 2012⁵⁹ establece que la UAESP⁶⁰ tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control de los servicios de recolección, transporte, disposición final, reciclaje y aprovechamiento de residuos sólidos, la limpieza de vías y áreas públicas, los servicios funerarios en la infraestructura del Distrito y el servicio de alumbrado público.

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 632 del 2000, el esquema de prestación a través de la concesión de áreas de servicio exclusivo requiere de la celebración de contratos, previa realización de licitación pública.

El acatamiento de las órdenes fijadas por la Corte Constitucional en el Auto 275 del 2011 y el desarrollo de la política pública de Basura Cero significaba un cambio en la orientación del modelo utilizado. En razón a ello, la UAESP presentó el “ESQUEMA DE METAS A CUMPLIR PARA LA INCLUSIÓN DE LA POBLACIÓN RECICLADORA EN LA GESTIÓN PÚBLICA DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.” (en adelante el Esquema), en el que se indicó que la base del nuevo modelo “es una política pública que garantiza en el corto plazo y de manera permanente la maximización de la separación en la fuente y la generalización de una cultura de manejo de los residuos basada en el compromiso ciudadano de minimizar sus impactos sobre el ambiente y reducir sus efectos sociales negativos. Este cambio de orientación solo tiene sentido si la ciudad consigue organizar la recolección del material separado en la fuente, de forma tal que se haga posible su reutilización, lo cual implica que se suprime en

3 “Por el cual se modifica la estructura organizacional y se determinan las funciones de las dependencias de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos”.

60 La UAESP es una entidad del orden distrital del sector descentralizado por servicios, de carácter técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital de Hábitat.

adelante el modelo de recolección mezclada o no diferenciada de residuos de Bogotá”⁶¹.

El esquema de metas a partir del cual se habilitaría a la UAESP para la realización del trámite precontractual y la conclusión de la adjudicación del servicio establecía el proceso licitatorio como modelo de contratación, a través de la concesión de áreas de servicio exclusivo, para las actividades de recolección, transporte y disposición de residuos ordinarios no reciclables.

De acuerdo con el Esquema, la adjudicación para la operación del servicio de aseo público en Bogotá (recolección, barrido y limpieza) se haría a través del proceso de selección objetiva, como de manera expresa se indicó:

“El proceso de selección objetiva que en el futuro próximo se abra para adjudicar la operación del servicio público de aseo, se estructurará sobre la base de diferenciar tanto operativa, como administrativa y financieramente, las actividades de recolección, transporte y disposición de residuos ordinarios no reciclables, de aquellos que sí lo son.

De tal manera que en la licitación que se abra para adjudicar el servicio de recolección, barrido y limpieza en Bogotá, se limitará su objeto a la recolección y transporte de material no reciclable y será explícita la condición de que una parte determinada de la tarifa se destinará a remunerar de manera directa la labor de los recicladores de oficio que se ocuparán de cubrir la totalidad de la ciudad con rutas de recolección selectiva”.

El plan de inclusión presentado por el Distrito contiene estrategias, medios de verificación, tiempos de cumplimiento e indicadores de verificación. Las mismas fueron presentadas y discutidas en un proceso de deliberación formal con las organizaciones de recicladores de primer y segundo nivel. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional se ha desarrollado un trabajo de coordinación con la Comisión Reguladora de Agua Potable”⁶².

El Director General (E) de la UAESP, por medio del oficio 20127010050271 del 5 de julio del 2012, dio respuesta a un requerimiento de la Contraloría de Bogotá, en el que explicó las complejidades que implicaba el proceso licitatorio para la adjudicación del servicio público de aseo:

“La UAESP sí ha adelantado de manera oportuna actividades para la planificación y estructuración del proceso licitatorio para la contratación del servicio de aseo, pero [...] circunstancias especiales han condicionado la realización del trámite precontractual y la conclusión de la adjudicación del servicio:

3) La UAESP, para poder adelantar la licitación pública para la prestación del servicio de aseo, debía esperar el pronunciamiento y aprobación de la Corte Constitucional del esquema de metas a cumplir a corto plazo para la inclusión de la población de recicladores en la prestación del servicio de aseo, lo cual habilitaría a la entidad para estructurar el modelo de prestación del servicio de aseo que incluya la recolección de residuos aprovechables y no aprovechables [...]

5) La licitación pública para la prestación del servicio de aseo depende de la estructuración final por parte de la UAESP del esquema de inclusión de los recicladores, ordenado por la Corte Constitucional. La implementación organizativa y operativa del esquema requiere de

⁶¹ Folio 3 vuelto. Anexo No. 18.

⁶² Folio 5. Anexo No. 18.

los resultados del censo de recicladores cuya actualización ordenó la Corte. Si bien se contrató tal labor desde el mes de marzo, sus resultados finales no serán entregados hasta finales del mes de agosto”.

7) Para la UAESP es concluyente que la estructuración de la licitación se condicionaba a lo que resolviera la CRA (se refiere a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional a dicha entidad) [...] más si se tiene en cuenta que la intención de la Corte Constitucional es que la Comisión defina los parámetros y fórmula tarifaria para la actividad de aprovechamiento como un componente del servicio de aseo, que contemple los costos no solo (sic) la actividad de separación, recolección y transporte, sino también la de reciclaje, pretransformación y transformación y su infraestructura relacionada, como son las bodegas, centros de acopio y los parques de reciclaje [...]

8) La estructuración del proceso licitatorio estaba condicionada a que se decidiera por la autoridad competente lo relacionado con la legalidad de incluir Áreas de Servicio Exclusivo, ASE, para la actividad de aprovechamiento y para los grandes generadores lo cual viabiliza en (sic) cierre financiero del esquema [...]

9) La UAESP ha planificado la licitación pública para que quede estructurada antes de que concluya el plazo de vencimiento de la declaratoria de urgencia manifiesta, pero el inicio y conclusión del proceso precontractual tendría que realizarse con posterioridad al vencimiento de dicho término en razón de los tiempos que demanda el proceso licitatorio bajo el régimen de la contratación estatal, que para este tipo de concesiones es superior a cuatro meses, y porque la verificación de motivos a que se refiere el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, demanda en promedio tres meses, desde el momento en que se presenta la solicitud [...]

10) El trámite de la licitación pública para la concesión del servicio de aseo es de una complejidad mayor al promedio, por razones de la cuantía del negocio y por las especificaciones que requiere el pliego en lo relacionado con los aspectos operativos, técnicos, económicos y financieros del modelo de la concesión [...]

11) [...] La organización del criterio tarifario que se debe incluir en los pliegos depende de las decisiones que al respecto adopte la CRA, lo cual a la fecha no ha sido decidido en forma satisfactoria por el ente regulador. Al respecto, debe señalarse que la Comisión le manifestó a la Corte que solo hasta octubre del 2013 concluirá la nueva metodología tarifaria que incluiría los parámetros para la actividad del aprovechamiento en cumplimiento del Auto 275 del 2011 [...]

Como puede observarse, la estructuración e implementación de la licitación no se reduce a un proceso de menor complejidad consistente en vincular el esquema de inclusión a un proceso de selección. Por el contrario, la estructuración y conclusión del proceso contractual ha estado condicionada a que se adopten decisiones por parte de otras autoridades administrativas, principalmente de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, de la conclusión de estudios, como corresponde al de actualización del censo de recicladores, a que previamente se hayan resuelto necesidades de orden presupuestal, y a las demás mencionadas en las consideraciones presentadas en esta respuesta. Es por estas razones y la necesidad de operativizar en modelo que priorice el aprovechamiento, junto con los estudios que ello requiere que la licitación no ha podido concluirse”.

Como parte del proceso de reorganización del servicio público de aseo reorientado hacia el aprovechamiento, la UAESP inició una serie de acciones dirigidas al cumplimiento de dos logros: “1. La creación de las organizaciones de recicladores autorizadas, ORA, y 2. El reconocimiento económico de la actividad desarrollada por los recicladores de oficio”.

Para la conformación de las organizaciones de recicladores autorizadas, ORA, se necesitó el informe final de la actualización del censo realizado por la Universidad

Distrital, de acuerdo con el cual “[...] se ha evidenciado una problemática bastante compleja en la medida en que al ser una población tan vulnerable, en especial aquellos que no hacen parte de ninguna organización y que ascienden al 70% de la población, presentan dificultades para constituirse en organizaciones prestadoras del servicio”⁶³.

El Director General (E) de la UAESP, mediante oficio No. 281450/12⁶⁴, indicó a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública que esa entidad “[...] está adelantando el proceso para que vía licitación se concesione el servicio de aseo en el componente de recolección, barrido y limpieza (RBL), con inclusión de Áreas de Servicio Exclusivo y, en tanto que el proceso precontractual concluye, se mantendrá vigente la urgencia manifiesta declarada en febrero del año 2012, y la contratación para la prestación del servicio por parte de los actuales operadores, ya sea por vía prórroga o nueva contratación directa [...] El sustento jurídico es el marco normativo contenido en los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993, que tipifica las circunstancias y condiciones bajo las cuales se declara la urgencia manifiesta, cuya vigencia se mantiene hasta que cesen las condiciones y circunstancias bajo las cuales se fundó su declaratoria, que para el caso concreto es la adjudicación de la concesión vía ASE del servicio RBL; concesión que debe arrancar a la par con el esquema de inclusión de recicladores para el servicio de la actividad y aprovechamiento, conforme al esquema operativo para la prestación de servicio de aprovechamiento, establecido en el documento del plan de inclusión para la población recicladora”.

El Estudio de Factibilidad Técnica, Económica y Financiera⁶⁵, para la verificación de motivos para la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión del servicio público domiciliario de aseo en Bogotá 2014-2022, se elaboró atendiendo no solo las disposiciones constitucionales y legales sobre este servicio, sino, además, dos imperativos ineludibles para la administración distrital, a saber:

1. El Acuerdo 489 del 2012 del Concejo de Bogotá –por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá D.C., 2012-2016 Bogotá Humana, que establece en el artículo 30 el Programa Basura Cero.

⁶³ Folio 1745

⁶⁴ Folios 238 a 243. Anexo No. 5

⁶⁵ Folios 99 y s.s. del Anexo No. 3 y CD.

2. Las órdenes impartidas por la Corte Constitucional al Distrito Capital, UAESP, contenidas en la Sentencia T-724 del 2003 y en los autos 268 del 2010 y 275 del 2011.

De acuerdo con el estudio de factibilidad, en el que se incorporaron los compromisos adquiridos por la UAESP, se tiene que:

i) [...] el proceso de selección objetiva que se adelanta para adjudicar la operación del servicio público de aseo a operadores del servicio de residuos ordinarios no puede ser visto de manera independiente a la entrada en funcionamiento del sistema de aprovechamiento”;

ii) “La exclusividad se extiende por lo dicho anteriormente a las actividades de recolección y transporte de residuos sólidos no aprovechables al relleno sanitario, barrido, limpieza, poda de árboles y corte de césped, de conformidad con los requerimientos establecidos en el reglamento técnico operativo para la prestación el servicio. Tal exclusividad no se extiende en ningún caso a las actividades propias del servicio de recolección y transporte de residuos potencialmente aprovechables en las rutas ecológicas, cuya operación estará a cargo de los recicladores de oficio, formalizados y regularizados a través de organizaciones autorizadas para la prestación de servicios públicos, conforme lo establece la Ley 142 de 1994”;

iii) De conformidad con lo establecido en la Resolución CRA 151 de 2001 [...] el término de duración de las áreas se extiende por un periodo de ocho (8) años, contados a partir de la firma del acta de inicio de actividades por parte del respectivo operador”;

iv) **“La medida de operar el servicio de aseo a partir del 18 de diciembre por un periodo transitorio de un (1) año mediante Convenio Interadministrativo con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ESP - EAAB ESP, responde a la necesidad de contar con espacio para la organización del esquema operativo del sistema de aprovechamiento operado por la población recicladora de acuerdo con las órdenes de la H. Corte Constitucional mediante el Auto 275”;**

v) “Adelantar una licitación de aseo de manera inmediata no es posible por las condiciones señaladas, que implicarían además suscribir un contrato a 8 años, que no podría modificarse a la luz de la nueva reglamentación tarifaria establecida por la CRA, que será emitida por esta entidad en octubre de 2013, según el cronograma presentado a la H. Corte Constitucional. Siendo este motivo un posible riesgo que implique desequilibrios financieros en los contratos de operación del servicio público de aseo en el componente de aprovechamiento”.

De acuerdo con lo anterior, está probado en el expediente que hubo distintas razones que dificultaron la realización del proceso licitatorio para la contratación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, en el que además debía tenerse en cuenta las órdenes de la Corte Constitucional, que involucraban de manera concurrente a varias autoridades para su cumplimiento, dentro del marco de sus competencias, siendo ello una condición para el trámite precontractual para la adjudicación del servicio de aseo.

En efecto, el esquema de metas presentado por la UAESP estableció el proceso licitatorio como modelo de contratación para la prestación del servicio público de aseo a través de la concesión de áreas de servicio exclusivo. Sin embargo, según quedó demostrado, la estructuración del proceso licitatorio en el plazo

comprendido entre el mes de abril del 2012, fecha en la que fue aprobado por la Corte Constitucional el plan de inclusión presentado por la UAESP, y el mes de diciembre del 2012 no fue posible debido a las razones que la misma UAESP explicó y que, en modo alguno, se le pueden atribuir a omisión de quien fungía para esas fechas como Alcalde Mayor de Bogotá.

Entre las actuaciones que debía cumplir la UAESP, de acuerdo con el plan de inclusión, antes de dar inicio y apertura a una licitación pública para la prestación del servicio de aseo, estuvieron, entre otras: (i) la reorganización del servicio público para que los recicladores de oficio participaran como prestadores del mismo en óptimas condiciones, a través de empresas, centros de acopio y parques de reciclaje autorizados, (ii) la formalización al 100% de la población de recicladores de oficio, haciendo efectiva la remuneración estable por su labor y el acceso a la seguridad social, (iii) el desarrollo de un marco regulatorio que garantizara la separación en la fuente, la reorganización del servicio público de aseo orientado al aprovechamiento y el reconocimiento efectivo del trabajo de los recicladores de oficio y (iv) disponer de un marco normativo apropiado que permitiera en el servicio de aseo de Bogotá la separación de los componentes de recolección, tratamiento y disposición final de los residuos ordinarios a cargo de los operadores privados en áreas de servicio exclusivo, ASE, de la recolección, transporte y aprovechamiento de material recuperable, a cargo de la población de recicladores de oficio, de manera que estas dos actividades se realizaran en forma coordinada y en todo caso garantizara a la ciudad un servicio de aseo eficiente, económico y de calidad⁶⁶.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la administración central al suscribir los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre del 2012 y 809 del 4 de diciembre del 2012, entre la UAESP y la EAAB, y la EAAB y la EAB S. A. E. S. P., respectivamente, no eludió los procedimientos de selección objetiva a través del proceso licitatorio para la adjudicación de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá mediante la implementación de un esquema de aseo que permitiera dar cumplimiento en corto plazo a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional y poner en ejecución el plan de inclusión de la población de recicladores en la prestación del servicio de aseo. El proceso de selección objetiva para adjudicar la operación de este servicio a operadores del servicio de residuos ordinarios no podía llevarse a cabo de manera independiente

⁶⁶ Folio 49. Anexo 18.

a la entrada en funcionamiento del sistema de aprovechamiento.

Es más, la misma Procuraduría General de la Nación reconoció que la administración no podía iniciar el proceso de licitación. Al respecto señaló que: “es cierto que la administración distrital encontró para el mes de junio del 2012 que no era posible iniciar un nuevo proceso de licitación pública de la prestación del servicio de aseo bajo el sistema de las áreas de servicio exclusivo”⁶⁷.

En los términos en los que fue planteado el cargo, las circunstancias particulares que antecedieron a la suscripción de los mencionados contratos no evidencian el desconocimiento del deber previsto en la Ley 632 del 2000 sobre la asignación de áreas de servicio exclusivo mediante la celebración de contratos de concesión previa la realización de licitación pública.

Adicionalmente, el contrato No. 017 del 2012 es un contrato interadministrativo que se formalizó por contratación directa, de conformidad con lo autorizado en el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 del 2007, y reglamentado en el artículo 3.4.2.1.1 del Decreto 734 del 2012, que procede por estar sustancialmente relacionado el objeto contractual con el objeto social de la entidad ejecutora: EAAB. No se trata de una contratación “irregular” como se califica al sustentar la falta disciplinaria.

En efecto, el mismo Director (E) de la UAESP, mediante acto administrativo, resolvió declarar justificada la contratación directa, de conformidad con lo autorizado por el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 del 2007, para la celebración de un contrato interadministrativo con la EAAB E.S.P⁶⁸ con el objeto de “garantizar la prestación continua y eficiente del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. mientras se implementa de manera definitiva el esquema operativo y contractual bajo el cual se prestará el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., se surte el trámite de la verificación de motivos para la concesión del servicio de aseo con la inclusión de ASE, conforme al procedimiento previsto en la sección 1.3.7 de la Resolución CRA 151 del 2001, y se adelante el proceso precontractual que ordena la ley para la conveniencia y oportunidad de suscribir un contrato de operación con una empresa de servicios públicos oficial que garantice la prestación continua y eficiente del servicio a todos los usuarios de la ciudad, sin importar su condición económica y las condiciones de accesibilidad para la prestación del servicio, que contribuya de manera efectiva a la ejecución

⁶⁷ Pág. 145 del acto sancionatorio.

⁶⁸ Folios 35 y ss. Anexo 2.

del programa del gobierno distrital de “Basura Cero” contenido en el Plan de Desarrollo 2012 – 2016 Bogotá Humana (Acuerdo 489 del 2012 del Consejo Distrital), que enfoque la prestación del servicio de aseo hacia el aprovechamiento, y que permita la implementación gradual del esquema de inclusión de la población recicladora, la cual, por mandato del Auto de la Corte Constitucional No. 275 del 2011, tiene la exclusividad para la prestación de esta actividad complementaria”.

Para la Sala, entonces, a partir de las especiales situaciones a las que se vio abocado el Distrito Capital en la implementación de un nuevo modelo o esquema de aseo que integra: (i) las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en Auto 275/11, (ii) el Programa Basura Cero y (iii) el esquema de metas a cumplir para la inclusión de la población recicladora en la gestión pública de los residuos sólidos de la ciudad de Bogotá, las decisiones adoptadas por el exalcalde Mayor de Bogotá, en particular en lo que tiene que ver con los contratos interadministrativos 017 y 0809 del 2012, no transgredieron sus deberes funcionales y no se adecuaron a la descripción normativa de la falta disciplinaria que se le endilga.

En este aspecto, es necesario resaltar que la Fiscalía General de la Nación, en providencia del 21 de noviembre del 2014, dispuso archivar la investigación adelantada contra Gustavo Francisco Petro Urrego y otros, por los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos, prevaricato por acción y concierto para delinquir, con ocasión de la indagación adelantada por los hechos que constituyen el eje temático referido a la implementación del nuevo modelo de aseo de Bogotá.

Aun cuando se trata de responsabilidades de distinta índole frente a la conducta asumida por el servidor público, en el presente caso concurre el hecho de la inobservancia de los principios que orientan la función pública y, en especial, la contratación estatal como supuesto normativo que soporta el acto típico penal y la falta disciplinaria imputada.

Frente a este hecho, para la Fiscalía General de la Nación, “[...] lo cierto es que una revisión minuciosa del contrato interadministrativo No. 017 del 2012 y de sus antecedentes, revela que el mismo no estuvo cimentado en una urgencia, así puede concluirse pues dentro del acto administrativo de justificación de contratación directa, como en la motivación del contrato se hace alusión a lo normado en el artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994, esto es, a la contratación para encomendar la prestación de servicios públicos; así como también se invocó

expresamente lo dispuesto en el literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 del 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 del 2011, que puntualmente hace referencia a la contratación directa bajo la modalidad de contrato interadministrativo [...] la UAESP estaba autorizada a contratar directamente, bajo la modalidad de contrato interadministrativo, la gestión y operación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., con la EAB, considerando que las restricciones establecidas en los regímenes de contratación pública y servicios públicos domiciliarios, o bien no cobijan las entidades contratantes o al objeto del contrato propiamente dicho”⁶⁹.

Ahora bien, frente a la violación de los principios de contratación estatal, por haber contratado con dos empresas del Distrito que no contaban con el conocimiento, experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo, la Sala advierte que en los estudios previos elaborados por la UAESP se señaló que “[...] la empresa que cumple con esas condiciones es la EAAB por ser una empresa de vasta experiencia, con una estructura patrimonial de gran envergadura, con solvencia financiera a toda prueba, pero especialmente por el contar con una capacidad operativa y administrativa excepcional en la prestación de servicios de agua y saneamiento” ⁷⁰. Empero, la Procuraduría desestimó lo dicho, sin identificar y explicar en detalle cuáles eran las “aseveraciones vagas e imprecisas y no ciertas” sobre la capacidad de la EAAB. El único hecho que en este punto manifestó la Procuraduría está referido a la proximidad entre la modificación del objeto social de la EAAB y la entrada en operación del nuevo esquema en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, al cual la entidad le atribuye calidad de suficiente para demostrar la “incapacidad absoluta” de la EAAB para asumir la prestación del servicio de aseo.

La Sala considera que la Procuraduría General de la Nación no tuvo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional posteriores al auto 275 del 2011, en los que, en múltiples ocasiones, instó a la UAESP para que continuara con el proceso de implementación del nuevo modelo transitorio de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, al evidenciarse importantes avances en la adopción de acciones afirmativas a favor de la población recicladora.

Asimismo, se destaca que el ente de control no indicó en el acto administrativo sancionatorio, cuáles eran las “aseveraciones vagas e imprecisas y no ciertas”

⁶⁹ Folios 1044-1095, cuaderno 2 del expediente.

⁷⁰ Ver folio 478 del cuaderno original No. 3.

consignadas en los estudios previos a la suscripción del contrato interadministrativo 017 del 2012, como tampoco se muestra el cumplimiento de la actividad probatoria requerida en esta clase de asuntos⁷¹ con miras a obtener una prueba idónea que acreditara plenamente el hecho imputado. Para la Procuraduría General de la Nación bastaron los apartes de los estudios previos que se trajeron al proceso administrativo sancionatorio, para concluir que la EAAB no contaba con la experiencia, idoneidad y capacidad operativa requeridas para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., lo cual, a juicio de la Sala, dio lugar a una imputación imprecisa a partir de una apreciación de la prueba que carece de razonabilidad, lo que sin duda alguna dificulta el derecho de contradicción y de defensa del disciplinado.

Además, la cláusula 17 del convenio 017 del 2012 preveía la posibilidad de que la EAAB “se apoyara en otras empresas prestadoras de servicios públicos” para cumplir a satisfacción con el objeto del contrato, sin que ello implicara un “desprendimiento de sus responsabilidades”. Prueba de esto último lo constituye el hecho de que, incluso con posterioridad a la suscripción del contrato 0809 del 2012, la EAAB siguió adelantado actuaciones tendientes a la puesta en marcha del nuevo esquema en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, como lo fue la firma de los dos contratos para la adquisición de maquinaria.

Según quedó visto, la Procuraduría incurrió en los siguientes vacíos: (i) no verificó el alcance de la cláusula 17 del referido contrato interadministrativo, (ii) no constató si la EAAB había trasladado todas sus obligaciones contractuales a otra empresa prestadora de servicios públicos y (iii) no comprobó la actividad contractual de la referida empresa con posterioridad a la suscripción del convenio interadministrativo 0809 del 2012, para concluir que la EAB había asumido la totalidad de la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

Fuera de lo anterior, la Procuraduría manifestó que el documento *Análisis jurídico, técnico, administrativo y financiero para la gestión y operación del servicio público de aseo en Bogotá D.C.*, constitutivo del estudio previo, dejó en evidencia la falta de experiencia, idoneidad y capacidad operativa de la EAB para asumir la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Sin embargo, a diferencia de este análisis, la Sala no pasa por alto que el referido documento señala que esa empresa contaba con “una organización administrativa y logística que [podía]

⁷¹ De conformidad con los artículos 128 y 129 del CDU, le compete al funcionario instructor en materia disciplinaria la obligación de “buscar la verdad real”, esto, a través de la consecución imparcial de las pruebas para establecer si hay o no lugar a declarar la responsabilidad disciplinaria de un servidor público.

extenderse al servicio de aseo considerando su conocimiento y experiencia en la administración y operación del relleno sanitario de la ciudad, maquinaria pesada, manejo de tripulaciones de técnicos, operarios y ruteo, estrategias de comunicación, manejo de grandes y pequeños clientes, gestión social implementada, disposición final de residuos, entre otros”⁷².

La anterior manifestación, consignada en la propuesta presentada por la EAB, sostiene que esa empresa sí contaba con experiencia necesaria para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, al señalar concretamente su participación en la administración del Relleno Sanitario Doña Juana. Sin embargo, en criterio de la Sala, la Procuraduría General de la Nación descalificó la experiencia que la EAB acreditó ante la EAAB para suscribir el convenio interadministrativo 0809 del 2012, sin verificar las condiciones en las que se venía administrando y operando el Relleno Sanitario Doña Juana, esto, como punto de referencia para establecer si la EAB contaba o no con experiencia en la materia.

Tampoco se evidencia un análisis juicioso sobre la supuesta falta de conocimiento, experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo a partir de la prueba documental allegada a la actuación administrativa, dentro de la que cuenta i) el “análisis jurídico, técnico y financiero para la gestión y operación del servicio público de aseo en Bogotá D.C., a cargo de la EAAB”⁷³ y ii) el “Análisis Jurídico, Técnico, Administrativo y Financiero para la operación del servicio público de aseo en Bogotá, D.C., a cargo de Aguas de Bogotá. S.A., E.S.P.”⁷⁴.

A través de estos documentos, cada una de las empresas de servicios públicos concernidas sustenta el conocimiento y la experiencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios, así como la capacidad financiera, administrativa y operativa para asumir la prestación del servicio de aseo.

En el análisis económico y financiero de la EAAB se indica que:

“El sólido Perfil Financiero de la EAAB está soportado en que es la empresa de acueducto y alcantarillado más grande del país en términos de ingresos (1,3 billones anuales), activos fortalecidos gracias a la ejecución de planes de inversión que la ubican con la mayor infraestructura para los servicios de acueducto y alcantarillado (activos por \$9,8 billones) con los cuales satisface las necesidades de una población cercana a los 8 millones de habitantes con altos índices de cobertura (99%) y continuidad (99%) en la prestación de servicios. En las proyecciones financieras se incorpora la ejecución del plan de inversión por \$2,5 billones proyectados para el período 2012-2016 [...]

⁷² Folio 497 del cuaderno original No. 3.

⁷³ Folios 110 y ss. Anexo 15.

⁷⁴ Folios 147 y ss. Anexo 15.

El informe de calificación AAA otorgado por Fitch Ratings destaca que la Empresa cuenta con un monto de crédito aprobado hasta \$395.000 millones y una robusta Posición de Liquidez y métricas Crediticias que se mantienen fuertes aún en escenarios ácidos con reducciones del Ebitda a niveles de 37,38%.

Para incursionar en el nuevo negocio se pretende suscribir un Contrato Interadministrativo con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, para la gestión y operación del servicio público de aseo en Bogotá en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva.

Y la Empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. “tiene una organización administrativa y logística que puede extenderse al servicio de aseo, considerando su conocimiento y experiencia en la Administración y Operación del Relleno Sanitario de la Ciudad, maquinaria pesada, manejo de tripulaciones de técnicos, operarios y ruteo, estrategias de comunicación, manejo de grandes y pequeños clientes, gestión social implementada, disposición final de residuos, entre otros [...] el músculo financiero de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. está soportado en la ejecución de proyectos como PDA Guajira, PDA Boyacá, Interventoría Emergencias Ola Invernal Cundinamarca, Operación de la PTAR El Salitre, Operación Acueducto Interveredal “Arboreto” entre otros [...] La estabilidad de los ingresos está garantizada mediante las tarifas reguladas que incorporan la remuneración a las actividades de inversión y operación”.

A juicio de la Sala, la Procuraduría no cumplió con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación y que correspondían a las “notables deficiencias de los estudios previos que posibilitaron la suscripción del contrato interadministrativo n°. 0809 del 4 de diciembre del 2012, celebrado entre la EAAB y la empresa Aguas de Bogotá”. Tampoco se desvirtuó el contenido de los estudios allegados por las respectivas entidades.

Según se acreditó en el expediente, los estudios previos se realizaron de conformidad con el numeral 12 del artículo 25⁷⁵ de la Ley 80 de 1993, reglamentado por el artículo 2.1.1. del Decreto 734 del 2012⁷⁶.

La prueba testimonial, contrario a lo considerado por el ente de control, justifica el contenido de los análisis técnicos presentados por las mismas entidades. El testigo Jorge Pino Ricci al ser interrogado, en su condición de asesor de la

⁷⁵ Modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 del 2011. Previo a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

⁷⁶ La fecha de elaboración de los estudios data del 1 de octubre del 2012 (Folios 1-32. Anexo No. 2).

EAAB⁷⁷, sobre hechos relacionados con la capacidad de esta entidad para prestar el servicio de aseo, señaló:

“¿Conforme a su conocimiento en la materia, explíquenos si la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá tiene la capacidad jurídica para prestar el servicio público domiciliario de aseo?

R/ “Esa fue uno, una de las inquietudes que tuvimos que examinar junto con varios asesores en la empresa de acueducto, bajo la administración del doctor Diego Bravo, la conclusión a la que llegamos (sic) el grupo jurídico de la empresa con mi asesoría externa es que incluso la empresa de acueducto no necesitaba cambiar sus estatutos para asumir la prestación del servicio de aseo en la ciudad, de varias expresiones que están contenidas en sus estatutos se podía deducir claramente que, en general, estaba facultada para la prestación y para celebrar contratos cuyo objeto fuera la prestación del servicio domiciliario de aseo. Sin embargo, para evitar cualquier duda e inquietud aunque, insisto, a mi juicio, en mi opinión profesional, eso no era necesario, no traje aquí los estatutos de la empresa, pero fácilmente se podrán revisar donde hay expresiones que, digamos, que la, que lo permiten y también que disposiciones legales de la Ley 142 de 1993 se deduce que, sin modificar los estatutos la empresa, tenía facultades, pero para evitar cualquier controversia o discusión se aprobó por parte del Consejo Directivo una adición a los estatutos, en las que quedara y no existiría ninguna duda, de que, digamos, la empresa tenía ese objeto”⁷⁸.

De acuerdo con el conocimiento del testigo respecto de la capacidad jurídica de la entidad no era necesaria la adición a los estatutos en cuanto a incluir en el objeto la prestación del servicio público de aseo, pues la empresa estaba facultada para ello.

Al respecto, la Sala agrega que la junta directiva de la EAAB expidió sus estatutos mediante el Acuerdo No. 11 del 2010, en el que definió la naturaleza jurídica y el objeto social de la entidad, y mediante Acuerdo No. 12 de 5 de septiembre del 2012 se modificó parcialmente el aludido acuerdo, en el sentido de incluir en el objeto la prestación de servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Estos actos, expedidos en ejercicio de la facultad estatutaria de la entidad, gozaban de presunción de legalidad⁷⁹, y el hecho de haberse producido esa adición al objeto social el 5 de septiembre del 2012, con anterioridad a la suscripción de los contratos interadministrativos, no constituye un hecho indiciario sobre la falta de capacidad técnica y operativa de la empresa. La decisión se produce en desarrollo

⁷⁷ El testigo celebró un contrato de asesoría en materia contractual con la EAAB.

⁷⁸ DVD. Declaración Jorge Pino Ricci, minuto 6.

⁷⁹ La declaratoria de nulidad, mediante sentencia del 24 de agosto del 2017 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección Primera, Subsección A, del Acuerdo 12 del 5 de septiembre del 2012 “por el cual se modifica parcialmente el Acuerdo 11 del 13 de septiembre del 2010 proferido por la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. E.S.P., es un hecho posterior a la decisión sancionatoria, que no puede oponerse al demandante, pues frente a los motivos de ilegalidad de la decisión dentro de la actuación administrativa sancionatoria el disciplinado no ejerció su derecho de contradicción y defensa. Además, es claro que para la fecha en la que, con fundamento en el Acuerdo 12 del 5 de septiembre del 2012, se suscribieron los contratos interadministrativos con los que se pretendía dar continuidad en la prestación del servicio, este acto, que facultada a la EAAB para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, estaba amparado por la presunción de legalidad, lo que significa que gozaba de la prerrogativa de producir efectos jurídicos, esto es, de ser eficaz. La sentencia fue adicionada mediante decisión del 26 de octubre del 2017.

de las medidas que adoptó la administración distrital para implementar la prestación del servicio de aseo en el esquema que había sido definido en marzo del 2012.

Sobre la capacidad financiera⁸⁰, el testigo Pino Ricci señaló:

“Despejado, digamos, el tema jurídico, pues había que entrar a examinar si la empresa tenía también las condiciones financieras, insisto, técnicas y administrativas que le pudieran permitir cumplir con el objeto. Dentro de este marco, digamos, de la asesoría tuve la oportunidad de participar en varias reuniones en las que igualmente se discutió el tema y, digamos desde el punto de vista financiero, nos reunimos con el área financiera de la empresa porque normalmente se hacían reuniones no solamente de abogados sino también de las distintas personas que por la competencia interna de la empresa tenían que participar, y pues obviamente financieramente el subgerente financiero reiteraba y señalaba que la empresa de acueducto era una empresa absolutamente sólida desde el punto de vista financiero que tenía los recursos suficientes para invertirlos en la propia (sic) desarrollo de los servicios domiciliarios que venía adelantando así como eventualmente para asumir nuevos negocios, entonces es una de las empresas más sólidas desde el punto de vista financiero del Distrito. Lo repito aquí porque, digamos, lo escuché en varias de las reuniones que se realizaron para el efecto [...]”.

Sobre la capacidad técnica⁸¹:

“Desde el punto de vista técnico recuerdo perfectamente que los técnicos manifestaban y si habrán sido citados aquí alguna declaración tendrán que advertirlo, que la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado es muchísimo más compleja que la prestación del servicio de aseo, porque decían que la prestación del servicio de aseo simplemente es recoger en un carro que debe tener unas condiciones, unas bolsas llenas de basura, digamos el mayor, no hay de hecho la prestación del servicio no tiene una gran complejidad, es un carro que está fabricado para esos efectos y que unas personas van se bajan con cuidado les enseñan cómo hacerlo, con sus [...] (inaudible) recogen las basuras y la meten en el carro, entonces decían los técnicos cosa distinta es la prestación del servicio de acueducto, del servicio de alcantarillado, que requiere unas obras complejas, que requiere un seguimiento milimétrico desde el punto de vista técnico y de la operación, para que no se puedan, vayan a quedar barrios enteros sin el servicio, etcétera. Entonces, decían la empresa sí ha venido satisfactoriamente prestando el servicio de acueducto y alcantarillado, pues no tendría, digamos, ningún problema en celebrar un contrato para la prestación de esta clase de servicios y eventualmente hacerlo directamente o tomar la decisión de subcontratar, pero bajo su coordinación, bajo su gerencia, bajo su dirección, etcétera”.

Sobre la capacidad administrativa⁸²:

“Desde el punto de vista administrativo, pues se examinó que la empresa tenía una gran cantidad de subgerentes que han venido trabajando desde hace varios años en la prestación de servicios públicos domiciliarios y de personas que saben cómo se organiza un servicio, etcétera. Entonces, llegamos todos a la conclusión que la empresa de acueducto y alcantarillado tenía no solamente la capacidad jurídica, sino también la experiencia, la idoneidad y la capacidad financiera y técnica para poder asumir la prestación del servicio”.

El testigo Marino Tadeo Henao Ospina, sobre la idoneidad de la Empresa de Acueducto para prestar el servicio público de aseo, señaló que los prestadores de servicios acreditan una capacidad administrativa y financiera, y que existen áreas específicas en las que pueden subcontratar. Al ser interrogado, el testigo expresó:

⁸⁰ DVD. Declaración Jorge Pino Ricci, minuto 16.

⁸¹ DVD. Declaración Jorge Pino Ricci, minuto 18.

⁸² DVD. Declaración Jorge Pino Ricci, minuto 20.

“¿Tiene conocimiento si la Empresa de Acueducto en su oportunidad realizó todos los estudios correspondientes, técnicos, financieros y jurídicos, para verificar si tenía la capacidad para prestar el servicio de aseo?

R/ “Sí. Y yo recuerdo que hubo varias reuniones en la que esto se examinó y la empresa sacó un documento, se logró un documento, ese documento yo lo vi, lo revisé desde el punto de vista jurídico y realmente la empresa tenía la idoneidad, la idoneidad para prestar ese servicio, claro hay que entender una cosa, digamos los prestadores de servicios, lo que tienen prácticamente en cualquier parte del mundo es una capacidad administrativa y financiera, porque hay áreas específicas que es normal que se subcontratan, ni siquiera es deseable que una empresa de servicios públicos haga todo, la tercerización o el *outsourcing* es lo normal realmente en la gestión de servicios públicos. Entonces, realmente lo que una empresa tiene que tener es una, y bueno en todas partes del mundo ocurre, pero aquí también, aquí en Colombia es lo normal, una entidad, una empresa privada o pública, cuando quiere concurrir o prestar un servicio público, pues lo que tiene que acreditar es su idoneidad en términos de tener una capacidad administrativa, una capacidad financiera que le permite movilizar otros recursos públicos o privados para la adecuada prestación del servicio, entonces, pues, digamos hay muchas actividades que en eso es normal que se subcontratan, por ejemplo”⁸³.

El Ingeniero Carlos Alberto Acero Arango⁸⁴, al ser interrogado, ¿por qué usted sostiene o sostuvo en ese momento y sostiene ahora que en ese momento la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no tenía la experiencia y conocimiento en el servicio de aseo?, expresa una apreciación, que en criterio de la Sala, no es contundente ni desvirtúa el análisis técnico contenido en el documento ya mencionado. Sobre la falta de experiencia y conocimiento de la empresa, el testigo señala que “el hecho cierto es que no la tenía dentro del organigrama de la empresa de acueducto y dentro de la empresa de acueducto no había las personas idóneas para manejar el tema de aseo, precisamente lo que se pretendía era buscar el apoyo para que personas idóneas se encargaran de ese tema dentro de la empresa de acueducto o como se decidiera en el modelo. Lo único es que lo que manifestaba ahí es que nosotros operativamente seríamos capaces de manejar el tema de aseo si nos daban el tiempo para organizar los profesionales que estaban ahí, si no tenía que ser periféricos tenía que llegar alguien que supiera de eso, para que lo organizara, eso fue más o menos lo que le comenté al Doctor Diego Bravo sobre el tema, fue receptivo y dijo que él comentaba el tema con el Alcalde”.

La declaración del ingeniero Darío Arturo Beltrán Ortiz⁸⁵ coincide con el anterior testigo en el sentido de derivar la falta de capacidad de la EAAB, “porque nadie de su personal tenía experiencia en la prestación del servicio de aseo”. Afirmación asilada que frente a la prueba documental tampoco desvirtúa el contenido de los

⁸³ El testigo celebró un contrato de prestación de servicios para asesoría jurídica con la EAAB sobre regulaciones de servicios públicos. DVD. Declaración Marino Tadeo Henao Ospina.

⁸⁴ El testigo fue gerente en el periodo 2012-2013 del Sistema Maestro de Bogotá. DVD. Declaración Carlos Alberto Acero, minuto 13.

⁸⁵ El testigo realizó una consultoría con la EAAB. DVD. Declaración Darío Arturo Beltrán, minuto 15.

análisis técnicos.

Tampoco el hecho de que la EAB haya suscrito múltiples contratos entre el 18 y 22 de diciembre del 2012 ponía en evidencia, como lo cuestionó la Procuraduría General de la Nación, la falta de capacidad e idoneidad para asumir la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., pues, en primer lugar, la Sala echa de menos un análisis detenido sobre el objeto y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se suscribió cada uno de esos contratos y, en segundo lugar, la sola cita de los citados contratos constituye prueba de su existencia, pero en ningún momento se deja en evidencia la falta de capacidad e idoneidad de la EAB.

Así mismo, la Procuraduría señaló que existían varios documentos que daban cuenta de la incapacidad económica de la EAB. Entre ellos, el informe de revisoría fiscal, efectuado por la firma Deloitte & Touche Ltda., a la referida empresa. Sin embargo, la Sala estima que el citado informe hace referencia “a unas posibles falencias de los estados financieros de la empresa Aguas de Bogotá”, lo que no es concluyente frente a la supuesta falta de capacidad económica de la EAB.

De igual forma, respecto al informe de auditoría de noviembre del 2011, elaborado por la Contraloría Distrital de Bogotá, la Sala considera que tampoco constituye prueba de la falta de capacidad económica de la EAB para ejecutar el contrato, toda vez que el informe de “manera general” arriba a la conclusión de que la EAB no era solvente en materia económica, en gran medida por los costos y gastos en los que incurría para su funcionamiento, sin que en el mismo se identificara en concreto el estado financiero actual de la empresa y, mucho menos, si esta era capaz de asumir la prestación del servicio público de aseo.

Se observa que en la actuación disciplinaria no existe una prueba que evidencie un análisis técnico contable sobre el estado financiero de la EAB que demuestre que no tenía la aptitud para cumplir con el objeto del contrato, de acuerdo con las condiciones financieras del mercado, sino que, a juicio de la Sala, el ente de control arribó a dicha conclusión con fundamento en una serie de documentos no concluyentes en abierta contradicción con el principio de necesidad de la prueba y “búsqueda de la verdad real”.

Ahora bien, el hecho de que se hubiera suscrito un otrosí al contrato 017 del 2012 no puede llevar a concluir, como mal lo hace la Procuraduría, que las empresas del Distrito no tuvieran la capacidad, idoneidad y experiencia para asumir en un

ciento por ciento la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, pues dicha conclusión no encuentra respaldo en las pruebas que se allegaron a la actuación administrativa sancionatoria. Es de resaltar que desde la expedición del Decreto 564 del 2012, esto es, antes de la suscripción del otrosí al contrato 017 del 2012, la administración distrital de Bogotá había considerado la posibilidad de que personas jurídicas de naturaleza privada pudieran prestar el servicio de aseo⁸⁶.

Así las cosas, la argumentación que sirve a la Procuraduría para dar por probada la supuesta incapacidad técnica y operativa de las empresas EAAB y EAB, además de ligera, pasa por alto el contenido del Decreto 564 del 2012 y, en consecuencia, desconoce los principios de apreciación integral e imparcialidad de la prueba, al no evidenciarse una valoración completa de las circunstancias de hecho y de derecho que antecedieron la suscripción del otrosí al contrato 017 del 2012.

La ausencia de capacidad operativa y técnica de una empresa industrial y comercial del Distrito, como la EAAB, y de una empresa de servicios públicos domiciliarios, como la EAB, no es una circunstancia que se pueda evidenciar a simple vista. Es un hecho que requiere de verificación. Para la Sala, la Procuraduría General de la Nación desconoció el principio de necesidad de la prueba al dar por probada la falta de capacidad técnica y operativa de las empresas EAAB y EAB mediante lo que denominó como hechos notorios acaecidos los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012 en la ciudad de Bogotá D.C.

De acuerdo con todo lo narrado, la Sala concluye que en este caso no se tipifica la falta atribuida al disciplinado, en razón a que los hechos sobre los que se sustentó la imputación no fueron probados en el proceso disciplinario.

El proceso de subsunción típica de la conducta es una de las piezas fundamentales de todo acto que manifiesta el poder represor del Estado y constituye uno de los prerequisites necesarios de legalidad y juridicidad de toda sanción⁸⁷. La decisión sancionatoria debe incluir en su motivación un proceso de subsunción típica de la conducta de la persona investigada bajo la norma sancionatoria aplicable. Se trata de un razonamiento que permite establecer la relación directa entre el supuesto descrito en la norma que establece la falta

⁸⁶ Acuerdo Distrital 257 del 30 de noviembre del 2006. Artículo 116.

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Radicación Núm. 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13). Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

imputada y las circunstancias fácticas plenamente acreditadas, de cuyo análisis y verificación se establezca con certeza si encuadran o no en el componente descriptivo de la norma.

Pero, en este caso, la Procuraduría General de la Nación, al efectuar este proceso de adecuación típica de los hechos a partir de los cuales efectuó la imputación al disciplinado, confundió su rol de autoridad disciplinaria de la conducta de los servidores públicos con el papel de juez de control de legalidad del contrato, que no tenía.

Ese proceso de adecuación típica implica un juicio de inmersión del hecho probado en cada uno de los elementos integrantes de la norma, a través de una interpretación bajo los criterios textual, sistemático y teleológico, que en forma razonada y razonable lleve a la certeza de que la conducta asumida por el disciplinado encuadra en los supuestos o componentes normativos de la falta disciplinaria.

La motivación del acto sancionatorio debe comprender una descripción completa, precisa y clara de cada uno de los supuestos de hecho a partir de los cuales la entidad realiza el proceso de adecuación típica, inclusive desde la imputación formulada en el pliego de cargos, lo que significa que esa descripción no puede obviarse bajo la premisa de que en el pliego se hizo con suficiente argumentación. El pliego de cargos, como acto de trámite, no integra el acto sancionatorio.

Por las razones que anteceden, la Sala declarará la nulidad del acto administrativo en cuanto impuso la sanción por la configuración de la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 del CDU por violación al principio de tipicidad.

2.2. Falta prevista en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

La Procuraduría General de la Nación imputó esta falta con fundamento en que el Alcalde utilizó las disposiciones que lo habilitaban para expedir normas relativas al servicio de aseo, con el fin de violar el principio de libertad de empresa, así:

“El numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único estableció como falta disciplinaria gravísima el que un servidor público ejerza las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta en la norma otorgante. En el presente caso, el señor Alcalde Mayor de Bogotá utilizó las normas del ordenamiento jurídico, que lo habilitaban para expedir actos administrativos relacionados con el servicio público de aseo, para violar el principio de libertad de empresa, aspecto este último que se constituyó en una finalidad totalmente diferente a las normas constitucionales y legales que regían esta especial materia”.

Del texto de los actos demandados se observa que la falta se formuló sobre los siguientes supuestos:

1. Haber expedido el Decreto 564 del 2012 mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.
2. El esquema transitorio adoptado fue “totalmente contrario al ordenamiento jurídico”.
3. Con la adopción de ese esquema transitorio contrario a la ley se violó el principio constitucional de libertad de empresa. Las funciones del Alcalde Mayor de Bogotá no lo autorizaban para implementar un modelo de prestación del servicio de aseo por fuera de la ley, con el fin de afectar el principio de libertad de empresa.
4. Se impidió que otras empresas, distintas a las entidades del Distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre del 2012, en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la ciudad capital, so pretexto, en términos del disciplinado, de “descartelizar el servicio de aseo”.

De acuerdo con la motivación del acto sancionatorio, la administración distrital consideró que la forma idónea para garantizar la libre competencia del mercado, la garantía en la cobertura total del servicio y el debido cumplimiento de las atribuciones de supervisión, vigilancia y control que le correspondían era la adjudicación, mediante licitación pública, de contratos de concesión en Áreas de Servicio Exclusivo.

Así mismo, en criterio de la Procuraduría, en el Decreto 564 del 2012 se indicó que entre el 17 y el 22 de diciembre del 2012 terminaban los contratos de concesión de los operadores del servicio público de aseo en el Distrito Capital, por lo tanto, era necesario garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo mientras se iniciaba la ejecución de los nuevos contratos de concesión, sin embargo, ello no se cumplió.

En el acto sancionatorio se consideró que las normas citadas por el disciplinado *no autorizaban el esquema transitorio adoptado en el Decreto 564 del 10 de diciembre del 2012* y advirtió que, de conformidad con lo ordenado en el artículo 40 de Ley 142 de 1992, que regula las áreas de servicio exclusivo, esta “era la única posibilidad legal que había para imponer alguna limitación al principio de

libertad de empresa”⁸⁸.

La Procuraduría expuso que el Alcalde utilizó los preceptos en cita para “una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”, consistente en “la adopción de un esquema de aseo para la ciudad de Bogotá totalmente irregular”, que desconoció el principio de libertad de empresa previsto en el artículo 333 de la Carta Política⁸⁹.

Aunque la Procuraduría partió de la presunción de legalidad del Decreto 564 del 2012, señaló que ello no constituye impedimento para que “el juez disciplinario analice si en virtud de la expedición de actos administrativos el sujeto disciplinable ha cumplido o no sus deberes funcionales que su condición de servidor público le impone”.

En suma, para la Procuraduría General de la Nación, la conducta del Alcalde es típica frente a la falta imputada, porque utilizó las normas del ordenamiento jurídico que lo habilitaban para expedir actos administrativos relacionados con el servicio público de aseo, con una finalidad distinta a la prevista en dichas normas, y que se contrae, para el órgano de control, en la violación al principio de libertad de empresa.

Para resolver, **se considera:**

El numeral 60 del artículo 48 del CDU señala como falta gravísima:

“60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”.

Frente a dicha falta disciplinaria se prevén los siguientes elementos:

- La existencia de una norma que otorga potestades al empleo o función (norma otorgante).
- El ejercicio de una potestad derivada del empleo o función (competencia del funcionario que puede ser material o funcional).
- Que dicho ejercicio se realice con una finalidad diferente a la prevista en la norma otorgante (desconocimiento de los fines de las normas que le sirven de fundamento a la actuación de la administración).

El funcionario que disciplina debe advertir que el acto (o la actuación) se profirió con desconocimiento de los fines previstos en la norma que otorga la

⁸⁸ Pág. 463 del acto sancionatorio.

⁸⁹ Pág. 463 del acto sancionatorio.

competencia, evidenciando así la relación de subordinación entre el funcionario (o quien ejerce la función pública)⁹⁰ y el Estado, y el deber de obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administrativa por el desconocimiento de un deber, con el objetivo de dirigir el comportamiento del funcionario al cumplimiento de la función con sujeción al “bien común y el interés general, el servicio del Estado y de la comunidad y de los intereses generales (art. 1, 2, 123 inc. 2 y 209 inc. 1 C.P.)”⁹¹.

La falta establecida en el numeral 60 del artículo 48 del CDU lleva implícito un control de la conducta de quien expide el acto o desarrolla la actuación, desde el derecho disciplinario, con ocasión de la finalidad u objetivos del acto frente a las normas que habilitan su expedición. De ahí que la norma hable de una *finalidad distinta*, pero debe hacerse énfasis en que dicho control se hace a partir del control disciplinario, esto es, que se debe atar al cumplimiento de los deberes funcionales.

Esta falta no contiene una habilitación al funcionario sancionador para que desvirtúe la presunción de legalidad de un acto administrativo, competencia propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Asimismo, se advierte que toda ilegalidad de un acto administrativo, así sea decretada por la jurisdicción contenciosa administrativa, no apareja la imposición de una sanción disciplinaria, pues esta requiere la demostración del incumplimiento de los deberes funcionales.

Para la Sala, en este caso, la adecuación típica de la falta sobre los presupuestos que señala el ente de control no se ajusta a los elementos integrantes del tipo, por las dos siguientes razones:

La primera, porque el análisis en el cumplimiento de los deberes funcionales atribuidos al Alcalde Mayor de Bogotá, en lo que corresponde a la prestación eficiente de los servicios públicos, no está condicionado por la legalidad de los

⁹⁰ “El derecho disciplinario se aplica en el marco de relaciones de subordinación entre el funcionario y el Estado, para exigir obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administrativa e imponer sanciones por la violación de los deberes, las obligaciones y la inobservancia de las prohibiciones e incompatibilidades que la ley establece para el ejercicio de la función pública. Como su nombre lo indica, el objetivo que persigue el derecho disciplinario consiste en mantener la disciplina al interior de la institución estatal, lo cual constituye un objetivo político del Estado, diferente del que busca garantizar mediante el derecho penal” (Proyecto de Código Disciplinario Único, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1999, p. 22. Ponencia para el debate ante la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, en *Gaceta del Congreso*, N°. 626 del 6 de diciembre del 2001, p. 5. Cita realizada por Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 247).

⁹¹ “Con los deberes impuestos a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas se busca dirigir o encauzar la conducta de estos dentro de los parámetros del bien común y el interés general, el servicio del Estado y de la comunidad y de los intereses generales (art. 1, 2, 123 inc. 2 y 209 inc. 1 C.P.). (Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pág. 247).

actos administrativos que expida para tal fin, por lo que la Sala considera que la Procuraduría, en el juicio de adecuación típica de la falta, confundió el fin del acto con la causal de ilegalidad por presunta violación al principio de libertad de empresa. Quiere decir lo anterior que el ente de control debió demostrar que existía un interés ilegítimo por parte del Alcalde Mayor de Bogotá al expedir el mencionado acto administrativo, interés que se traduce en el hecho de que con dicha medida se hubiera derivado un beneficio para sí o para un tercero, que se alejaba de los fines atribuidos al ejercicio de la función pública y a la prestación del servicio público de aseo en las condiciones y requerimientos exigidos a partir de lo previsto en la ley, por el juez constitucional.

Se reitera, esta falta no contiene una habilitación al funcionario sancionador para que, a partir de un análisis de legalidad de un acto administrativo⁹², como consecuencia necesaria, se establezca la responsabilidad disciplinaria, como quiera que toda ilegalidad de un acto administrativo no apareja la imposición de una sanción disciplinaria, pues esta requiere la demostración del incumplimiento de los deberes funcionales.

Y la segunda, porque entre los elementos integrantes del tipo disciplinario, previsto en el numeral 60 del artículo 48 del CDU, está el relacionado con la finalidad que se persigue a través del ejercicio de las potestades conferidas por la norma habilitante. Si bien el fin del acto administrativo es un presupuesto de legalidad, su expedición, con desconocimiento de las normas de carácter superior en que debe fundarse, constituye otro presupuesto de legalidad al que no hace mención el tipo disciplinario.

Asimismo, se resalta que los motivos de ilegalidad que atribuye el órgano de control al Decreto 564 del 2012 no son objeto de estudio en esta decisión, que, por lo demás, es objeto de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en el proceso de nulidad con radicación No. 11001 33 34 003 2012 00131 01.

La expedición de un acto administrativo con infracción de las normas en que debe fundarse, que constituye una causal autónoma para invalidar la decisión, no significa *per se* que el funcionario haya actuado con una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante, y haya desconocido el cumplimiento de sus

⁹² CPACA (Ley 1437 del 2011). ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

deberes funcionales. Se trata de presupuestos autónomos sobre la legalidad del acto administrativo, de tal manera que puede ocurrir que el acto esté viciado porque el funcionario actuó con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, “aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico”⁹³.

La imputación debió soportarse sobre la prueba de un fin particular perseguido por el alcalde con la expedición del acto, fin distinto: (i) al cumplimiento de lo ordenado en los autos 275 del 2001 y 084 del 2012, (ii) al de garantizar el cumplimiento del programa Bogotá Basura Cero, establecido en el Acuerdo No. 489 del 2012, (iii) atender la obligación de ejecutar a cabalidad el plan de inclusión de la población recicladora y (iv) garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de aseo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del Decreto 564 del 2012.

Pero para la Procuraduría, la “verdadera” finalidad del Alcalde al expedir el Decreto fue “descartelizar” el servicio de aseo (hecho que tiene por probado con las declaraciones del Alcalde⁹⁴) e impedir la participación de los operadores privados (hecho que se califica como notorio, de conformidad con unos registros de noticias⁹⁵), lo cual transgredió el principio de libertad de competencia.

Al respecto, la Sala considera que esta imputación requería de elementos de prueba que acreditaran que la Administración Distrital actuó con exceso o desvío de poder, con una razón distinta a la protección y salvaguarda del interés general e incurso en una infracción a los deberes constitucional y legalmente encomendados.

De otra parte, frente a las consideraciones hechas por la Procuraduría General de la Nación, la Sala observa que la primera parte del artículo 8 del Decreto 564 del 2012 no establece de forma imperativa que la prestación del servicio de aseo se deba hacer a través de la EAAB, sino que indica que “la prestación **se podrá hacer** a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito a

⁹³ “La desviación de poder no tiene carácter subsidiario [...] no es imprescindible que el acto administrativo sea inobjetable en todos sus elementos para que proceda la investigación judicial acerca de la finalidad perseguida con su dictado” (Jeanneret de Pérez Cortés, María, “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder”, LL, 2002-D, 1408, citada por Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo. El Acto Administrativo*. Tomo 3. 10ª edición. Pág. 28).

⁹⁴ Precisa el acto, que el disciplinado al haber indicado en su defensa que el Decreto 564 del 2012 “eliminó la cartelización del servicio” ratifica que su decisión consistía en “que los operadores privados ni ningún otro, a excepción del operador público, continuaran prestando el servicio público de aseo en la ciudad capital” (pág. 97, acto sancionatorio).

⁹⁵ A folio 95 del acto sancionatorio se refiere al titular de *El Tiempo* “Hasta con policía, Petro impedirá el servicio de aseo a empresas privadas”, afirmando a renglón seguido la Procuraduría que “ello simplemente concuerda con el análisis del Decreto 564 del 2012 y de todos los elementos de prueba de que el Distrito, en cabeza de su Alcalde Mayor, quería impedir que a partir del 18 de diciembre del 2012 cualquier operador, distinto a las entidades públicas, asumieran (sic) la prestación del servicio de aseo”. El ente de control califica esta información como hechos notorios de público conocimiento.

través de convenios o contratos que celebre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, UAESP” (resaltado fuera de texto). Igualmente, la primera parte del artículo 8 señala que, mediante un contrato, una persona jurídica de naturaleza pública o privada puede prestar en la ciudad de Bogotá Distrito Capital el servicio público de aseo. Bajo esta perspectiva, la afirmación del acto sancionatorio sobre la pretendida exclusividad de la EAAB en la prestación del servicio de aseo, como finalidad del decreto, no obedece a su tenor literal.

Es relevante resaltar que el ejercicio del poder disciplinario no es discrecional, así el funcionario titular de la potestad disciplinaria tenga un amplio campo de valoración al efectuar el proceso de subsunción típica. En esta medida, conviene preguntarse cuál es el alcance de la facultad sancionatoria disciplinaria del Estado, cuando el conjunto normativo invocado como sustento de la falta imputada al disciplinado, admite varias interpretaciones desde el punto de vista legal y constitucional.

La finalidad del poder disciplinario consiste en corregir la conducta del funcionario. En este contexto, el poder de la Procuraduría General de la Nación debe ceñirse al respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, el control jurisdiccional de los actos sancionatorios debe ser intenso.

En este orden, frente a la obligación de imparcialidad del funcionario sancionador, si la conducta relevante para el derecho disciplinario admite interpretaciones excluyentes, que a su vez son razonadas y proporcionales, se debe acoger aquella interpretación que salve la duda a favor del disciplinado.

En el caso concreto, es importante precisar que la actuación del Alcalde Mayor frente al principio de la libertad de empresa ha tenido diferentes interpretaciones. Así:

El Juzgado 13 Administrativo del Circuito de Bogotá, en sentencia del 12 de febrero del 2014⁹⁶, negó la nulidad contra dicho acto administrativo⁹⁷, con fundamento en lo siguiente (fol. 58, Anexo 4):

“No encuentra esta primera instancia que en el contenido del acto acusado se configure conducta alguna tendiente a posicionar al Distrito como agente transgresor de la libre competencia, de los derechos de los usuarios o de abuso de la posición dominante.

El ente distrital debe dar cumplimiento a las órdenes dadas por la Corte Constitucional, en la

⁹⁶ En el expediente obra copia auténtica de esta sentencia, aportada mediante oficio No. J3A 14 – 1361 del 18 de septiembre del 2014 (fol. 957) y consta en el Anexo No. 4.

⁹⁷ Se aclara, en todo caso, que esta sentencia no está en firme, pues fue apelada, recurso cuyo conocimiento corresponde a esta Corporación.

sentencia T-724 de 2003 y en los autos 268 de 2010, 275 de 2011, 084 de 2012 y en el acto acusado se implementa un modelo transitorio que le permite desarrollar algunas acciones afirmativas en favor de los recicladores, ello teniendo en cuenta que no estaba en condiciones de efectuar invitación a licitación pública, pues para eso necesita que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico verifique la posibilidad normativa de implementar áreas de servicio exclusivo [...] para la fecha de expedición del decreto, 10 de diciembre de 2012, la CRA se encontraba efectuando dicho análisis sin que existiera algún pronunciamiento definitivo al respecto. Más aún cuando previo a que se profiera el esquema transitorio existían unos contratos, cuyas prórrogas vencían ese mismo mes, y dichos contratos permitían a particulares la prestación del servicio de aseo, en un esquema totalmente privado y por ende con exclusión de otros actores en el proceso, como la población recicladora.

En materia de servicios públicos el derecho a la libre competencia se atempera al ser ponderado con otros derechos constitucionales, por tanto el mismo se debe ejercer acompasado (sic) con tendencias universales de respeto a los derechos humanos, en especial a la dignidad humana y la igualdad. Es por ello que los servicios públicos constituyen un aspecto que le compete al Estado, quien dentro del modelo de economía social del mercado, debe asegurar su prestación continua y eficiente⁹⁸.

Por su parte, la Fiscalía General de la Nación, al proferir la orden de archivo de la investigación penal que cursaba contra el Alcalde por los delitos de “Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales, Interés Indebido en la Celebración de Contratos, Prevaricato por Acción, Concierto para Delinquir, con ocasión de la investigación adelantada por los hechos que constituyen el eje temático referido a la Implementación del llamado Nuevo Modelo de Aseo de Bogotá”⁹⁹, señaló, frente al supuesto “nuevo modelo”, que:

“[...] es claro que el distrito capital no implementó un ‘nuevo modelo’ de prestación del servicio de aseo en la ciudad, sino que simplemente hizo uso de una de las herramientas contempladas en el estatuto de servicios públicos para prestar el servicio de aseo, esto es, acudió al esquema de libre competencia, según el cual como se ha dicho, basta cumplir los requisitos habilitantes para proceder a prestar el servicio correspondiente, en este caso por medio de la EAAB [...]

Lo anterior implica que desde el 15 de septiembre de 2011 y hasta la fecha en que se delimiten y liciten las ASEs (sic) [áreas de servicio exclusivo] en la ciudad de Bogotá D.C., regirá el esquema de libre competencia, lo que habilita a cualquier operador del servicio de aseo, sea este público o privado a suscribir contratos de condiciones uniformes con los usuarios y competir **en el mercado** con las empresas públicas o privadas que se encuentren prestando el servicio en la ciudad de Bogotá, desplazando así a aquellas que hasta entonces se encuentren prestando el servicio.

En tales condiciones, la censura que se analiza no está llamada a prosperar, pues parte de una premisa equivocada, esto es, que el contrato cuestionado limita la libre competencia, y ello es así porque desde la fecha anotada, esta es la única posibilidad de prestación del servicio público de aseo en la ciudad, ante la ausencia de delimitación, licitación y asignación de ASEs (sic) en la ciudad de Bogotá”¹⁰⁰.

Y en lo que respecta al Decreto 564 del 2012, luego de analizar todo su articulado frente al tipo penal de prevaricato por acción, la Fiscalía General de la Nación estableció (fol. 1237):

⁹⁸ Folios 58 a 59. Anexo 4.

⁹⁹ En el expediente obra copia auténtica de la orden de archivo dictada dentro de la noticia criminal No. 110016000102201200580, proferida por la Fiscalía General de la Nación a favor de Gustavo Francisco Petro Urrego (fol. 1207 a 1266).

¹⁰⁰ Fol. 1245.

“Como se ha explicado en detalle, ninguna disposición del Decreto 564 de 2012 contradice el ordenamiento jurídico superior, ni en cuanto a las competencias de su otorgante -el Alcalde- ni en su contenido, por lo que ni siquiera resulta necesario establecer si satisface el elemento normativo que caracteriza el Prevaricato por Acción, esto es, que la contradicción con el derecho sea manifiesta u ostensible. En otros términos, no se satisfacen los requerimientos del tipo objetivo de Prevaricato por Acción, por lo que es forzoso concluir la atipicidad.

Basta precisar que si en el plano hipotético se celebran contratos o se ejecutan actuaciones administrativas contrarias a derecho, fundamentándose en el Decreto 564, el análisis jurídico penal sería otro completamente distinto, pero el hecho que esos contratos o actuaciones sean ilícitos no significa que el Decreto 564 sea contrario a derecho, pues la verificación de esto debe hacerse tal y como lo hemos presentado, esto es, revisando en sí mismo el contenido del Decreto”.

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio, que, mediante las Resoluciones No. 25036, del 21 de abril del 2014, y 53788¹⁰¹, del 3 de septiembre del 2014¹⁰², sancionó al actor por violación a la libre competencia, consideró que “con el Decreto 564 del 2012 también se establecieron restricciones para la prestación del servicio de aseo, en la medida en que la libre participación en el mercado de aseo en Bogotá dejó de ser potestativa de los agentes con intenciones de ingresar o de continuar en dicho mercado, para pasar a depender de la autorización de la UAESP, que tenía total discreción para otorgarla de acuerdo con sus intereses y los de EAB y AGUAS DE BOGOTÁ” (pág. 71, Resolución 25036 del 2014).

Según los actos de la SIC, se demostró que los investigados diseñaron y ejecutaron una estrategia para generar barreras de acceso a la prestación del servicio de aseo en Bogotá, hecho que derivó en la obstrucción de todo agente que tuviera la intención y la capacidad de participar en la prestación de este servicio público y la exclusión de los prestadores que ya habían participado.

Finalmente, en contraposición a lo sostenido por la SIC, la Corte Constitucional, en el Auto 587 del 2015¹⁰³, dictado en el marco del seguimiento a las órdenes proferidas en el Auto 275 del 2011, en cumplimiento de la sentencia T-724 del 2003 y los parámetros fijados en el Auto 268 del 2010, consideró, frente a la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, que existe una “complejidad inmanente de la situación relacionada con la prestación del servicio público domiciliario de aseo”¹⁰⁴ y destaca que “se observa la existencia de tensiones entre diversos principios constitucionales, como el de legalidad, libre competencia, igualdad, colaboración armónica, Estado Social de Derecho y

¹⁰¹ Esta resolución resuelve el recurso de reposición.

¹⁰² Aportadas mediante oficio del 23 de septiembre del 2014, que consta en los cuadernos No. 5 y 6 del expediente.

¹⁰³ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰⁴ Auto 587 del 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

acceso a la administración de justicia”¹⁰⁵.

Entiende, así, la Sala que, según la Corte Constitucional, las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, si bien se sustentan en el principio de legalidad, generan una tensión respecto del Estado Social de Derecho y el principio de colaboración armónica en lo que se refiere al cumplimiento de las órdenes proferidas por esa autoridad judicial.

Para la Sala, al existir valoraciones e interpretaciones tan disímiles de la presunta violación del principio de libertad de empresa y libre competencia por la expedición del Decreto 564 del 2012, se está ante un margen de duda, que no se puede resolver contra el disciplinado, de modo que, aún si se hubiera establecido que el ente de control realizó adecuadamente el proceso de subsunción típica, no habría lugar a sacrificar el principio de presunción de inocencia como garantía del disciplinado. Por esta razón, a juicio de la Sala, se debe declarar la nulidad de los actos demandados en cuanto impusieron la sanción disciplinaria por incurrir en la falta gravísima prevista en el numeral 60 del artículo 48 del CDU, por violación al principio de tipicidad.

Aunque lo anterior es suficiente para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se releve de los demás argumentos de inconformidad expuestos en la demanda frente a esta falta, la Sala no puede dejar pasar por alto el error en que incurrió la Procuraduría General de la Nación al otorgar valor probatorio a la declaración del señor Samuel Prada Cobos, Gerente de la Empresa de Aseo de Bucaramanga, que llegó al proceso sin mención previa y, además, como testigo técnico, sin serlo.

El estudio de la Sala se justifica desde el punto de vista de la crítica frente al análisis y valoración probatoria, como quiera que, de forma reiterada, en el acto sancionatorio se acude a la calidad de testigo técnico del declarante, para tener como probado que, para cumplir con las órdenes de la Corte Constitucional, no era necesario el modelo previsto en el Decreto 564 del 2012.

Se destaca, entonces, que según el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil (norma vigente para la época de la actuación administrativa), el testigo solo puede exponer conceptos “cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia”. En este

¹⁰⁵ Ídem.

sentido, el testigo adquiere la connotación de técnico.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de junio del 2015, definió al testigo técnico como “un experto en materias científicas, técnicas o artísticas que, al declarar acerca de cómo percibió los hechos, se vale de sus especiales conocimientos [...] Dar la versión de cómo se percibieron los hechos implica que el testigo hubiese presenciado las circunstancias de tiempo, modo y lugar”¹⁰⁶.

En este orden de ideas, la Sala considera que el señor Samuel Prada Cobos emitió un concepto científico sobre unos hechos de los que no tuvo conocimiento directo, razón por la cual no tiene la calidad de testigo técnico. En efecto, a minuto 51:55¹⁰⁷ de su declaración, indica “no puedo hablar de Bogotá, es este sentido, porque es que no conozco lo que pasó allá”. Por otra parte, cuando el apoderado del disciplinado le pregunta: ¿existe alguna reglamentación nacional, no disposiciones de la Superintendencia, que son, digamos, de normatividad inferior, una reglamentación nacional en materia de libre competencia, en materia de aseo?, el testigo declara “Sí, claro, no la conozco en detalle, pero sí, claro, esto está regulado en la Constitución para abajo” (1:04).

Así las cosas, la Procuraduría desconoció las normas procesales sobre la valoración de testimonios, al darle a la declaración del señor Prada Cobos el valor de un testigo técnico. Adicionalmente, se resalta que los parámetros sobre la implementación de un modelo de aseo, a través de un testigo, no se pueden aplicar de una ciudad a otra, obviando diferencias que precisan de un estudio técnico, en el que se tengan en cuenta variables tales como el tamaño de la población, el tipo de residuos, la estratificación, el esquema de subsidios o las condiciones fácticas de la prestación del servicio.

La declaración del señor Samuel Prada Cobos debió valorarse como un testimonio sin calidad de técnico. En consecuencia, no se tiene como demostrado el hecho que indica la Procuraduría y que le sirvió de sustento para estructurar la tipicidad de la falta prevista en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

Por último, la transitoriedad del esquema adoptado para la ciudad de Bogotá mediante el Decreto 564 del 2012 para garantizar la continuidad del servicio público de aseo fue una decisión de carácter temporal que se extendía hasta la fecha en la que se adjudicaran, mediante licitación pública, contratos de concesión

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Radicación 45267, sentencia del 17 de junio del 2015.

¹⁰⁷ Anexo 42. De la actuación administrativa.

del servicio público de aseo, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994. Luego, no hay manifiesta intención de desconocer el principio de libertad de empresa a través de una decisión temporal del Alcalde en la que de manera expresa se indica que dicho esquema solo estará hasta tanto se adjudiquen en libre competencia frente a los distintos oferentes, entre quienes pueden concurrir, inclusive, las empresas del Distrito.

2.3 Falta prevista en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

La entidad demandada realizó, entre otras, las siguientes consideraciones sobre la imputación de esta falta disciplinaria:

“Así las cosas, en lo que concierne a la categoría de la tipicidad disciplinaria, el artículo 48, numeral 37, estableció como falta disciplinaria gravísima el que un servidor público profiera actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección del medio ambiente, originando un riesgo grave para la salud humana o el medio ambiente.

En el presente caso, el señor Alcalde Mayor de Bogotá presuntamente actuó por fuera del cumplimiento del deber profiriendo un acto administrativo que autorizaba el uso de vehículos automotores tipo volquetas para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, lo cual era contrario a la normatividad vigente, en especial a lo señalado en el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y en el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002, normas que fueron analizadas y explicadas en el acápite referido a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta cometida.

[...] a juicio de la Sala, el haberse autorizado el uso de vehículos automotores tipo volquetas para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, contra expresa prohibición, ello contravenía precisamente las normas a las que acudió el señor Alcalde Mayor de Bogotá para proferir el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012. Adicionalmente, con tal conducta, no solo se desconocieron las normas legales a las que se han hecho referencia, sino también algunas de orden constitucional y que son necesarias para estimar configurada la conducta posiblemente infringida”.

A juicio del ente de control, la actuación adelantada “por fuera del cumplimiento del deber” fue determinada a partir de las normas constitucionales y legales que fueron invocadas por el mismo Decreto 570 del 2012, como fuente de las facultades que permitían su expedición. De esta manera, la Procuraduría General de la Nación consideró que, en el caso concreto, el marco de competencia del funcionario que expidió el acto administrativo mencionado estaba conformado por los artículos 49, 78 y 80 de la Constitución Política; los artículos 65, numeral 9, y 66, de la Ley 99 de 1993; los artículos 35 y 38, numeral 18, del Decreto Ley 1421 de 1993, y el artículo 15, del Acuerdo 19 de 1996.

El ente disciplinario advirtió que el artículo 2° del Decreto 570 del 2012, expedido por el funcionario, autorizó la utilización de vehículos automotores tipo volqueta en la prestación del servicio público de aseo, en contravía del artículo 41 del Decreto

948 de 1995 y del artículo 49 del Decreto 1713 del 2002.

En relación con el elemento “riesgo grave” que hizo parte de la descripción del tipo disciplinario en cuestión, la Procuraduría consideró, a partir del análisis probatorio, lo siguiente:

“En cuanto al riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente, elemento exigido por el tipo disciplinario, basta con recordar que conforme al dictamen pericial, a algunas conclusiones del informe de monitoreo de la Secretaría Distrital de Medio Ambiente y a parte de algunas explicaciones del testigo Julio César Pulido, por lo menos sí se presentó un riesgo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012. En efecto, para la prueba pericial dicho riesgo fue grave, en virtud de la clasificación de los diferentes tipos de impactos analizados frente a los hechos sucedidos, aspecto este último del cual no se ocupó la Secretaría del Distrito ni lo pudo calcular el ingeniero Pulido. Pero lo cierto es que este testigo informó que los impactos presentados sí fueron negativos, amén de otro tipo de riesgos y amenazas potenciales que según él sí se presentaron. Recuérdese que según el declarante para poder calcular un impacto ambiental se necesitaba acudir a criterios de magnitud, extensión e intensidad, labor que él ni el informe concluyeron porque no contaban con las bases técnicas para poderlo hacer. Sin embargo, este aspecto sí fue desarrollado por la prueba pericial, en donde se determinó que sí hubo impactos y amenazas ambientales considerables, en razón de que en la ciudad de Bogotá se dejaron de recoger en los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 entre 6.000 y 9.000 toneladas de residuos sólidos.

De tal modo y conforme a las tres pruebas que obran en el proceso está demostrado que sí se presentó un riesgo grave para la salud humana y el medio ambiente con ocasión de la prestación del servicio público de aseo por parte de las entidades del Distrito, conclusión que está soportada en todas y cada una de las razones que fueron expuestas a lo largo de la presente decisión.

Así las cosas, la ocurrencia de dicha situación se debió en buena parte a la autorización del señor alcalde mayor de Bogotá para que el operador público, en el nuevo modelo de aseo implementado por él mismo, utilizara vehículos tipo volquetas, cuando las normas reglamentarias de manera clara y precisa exigían vehículos compactadores, aspecto que incluso se prolongó de forma irregular hasta el mes de julio de 2013, en la medida en que se iban obteniendo de forma paulatina y progresiva vehículos compactadores por parte del operador público”.

Dentro de este mismo contexto, y sobre el dictamen elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, la Sala Disciplinaria consideró:

“Se debe recordar que los impactos ambientales del informe técnico de la Secretaría Distrital del Ambiente (que en su sentir no fueron daños ambientales) concuerdan con la mayoría de las conclusiones de la prueba pericial practicada por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, en la cual se determinó que sí hubo impactos ambientales, asociados, entre otros, a la acumulación de residuos sólidos y a la proliferación de olores ofensivos, y a los demás tipos de riesgo que se presentaron, especialmente los relacionados con causas potenciales de enfermedades, los riesgos presentados por la utilización de volquetas y aquellos que pudieron ser una amenaza de contaminación del aire, el agua y el suelo” (fol. 201 del fallo sancionatorio).

Para la Procuraduría General de la Nación, hubo impactos ambientales y para evaluar si fueron “considerables” tomó el testimonio de Julio César Pulido, quien elaboró el documento *Monitoreo y Control Ambiental*, de la Secretaría Distrital Ambiental de Bogotá, y “afirmó que se debía acudir a la magnitud, intensidad y extensión, algo que según él no se pudo hacer porque no había base técnica”. Sobre este aspecto, el ente de control le da crédito a la prueba pericial de la

Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación cuando afirma que esos impactos sí afectaron al medio ambiente y que los criterios de “magnitud, extensión e intensidad” se pueden deducir del mismo estudio, con lo cual quedó demostrado que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012 se dejaron de recoger entre 6.000 y 9.000 toneladas de basura en la ciudad de Bogotá.

En el acto sancionatorio se indica que el dictamen pericial no estuvo soportado en una simple “percepción” como lo dio a entender el testigo Pulido, sino en “criterios técnicos, medibles y cuantificables”. Para la Procuraduría, esos criterios, que corresponden a aspectos de carácter eminentemente técnicos, se corroboraron con los informes de diferentes funcionarios que captaron en tiempo real las basuras dejadas de recoger en muchas zonas de la ciudad y en los informes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre la cantidad de residuos que dejaron de ingresar al sitio de disposición final.

La Sala Disciplinaria declaró que los informes técnicos aportados a la actuación administrativa contenían conclusiones contradictorias, pero que, en todo caso, coincidían en que se habían presentado riesgos e impactos ambientales durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012.

Para resolver **se considera:**

La falta disciplinaria imputada al entonces Alcalde de Bogotá, Gustavo Francisco Petro Urrego, fue la contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

“37. Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente”.

En los términos de la norma, el tipo disciplinario exige la concurrencia de los siguientes elementos para establecer la correcta subsunción de la conducta investigada: (i) la emisión de un acto administrativo por parte del funcionario, (ii) que dicho acto administrativo sea proferido por fuera del cumplimiento del deber, (iii) que se violen normas (constitucionales o legales) referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural, los recursos naturales y el medio ambiente y (iv) que la ejecución del acto administrativo haya causado un riesgo grave para las etnias,

los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.

En este orden de ideas, el acto sancionatorio debe establecer cuál es el alcance y contenido de los elementos del tipo disciplinario, entre los que se encuentran las expresiones “por fuera del cumplimiento del deber”, “con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección del medio ambiente” y “originando un riesgo grave para la salud humana o el medio ambiente”, a partir de las definiciones legales o jurisprudenciales de cada uno de los conceptos referidos, así como de criterios de interpretación textual, sistemática y teleológica.

El alcance y contenido de cada uno de los componentes de la falta debe ser definido por el operador disciplinario como parte de ese proceso de razonamiento lógico-jurídico que caracteriza la adecuación típica de la conducta atribuida al disciplinado en el texto de la norma que la describe. Ese proceso de definición clara y precisa de cada uno de los componentes normativos es un supuesto necesario para que el disciplinado ejerza su derecho de contradicción y defensa frente al criterio hermenéutico y juicio argumentativo que efectúa el respectivo funcionario y se constituye, a su vez, en el límite al margen de discrecionalidad en el proceso de adecuación típica. Cada uno de los componentes que integran la descripción de la falta requiere de una interpretación razonada y razonable que debe ser explícita en el acto, de tal manera que una vez sea establecido el contenido y alcance de los componentes normativos, el funcionario debe proceder a examinar el material probatorio recaudado en cada caso particular, para determinar, punto por punto, si la conducta encaja en los presupuestos normativos que definen el tipo disciplinario.

En el caso concreto, lo anterior implicaba establecer si los medios de prueba demostraban que, efectivamente: (i) el señor Petro Urrego había proferido un acto administrativo, (ii) por fuera del cumplimiento de su deber, (iii) violando disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección del medio ambiente y (iv) causando un riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente.

En la actuación disciplinaria se determinó la ocurrencia del primer elemento del tipo disciplinario, en la medida en que se encontró acreditado que el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, en calidad de Alcalde Mayor de Bogotá, expidió el Decreto N° 570 de 14 de diciembre del 2012, “por medio del cual se decreta el

estado de prevención o alerta amarilla para el manejo y control adecuado de los Residuos Sólidos Urbanos generados en el Distrito Capital dentro del marco de Gestión Integral de Residuos Sólidos y se adoptan otras disposiciones”.

En cuanto al segundo elemento, la Procuraduría General de la Nación estimó que el contenido de la expresión “por fuera del cumplimiento del deber” debía analizarse a partir del ámbito de funciones y facultades previstas en las normas referidas. Explicó cuáles fueron las normas que, a su juicio, fueron desconocidas - artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y en el artículo 49 del Decreto 1713 del 2002- y las razones por las que la autorización contenida en el Decreto 570 del 2012 implicaba una violación de ellas.

En este orden, el acto que impuso la sanción acreditó los tres primeros elementos del tipo, esto es, i) la existencia de un acto administrativo proferido por el disciplinado, ii) emitido por fuera del cumplimiento de su deber y iii) en virtud del cual se violaron disposiciones legales referentes a la protección del medio ambiente.

Sin embargo, el análisis realizado en los párrafos que anteceden no era suficiente para encontrar ajustada la conducta del funcionario al tipo disciplinario imputado en el pliego de cargos, pues se recuerda que en el caso específico de la falta prevista en el numeral 37 del artículo 48 del CDU aún restaba por establecer que, en los términos de esta disposición, la conducta del funcionario había “originado un riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente”.

La Sala observa que la autoridad disciplinaria no llevó a cabo un ejercicio de interpretación o delimitación destinado a establecer lo que, en términos de la norma, constituiría un “riesgo grave” para el medio ambiente o la salud humana, ingrediente especial del tipo disciplinario, como lo calificó la misma entidad.

Como se dijo previamente, para determinar si la conducta del funcionario originó un riesgo grave para los bienes protegidos, era necesario en primer lugar determinar a partir de la situación en concreto, la noción de “riesgo” y los parámetros utilizados para evaluar su “gravedad”, pues lo contrario podría implicar una vulneración de los derechos al debido proceso del investigado.

La Sala estima necesario recordar que si bien el funcionario disciplinario está facultado por un margen más amplio para determinar si la conducta objeto de reproche se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos disciplinarios,

ello no lo habilita para desconocer las garantías mínimas del debido proceso.

En otras palabras, el mencionado margen de adecuación, definido por el titular de la acción disciplinaria, constituye el marco de referencia para el ejercicio de los derechos de contradicción y de defensa en la actuación administrativa.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que el ente de control no llevó a cabo ningún esfuerzo por dotar de alcance y contenido el elemento “riesgo grave” que determina el tipo disciplinario contenido en el numeral 37 del artículo 48 del CDU.

De la revisión del expediente, se observa que a la actuación disciplinaria se allegaron dos conceptos sobre los impactos generados por las deficiencias en la recolección de residuos durante el periodo comprendido entre el 18 y el 20 de diciembre del 2012, elaborados, respectivamente, por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales y por la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá.

Ahora bien, el aparte utilizado por la Procuraduría General de la Nación para exponer las conclusiones del dictamen pericial, emitido por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, era insuficiente para concluir la existencia de un riesgo grave al medio ambiente o a la salud humana originado en la actuación del funcionario, pues, a pesar de que señala la existencia de un “daño” y un “riesgo”, así como su causa (la exposición de aproximadamente 9.350 toneladas de residuos domiciliarios en las calles de la ciudad) no indicó en forma alguna en qué consistieron, ni delimitó el grado de impacto requerido para la adecuación típica del hecho.

Adicional a lo expuesto, se advierte que en la valoración del dictamen elaborado por la DNIE no se tuvieron en cuenta aspectos de vital importancia para la resolución del caso, como la exposición teórica de los niveles ambientales de afectación y la evaluación que del caso concreto se efectuó en el referido análisis.

La lectura del mencionado documento (visible en el anexo 17 del expediente) evidencia que la DNIE realizó un ejercicio teórico de definición de los grados de influencia y afectación al medio ambiente para, de esta manera, calificar los efectos en el ambiente de los hechos ocurridos durante los días 18 a 20 de diciembre del 2012 en Bogotá. Este proceso de razonamiento y las conclusiones contenidas en el dictamen, que a juicio de esta Sala resultaban imprescindibles para determinar en el caso concreto la dimensión de los efectos de las medidas adoptadas por el disciplinado, fueron obviadas por la Sala Disciplinaria de la

Procuraduría General de la Nación, como se verá a continuación.

De acuerdo con el auto No. 078 del 28 de febrero del 2013 de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, se requirió de una prueba técnica que determinara “el tipo de riesgo” y “cuál su grado de intensidad” de los sucesos de los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012 en Bogotá, con ocasión de la prestación del servicio de aseo¹⁰⁸.

En cumplimiento de ese requerimiento, la Procuraduría Delegada para los Asuntos Ambientales y Agrarios presentó un “análisis de los aspectos técnicos – ambientales”:

- La primera parte del informe contiene una relación teórica referenciada bajo el título “ASPECTOS SANITARIOS RELACIONADOS CON LOS RESIDUOS SÓLIDOS”.

- A continuación se indica que la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, con el apoyo técnico y logístico de funcionarios de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, realizó un seguimiento en diferentes puntos de la ciudad para verificar el desarrollo de la recolección de basuras “verificando la garantía de la prestación del servicio por el cambio de responsabilidad a los 2 operadores públicos”.

Las visitas realizadas arrojaron la siguiente evidencia:

- “1. Hubo un aumento del tiempo de recolección de residuos sólidos domiciliarios [...]
2. La exposición de residuos sólidos después de un tiempo superior de 4 horas, inició un proceso de saqueo humano y animal.
3. Equipos inadecuados para el almacenamiento y transporte de residuos domiciliarios [...]
4. Utilización de mayor número de colaboradores en cada uno de los vehículos [...]
5. Exposición de los operadores de recolección a riesgos de accidentes laboral (sic).
6. Derrames de lixiviados en las calles y vías de la ciudad en el momento de subir las bolsas a los vehículos a la altura del volcó (sic) y por la tapa móvil del platón de la volqueta.
7. Contaminación del suelo y de las aguas lluvias que estuvieron en contacto con los residuos sólidos produciendo lixiviados.
8. Generación de olores ofensivos por la acumulación de residuos sólidos contaminando el aire y exponiendo a la salud de la población en general”¹⁰⁹.

- Seguidamente se hace expresa mención al Informe de Inspección y Vigilancia de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, D.C., en su componente de recolección y transporte, barrido y limpieza de áreas públicas, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

¹⁰⁸ Pág. 1. Anexo 17.

¹⁰⁹ Págs. 2-16. Anexo 17.

- Se trae un informe sobre el “*COMPORTAMIENTO DE LLUVIAS EN LA CIUDAD DE BOGOTA*”, según los registros del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, IDEAM, sobre la precipitación y distribución de las lluvias durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012.

- Se citan los requisitos que se deben cumplir para la actividad de recolección en los sistemas de aseo urbano, según el reglamento técnico del sector de agua potable y saneamiento básico, RAS 2000, normalizado por la Resolución 1096 del 2000. Y se muestra en el documento una “*CLASIFICACIÓN DE IMPACTOS*”, cuya fuente está documentada en una página electrónica.

En el documento que se analiza, luego de la presentación de los aspectos referenciados, se desarrollan unas conclusiones. Entre ellas, las siguientes:

a) La disminución de la recolección de residuos sólidos domiciliarios generó un “grave daño” al medio ambiente afectando el agua, el suelo, el aire, pues se estima que en estos días se pudo tener más de 9.350 toneladas aproximadamente de residuos domiciliarios en las calles de la ciudad de Bogotá D.C., generando un riesgo de exposición a la salud de los ciudadanos”. Este argumento conclusivo de la entidad no indica la fuente de donde deriva esa conclusión, como tampoco muestra un análisis técnico que la soporte, por lo que es insuficiente para dar por demostrado el “tipo de riesgo” y “su grado de intensidad”, por carecer de una justificación técnica debidamente comprobable.

b) Los residuos sólidos expuestos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012 iniciaron una natural descomposición que generaron en la atmósfera olores ofensivos y perjudiciales para la salud de la ciudadanía.

c) No se tiene certeza de si la exposición de los residuos sólidos haya sido la causa directa de enfermedades. Sin embargo, se les atribuye una incidencia en la transmisión de algunas de ellas. La población del casco urbano de la ciudad de Bogotá se encontró expuesta a los diferentes tipos de enfermedades.

d) La costumbre de la población de mezclar los residuos con materiales peligrosos pueden causar lesiones a los operarios de la recolección de basura.

e) Realizar la recolección de los residuos sólidos domiciliarios en volquetas implicaba que los residuos estaban expuestos al viento y a la lluvia, emitiendo gases, partículas o sustancias volátiles de cualquier naturaleza.

f) Existe un riesgo laboral inminente durante el proceso de recolección. No se cuenta con elementos de seguridad necesarios.

g) Teniendo en cuenta la forma como se recolectaron las basuras durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012, el personal de recolección de basura pudo tener más problemas gastrointestinales de origen parasitario, bacteriano o viral que el resto de la población. Además, pudieron sufrir un mayor número de lesiones y enfermedades de la piel e infecciones.

h) En muchas regiones, las corrientes de agua han dejado de ser fuente de abastecimiento para el consumo humano o de recreación de sus habitantes.

i) El lixiviado posee cargas contaminantes considerables.

j) Sobre la determinación del impacto ambiental se indicó que requiere de ciertos factores para clasificarlo. Se precisó que “como no se posee el seguimiento puntual a un indicador específico, se realiza una evaluación cualitativa”. Se utiliza en el informe la clasificación de impactos que trae el mismo documento. A partir de esa clasificación se concluye “que efectivamente se presentó un riesgo para la salud de la población en general, debido a la acumulación de los residuos sólidos en las calles de la ciudad de Bogotá D.C., y que la tardanza de algunos días para retornar al estado inicial ocasiona un Impacto Crítico con las aguas lluvias contaminadas, pues se generó un daño permanente e irrecuperable en la calidad de estas”.

En la clasificación de impactos, según su alcance temporal y según la posibilidad de recuperación, se indicó que hay consecuencias de “impacto transitorio”, en el caso de residuos sólidos, teniendo en cuenta que estos desaparecen cuando cesa la causa que los origina; “impacto recuperable e impacto mitigable”, para la problemática presentada con el manejo y acumulación de los residuos sólidos; “impacto alto”, pues las alteraciones y repercusiones a recursos como el suelo y el agua son irreversibles; e “impacto acumulativo” ya que el efecto en los recursos agua, suelo y aire se prolonga con el tiempo incrementando progresivamente su estado de gravedad.

Esta evaluación cualitativa para la determinación del impacto ambiental se realiza en el informe a partir de una clasificación de los impactos que tiene como fuente un documento extraído de una dirección electrónica señalada en él. Sin embargo,

se trata de una clasificación que se realizó a partir de la descripción teórica a la que se ajustó la situación descrita y que ocurrió durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012. No se indica la metodología de evaluación que soportó dicha clasificación y qué elementos técnicos permitieron, además de las evidencias, arrojar esa conclusión.

De acuerdo con las conclusiones contenidas en el informe, para la Sala, el documento contiene elementos descriptivos que evidencian una situación de anomalía en la prestación del servicio público de aseo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012. Sin embargo, carece de un análisis de los distintos elementos técnicos en que se sustentó la entidad para emitir lo que se denominó en el informe como conclusiones. La prueba es insuficiente frente al objeto requerido con su decreto, pues, según el oficio remitido dirigido a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, se requería de una prueba técnica que determinara el “tipo de riesgo” y “cuál su grado de intensidad”, aspectos que no se demostraron con el debido rigor a partir de conocimientos, análisis, métodos, variables y todas las herramientas necesarias para establecer el objeto de la prueba.

Contra este dictamen se presentó solicitud de aclaración, que fue resuelta dando respuesta a los requerimientos del apoderado del disciplinado, en la que se evidencia: i) que era necesaria la concurrencia de la autoridad ambiental para la complementación de la prueba, en la medida en que, según se indicó la metodología o mecanismos con sus variables, es competencia de la autoridad distrital y ii) que el informe técnico es descriptivo, pues se realizó a partir de la evidencia que arrojaron las actas, videos, fotos e informes.

Al respecto, la solución a los cuestionamientos presentados por el disciplinado es evasiva y dista de resolver con claridad y precisión las dudas e inquietudes razonablemente planteadas, lo cual obstaculizó el ejercicio material del derecho de contradicción del sujeto disciplinado.

Por otra parte, para la Sala, los criterios de “magnitud, extensión e intensidad” a que se refirió el dictamen en estudio comportaban aspectos técnicos que no se comprobaron en la experticia a la que dio pleno crédito y valor probatorio la entidad demandada.

En efecto, la valoración de la prueba técnica condujo a conclusiones que carecen de un sustento científico que arrojará claridad y precisión sobre el riesgo grave

que ocasionó la adopción de la medida por la administración distrital. Hubo inconsistencias, vacíos y se utilizó un lenguaje que requería de precisión y complementación sobre los riesgos, amenazas y daños causados, de los que no se podía, sin elementos técnicos contundentes e idóneos, arrojar conclusiones como la que finalmente se adoptó para atribuir la falta endilgada.

Aunado a lo expuesto, el acto sancionatorio disciplinario no valoró la conclusión a la que llegó el estudio realizado por la DNIE de la Procuraduría General de la Nación sobre la transitoriedad de los efectos de los hechos ocurridos entre el 18 y el 20 de diciembre del 2012, que podían cesar al momento de la desaparición de su causa y que fueran recuperables o mitigables¹¹⁰, lo que implicaba que podían ser eliminados con la implementación de medidas protectoras adecuadas, lo que eventualmente aconteció.

Estas precisiones evidencian que el acto sancionatorio no solamente careció de un ejercicio de delimitación del concepto de “riesgo grave” al momento de tipificar la falta, sino que omitió analizar aspectos esenciales del dictamen pericial elaborado por su propia dependencia, según los cuales los impactos generados al medio ambiente no fueron permanentes, irreversibles ni irrecuperables, aun cuando fueron calificados como altos¹¹¹.

Las anteriores consideraciones permiten concluir a esta Corporación que la Procuraduría General de la Nación no llevó a cabo una valoración probatoria íntegra y exhaustiva del dictamen pericial realizado por la DNIE y que, en todo caso, dicho medio de prueba era insuficiente para establecer que el Decreto 570 del 2012 había originado un “riesgo grave” en el medio ambiente o en la salud de los habitantes de la ciudad.

En la actuación administrativa también se aportó un informe técnico rendido por la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá, según el cual durante los días 18 a 20 de diciembre del 2012 no se presentaron graves riesgos para el derecho al goce de un ambiente sano o la salud humana.

Así las cosas, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación se encontraba ante dos dictámenes cuyas conclusiones distaban de presentar un panorama de consenso sobre la magnitud del daño que se causó entre el 18 y el 20 de diciembre del 2012, circunstancia que no fue valorada debidamente por la

¹¹⁰ Folio 35. Anexo 17.

¹¹¹ Folio 35. Anexo 17.

autoridad demandada. Pues, a pesar de que en ninguno de los dictámenes se estableció de manera técnica que se generó “riesgo grave”, lo cierto es que, a partir de ambas pruebas, la Procuraduría General de la Nación concluyó erradamente la existencia de “riesgos e impactos ambientales” que no corresponden a la descripción de la falta prevista en el numeral 37 del artículo 48 del CDU.

En razón a lo anterior, el tenor literal del numeral 37 del artículo 48 del CDU califica como “grave” el riesgo que debe verificarse como consecuencia de la actuación del funcionario imputado, por lo que no bastaba con demostrar la existencia de “riesgos o impactos”, sino que debía comprobarse suficientemente que su intensidad y magnitud fue de tal entidad que implicó una seria amenaza para los bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, si la Procuraduría consideraba que el informe presentado por la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá adolecía de errores metodológicos y su imparcialidad estaba en duda podía acudir a otros medios probatorios que dieran cuenta de los hechos investigados. Aún más, si se tiene en cuenta que el dictamen elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación tampoco brindaba certeza sobre la generación de un riesgo grave sobre el medio ambiente o la salud humana.

Sobre este particular, se destaca que, mediante escrito de descargos radicado el 8 de julio del 2013 ante la Procuraduría General de la Nación, el apoderado del imputado solicitó que se oficiara a la Universidad Nacional de Colombia para que esta institución emitiera “un dictamen pericial sobre la existencia y alcance del supuesto impacto ambiental generado en la ciudad de Bogotá durante los días 18, 19 y 20 de diciembre del 2012, por la implementación del nuevo esquema del servicio de aseo” (fol. 939 de la actuación administrativa), solicitud que fue reiterada por escrito del 5 de agosto del 2013¹¹².

Sin embargo, mediante decisión del 13 de agosto del 2013, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación negó la práctica del dictamen pericial solicitado, al considerar que ya se contaba con suficiente material probatorio sobre dicho aspecto de la controversia¹¹³.

Este asunto es de suma importancia en el caso estudiado, pues teniendo en

¹¹² Folios 1290 -1304, cuaderno original 5.

¹¹³ Folios 1328 -1346 de la actuación administrativa.

cuenta que los dictámenes periciales practicados no eran suficientes para acreditar la ocurrencia de riesgos graves sobre la salud humana y el medio ambiente, la prueba solicitada por la defensa adquiriría una trascendencia cardinal para dotar al funcionario disciplinario de mayores elementos de juicio para proferir su decisión.

Adicionalmente, no podía perderse de vista que los dictámenes periciales practicados en el proceso administrativo fueron elaborados por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá, dependencias adscritas al ente disciplinario y al despacho del que por entonces era titular el funcionario imputado, respectivamente, circunstancia que si bien no constituye en sí misma una irregularidad, sí se erigía en una razón más para contar con el concepto técnico de la Universidad Nacional de Colombia, por lo que la negativa de decretar la práctica de la prueba pericial implicó una limitación de los derechos a la contradicción y de defensa, en la medida en que conllevó la imposibilidad de controvertir y refutar con argumentos técnicos y científicos las consideraciones y conclusiones contenidas en el dictamen.

La Sala reitera que, si bien el funcionario disciplinario cuenta con un amplio espectro para determinar si una conducta encaja en el tipo disciplinario imputado, esto no significa que le sea permitido adoptar decisiones que desconocen el derecho al debido proceso y que el marco de definición de los elementos del tipo disciplinario constituye el campo en que el investigado ejerce las garantías inherentes al debido proceso en la actuación administrativa.

En este cargo, la falta de tipicidad prospera toda vez que hubo deficiencias en el juicio de adecuación típica realizado, en la medida en que el acto sancionatorio no delimitó el elemento integrante del tipo disciplinario (la existencia de un riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente causado por la actuación del funcionario), ni estableció con claridad cuál fue la magnitud de los riesgos y cómo se encuadraban estos en los tipos de impacto definidos por el dictamen pericial antes citado.

De este modo, y sin perjuicio de lo que el juez de lo contencioso administrativo llegare a disponer sobre la legalidad del Decreto 570 del 2012, no es posible afirmar que con su expedición el actor haya incurrido en la falta disciplinaria prevista en el numeral 37 del artículo 48 del CDU, pues la conducta no se adecúa

a dicho tipo disciplinario, debiéndose declarar la nulidad de los actos demandados en cuanto impusieron la falta prevista en la norma mencionada.

El análisis que efectúa esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado corresponde a un control judicial integral del acto administrativo sancionatorio de acuerdo con el criterio interpretativo de unificación adoptado por esta misma Sala el 9 de agosto del 2016, en el caso de Piedad Esneda Córdoba Ruiz contra la Procuraduría General de la Nación.

Por las razones expuestas, y teniendo en cuenta que el exalcalde Bogotá D.C., Gustavo Francisco Petro Urrego, no incurrió en ninguna de las faltas disciplinarias atribuidas en los actos acusados, procede, como se anunció declarar la nulidad de los mismo, no solo por falta de competencia sino por violación del principio de tipicidad, como se indicará en la parte resolutive de este fallo.

III. EXHORTO

El papel del juez en este caso no puede ser el de dejar hacer y dejar pasar, por ello, si bien solamente es posible predicar de los efectos de esta providencia aquellos *inter partes*, las consideraciones aquí plasmadas aunadas a las recomendaciones que sobre este caso hiciera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Colombiano, concretamente, en sus numerales 3 a 7¹¹⁴, que se refieren a aspectos de política pública y a ajustes del régimen jurídico nacional, y para dar aplicación a las reglas y procedimientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es necesario exhortar al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante

¹¹⁴ Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Colombiano:

[...]

3. Adecuar la legislación interna en particular, las disposiciones de la Constitución Política y del Código Disciplinario Único, que contemplan respectivamente la facultad de destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular por parte de la Procuraduría General de la Nación en el ejercicio de su potestad disciplinaria.

4. Adecuar la normativa penal para asegurar que no se incluyan las referencias a la vía disciplinaria o fiscal en los tipos penales relacionados con la elección de personas inhabilitadas. En todo caso, el Estado deberá abstenerse de aplicar el tipo penal previsto en el artículo 5 de la Ley 1834 de 2017, tomando en cuenta las determinaciones sobre la inconveniencia de la destitución disciplinaria o fiscal, sin condena penal en firme.

5. Adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar la imparcialidad de la autoridad disciplinaria, de forma tal que la autoridad que establece los cargos, no sea la misma llamada a determinar la responsabilidad disciplinaria.

6. Adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar la posibilidad efectiva de recurrir fallos disciplinarios ante autoridad distinta de la que determinó la responsabilidad disciplinaria asegurando que se permita una revisión integral de los fallos sancionatorios.

7. Adoptar las medidas necesarias para asegurar que las acciones judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho sean resueltas en un plazo razonable, incluyendo aquellas de competencia directa del Consejo de Estado.

dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta: (i) las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, en particular aquellas que configuren cosa juzgada constitucional, específicamente, en esta materia; (ii) la obligación del Estado de asegurar la vigencia de los derechos políticos y restringir su limitación en la faceta pasiva, a decisiones de derecho sancionatorio proferidas por autoridad competente, con el fin de proteger los derechos políticos de los electores en todas las esferas político-administrativas y se preserve la integridad del mandato ciudadano en cabeza de aquellas autoridades que gobiernan o administran en nombre de opciones políticas diversas, minoritarias o, si acaso, contrarias a las del establecimiento; propuesta que se acompasa con el posible surgimiento de gobernantes locales que representen nuevas opciones políticas a partir de los acuerdos de paz que se suscribieron en el país y cuya ejecución se encuentra implementando; y (iii) la necesidad de garantizar herramientas y procedimientos que fortalezcan la lucha contra la corrupción, la correcta prestación de la función pública y la preservación del patrimonio político.

Por los efectos *inter partes* del presente fallo, las condiciones de aplicabilidad del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, en particular, de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la vigencia del régimen jurídico estatal, y mientras se adoptan los ajustes internos, la Procuraduría General de la Nación conserva la facultad para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular en los términos de esta providencia.

IV. DECISIÓN

La Sala concluye que los actos administrativos sancionatorios del 9 de diciembre del 2013 y del 13 de enero del 2014, proferidos por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, están viciados de nulidad por: (i) falta de competencia del ente que impuso la sanción, garantía mínima del derecho al debido proceso del señor Gustavo Francisco Petro Urrego y (ii) violación al principio de tipicidad de la falta disciplinaria que guarda relación estricta con el principio de legalidad de la sanción.

Frente a la solicitud de reintegro al cargo de Alcalde Mayor de Bogotá, señala la Sala que esta petición carece de objeto, toda vez que con ocasión del auto del 13 de mayo del 2014, que decretó la suspensión provisional de los efectos de los

actos administrativos sancionatorios, el actor fue reincorporado al cargo. Se resalta igualmente que el periodo constitucional del señor Gustavo Francisco Petro Urrego como Alcalde de la ciudad de Bogotá culminó el 31 de diciembre del 2015.

De acuerdo con lo pedido en la demanda y lo probado en el proceso, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación que, a título de restablecimiento del derecho, proceda a pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante con ocasión de las sanciones disciplinarias impuestas por dicha entidad, teniendo en cuenta para tal efecto el tiempo en el que estuvo retirado del ejercicio del cargo según: i) el Decreto 570 del 20 de marzo del 2014, por el cual el Presidente de la República ejecutó la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación y ii) el Decreto 797, del 23 de abril del 2014, en el que se declaró que cesaban los efectos del Decreto 570 del 20 de marzo del 2014, en cumplimiento de la sentencia del 21 de abril del 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Por otra parte, se oficiará a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación para que registre esta decisión en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e inhabilidades, SIRI, y, en consecuencia, proceda a efectuar la correspondiente desanotación de las sanciones impuestas.

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

F A L L A

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes actos administrativos: 1. Decisión de única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 9 de diciembre del 2013, mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego. 2. Decisión del 13 de enero del 2014, proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que resolvió no reponer y en consecuencia confirmar el fallo de única instancia del 9 de diciembre del 2013.

SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la Procuraduría General de la Nación que pague los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante durante el tiempo que estuvo efectivamente separado del

servicio, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

La suma que corresponda a las condenas deberá indexarse conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

TERCERO. OFICIAR a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación para que registre esta decisión en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e inhabilidades, SIRI, y, en consecuencia, proceda a efectuar la correspondiente desanotación de las sanciones impuestas.

CUARTO. ORDENAR que, por Secretaría General de la Corporación, una vez en firme esta decisión, se expida, con destino a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la información requerida mediante el oficio 20175010046781-GDI, suscrito por la Directora de Defensa Jurídica de la entidad, para los fines pertinentes.

QUINTO: ORDENAR que, por Secretaría General de la Corporación, una vez en firme esta decisión, se expida, con destino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, copia de la presente decisión.

SEXTO: EXHORTAR al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación para que en un plazo, no superior a dos (2) años, contado a partir de la notificación de esta providencia, implemente las reformas a que haya lugar, dirigidas a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden interno, con fundamento en las consideraciones emitidas y la *ratio decidendi* de esta sentencia. Para los efectos de este numeral,

comuníquese esta decisión al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República y al señor Procurador General de la Nación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ B.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MILTON CHAVES GARCÍA

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

DANILO ROJAS BETANCOURTH

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Con el respeto acostumbrado me permito aclarar el voto que emití en el asunto de la referencia, en el sentido de señalar que si bien comparto plenamente la decisión de anular los actos administrativos mediante los cuales la Procuraduría General de la Nación destituyó al Alcalde Mayor de Bogotá, doctor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y lo inhabilitó para el desempeño de funciones públicas por el término de 15 años, debo señalar que 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 la 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 falto de idoneidad y congruencia, a partir del cual no resultaba jurídicamente viable tener como probados los cargos formulados al disciplinado.

Para referirme en concreto a algunas de las fallas protuberantes en que incurrió la autoridad disciplinaria, basta con detenerse en el nudo examen del dictamen pericial elaborado por LUIS FELIPE APARICIO TORRES, Asesor Grado 24 adscrito a la Procuraduría Delegada para Asuntos

Ambientales y Agrarios, el cual, además de no haber sido debidamente decretado, como corresponde a cualquier medio probatorio al que se pretenda dar validez, ni incorporado al proceso disciplinario, omitió mencionar algunos aspectos fundamentales como la indicación del perfil profesional y la experticia del perito, el señalamiento de la base técnica que sirvió de sustento a sus conclusiones y la indicación de los instrumentos metodológicos, técnicos y científicos que lo llevaron a colegir que durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 las deficiencias que se presentaron en el servicio de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá, produjeron graves daños ambientales y generaron diferentes patologías asociadas a la exposición de residuos sólidos de origen domiciliario, hospitalario e industrial. Además de lo expuesto, resulta claro que el encartado no solo no tuvo oportunidad de controvertir esta prueba sino que se le negó la práctica del dictamen pericial que solicitó para controvertirla. Según se desprende de las piezas procesales, la Sala Disciplinaria le dio plena validez al dictamen pericial ya referido, sin realizar el menor discernimiento acerca de los fundamentos que le sirven de sustento, ni analizar las conclusiones en él consignadas conforme a las reglas de la sana crítica y la persuasión racional, dejando de apreciar esta prueba en el conjunto de los demás elementos de juicio obrantes en el proceso.

A pesar de las falencias anotadas, el dictamen pericial fue tenido por la Procuraduría General como una pieza probatoria determinante y central en el proceso disciplinario, a pesar de haber sido practicado, incorporado y valorado, como queda dicho, sin el lleno de las formalidades sustanciales y con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, razón por la cual no podía servir de soporte legítimo a las decisiones sancionatorias cuestionadas.

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 *ad pedem literae* 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 aun 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.

No comparto el planteamiento restrictivo que se hace acerca de las potestades sancionadoras de la Procuraduría, en especial sobre su hipotética falta de competencia para limitar o suspender los derechos políticos de servidores públicos de elección popular por vía de la sanción disciplinaria de destitución, suspensión e inhabilidad para ejercer cargos públicos, por tratarse de una supuestamente radicada de manera exclusiva en los jueces penales. En tal sentido, coincido con lo expuesto por la Procuraduría al exponer sus argumentos de defensa, en cuanto a que éste es un razonamiento que debe considerarse superado en los términos del análisis efectuado en la sentencia C-028 de 2006 proferida por la Corte Constitucional, en cuanto concierne a la inteligencia y alcance del artículo 23 de la CADH, en donde se arribó a la conclusión de que no se configura ningún vicio de convencionalidad.

Cabe reiterar que el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la posibilidad de que las leyes nacionales fijen límites a los derechos consagrados en la Convención, siempre que lo hagan para atender fines de interés general, lo que guarda completa conformidad con el proceso disciplinario en nuestro país.

En este sentido, suscribo el criterio según el cual, la Constitución Política le otorgó a la Procuraduría la facultad de ejercer el control disciplinario aun respecto de los funcionarios de elección popular, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia SU-712 de 2013, en donde expresó lo que se transcribe a continuación:

“A partir de una interpretación armónica de las normas constitucionales con los instrumentos que se integran a ella en virtud del bloque de constitucionalidad, la Corte concluyó que las competencias disciplinarias y sancionatorias del Procurador General de la Nación no desconocen el artículo 93 de la Constitución, ni el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La aplicación de la Convención Americana debe

tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta, como lo reconoce la Convención al indicar que corresponde a la ley reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y el mecanismo de sanción. Así, como fue explicado en la Sentencia C-028 de 2006, la aplicación del bloque de constitucionalidad debe armonizarse la Constitución, a partir de una interpretación coherente, sistemática y teleológica, con el propósito de lograr conciliar las reglas de uno y otro estatuto.”

Desde antaño se ha venido sosteniendo doctrinal y jurisprudencialmente que el derecho penal y el derecho disciplinario, como especies que son del derecho sancionatorio, protegen bienes jurídicos distintos, y además se ha recalcado, que los ilícitos penales y disciplinarios son de una naturaleza jurídica diferente, pues mientras aquellos corresponden a unos tipos cerrados en los cuales se tipifican algunas conductas específicas, clara y previamente definidas en la ley, los ilícitos disciplinarios son tipos de textura abierta que bien pueden abarcar distintas conductas no necesariamente descritas de manera detallada en la ley.

Tan crucial es la distinción entre las dos disciplinas jurídicas, el derecho penal y el disciplinario, que las diferencias entre ambas envuelven aspectos tan relevantes como (1) la tipificación de las conductas sancionables, (2) los objetos y las finalidades que persiguen, (3) la clase de sanción que se puede imponer y (4) la aplicación de los principios del derecho penal al disciplinario.

En lo tocante a la **tipificación de las faltas y los delitos**, en materia disciplinaria rige el sistema de *numerus apertus*, en tanto que en materia penal las conductas se describen por el sistema de *numerus clausus*. Esta distinción, a su vez, implica que los tipos disciplinarios consagren normas de remisión a otras disposiciones para establecer el tipo correspondiente en cada proceso disciplinario, para lo cual se integran disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, en tanto que en el proceso penal el tipo está enteramente establecido por la norma penal.

En cuanto a los objetos y las finalidades del derecho penal y el disciplinario, cabe indicar que el primero protege bienes jurídicos que afectan a toda la

sociedad, en tanto que el segundo pretende que los servidores públicos cumplan bien sus funciones, el servicio y la función pública encomendada, lo que le da ese rasgo de derecho corrector y sancionador frente a los servidores que incumplen sus funciones o que desconocen el régimen de deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades que establecen la Constitución Política y la ley.

Sobre la clase de sanción que procede imponer en cada caso, el derecho penal implica la pena privativa de la libertad, con lo que se instituye legalmente la restricción a un derecho fundamental y, por ende, se demanda el mayor rigor en la actuación que se adelante, mientras que el ámbito sancionatorio del derecho disciplinario atañe a la relación laboral o está relacionado con el desempeño de la actividad laboral, desde el llamado de atención, la multa, la suspensión en el ejercicio del cargo hasta la destitución del cargo que se desempeña, pero ninguna de ellas comparable en su esencia ni en sus efectos a la pena privativa de la libertad.

Un aspecto que admite una importante integración de los dos derechos, preservando sus claras diferencias, es el relativo a la aplicación de los principios del derecho penal al ámbito disciplinario. Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado que esos principios se aplican *mutatis mutandis*, por cuanto no se trata de llevar una disciplina a la otra, lo que alteraría la particularidad del derecho disciplinario.

Estos rasgos diferenciadores que me he permitido recordar, cobran relieve cuando se aprecia que los dos tipos de actuaciones jurídicas procesales, la penal y la disciplinaria, pueden adelantarse frente a un mismo sujeto simultáneamente pero dentro de sus respectivos ámbitos. Al respecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-244 de 1996, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, expresó:

“Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En

efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.”

Más recientemente, al ocuparse de la potestad sancionadora del Estado, sus proyecciones y su ámbito de aplicación en el derecho disciplinario, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-818/05, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, expresó:

“6. El derecho disciplinario como parte del derecho punitivo del Estado, se caracteriza por su aproximación al derecho penal delictivo, pues irremediamente el ejercicio de *ius puniendi* debe someterse a los mismos principios y reglas constitutivos del derecho del Estado a sancionar. En relación con esta conexidad, textualmente esta Corporación ha precisado que:

“El derecho disciplinario que respalda este poder está compuesto por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones o incurrir en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley, (...) ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada ‘derecho administrativo disciplinario’. Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación debe observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicen también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término "derecho criminal" para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos”.

(Subrayado por fuera del texto original).

“Si bien la doctrina sobre la materia ha reconocido que la aplicación de los principios y reglas del derecho penal delictivo al derecho administrativo sancionador, y entre ellos, al derecho disciplinario, tiene como fundamento la *homogeneización o unidad punitiva* exigible en tratándose del ejercicio

del *ius puniendi*; de igual manera se ha admitido la existencia de una singularidad en cada uno de sus procedimientos (penal, correccional, contravencional o disciplinario), en respuesta a la naturaleza de los ilícitos y de sus sanciones, así como a la mayor intervención de las sanciones administrativas sobre las penales en el ordenamiento jurídico.

“Esta posición ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte, al reconocer inicialmente que entre los regímenes sancionatorios administrativos y el derecho penal delictivo existen características específicas que exigen tratamientos diferenciales. Precisamente, en sentencia C-948 de 2002, se afirmó que:

“[E]ntre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial - como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.”. (Subrayado del texto original).

“De igual manera, esta Corporación ha reconocido que entre el derecho disciplinario y el derecho penal delictivo existen también importantes diferencias, derivadas principalmente de los intereses que se pretenden proteger por cada disciplina. Al respecto, en sentencia C-244 de 1996, se manifestó:

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

Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran

conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales”.

“Siguiendo lo anteriormente expuesto, la Corte ha sostenido que el derecho administrativo sancionador como expresión punitiva del Estado, se encuentra sujeto a los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley. Reconociendo que, en todo caso, debido a las particularidades de cada una de las modalidades sancionatorias, que difieren en cuanto a sus intereses, sujetos involucrados, sanciones y efectos jurídicos sobre la comunidad, dichos principios consagrados en la Constitución adquieren matices dependiendo precisamente del tipo de derecho sancionador de que se trate.”

A partir de este amplio y significativo recuento de los criterios que orientan la interpretación constitucional referente a la razón de ser de los ámbitos separados de las potestades disciplinaria y penal, las consecuencias de la interpretación restrictiva que ha hecho la Sala respecto a las potestades disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación nos aboca a pensar que en el evento de que algún servidor público de elección popular incurra en una falta disciplinaria y sea denunciado ante el juez penal, éste deberá declararse inhibido o incompetente para adelantar el proceso sancionatorio y adoptar las decisiones de rigor, pues la investigación y adopción de sanciones disciplinarias, escapa del marco de sus competencias.

En suma, a pesar de compartir la decisión de anular los actos administrativos demandados - por las razones expuestas en esta aclaración -, considero que estas últimas hubiesen sido más que suficientes para acoger las pretensiones de la demanda. Estimo que las falencias que acusan las decisiones disciplinarias adoptadas por la Procuraduría General en este caso, sustentan ampliamente la declaratoria de nulidad, y sea ésta

la ocasión para declarar que no comparto la afirmación, según la cual, esta razón es apenas *“una razón de más para declarar la nulidad del fallo disciplinario proferido en contra de Gustavo Francisco Petro Urrego.”* (subrayado fuera de texto). Es, en mi sentir, *la única razón valedera* para eliminar del mundo jurídico los actos acusados en este proceso.

Debo decir finalmente, que lamento profundamente que la sugerencia que hice durante la discusión del proyecto, en el sentido de modular o armonizar los efectos de la decisión, no haya sido atendida.

En estos términos, aclaro el sentido y alcance de mi voto.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Conforme al reglamento de la Corporación, expongo las razones por las que aclaro el voto frente al fallo proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, en el cual se anuló la sanción disciplinaria impuesta al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, decisión que comparto.

La aclaración se centra en las consideraciones y conclusiones frente al cargo de falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar servidores públicos de elección popular, y su armonía con el ordenamiento jurídico convencional.¹¹⁵

Luego de analizar la evolución en la interpretación constitucional de esta competencia por parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional,¹¹⁶ el fallo concluyó que la regla jurisprudencial vigente hasta la fecha era la siguiente: «[...] la competencia que se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios públicos de elección popular se ajusta al artículo 23.2 de la CADH solo en cuanto que la actuación del órgano de control se encamine a prevenir hechos de corrupción o a conjurar actos de servidores públicos que promuevan y constituyan casos reprochables de corrupción [...]».

También precisó que esta regla no hizo tránsito a cosa juzgada constitucional con las sentencias C-028-2006 y C-500-2014, específicamente frente a la competencia para sancionar a funcionarios de

¹¹⁵ Compartimos en forma íntegra los planteamientos del fallo en cuanto a (i) las normas de orden de interno sobre derechos políticos y sus restricciones, (ii) normas de orden interno que otorgan la competencia al Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a servidores públicos de elección popular, (iii) los derechos políticos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹¹⁶ Criterios condensados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así:

- a- Criterio restrictivo o limitado, expuesto en las sentencias C-551 del 2003 y C-541 del 2010
- b- Criterio integrador, expuesto en la sentencia C-028 del 2006
- c- Criterio de interpretación amplia, expuesto en las sentencias de tutela SU-712 del 2013, y SU-355, del 2015, confirmado por la C-500 de 2014.

elección popular que se encuentren inmersos en conductas contrarias a derecho, pero que no constituyen, per se, casos reprochables de corrupción o constitutivos de tales actividades. Por ello, analizó convencionalmente esta regulación y concluyó que la competencia asignada constitucional y legalmente a este órgano de control en la materia, no se acompasa con el citado artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el debate del proyecto presentado a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, argumenté que aunque compartía la conclusión anulatoria de la sanción disciplinaria impuesta al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, ello no podía llevar a que, inmediatamente mediante la sentencia, se vacíe de las competencias sancionatorias atribuidas a la Procuraduría General de la Nación por la Constitución Política y normas legales pertinentes.

Para sustentar esta posición expongo los siguientes aspectos preliminares:

- Tal como lo precisó el fallo, cuando nació la restricción contenida en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el contexto social y estatal era diferente. En ese momento las democracias estaban amenazadas por dictaduras militares que, incluso, se consolidaron en América del Sur en las décadas del 70 y 80.
- Bajo esta perspectiva, la restricción impuesta por la norma buscó que quienes detentaran el poder en los estados democráticos, no pudieran limitar el ejercicio de los derechos políticos de los demás ciudadanos y mucho menos de la oposición, por vía administrativa. De ahí la exigencia de que esta limitación solo pudiera ser impuesta por un juez penal, dadas las características de imparcialidad e independencia que deben imperar en esta función judicial.
- Ahora bien, el fallo reconoce que el contexto constitucional y legal colombiano es bien diferente, en la medida en que como Estado democrático y de derecho, conformó una estructura que ha permitido durante mucho tiempo el ejercicio de los derechos políticos y civiles, en gran medida, gracias a la pervivencia de instituciones y órganos de control, cuyas decisiones son objeto, a su vez, de control judicial adicional por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal y como sucede en este caso.
- Esta institucionalidad ha buscado superar los inconvenientes de orden legal y operativo de un Estado que, pese a contar con una Fiscalía General de Nación y una Rama Judicial, autónomas e independientes, no tienen la eficacia y eficiencia esperadas para lograr socavar, mitigar y sancionar los aberrantes hechos de corrupción.
- La misma Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fortaleció los órganos de control y entregó facultades a estos entes autónomos

constitucionales para vigilar el adecuado ejercicio de la función pública y sancionar su infracción, no solo frente a hechos relacionados con corrupción, sino también frente a los demás aspectos del deber funcional, con miras a lograr un aparato estatal más eficiente.

- Es así como durante más de 26 años del nuevo modelo institucional, la Procuraduría General de la Nación ha llevado a cabo investigaciones e impuesto sanciones disciplinarias a toda clase de servidores. Muchas de estas sanciones han sido revisadas posteriormente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que de manera independiente, ha anulado un sinnúmero de ellas y confirmó otras tantas. Esto es muestra de un elemento adicional de control y de garantía de imparcialidad e independencia, el cual no puede ser desconocido en el análisis o control de convencionalidad.

Bajo estas consideraciones y como lo ilustra el fallo objeto de aclaración, la Corte Constitucional de Colombia en algunos de los análisis al respecto, y el mismo Consejo de Estado, consideraron que la competencia de la Procuraduría General de la Nación se ajustaba al marco convencional, pues su ejercicio está sometido al cumplimiento de garantías fundamentales, propias incluso del derecho penal, y son ejercidas por un órgano que estructuralmente no hace parte de la rama ejecutiva del poder público.

Así las cosas, considero que no puede eliminarse de plano la configuración constitucional actual, que es coherente con el andamiaje estatal y la protección y garantías fundamentales, a voces de los mismos órganos judiciales internos citados. En efecto, el mismo fallo aduce que en el marco «[...] del derecho viviente, las instituciones y la democracia Colombiana adelantaron un proceso de robustecimiento a partir de la Constitución de 1991, que sustentada en el principio de la dignidad humana, los derechos fundamentales y las libertades públicas consolidó el sometimiento del Estado al Derecho bajo la forma de Estado Constitucional. [...] sin que ello sea inmune ni ajeno a las distorsiones jurídicas, ni a los peligros que involucra la concentración del poder, de ahí la [...] existencia del sistema de pesos y contrapesos, como del control de legalidad sobre los actos de los gobernantes que realiza la jurisdicción de lo contencioso administrativo [...]», señala el fallo.

Aunado a lo anterior, la posibilidad de restricción de derechos políticos en estos casos, además de que está hincada en una norma constitucional y legal, su imposición se encuentra condicionada a las exigencias convencionales. No podemos olvidar que, en últimas, estos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones siempre y cuando en su reglamentación y restricción se observen los principios de legalidad,

necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática¹¹⁷. En tal sentido, la estructura constitucional actual busca aplicar el principio de legalidad, evitar el ejercicio discriminatorio de esta función sancionatoria y que la misma se funde en criterios razonables, con el un propósito útil y oportuno que es necesario para satisfacer el interés público.

Ahora bien, pese a que el fallo concluye que el Estado debe ajustar su estructura para lograr que los derechos políticos tengan un mayor halo de protección con base en los compromisos internacionales adquiridos -lo que exige que el Estado colombiano ajuste i) las competencias internas, ii) el sistema sancionatorio y iii) la estructura institucional-, lo cierto es que ello requiere reformas constitucionales y legales que corresponden al constituyente (primario o derivado) y del legislador, respectivamente.

Por tanto, antes de hacer una especie de borrón y cuenta nueva en este sentido, debe proveerse al sistema de un punto de transición que posibilite la reestructuración de esta función disciplinaria, sin eliminar inmediatamente la competencia establecida para la investigación y sanción de servidores públicos de elección popular, por faltas distintas a actos de corrupción y cualquier otra conducta que se considere reprochable desde el punto de vista disciplinario.

En consecuencia, sostenemos que el fallo debió señalar expresamente que la Procuraduría General de la Nación debe conservar las plenas competencias durante el periodo de 2 años que se fijó en el exhorto al Gobierno Nacional, al Legislador y a la Procuraduría General de la Nación, para impulsar y llevar a cabo la reforma que se requiere para tal efecto.

Basta parafrasear la cita que hace la sentencia, correspondiente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹¹⁸ y reafirmar que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación se tiene que acompañar con la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, a lo que agrego que estas también se deben ajustar a las propias condiciones y particularidades institucionales de cada Estado que es parte contratante.

La aplicación *ipso facto* de estas exigencias, conllevaría a un desajuste institucional que puede contrastar con la finalidad del mismo sistema de pesos y contrapesos diseñado por el constituyente, y con el adecuado y eficiente ejercicio de la función pública, modelo institucional que fue avalado

¹¹⁷ Sentencia de la IDH, del 23 de junio del 2005, en el caso Yatama vs Nicaragua

¹¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Tyrer vs. El Reino Unido. Sentencia del 25 de abril de 1978, serie A, núm. 26, párr. 31.

judicialmente durante más de dos décadas, por este y otros órganos judiciales.

Excurso. Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no se conocen públicamente en su integridad.¹¹⁹ Según los medios de comunicación colombianos,¹²⁰ el informe recomienda:

- a) **Adecuar la legislación interna**, en particular las disposiciones de la Constitución y del Código Disciplinario Único, que contemplan respectivamente la facultad de destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular por parte de la Procuraduría en ejercicio de su potestad disciplinaria.
- b) **Asegurar la imparcialidad de la autoridad disciplinaria, de forma tal que la autoridad que establece los cargos no sea la misma llamada a determinar la responsabilidad disciplinaria** y que se garantice el derecho a recurrir una decisión ante una autoridad diferente a la que profiere la decisión.
- c) Modificar la normativa penal para asegurar que no se incluyan las referencias a la vía disciplinaria o fiscal en los tipos penales relacionados con la elección de personas inhabilitadas.

Por tanto, considero que el ajuste constitucional y legislativo para el cual se otorgó el término contenido en el exhorto que realizó la sentencia, debería incluir las siguientes modificaciones cuando se trate de investigar y sancionar a servidores públicos elegidos popularmente: (i) La Procuraduría debe actuar como un órgano de investigación y de formulación de pliego de cargos disciplinarios ante el juez de lo contencioso administrativo competente a través de funcionarios de carrera administrativa. (ii) El juez de lo contencioso administrativo decidirá sobre la responsabilidad disciplinaria. (iii) La sanción que se imponga debe ser susceptible de recursos ante el superior del juez que tomó la decisión disciplinaria en primera instancia. (iv) Solo las sanciones impuestas por el juez de lo contencioso administrativo pueden generar inhabilidad para ocupar cargos públicos y para los efectos penales correspondientes.

¹¹⁹ Según el medio informativo Caracol María Isabel Rivero, jefe de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que «[...] En esta etapa, un informe de fondo es confidencial. Por lo tanto, la CIDH no puede comentar absolutamente nada sobre sus contenidos y no habrá entrevistas sobre este asunto [...]» tomado de prensa digital: http://caracol.com.co/radio/2017/11/08/nacional/1510179759_243365.html el 08-11-2017, recuperados el 8 de noviembre de 2017, informe que coincide con el artículo 50.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

¹²⁰ Ver entre los otros, los siguientes informes de prensa digital a) <https://www.elespectador.com/noticias/politica/cidh-ratifica-que-petro-no-esta-inhabilitado-para-aspirar-la-presidencia-articulo-722156> b) <http://www.semana.com/Item/ArticleAsync/546401>, recuperados el 8 de noviembre de 2017.

De esta manera se conserva la amplia experiencia y capacidad investigativa de la Procuraduría y al mismo tiempo se atiende la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Conclusión. La configuración constitucional actual está dotada de mecanismos que garantizan el ejercicio responsable de la función disciplinaria y limitadora de los derechos políticos de personas elegidas popularmente y, si bien se requiere un mayor ajuste institucional para adecuarlo al compromiso convencional, ello no permite concluir, *per se*, que la competencia es abruptamente contraria al ordenamiento convencional y que se debe suprimir en forma inmediata.

La decisión judicial, además de exhortar para que se haga este ajuste constitucional y legal, debió contemplar un periodo de transición en el cual la función de investigación y sanción de todas las conductas de los servidores públicos elegidos popularmente, que pueden afectar ostensiblemente el ejercicio de la función pública, se mantenga en cabeza del órgano constitucionalmente encargado de realizarla y así evitar con ello la supresión total de este control.

En los anteriores términos aclaro mi voto frente a la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Magistrado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTEBERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Comparto la decisión tomada en el presente caso de declarar la nulidad de los actos administrativos sancionatorios de 9 de diciembre de 2013 y de 13 de enero de 2014, proferidos por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante los cuales se impuso la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Franciso Petro Urrego y se confirmó no reponer esta decisión, respectivamente, pero por diferentes razones a las esbozadas en el fallo y que ahora presento como aclaración de voto, así:

1. El problema jurídico sobre el que recae la decisión, y por supuesto también la discrepancia, tiene que ver con que si la Procuraduría General de la Nación es competente para imponer la sanción de destitución e inhabilidad a un servidor público que ha sido elegido popularmente, a la luz del ordenamiento jurídico interno y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2. Tal problema ha sido resuelto por la Sala Mayoritaria, quien al examinar la competencia de la Procuraduría General de la Nación a la luz de las normas convencionales, advierte una incompatibilidad entre el artículo 44.1 de la ley 734 de 2002, fundamento sancionatorio en este caso, y el artículo 23.2 de la Convención Americana de derechos Humanos y concluye que carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido por voto popular porque:

- (i) al no ser sancionado el señor Petro Urrego por una conducta que constituyera un acto de corrupción, la Procuraduría General de la Nación contravino una disposición de rango superior, el artículo 23.2 convencional, que dispone que solo un juez penal mediante sentencia condenatoria en proceso penal, puede restringir los derechos de una persona, y que por el principio pacta *sun servanda* es ineludible su aplicación por parte de los Estados miembros de la Convención.
- (ii) mantener vigente una sanción que restringe los derechos de un elegido por voto popular no solo implicaría cercenar los derechos del sancionado sino también hacer nugatorios los derechos políticos de sus electores que como constituyente primario, han acordado definir los medios y las formas para autodeterminarse, elegir a sus autoridades y establecer los designios y las maneras en los que habrán de ser gobernados, por ende para la mayoría de la Sala Plena del Consejo de Estado el artículo 277.6 de la Constitución Política, que le otorga a la Procuraduría General de la Nación la competencia para ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular, debe interpretarse de la forma que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o *pro hominem*, en este caso, los derechos políticos de los servidores elegidos por elección popular, que solo pueden ser restringidos por una sentencia penal dentro de un proceso de la misma naturaleza. Sin embargo, en virtud de lo señalado en el artículo 8.6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción la Procuraduría General de la Nación se encuentra legitimada, al lado de los jueces penales, para sancionar casos de origen en actos de corrupción, por ende, mantiene incólume sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos de elección popular.

3. Frente a las anteriores consideraciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, aclaro mi voto en el mismo sentido en el cual lo hice en oportunidad anterior, cuando se decidió la acción de

tutela número de radicado 2013-06871-01 impetrada por el aquí demandante, Gustavo Franciso Petro Urrego, en cuanto considero que, de conformidad con una interpretación sistemática de las normas nacionales y supranacionales aprobadas por Colombia, el Procurador General de la Nación sí es competente para sancionar a los servidores públicos de elección popular hasta con destitución e inhabilitación en el ejercicio de cargos públicos, como aspiro a demostrarlo enseguida:

3.1 LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN IDH PARA EL CASO CONCRETO

3.1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Sabido es que la Convención Americana de Derechos Humanos cuenta con dos órganos competentes para conocer de los asuntos que se refieran a su infracción y/o interpretación, i) la Comisión Interamericana de Derecho Humanos y ii) la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A pesar que la mencionada convención establece que la Comisión tiene *“la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”*, y que por su parte la Corte *“tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido”* de tal forma que *“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”, “Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”*, lo cierto es que de la mencionada convención no se puede establecer, de forma clara, qué carácter tienen las decisiones emanadas del primero de los órganos.

Es así, que mientras fácil resulta colegir que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen grado jurisdiccional y tienen efecto vinculante para las partes, no resulta igual de claro

dilucidar la naturaleza de las recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3.1.2. Origen del caso:

La Procuraduría General de la Nación sancionó a Gustavo Francisco Petro Urrego con destitución e inhabilidad por 15 años por haber cometido tres faltas gravísimas. Puntualmente el exalcalde habría incurrido en las conductas disciplinables del artículo 48, numerales 31, 37 y 60 del CDU, todas referidas al proceso contractual que estableció el esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. Las faltas imputadas por la PGN fueron las siguientes:

“**Artículo 48.** Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

(...)

37. Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.

(...)

60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.”

3.1.3. Recomendaciones de la comisión interamericana

Mediante informe aprobado el 25 de octubre de 2017 y que habría sido notificado el pasado 7 de noviembre de 2017¹²¹, la Comisión Interamericana recomendó al Estado Colombiano tres tipos de actuaciones generales:

- Dejar sin efectos los actos administrativos sancionatorios y reparar integralmente las violaciones a los derechos derivadas de la imposición de sanciones de inhabilitación al señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

¹²¹ https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/notificacion_50.pdf. Consultado el 13 de noviembre de 2017.

- Adecuar la legislación interna, en particular, las disposiciones de la Constitución Política, el Código Penal y del CDU que contemplan la facultad de destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular por parte de la PGN o por la vía fiscal (decisiones de las contralorías).
- Adoptar las medidas necesarias para asegurar que las acciones judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho sean resueltas en un plazo razonable, incluyendo aquellas de competencia directa del Consejo de Estado.

Ese acto fue expedido a partir de las facultades establecidas en los artículos 50 y 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos que disponen lo siguiente:

“Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.
2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.
3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.
2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.
3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

3.1.4. Son vinculantes las recomendaciones de la Comisión Interamericana de derechos Humanos?

Antes de entrar a considerar si las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resultan o no vinculantes para el estado Colombiano y, por ahí mismo si la Rama Judicial del Poder Público debe acatarlas o no, debe pronunciarse o no sobre ellas, considero de gran importancia recordar que a nivel internacional el único instrumento que ata a Colombia no es el Convenio Americano de los Derechos Humanos y, por ende, el Sistema Interamericano de Justicia.

En efecto, debe contextualizarse el panorama convencional en primer lugar frente a la Convención de Viena sobre los tratados internacionales incorporada al ordenamiento nacional a través de la ley 32 de 1985, en cuyo texto se consagra como artículos 31 y 32 la “Regla general de interpretación” y los “medios de interpretación complementarios”, estas disposiciones advierten, entre otras, que para la hermenéutica de un tratado además del contexto ha de tenerse en cuenta “b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado, condición que en el caso colombiano se cumple y que ha sido ignorada por el Sistema Interamericano de Justicia, en la medida en que con posterioridad a la Convención Americana de Derechos Humanos Colombia pasó por un proceso de participación democrática en el que el Constituyente Primario estableció unas condiciones que se plasmaron en la Constitución de 1991, en la que como una autoridad *sui generis* se mantuvo a la Procuraduría General de la Nación a quien se le atribuyeron tres funciones misionales: Preventiva, Disciplinaria y de intervención ante autoridades administrativas y judiciales; igualmente prevé que habrá de tenerse en cuenta: “c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”, sin que se haya reparado, por ejemplo, sobre la Convención Americana de Lucha contra la Corrupción que a nivel interno se incorpora a través de la Ley 412 de 1997; y, que en el tratado sobre los tratados también se acordó que en la interpretación de esos instrumentos internacionales: “4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”, y en el evento del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos la proscripción de afectación de derechos políticos asignados a decisiones judiciales penales solo se reservó para la “ley”, pero en el caso colombiano fue directamente la Constitución Política de 1991 la que le asignó a jueces diferentes a los penales (Contencioso administrativos para las pérdidas de investidura)

y a autoridades administrativas (Procuraduría General de la Nación), la posibilidad de limitar esos derechos fundamentales, con pleno respeto, eso sí, de las garantía procesales de los investigados y juzgados.

Y, en la misma Convención de Viena sobre los Tratados se previó que:

“32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”

Y, para el caso colombiano como se señala más adelante desde los propios trabajos preparatorios, nuestro delegado el doctor Pedro Pablo Camargo, siempre dejó constancia de la existencia de los procesos disciplinarios administrativos válidos y legítimos en nuestro ordenamiento interno, criterio al cual debería acudirse de encontrar algún interprete alguna ambigüedad u oscuridad, pero en todo caso en una interpretación que a la luz de la autonomía interna resulta absurda como que desconoce la estructura de nuestro estado, se repite, erigida a partir de la participación directa del pueblo colombiano en la asamblea nacional constituyente de 1991.

Bajo estas previsiones que en mi sentir dejan en claro que Colombia de manera autónoma puede mantener su sistema *sui generis* en el que el **Procurador** General de la Nación (para el evento de los servidores públicos de elección popular única y exclusivamente él y no alguno de sus agentes o delegados), puede separar del cargo a quienes incurran en la situación prevista por el numeral primero del artículo 278 de la Carta Política, como habrían sido las hipótesis disciplinarias imputadas al señor Petro Urrego.

Para abordar la problemática del asunto que ocupa nuestra atención, se requiere previamente fijar el efecto vinculante o no de las recomendaciones dadas por la Comisión IDH o, lo que es lo mismo, precisar la naturaleza de este instrumento de derecho internacional, esto es, diagnosticar si se trata de un mecanismo del “*soft law*”¹²² o del “*hard law*”¹²³.

¹²² Derecho flexible

¹²³ Derecho vinculante

El valor jurídico de las recomendaciones ofrecidas por la Comisión IDH se presenta como un asunto ampliamente debatido en los últimos tiempos, entre aquellos que niegan, de un lado, cualquier tipo de efecto vinculante a éstas; de otro, quienes defienden que el carácter obligatorio de las admoniciones elevadas por la Comisión debe ser fijado en punto a las circunstancias propias de cada caso en concreto.

Esta disputa ha sido reseñada por la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional¹²⁴, en los términos que se transcriben a continuación:

“Ahora bien, el tema del valor jurídico de las recomendaciones ha sido objeto, en los últimos años, de un intenso debate doctrinal y finalmente se puede concluir que no existen posiciones unánimes en la materia. Así, para algunos autores las recomendaciones simplemente carecen de efectos jurídicos vinculantes [2]. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 8 de Diciembre de 1993 en el asunto Caballero Delgado y Santana contra Colombia estimó que el término “recomendaciones”, tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado “conforme a su sentido corriente” de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por ello “no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado”. [3] De tal suerte que los destinatarios de las recomendaciones no están obligados a someterse a ellas ni cometen una infracción internacional por incumplirlas.

Por otra parte, ciertos tribunales arbitrales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea [4], han considerado que la aseveración según la cual las recomendaciones **adoptadas por organismos internacionales carecen de todo efecto vinculante, debe ser matizada, o al menos, examinada caso por caso.**

Así, en el asunto Texaco-Calasiatic contra Libia [5], el Tribunal de Arbitramento Internacional en laudo del 19 de enero de 1977 consideró que era difícil formular de manera general y abstracta el alcance de las recomendaciones, **ya que era necesario tener en cuenta las condiciones en las cuales la recomendación fue adoptada siendo indispensable analizar rigurosamente cada una de sus disposiciones.**

En tal sentido, el operador jurídico debe tomar **en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos [6] o si por el contrario se alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada.**”

¹²⁴ Corte Constitucional. T-558 de 2003. Clara Inés Vargas.

Como se ve, para la Corte Constitucional las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un principio no resultan vinculantes como una decisión de naturaleza judicial, lo cierto es que hizo la salvedad en que existían distintos tipos de recomendaciones en las que por ejemplo “*si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos*”, debe analizarse con más detenimiento, el carácter vinculante o no de sus decisiones.

Pero se colige de lo anterior que la fuerza vinculante de las recomendaciones efectuadas por la Comisión IDH no puede, *prima facie*, ser rechazada, pues ello dependerá del cumplimiento de ciertas condiciones que permitirán reconocer el carácter vinculante de éstas, del cual se derivarán obligaciones en cabeza de los Estados parte.

Dentro de los principales parámetros para establecer el valor jurídico de las recomendaciones de la Comisión IDH se tiene:

a. El contexto en que el que se profieren las recomendaciones

El reglamento¹²⁵ de la Comisión IDH establece que se trata de un órgano autónomo de la Organización de Estados Americanos, cuyas principales funciones consisten en promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y “*servir como órgano consultivo (...) en esta materia.*”

Dejando de lado su labor consultiva, preciso resulta indicar que, en su tarea de guardiana de los derechos humanos en el Continente, la Comisión IDH desarrolla funciones de naturaleza cuasi jurisdiccionales, en ejercicio de las cuales profiere recomendaciones a los Estados parte, como medidas anticipativas al sometimiento de la controversia a instancias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH.

En este sentido, el artículo 50 de la Convención ADH prescribe que:

¹²⁵ Art. 1.

- “1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. (...)”
2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.
3. Al transmitir el informe, **la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.**”

Así como fase previa al conocimiento y decisión del conflicto por parte de la Corte IDH, la Comisión erige un informe, denominado por la doctrina como informe preliminar¹²⁶, en el que concede un término de 3 meses al Estado parte para que adopte todas las medidas que permitan conjurar la violación de los derechos humanos, so pena de someter el asunto a la instancia propiamente jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos.

Dicho informe preliminar afirma la responsabilidad internacional del Estado, pues para esa comisión su actuar se muestra como contraria al catálogo de derechos contenidos en la Convención, lo que conlleva la formulación de las recomendaciones con el propósito de evitar el inicio del proceso contencioso.

b. Establecer si las recomendaciones tienden a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones a los derechos humanos

Sin lugar a equívocos, las admoniciones emitidas por la Comisión pretenden modificar el andamiaje jurídico colombiano en punto a la competencia de la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar servidores públicos inclusive a los elegidos popularmente. Ello se desprende del propio cuerpo de recomendaciones hechas por la Comisión IDH, al prescribir: “2. Reparar **integralmente** las violaciones de derechos declaradas en el presente informe incluyendo el aspecto material e inmaterial.”

c. Injerencias de las recomendaciones de la comisión interamericana de derechos humanos sobre el caso concreto

¹²⁶ Ernesto Rey Cantor. “Acceso Sistema Interamericano de Derechos Humanos.” Segunda Edición. Pag. 28.

La lectura detenida del escrito de recomendaciones elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – en adelante Comisión IDH– permite establecer, con claridad meridiana, el alcance que este organismo ofrece a la preceptiva normativa contenida en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos humanos –en adelante Convención ADH–, que en su tenor literal dispone:

“Artículo 23. Derechos Políticos (...) 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, **o condena, por juez competente, en proceso penal.**” (Negrilla fuera de texto)

En efecto, la Comisión adopta una interpretación de la disposición reproducida estrictamente literal y aislada del contexto de la Convención y establece que la limitación de los derechos políticos de los funcionarios elegidos por voto popular es un asunto de los jueces penales, con lo que excluye la competencia de la Procuraduría General de la Nación en esta materia.

En otros términos, los servidores públicos en general y los elegidos popularmente, en particular, solo podrían ser destituidos e inhabilitados en el contexto de procesos penales en los que se declare su responsabilidad, sin que esta competencia pueda ser radicada en cabeza de autoridad administrativa alguna. Lo contrario, a juicio de la Comisión IDH, desconoce de forma directa los derechos políticos plasmados en el texto de la Convención de 1969.

Este nuevo panorama conlleva a reflexionar sobre las posibles injerencias de las comentadas recomendaciones en lo que atañe al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho aquí adelantado por el señor Gustavo Petro en contra de la Procuraduría General de la Nación, máxime si se tiene en cuenta que uno de los cargos de ilegalidad atribuidos a los actos administrativos sancionatorios se centra en la presunta incompetencia de la autoridad demandada, a la luz de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención ADH.

En la sentencia frente a la cual aclaro mi voto se incluye un literal a) en el que se hace un recuento *“De los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a la competencia constitucional del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a todos*

los servidores públicos, incluyendo los de elección popular, con excepción de los aforados”.

La Sentencia toma como punto de partida la sentencia C-028 de 2006¹²⁷ (M. P. Humberto Sierra Porto), y destaca la forma en la que la tesis que allí se consigna es reiterada en las sentencias SU-712 de 2013¹²⁸ (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), C-500 de 2014¹²⁹ (M. P. Mauricio González Cuervo) y SU-355 de 2015¹³⁰ (M. P. Mauricio González Cuervo).

Más allá de las particularidades fácticas y jurídicas que motivaron dichos pronunciamientos, resulta relevante el hecho de que la Corte Constitucional pusiera en tensión, de un lado, la competencia del Ministerio Público para imponer sanciones disciplinarias a servidores elegidos popularmente y, del otro, la obligación contenida en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que impone – en lo pertinente al asunto bajo examen– que los derechos políticos solo pueden ser limitados por sentencia de juez penal.

Para el alto Tribunal, el hecho de que una autoridad administrativa como la Procuraduría General de la Nación pueda imponer sanciones de destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos, incluso a servidores elegidos popularmente, no es incompatible con la Convención, toda vez que esta tiene que ser interpretada de conformidad con los demás artículos que la integran, con otros instrumentos internacionales y con la Constitución Política de Colombia.

¹²⁷ Examinó la constitucionalidad de los siguientes artículos de la Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”: *“ARTÍCULO 44. CLASES DE SANCIONES. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: 1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.*

(...)

ARTÍCULO 45. DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES.(...) d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera. (...).

(...)

ARTÍCULO 46. LÍMITE DE LAS SANCIONES. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente...”.

¹²⁸ Abordó la solicitud de protección de sus derechos políticos fundamentada incoada por la ex senadora Piedad Córdoba al haber sido inhabilitada Por la Procuraduría General de la Nación para ejercer cargos públicos.

¹²⁹ Al conocer una nueva demanda contra el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, se estuvo a lo resuelto en la sentencia C-028 de 2006.

¹³⁰ Acometió el estudio de la tutela incoada por el entonces alcalde mayor de Bogotá, Gustavo Petro, por los mismos hechos que motivaron la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que ahora ocupa a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

De ahí que la evolución del derecho y de la realidad jurídica que busca regular deba ser atemperada por las necesidades de moralizar la función pública y honrar los compromisos adquiridos en el plano de la lucha contra la corrupción, dentro de lo cual el rol del Ministerio Público en el ejercicio de su función disciplinaria –que comprende la imposición de sanciones que limitan derechos políticos– resulta justificado y ajustado a la Carta.

Por último, un aspecto a destacar del acápite en cuestión de la ponencia lo constituye el recuento de la disertación de la Corte Constitucional en torno a las diferencias que existen entre el caso López Mendoza vs Venezuela, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el caso colombiano, en el sentido que, para la primera, el sistema jurídico venezolano sí señala que la inhabilidad debe provenir del juez. Además, acuñó la siguiente transcripción: *“las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a las de estas”*, lo cual no ocurre en el caso colombiano en el que por vía del constituyente primario se establecieron sanciones que limitan el ejercicio de funciones públicas y el derecho a ser elegido, como son las sanciones administrativas en cabeza de la procuraduría general de la nación y judiciales, aunque no penales, como la de pérdida de investidura y la inhabilidad para ejercer cargos públicos si la nación es condenada en reparación por la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario.

3.1.5. El no acatamiento de las recomendaciones

Admitir la compatibilidad de las inhabilidades que impone la Procuraduría General de la Nación con la mencionada regla de la Convención supone además respetar la jurisprudencia reiterada y pacífica que por más de una década viene construyendo la Corte Constitucional, en su función de intérprete de la Constitución, y en especial de su artículo 93, que establece el bloque de constitucionalidad que hace vinculantes en el orden jurídico interno los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Y existen marcadas razones, de toda índole, para acoger esa postura. La seguridad jurídica y la coherencia del derecho a partir de la interpretación de dos altas cortes supone un motivo válido; el respeto por una función que fue atribuida por el propio Constituyente al órgano

de control en cuestión podría ser otra; y la moralización de la función pública desde todos los frentes se sumaría a este conjunto.

La cuestión a dilucidar, entonces, es si la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general de funcionarios de elección popular, de conformidad con la Constitución Política de Colombia, le compete a la Procuraduría General de la Nación, según los numerales 1º, 5º y 6º del artículo 277, que establecen:

«ARTICULO 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

...

5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley».

Sobre la finalidad de la potestad disciplinaria, explicó la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No. 11001-03-25-000-2010-00162-00, promovida por el señor ÁNGEL YESID RIVERA GARCÍA contra la Procuraduría General de la Nación, en sentencia del 23 de septiembre de 2015 y con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E), que:

«En la organización Estatal constituye elemento vital para la realización efectiva de los fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho, la atribución para desplegar un control disciplinario sobre sus servidores públicos, atendiendo la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de la Función Pública; como quiera que el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte de los servidores públicos, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios de moralidad, eficacia, eficiencia, y demás principios que caracterizan la función pública administrativa, establecidos en el artículo 209 Superior, y que propenden por el desarrollo íntegro de la aludida función, con pleno acatamiento de la Constitución, la ley y los reglamentos. El derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; motivo por el cual la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con su ejercicio. Si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la

consecuencia jurídica no puede ser otra que la necesidad de la sanción de las conductas que atenten contra los deberes que le asisten. Por ello, la finalidad de la ley disciplinaria es la prevención y buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro».

Ahora bien, en cuanto a la situación de los derechos políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, Colombia la adoptó mediante la Ley 16 de 1972,¹³¹ que en su artículo 23, dispuso:

«1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».

Por su parte, el artículo 30 de la Convención, regula el alcance a las restricciones que se pueden fijar a los derechos y libertades que reconoce ésta, así:

«Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas».

De esta manera, la Corte Constitucional ya tuvo la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la competencia de la Procuraduría General de la Nación para, a través del proceso disciplinario sancionar con destitución e inhabilidad general a funcionarios de elección popular y de cara a la Convención Americana de Derechos Humanos, así en la sentencia C-500 del 16 de julio de 2014, al pronunciarse respecto de una nueva demanda contra el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002,¹³² resolvió:

¹³¹ «Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969"».

¹³² «ARTÍCULO 44. CLASES DE SANCIONES. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima».

«**Primero.- ESTARSE A LO RESUELTO** en la sentencia C-028 de 2006 que declaró **EXEQUIBLE** el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, en relación con el cargo relativo a la infracción del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 93 de la Constitución.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*Destitución e inhabilidad general*” del numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, por los cargos examinados en esta sentencia». ¹³³

Así en el numeral 7.4.3 de las Consideraciones la Corte recordó:

«La decisión adoptada en la sentencia C-028 de 2006 implica que el legislador puede, sin desconocer la Constitución y las normas internacionales, atribuir a los organismos de control del Estado competencias disciplinarias que conduzcan incluso a la imposición de sanciones de destitución e inhabilidad general de los servidores públicos, cuando con su comportamiento se afecte la moralidad pública, la imparcialidad de la administración, el imperio de la ley y, por ello, se comprometa la adecuada lucha contra la corrupción. El respeto de tales reglas de conducta exige el “*adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad (...)*” (Negrillas no son del original). Es precisamente en esa dirección, que se encuentran los supuestos cuya ocurrencia da lugar a imponer las sanciones previstas en el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002.

Enfrentar la corrupción, en tanto fenómeno que socava las reglas básicas de la administración del Estado, exige adoptar -tal y como lo señalan diferentes instrumentos internacionales- medidas que garanticen el imperio de la ley en la actuación de las autoridades públicas, la rectitud, honestidad e imparcialidad de los funcionarios, la debida administración de los recursos públicos y la implementación de procedimientos transparentes para la adopción de las decisiones. Así por ejemplo, al ocuparse de las prácticas y políticas que deben acoger los Estados en materia de corrupción, el artículo 5º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -aprobada por el Congreso mediante la Ley 970 de 2005- dispone que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los *principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas*. En ese contexto, esta Corporación ha señalado, al examinar la constitucionalidad de la Convención antes referida, que “*la justificación misma del Estado Social de Derecho pasa, entre otros aspectos, por la sujeción de la actuación de sus autoridades a los principios de legalidad, objetividad y debida utilización de los recursos públicos*”.

La adopción de instrumentos de lucha contra la corrupción se ha concretado, en el ordenamiento interno, en medidas que se enfocan en promover la correcta gestión de los asuntos públicos mediante la fijación de deberes y prohibiciones cuyo desconocimiento da lugar a sanciones disciplinarias. Esos

¹³³ Resaltados del original.

instrumentos tienen por finalidad asegurar, insiste la Corte, (i) el respeto del imperio de la ley, (ii) la eficiencia en la administración de los recursos públicos como condición necesaria para la efectividad de los derechos así como (iii) la transparencia en la actuación de los servidores públicos. En esa dirección, este grupo de medidas, garantiza que los órganos del Estado y los sujetos que participan en el cumplimiento de sus competencias, satisfagan el interés general».

De lo anterior se puede concluir, que la facultad de sancionar con destitución e inhabilidad general en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, incluso a funcionarios de elección popular, no contradice la Convención, dicha facultad, podría enmarcarse dentro de las restricciones que fija el propio artículo 30 de la Convención, ello por cuanto, en la Constitución y en la Ley se otorgó dicha potestad disciplinaria, fincada en el interés general, toda vez que la finalidad de la ley disciplinaria es la prevención y la buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro, como lo explicó la Sección Segunda en la sentencia relacionada.

Por otro lado, la propia Corte Constitucional, a través de sus fallos dejó claro que el legislador puede, sin desconocer la Constitución y las normas internacionales, atribuir a los organismos de control del Estado competencias disciplinarias que conduzcan incluso a la imposición de sanciones de destitución e inhabilidad general de los servidores públicos, cuando con su comportamiento se afecte la moralidad pública, la imparcialidad de la administración, el imperio de la ley y, por ello, se comprometa la adecuada lucha contra la corrupción, es decir, cuando se busca proteger el interés general.

Por último, es importante tener presente que, dentro del diseño constitucional y legal colombiano, las sanciones disciplinarias son **actos administrativos**, los cuales tienen control judicial, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyo órgano de cierre¹³⁴ ha indicado que sobre éstos recae un control judicial integral que busca garantizar la tutela judicial efectiva, que la propia Convención Americana de Derechos Humanos reconoce (art. 25).

¹³⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de agosto de 2016. Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 11001-03-25-000-2011-00316-00. Accionante: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

Valga recordar que el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: *“Alcance de las Restricciones: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”*

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2006, respecto de la facultad disciplinaria de imponer sanciones e inhabilidades a funcionarios de elección popular afirmó: *“En este orden de ideas, 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 (...)// En efecto, 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”.*

En un sentido similar, en la sentencia de constitucionalidad C-500 de 2014, en la cual, la Corte concluyó que respecto del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos ya se había pronunciado, reiterando los aspectos más importantes de la C-028 de 2014 así pues, manifestó que *“Las determinaciones referidas que avalan la constitucionalidad de la competencia para que las autoridades disciplinarias impongan la sanción de destitución e inhabilidad general, en aquellos casos en los cuales con dolo o culpa gravísima un sujeto disciplinable incurra en algunas de las faltas calificadas como gravísimas en la Ley 734 de 2002, constituye un desarrollo directo del deber constitucional e internacional del Estado de adelantar las actuaciones necesarias para afianzar la moralidad administrativa y enfrentar eficazmente la corrupción”.*

Igual ocurrió en la Sentencia de unificación SU 712 de 2013, en la cual el Tribunal constitucional aplicó la decisión de la sentencia C-028 de 2008 y, con fundamento en ella, fijó la razón de la decisión disponiendo que la competencia del Procurador General de la Nación prevista en el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 y ejercida en el caso bajo estudio, era plenamente compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otra parte, en la sentencia SU 355 de 2015 la corte Constitucional concluyó que en el acto administrativo proferido por la Procuraduría General de la Nación, en virtud de sus funciones constitucionales y con el cual sancionó al entonces Alcalde de la ciudad de Bogotá Gustavo Petro Urrego, era plausible de ser cuestionado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, toda vez que la existencia de las medidas cautelares establecidas en el CPACA convertían la acción de tutela improcedente, siendo estas un medio idóneo y temporalmente efectivo para la protección de los derechos alegados como transgredidos por el accionante.

Es claro, entonces, que la Corte Constitucional estableció que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un instrumento internacional que pertenece al llamado bloque de constitucionalidad, y por ende, esta debe ser observada como uno de los parámetros que guíen el examen de constitucionalidad de las leyes, no obstante, esto no significa *per se* que las leyes que hacen parte del bloque de constitucionalidad ostenten un rango de normas supranacionales, “[E]n 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”¹³⁵.

En tal sentido, la facultad de la PGN para imponer sanciones que restringen los derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente con miras a combatir el fenómeno de la corrupción, no se opone a lo establecido en el artículo 23 de la citada convención. En concordancia con esto, 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, siempre y cuando la respectiva sanción se

¹³⁵ Corte Constitucional sentencia C-028 de 2006.

aplique exclusivamente cuando la acción disciplinada consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado.

Así pues, como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, la Rama Legislativa tiene la facultad de atribuir a los diferentes organismos de control del Estado competencias disciplinarias, incluyendo en este grupo sanciones destitución e inhabilidad general de los servidores públicos (incluyendo los de elección popular), cuando con su comportamiento *“se afecte la moralidad pública, la imparcialidad de la administración, el imperio de la ley y, por ello, se comprometa la adecuada lucha contra la corrupción”*.

Con fundamento en lo anterior, no habría lugar a atender las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto del caso del ex alcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego.

En forma más focalizada, en cuanto a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puntualmente el numeral 3º que propone adecuar la normativa interna vigente, incluida la Constitución, en lo que se refiere a la potestad atribuida al Procurador General de la Nación de destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular, y en el evento de tener carácter vinculante, no debe acogerse, ya que se trata de una facultad de rango Constitucional, atribuida al PGN que, en todo caso no contradice lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues por un lado, busca entre otras cosas, una vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas, en este caso el entonces Alcalde Mayor de Bogotá, y así mismo, adelantar las investigaciones a que haya lugar e imponer las sanciones correspondientes, y en ello se refleja la primacía del interés general y conforme a la Constitución, el PGN tiene plenas facultades sancionatorias; por otro lado, y en armonía con lo expresado por la Corte Constitucional en las sentencias aportadas, la norma Constitucional vigente, no es contradictoria con el artículo 23.2 de la Convención.

El ejercicio de la potestad disciplinaria en cabeza del Procurador es una facultad Constitucional y la Convención forma parte del bloque de constitucionalidad pero no está por encima de la Constitución¹³⁶;

¹³⁶ Art. 4 de la Constitución Política.

además, en ella misma se menciona la posibilidad de restricción a los derechos y libertades atendiendo a razones de interés general y, no puede desconocerse, como se señaló en el salvamento de voto de la tutela del mismo accionante¹³⁷, *“que existe la posibilidad de consagrar medidas judiciales –penales y no penales- y hasta administrativas – siempre que en estas se respeten las garantías propias del ejercicio del ius puniendi- para efectos de disciplinar a los servidores públicos por la comisión de delitos, pero también de faltas, categoría dentro de la que cabe cualquier trasgresión al ordenamiento jurídico (...)”*.

Por contera, la recomendación número tres (3), con respecto a destituir e inhabilitar funcionarios de elección popular por parte de la procuraduría general de la nación, no se debe tomar en consideración ya que se afectaría el ejercicio de su potestad disciplinaria vulnerando el carácter constitucional otorgado a la misma.

Teniendo en cuenta, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) creado para atender las denuncias respectivas a la violación de los derechos humanos, se hace referencia al carácter vinculante que tiene la misma, más sin embargo no lo hace totalmente obligatorio. Motivo por el cual el estado colombiano al hacer parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene el deber de atender a dichas recomendaciones, a pesar de esto, no se puede desconocer la soberanía nacional y hacerlo aplicable o no a la legislación interna.

Con respecto a los numerales cinco (5) y seis (6), la Constitución Política, faculta a la Procuraduría General de la Nación en la función disciplinaria ya que es esta entidad es la encargada de iniciar, adelantar y fallar las investigaciones por faltas disciplinarias contra los servidores públicos o los particulares que ejerzan funciones públicas, esto dentro del marco legal del código único disciplinario que no permite un menoscabo de los derechos humanos.

3.2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

¹³⁷ Salvamento de voto dentro de la tutela 2013-06871-01 (aparte especial de la Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez).

Contrario a lo señalado en la sentencia, frente a la cual aclaro mi voto, como ya se explicó en precedencia no dudo que le asisten competencias disciplinarias a la Procuraduría General de la Nación, pero ello no puede servir de premisa para deducir que las mismas pueden ser indistintamente asumidas y ejercidas por el Jefe del Ministerio Público o **por algún otro de sus agentes y delegados**. Como lo explicaré más adelante, considero que hay competencias que desde la Constitución son delegables y otras que no lo son, y en este caso el Procurador General de la Nación delegó una de las que le son de su ejercicio privativo, con lo que dio al traste con el debido proceso en cuanto desconoció el “juez natural”¹³⁸, que en este evento era él y solo él, como jefe máximo del Ministerio Público.

En cuanto a la incompatibilidad, que plantea la sentencia, frente a la cual aclaro mi voto, entre el artículo 44.1 de la ley 734 de 2002, y el artículo 23.2 de la Convención Americana de derechos Humanos y la conclusión a la que se llega sobre la carencia de competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer una sanción que restringiera los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección considero –como lo he expuesto en anteriores oportunidades al salvar voto en decisión de la Sección Quinta¹³⁹ y en la que resolvió acción de tutela presentada por el mismo actor, frente a las mismas decisiones aquí cuestionadas, en la Sala Plena de esta Corporación¹⁴⁰- que en mi opinión resulta inobjetable el control de convencionalidad que debe aplicarse al supuesto fáctico traído a esta instancia judicial, pero dándole el alcance y entendimiento adecuado, por cuanto el problema jurídico que gira alrededor de la aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe ser interpretado sistemáticamente con las normas constitucionales y supranacionales aprobadas por Colombia, como ya se indicó en precedencia.

En primer lugar, las razones por las que considero que las sanciones de destitución impuestas **por el Procurador General de la Nación** a servidores públicos, inclusive los de elección popular, son válidas y legítimas así no provengan de sentencias penales, porque es

¹³⁸ Reiterando que aunque la Corte Constitucional y algunos operadores judiciales asimilen al procurador, sus agentes y delegados a jueces, ello no corresponde en manera alguna a la esencia y materialidad de sus funciones, SON FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS.

¹³⁹ Frente a la sentencia de 21 de septiembre de 2011, proferida dentro del Radicado 2010-0030.

¹⁴⁰ Consejo de estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicado No. 25000-23-42-000-2013-06871-00. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. Contra Procuraduría General de la Nación. M.P. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de 5 de marzo de 2014

imperativo hacer una interpretación sistemática que involucre otras normas adoptadas por Colombia como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 970 de 2005, señalando que:

“Artículo 1

Finalidad. La finalidad de la presente Convención es:

- a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
- c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.**

Artículo 8 (...) 6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo.

Artículo 30 (...) 7. Cuando la gravedad de la **falta** lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará **la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado** y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para:

- a) Ejercer cargos públicos; y
- b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.

8. El párrafo 1 del presente artículo no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos.”(negrillas fuera de texto)

Por tanto, como este instrumento internacional también resulta de obligatorio cumplimiento por el Estado Colombiano, como pacíficamente lo acepta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en mi sentir se debe tener presente que existe la posibilidad de consagrar medidas judiciales –penales y no penales- y hasta administrativas –siempre que en estas se respeten las garantías propias del ejercicio del *ius puniendi*- para efectos de disciplinar a los servidores públicos por la comisión de delitos, pero también de faltas, categoría dentro de la que cabe cualquier trasgresión al ordenamiento jurídico (siempre que se cumpla con los principios de legalidad,

finalidad, necesidad y proporcionalidad, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos)¹⁴¹.

Concluyendo, bajo esta interpretación convencional –y bajo el entendido que somos jueces de convencionalidad difusa-, la aplicación de medidas restrictivas de los derechos políticos conforme a nuestra Constitución y con respecto estricto de los derechos y garantías propias del ejercicio del *ius puniendi* resultan viables de cara a todo el bloque de constitucionalidad, situación que en este evento no sucedió por cuanto la Procuraduría General de la Nación –como ente- no tiene competencia para **desvincular** a los servidores públicos, porque tal competencia es exclusiva del **Procurador General de la Nación**.

En cuanto a la afirmación que hace la sentencia, frente a la cual aclaro mi voto, sobre que, en el caso objeto de estudio no se trata de “*corrupción*”, considero que es una aseveración que no cuenta con el fundamento necesario, razón por la cual me aparto, puesto que en mi opinión todas las conductas disciplinables y sancionables de los servidores públicos comportan una proporción, en mayor o menor medida, de corrupción, porque, de conformidad con el espíritu de tales normas y su principal objetivo el de proteger y sancionar las conductas que afecten la función pública - por ser el bien jurídico tutelado- se constituyen en circunstancias que vulneran la administración pública.

Así la corrupción, definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua ¹⁴² como una práctica que consiste en la utilización de funciones en provecho diferente al del buen desarrollo de la función pública, siempre incluye la afectación a esta.

Así mismo, porque a los servidores públicos, por mandato constitucional solo les está permitido lo establecido en sus funciones¹⁴³ y cualquier omisión o extralimitación de estas se constituye en una trasgresión del ordenamiento jurídico: disciplinable y sancionable y por ende afecta el bien jurídico tutelado de la administración pública.

¹⁴¹ Posición planteada en el Salvamento de Voto a la sentencia de 21 de septiembre de 2011 la Sección Quinta del Consejo de Estado, Rad.2010-0030 por quien ahora discrepa de la decisión constitucional.

¹⁴² <http://dle.rae.es/>. “En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”

¹⁴³ Constitución Política, artículos 6, 122,123 ,124,125.

En segundo lugar es que la reglamentación a que se refiere el numeral segundo transcrito hace referencia a la “ley”, por lo que las limitaciones a los derechos políticos con esta fuente seguramente que deben ceñirse a los motivos allí expuestos (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, condena penal), pero creo que la misma consideración no puede aplicarse a los eventos en que las restricciones devienen de la Carta Política, más aún cuando la misma procede como en el caso Colombia del ejercicio de un proceso absoluto y netamente democrático, como que fue el Constituyente Primario, pues la competencia del Procurador general de la nación para disciplinar a los funcionarios públicos inclusive los de elección popular deviene de la carta Política de 1991, en cuyo seno se realizaron múltiples discusiones que se precisarán en el acápite 3.3 de esta aclaración.

De otro lado, además de lo ya precisado en acápites anteriores sobre las recomendaciones en el caso concreto, frente al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del ciudadano LEOPOLDO LOPEZ MENDOZA contra VENEZUELA, radica en que, si bien el órgano judicial supranacional concluyó que se le habían vulnerado derechos fundamentales, el núcleo duro de la irregularidad provino de la afectación al debido proceso por no otorgarle plenas garantías de contradicción y defensa más no por la naturaleza administrativa de la autoridad que impuso la sanción.

La norma que suscita controversia - artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - señala:

“1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. **La ley** puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

Lo primero que huelga advertir es que la reglamentación a que se refiere el numeral segundo transcrito hace referencia a la “ley”, por lo

que las limitaciones a los derechos políticos con esta fuente seguramente que deben ceñirse a los motivos allí expuestos (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, condena penal), pero creo que la misma consideración no puede aplicarse a los eventos en que las restricciones devienen de la Carta Política, más aún cuando la misma procede, como en el caso colombiano, del ejercicio de un proceso absoluto y netamente democrático, el texto inicial de la intervención de una Asamblea Nacional Constituyente y algunas de las posteriores incluso han contado con la intervención directa del constituyente primario¹⁴⁴.

Considero que la contemplación de la restricción –condicionada- en la Constitución Política, la excluye de la censura frente a la Convención, en cuyo texto se diferencia claramente “Constitución” y “ley”, como se puede leer en los artículos 2^o¹⁴⁵, 7^o.2¹⁴⁶, 25¹⁴⁷, 28.2¹⁴⁸ y 41.b¹⁴⁹, por lo que el rango normativo y el origen democrático y soberano del que procede lo blinda de ser restringido a una sentencia penal, como –con todo comedimiento y respeto- equivocadamente lo consideró la Corte Constitucional en sus sentencias C-551 de 2003 y C-541 de 2010, en una expresión que no es más que un *obiter dicta* carente de fuerza vinculante alguna.

¹⁴⁴ Como sucede con el artículo 122 de la Carta Política introducido por virtud de un referendo.

¹⁴⁵ Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus **procedimientos constitucionales** y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹⁴⁶ 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las **Constituciones Políticas de los Estados Partes** o por las **leyes** dictadas conforme a ellas.

¹⁴⁷ 1. 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

¹⁴⁸ 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su **constitución** y sus **leyes**, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

¹⁴⁹ La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

(...)

b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus **leyes internas** y sus **preceptos constitucionales**, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

Así, en el caso colombiano el hecho de hallarse consagrada la limitación en norma de rango constitucional, hace que la referencia a la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del ciudadano LEOPOLDO LÓPEZ MENDOZA contra la REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA no resulte precisa por cuanto en el vecino país, su Constitución establece que: “El ejercicio de la ciudadanía o de alguno de los derechos políticos sólo puede ser suspendido por sentencia judicial firme en los casos que determine la ley.”(Artículo 42) y que: “No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito”; siendo evidente la diferencia entre las Constituciones de Venezuela y Colombia.

Bajo esta perspectiva, considero que la competencia del **Procurador General de la Nación**¹⁵⁰ para imponer sanciones disciplinarias que restrinjan legítimamente los derechos políticos no resulta contraria al artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos pues resulta acorde con las condiciones y requisitos que ha señalado como necesarias, en casos anteriores¹⁵¹, para regular o restringir los derechos o libertades, a saber: 1) Legalidad de la medida restrictiva (en el caso colombiano, se encuentra en disposición de rango constitucional: artículo 278.1); 2) finalidad de la medida restrictiva, que es la separación definitiva del cargo de quien ha incurrido en faltas manifiestamente contrarias a la Constitución o la ley, de manera dolosa o gravemente culposa, siempre que ellas estén calificadas como gravísimas; 3) proporcionalidad y necesidad de la medida restrictiva, que deviene de la manifiesta dolosa o gravemente culposa violación del ordenamiento jurídico, que impone la más grave sanción. Este cumplimiento de las condiciones previamente señaladas por la Corte Interamericana, es el que llevaría a colegir que como en el caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos (sentencia de 6 de agosto de 2008):

¹⁵⁰ Y para la sanción de **destitución** entiéndase sólo referida a este Alto dignatario y no a sus agentes y delegados.

¹⁵¹ Sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del ciudadano LEOPOLDO LÓPEZ MENDOZA contra la REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

“181. A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente.”

3.3. LA COMPETENCIA DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN PARA SANCIONAR A SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR

Así las cosas, como ya lo plateé, los poderes de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los funcionarios de elección popular devienen desde la propia Asamblea Nacional Constituyente¹⁵² y resulta necesario hacer algunas

¹⁵² EXPOSICIÓN DE MOTIVOS – MINISTERIO PÚBLICO

Revisadas las transcripciones de los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente y de la exposición de motivos realizada por los doctores Armando Holguín Sarria y Hernando Londoño Jiménez se advierte que en todo momento se trató de fortalecer las competencias disciplinarias del Ministerio Público.

Por lo anterior, se dotó dicha institución de funciones de policía judicial y se hizo referencia a:

(i) Su actuación prevalente en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Con fundamento en este criterio, se mantuvo el concepto de “**supervigilancia**” atribuida a la Procuraduría General de la Nación sobre todos los servidores públicos. Así se indicó que correspondía a cada entidad la vigilancia interna (investigar y sancionar) de los funcionarios de su dependencia, no obstante, cuando se tratara de comportamientos que revistieran especial gravedad la Procuraduría General de la Nación podía asumir la investigación e imponer **directamente** las sanciones señaladas en la ley siendo el único límite para el ejercicio de dicha potestad los **fueros constitucionales** y la cosa juzgada.

(ii) La descentralización de la defensa:

En este punto se destacó que resulta más eficaz que la defensa de los intereses sea sumida en forma inmediata por la institución que resulta afectada y la Defensoría del Pueblo examine la actuación de los servidores públicos encargados de esta función, sin perjuicio de que pueda intervenir en el proceso respectivo cuando lo considere necesario.

(iii) Su intervención selectiva:

En virtud de esta se pretendió consagrar a favor del Procurador General de la Nación la posibilidad de escoger, a discreción, los casos en que deseaba intervenir.

(iv) Su poder coercitivo autónomo:

precisiones sobre las funciones misionales de ese ente de control, a partir de las cuales luego puede colegirse que en este evento –en mi opinión-, el Ministerio Público violó el artículo 29 de la Carta, pues la competencia para sancionar con destitución a funcionarios públicos de elección popular radica únicamente en el jefe máximo de la entidad, esto es, en el Procurador General de la Nación y de acuerdo al proceso verbal señalado para ello, así:

3.3.1. Antecedentes de las funciones de la Procuraduría General de la Nación.

La protección de los derechos humanos en la Constitución de 1991, es el desenlace de los múltiples debates que se suscitaron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, en la que se campeó entre el ombudsman¹⁵³ y el Procurador General de la Nación, desde la desaparición de éste hasta quedar en lo que hoy nos rige: Una Defensoría del Pueblo, con funciones de estricta protección y prevención de los derechos y garantías fundamentales, y una Procuraduría General de la Nación en la que se concentran 3 funciones misionales: Preventiva, de intervención ante autoridades judiciales y administrativas y disciplinarias.

Esta Procuraduría General de la Nación, mantenida en nuestra arquitectura de Estado desde los inicios de la República hasta hoy¹⁵⁴,

Con el fin de que el Procurador General de la Nación pudiera cumplir su labor sin obstáculo alguno, se le otorgó la potestad de **desvincular** del cargo a cualquier servidor público que obstaculizara en forma grave las investigaciones realizadas o no hiciera cumplir las sanciones impuestas. De igual manera se indicó que el referido mecanismo constitucional se caracterizaba por la simplificación de su trámite en el que en todo caso se respetaría el derecho a la defensa antes de imponer la sanción.

(v) Su dirección de un organismo dependiente de la defensoría encargado de investigar la violación de los derechos humanos:

De esta manera se pretendió quitar el monopolio que venía ostentando el Fiscal General de la Nación y;

(vi) Otorgarle la posibilidad de reglamentar las leyes que regulan sus atribuciones. (Esta información fue tomada de la Gaceta Constitucional No. 038, fls. 13 a 14)..

¹⁵³ Con antecedentes remotos como el Euthynoi, en Atenas; los Efloren, en Esparta; el Yan en China; en Venecia el Consejo de los Diez; el Defensor civitatis o Plebis romano; el Sahib Al Mazalin de la época musulmana o el Justicia Mayor de Aragón, configuran el nacimiento formal del OMBUDSMAN en Suecia alrededor de 1809, a raíz del enfrentamiento que existía entre el Parlamento y el Rey. (Jorge Luis Maiorano: “El Ombudsman: Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas”, Buenos Aires, 1999.)

¹⁵⁴ Ley 14 de 1821 (Fiscales de la Alta Corte de Justicia); Artículo 103 y ss. de la Constitución de 1830 (Capítulo IV); Ley 11 de 1830 (Orgánica del Ministerio Público); En las Constituciones de

cuando se la ha consagrado como un organismo de control, autónomo e independiente, es ejercida por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los delegados y agentes del ministerio público, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley.

Siendo de especial importancia para este caso detenernos en la función misional disciplinaria que tiene respaldo constitucional en los artículos 277.6 y 278.1, pues fue el ejercicio de esta competencia la que generó la sanción y por ende la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor PETRO URREGO, y que es aquí el objeto de análisis.

En efecto, el artículo 277 de la Carta Política establece como funciones que el Procurador General puede ejercer directamente o por intermedio de sus delegados, la de:

(...) 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Y el artículo 278 señala como función que ejercerá directamente:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo. (...)"

1832 y 1843 no se consagró la figura del Ministerio Público, pero se expidieron leyes que regularon algunas de sus funciones; en la Constitución de 1853 nuevamente aparece la figura del Procurador General de la Nación, como vocero ante la Corte Suprema de Justicia; En la Constitución de 1858 nuevamente se consagra, pero ejercido por un funcionario de la Cámara de Representantes, defendía al estado y sus intereses; en la Constitución de los estados Unidos de Colombia de 1863, se mantuvo tal como venía de la Carta anterior; en la Constitución de 1886 se le asignó la defensa de los intereses de la Nación, la procura del cumplimiento del ordenamiento jurídico y la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos.

Estas disposiciones, en los últimos tiempos, han llevado a interpretaciones, que en ocasiones han conducido a generar “confusiones”, en cuanto a qué funciones disciplinarias son delegables y cuáles no, por ello es preciso adentrarse a su estudio, a fin de dilucidar tal cuestión.

3.3.2. Sobre la vigilancia superior (277.6 de la C.P.)

Revisados los antecedentes de este numeral se encuentra que la expresión “**Supervigilar**” fue consagrada en la Constitución con el fin de evitar que todos los casos, por la presunta comisión de faltas disciplinarias llegaran al conocimiento de la Procuraduría General de la Nación y por el contrario, sólo fueran investigados por este organismo los *“particularmente sensibles”*¹⁵⁵. Así, se promovió que las entidades oficiales adoptaran un sistema efectivo de control interno frente al cual la Procuraduría General de la Nación vigilara que *“las entidades públicas ejerzan su autocontrol y cuando no lo ejerzan entonces si nosotros asumir esa investigación”*¹⁵⁶.

Se advirtió que si solo se dejaba la expresión “vigilar” ello implicaría para la Procuraduría General de la Nación *“la obligación de estar con todos sus funcionarios en todas las entidades públicas y de una investigación permanente, es decir un policía permanente allí a ver qué conductas de corrupción lo que haya, o actividades en donde se lesione el patrimonio del estado (sic) g. La misión de vigilar, eso no le corresponde a la Procuraduría, sino supervigilar, es decir, para actuar en subsidio de las fallas de los funcionarios o de las instituciones a quienes verdaderamente corresponde salir a la defensa de los intereses del Estado”*¹⁵⁷¹⁵⁸

Así, esta función ha sido entendida como una manifestación de la función misional preventiva, pues comporta la observación, el monitoreo, la velación de la conducta de todos los funcionarios, lo cual obedece a que le compete proteger los derechos y garantías

¹⁵⁵ Ver folio 5 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 12 de marzo.

¹⁵⁶ Ver folio 20 y 88 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 12 de marzo y 24 de abril.

¹⁵⁷ Ver folio 22 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 22 de abril.

¹⁵⁸ Tal postura fue reiterada por la Corte Constitucional en sentencia C-558 de 1994

fundamentales, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales.

Pero tal numeral tiene más funciones, separadas por puntos y comas, lo cual permite colegir que son diversas.

3.3.3. Sobre el poder preferente y selectivo (277.6)

En este punto se destacó en la Asamblea Nacional Constituyente que la vigilancia de la conducta oficial correspondía a la administración y que la Procuraduría General de la Nación intervendría de manera “**selectiva**¹⁵⁹” y “**preferencial**”. Durante los debates al interior de la Asamblea Nacional se resolvió eliminar la expresión “*selectiva*” pues en criterio de los miembros, implicaba que si se estaba adelantando una misma investigación contra 20 funcionarios el Procurador General de la Nación podía a discreción, decidir investigar a 2 de ellos y al resto no. Por el contrario, se resolvió dejar la palabra “*preferencial*” para que con fundamento en esta, el Procurador General de la Nación una vez asumiera el conocimiento de una investigación, desplazara por competencia al otro funcionario que la estuviere adelantando. Lo que significa la prevalencia sobre el control del funcionario¹⁶⁰.

Por su parte, en sesión Plenaria de 7 de junio se sugirió someter de nuevo a discusión la expresión “*preferentemente*” pues a juicio de algunos era inconveniente, en tanto que implicaba el ejercicio de una facultad discrecional por parte de la Procuraduría General de la Nación. No obstante en esa oportunidad se recalcó que lo que se buscaba era consagrar un principio de prevalencia sobre el control disciplinario que ejerce la Procuraduría General de la Nación para los casos de control interno y se aprobó el numeral¹⁶¹.

3.3.4. Sobre las funciones consignadas en ambos artículos.

¹⁵⁹ Ver folio 53 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 23 de abril. De igual manera se destaca que revisada la Gaceta Constitucional N° 066 de 3 de mayo de 1991¹⁵⁹ Se aceptó el retiro de la palabra “selectiva”, más no del adverbio “preferencialmente”, pues este se refiere a la prevalencia del poder disciplinario (fls. 7-10).

¹⁶⁰ Ver folios 32-35 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 22 de abril.

¹⁶¹ Fls. 175 a 177 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Plenaria de 7 de junio.

En torno a la coexistencia de dos funciones disciplinarias consagrada la una en el artículo 277.6, como delegable, y la otra en el 278.1 como indelegable, también desde la Asamblea Nacional Constituyente se suscitó debate¹⁶², llegando a decirse que la atribución contenida en el numeral 6º del artículo 277 resultaba contradictoria con la del numeral 1º del artículo 278 de la C.P. en cuanto si de acuerdo con la primera, el Procurador General de la Nación tiene la facultad “*de imponer las respectivas sanciones ... realmente pues esto implicaría que la Procuraduría puede por ejemplo destituir a un funcionario, desvincularlo del cargo o suspenderlo o amonestarlo, bueno depende de la gravedad de la sanción y de lo que diga la ley*” porque, conforme con el segundo, aun a pesar de que el Procurador General de la Nación imponga la sanción debe remitir dicho acto administrativo al superior jerárquico del sancionado para que lo ejecute y en el evento de no hacerlo, sancionarlo dado que el que tiene la facultad de aplicar la medida es el nominador y no el Procurador General de la Nación.

Como consecuencia de la anterior discusión, se votó el artículo en el sentido de excluir la proposición que permitía sancionar al superior jerárquico que no cumpliera con una decisión de la Procuraduría General de la Nación, en su lugar, solo se permite sancionar al superior jerárquico que omita el deber de vigilancia sobre sus subalternos y que no aplique las sanciones que le compete aplicar.

Al respecto en sesión plenaria de 7 de junio un constituyente intervino para preguntar “*cómo entiende el ponente el verbo desvincular, qué alcance tiene*” frente a lo cual se indicó que la destitución surge como consecuencia de un proceso disciplinario en ejercicio del control interno, mientras que la desvinculación es una facultad especial del Procurador General de la Nación¹⁶³. No obstante, un constituyente intervino para señalar que con esta facultad el Procurador General de la Nación iba a sustituir todas las autoridades nominadoras de la administración. Por demás la discusión discurrió en torno a si la decisión debe ser motivada o discrecional y se aprueba el artículo en el sentido de indicar que la desvinculación se produce, previa audiencia y mediante decisión motivada.

¹⁶² Fls. 81 – 93 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 24 de abril.

¹⁶³ Fls. 188 a 197

Sobre las funciones atribuidas al Procurador en uno y otro artículo¹⁶⁴ algunos constituyentes intervinieron para señalar que los referidos artículos contemplaban una duplicidad de funciones y que no se entendía cómo si en virtud del primero de estos el Procurador General de la Nación o sus delegados podían supervigilar la conducta incluso de los de elección popular y ejercer el poder disciplinario “*en forma genérica*”, en el segundo se restringiera dicha facultad señalando que **únicamente el Procurador** puede desvincular del cargo a los servidores públicos que no hicieran cumplir las sanciones impuestas por el Ministerio Público o que obstaculizaran las investigaciones.

Al efecto un interviniente explicó que: “*le damos la atribución indelegable al defensor del pueblo*¹⁶⁵ *de desvincular del cargo previa audiencia y por decisión motivada etc, porque parece una decisión de tanta trascendencia para un alto funcionario del Estado, a quien se le llegue a comprobar una falta que amerite por ejemplo la destitución del cargo que tiene, eso no se le puede dejar en manera alguna a los defensores delegados de la Procuraduría departamental o Municipal, yo creo que hay que proteger este derecho de los altos funcionarios del Estado...*¹⁶⁶”. (Resaltado fuera de texto)

Sobre el particular en la Comisión Codificadora de 13 de junio de 1991, se estableció: “*no es porque sean unas funciones generales y otras especiales, sino porque las primeras las puede ejercer por sí o por medio de sus delegados y las otras las tiene que ejercer directamente, no sé si general y especial de esa connotación*¹⁶⁷”. (Resaltado fuera de texto)

3.3.5. Sobre la competencia consignada en el artículo 278.1 de la constitución política

Ahora bien, además de la delegable función disciplinaria antes vista, como ya se advirtió, el Procurador General de la Nación, al tenor de lo previsto por el artículo 278.1 de la Carta, tiene potestad disciplinaria

¹⁶⁴Ver folio 67 - 68 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 24 de abril.

¹⁶⁵ Recuérdese que hubo muchos momentos en el desarrollo de la Asamblea en que la Procuraduría General de la Nación desapareció, para dar paso al Defensor del Pueblo.

¹⁶⁶ Ver folio 68 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 277-278 - Sesión Comisión Cuarta de 24 de abril

¹⁶⁷ Fl. 245.

exclusiva –y excluyente frente a otros disciplinadores-, respecto de faltas que cumplan con las siguientes condiciones:

1. La consecuencia sea la desvinculación del cargo, y
2. El funcionario público incurra en alguna de las siguientes conductas:
 - a. Infrinja de manera manifiesta la Constitución o la Ley.
 - b. Derive evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio del cargo o de sus funciones
 - c. Obstaculice en forma grave las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional.
 - d. Obre con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

En el evento sometido a análisis corresponde adentrarnos sólo en el primer evento, habida cuenta de las imputaciones disciplinarias hechas al señor PETRO URREGO.

3.3.6. Sobre la infracción manifiesta de la Constitución o la Ley

Para determinar a qué se refiere la expresión: “infracción manifiesta de la Constitución y la Ley”, utilizada en el numeral uno del artículo 278 de la Carta es necesario realizar una interpretación armónica de conformidad con lo reglamentado sobre las faltas disciplinarias que dan lugar a **destitución** es decir la **desvinculación** del cargo en el Código Único Disciplinario y los antecedentes de las discusiones sobre el tema en la Asamblea Nacional Constituyente.

3.3.7. La destitución o desvinculación del cargo en la Ley 734 de 2002

En el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, se establece que es posible desvincular del cargo como sanción disciplinaria –destitución- cuando se trata de faltas disciplinarias **gravísimas cometidas con dolo o culpa gravísima**, tal afirmación se deriva de lo previsto por el artículo 44 que a la letra reza:

“Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

2. (...)

3.

Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación **manifiesta** de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.” (Negrillas fuera de cita)

De la literalidad de la norma transcrita se tiene, que únicamente es posible sancionar con desvinculación del cargo en los casos en que los funcionarios públicos incurran en las conductas calificadas como **gravísimas**, es decir las enlistadas en el artículo 48 del Código Único disciplinario, y cuando éstas hayan sido cometidas **a título de dolo o culpa gravísima** de conformidad con lo indicado en el artículo 44 ídem, por lo que el catálogo de competencias indelegables por parte del Procurador General de la Nación bien puede ser determinado y determinable claramente *ab initio* de una investigación disciplinaria.

Pero, como se indicó la competencia indelegable del jefe máximo del Ministerio Público, también está vinculada a la determinación de cuándo es “manifiesta” la violación de la Constitución o la ley.

3.3.8. El significado de “manifiesta” en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente

No existe en los antecedentes de la Constitución Política de 1991 discusión ni conclusión específica respecto a la infracción manifiesta de la Constitución y la Ley como causal para que el Procurador ejerza de manera directa la competencia, en la Comisión Codificadora de junio 13¹⁶⁸ se suscitó una discusión frente al sentido de la expresión “**manifiesta negligencia en la investigación...**” (punto d del numeral 1 del artículo 278 de la C.P.), pues para algunos intervinientes no se trataba de un adjetivo cualquiera sino que con este se pretendía calificar la conducta para saber si se actuó con culpa grave o leve, por lo que eliminarla implicaría que “*le estemos exigiendo al superior una culpa probablemente leve o levísima*”. No obstante, a juicio de otros, la

¹⁶⁸ Fl. 251 a 254

misma no era requerida en la redacción del artículo pues la conducta que se sancionaba era que el superior hubiera tenido conocimiento de la falta y no hubiera hecho nada.

Por otra parte otros constituyentes intervinieron para señalar que el uso de la expresión “*manifiesta*” implicaba probablemente exigir una culpa grave más no una simple negligencia o una leve negligencia, con lo que la ausencia de dicha expresión en el articulado, haría “*cabe[r] todas las culpas, si uno pone la palabra manifiesta ya esta excluyendo un tipo de culpas*”¹⁶⁹. No obstante, en sentir de otro interviniente la negligencia grave y la negligencia manifiesta son diferentes por lo que se inclinaba a pensar que lo que se quería decir era que la negligencia “*tiene que salir de bulto, no tanto en su intensidad, sino en el hecho mismo de haber querido ser negligente para que dé lugar a una sanción de esta clase*”.

En el *diccionario de la lengua española (DRAE)*- edición 22^a, publicada en 2001- se encuentra la siguiente definición:

“(Del lat. *manifestus*).

1. adj. Descubierto, patente, claro.

(...)

3. m. Escrito en que se hace pública declaración de doctrinas o propósitos de interés general.

(...) **poner de manifiesto** algo.

1. loc. verb. Manifestarlo, exponerlo al público.

(...)”

De lo anterior se tiene, que para los constituyentes el adjetivo “manifiesta” -además de su significado según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española- de “claro”, “patente”, “de bulto” implica una calificación de la conducta, es decir que cuando se le imprime el adjetivo “manifiesta” no se refiere a una simple negligencia o una leve negligencia sino que exige una culpa gravísima¹⁷⁰.

Así las cosas “infringir de manera manifiesta la Constitución o la Ley” no se refiere a una apreciación subjetiva del operador disciplinario, sobre la claridad, visibilidad u obviedad de la infracción como una apreciación de su sentir, relativa a su percepción, sino a una calidad

¹⁶⁹ Fl. 254.

¹⁷⁰ Esta calificación siempre se refirió en la Asamblea Nacional Constituyente con el calificativo de “grave”, como la forma más acentuada de esta modalidad de culpabilidad, aunque más tarde se determinó por el legislador que tal forma era la gravísima

del objeto en sí mismo, es decir de la gravedad o levedad de la infracción.

Conclusión

En lo que tiene que ver con las causales b, c y d del numeral 1 del artículo 278 de la Carta, ya que se encuentran reproducidas como faltas gravísimas en la ley 734 de 2002¹⁷¹, se requiere únicamente la verificación de la calificación de la sanción, es decir si la conducta disciplinaria sancionable se realizó a título de dolo o culpa gravísima, para que la consecuencia sea la destitución o desvinculación del cargo y corresponda al Procurador General de la Nación asumir la competencia directamente, pero no ocurre lo mismo en el caso del literal a) que se refiere a la infracción **manifiesta** de la Constitución o la Ley.

De acuerdo con expuesto, y de la interpretación armónica de las normas ya referenciadas:

a. El artículo 278.1 de la Carta, que se refiere a que el Procurador General de la Nación directamente, previa audiencia y decisión motivada desvinculará del cargo al funcionario que incurra en infracción manifiesta de la Constitución o la ley,

b. Los antecedentes del referido artículo en las discusiones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, en los que se expuso que el significado de “manifiesta” no se refería a una simple o una leve negligencia sino que exigía una culpa gravísima, y,

¹⁷¹ 2. **Obstaculizar en forma grave la o las investigaciones que realicen las autoridades administrativas**, jurisdiccionales o de control, o no suministrar oportunamente a los miembros del Congreso de la República las informaciones y documentos necesarios para el ejercicio del control político.

3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.

4. **Omitir, retardar y obstaculizar la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos u omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función.**

(negrillas fuera de texto)

c. Lo establecido en la ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario que desarrolla la potestad disciplinaria del estado, y en su artículo 44 establece que sólo es posible sancionar con destitución es decir la desvinculación del cargo cuando se incurra en alguna de las faltas gravísimas, esto es, las consagradas en el artículo 48 ídem, dolosas o realizadas con culpa gravísima.

Se entiende, que la posibilidad de desvincular del cargo a los funcionarios públicos está en cabeza directamente del Procurador General de la Nación, es decir, hace parte de las funciones indelegables por estar consagrado en el artículo 278 y sólo se puede aplicar por la comisión de faltas disciplinarias establecidas en la Ley como gravísimas, y calificadas como dolosas o gravísimamente culposas, que corresponden a la definición de infracción manifiesta de la Constitución o la Ley consagrada en la misma norma.

De igual manera, de conformidad con la Ley disciplinaria aplicable una vez advertidas dichas circunstancias, se debe dar aplicación a los artículos 182 y 183 del Código Único disciplinario: declarar la procedencia del **procedimiento especial** y citar al servidor público investigado, por ser tal proceso y procedimiento de competencia directa y exclusiva del Procurador General de la Nación.

3.3.9. El caso concreto

Dentro del proceso disciplinario adelantado por la Sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, contra GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en el pliego de cargos de 20 de junio de 2013, el fallo de única instancia de 9 de diciembre de 2013 y la resolución del recurso de reposición mediante auto del 13 de enero de 2014, los cargos, las faltas disciplinarias y su calificación, por los que el señor PETRO URREGO fue declarado disciplinariamente responsable fueron¹⁷²:

PRIMER CARGO:

“Haber tomado la decisión, para el segundo semestre de 2012 y en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, de que las empresas del Distrito de Bogotá asumieran la prestación del servicio público de aseo, decisión que conllevó a que el director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos

¹⁷² Los cargos fueron tomados del pliego de cargos de 20 de junio de 2013.

(UAESP) y el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) suscribieran el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida. Así mismo, la decisión del señor alcalde mayor de Bogotá conllevó a que el gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el gerente de la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S. P. suscribieran el contrato interadministrativo 809 del 4 de diciembre de 2012, sin que esta empresa contara con la más mínima experiencia y capacidad requerida.

Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR responsable disciplinariamente al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, de la falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:
(...)

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

La declaratoria de responsabilidad por este cargo formulado se hace a título de dolo y en la modalidad de determinador, forma de autoría para la realización de una falta disciplinaria, contemplada en el artículo 26 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 26. AUTORES. **Es autor quien cometa la falta disciplinaria o determine a otro a cometerla**, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función”

SEGUNDO CARGO:

“Haber expedido el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, mediante el cual se adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico, con lo cual se violó el principio constitucional de libertad de empresa, impidiéndose que otras empresas, distintas a las entidades del Distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la ciudad capital.

Con el anterior comportamiento, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, incurrió en la falta disciplinaria gravísima, contenida en el numeral 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:
(...)

60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta en la norma otorgante.

El cargo que se le formula al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, se hace a título de dolo.”

TERCER CARGO:

“Haber expedido el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volquetas, «con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios», pues con dicha autorización se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, con lo cual se originó un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente.

Con el anterior comportamiento, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, incurrió en la falta disciplinaria gravísima, contenida en el numeral 37 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que establece lo siguiente:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

37. Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.

El cargo que se le formula al señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de alcalde mayor de Bogotá y jefe de la administración distrital, se hace a título de culpa gravísima.”

Tal claridad, deviene, desde el momento mismo en el que se otorga la delegación a la Sala Disciplinaria y fue ratificado por los funcionarios delegados al señalar la descripción y determinación de las conductas investigadas, la gravedad de las faltas, las normas violadas, y la forma de culpabilidad en el pliego de cargos, el fallo y la confirmación del fallo expedidos, y conforme a todas estas actuaciones no hay lugar a dudas que:

1. Las faltas endilgadas por las cuales se produjo la sanción, **son gravísimas.**

2. La forma de culpabilidad fue calificada a título de **dolo** en los dos primeros cargos y de **culpa gravísima** en el tercero, y

3. dieron lugar a la sanción de **destitución**, es decir a la **desvinculación** del cargo.

Además, en el decurso del proceso disciplinario, para arribar a dichas conclusiones la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación hizo las siguientes aseveraciones:

Frente al primer cargo:

Desde el pliego de cargos, en el cual se señaló al Alcalde Mayor de Bogotá como determinador de la suscripción de los contratos interadministrativos entre la EAAB o la empresa de Aguas de Bogotá y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, calificó los contratos cuestionados como “totalmente irregulares”, “violatorios de las normas contractuales y los principios de la contratación estatal”, y aseveró que los mismos se dieron con el desconocimiento del ordenamiento jurídico, de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y la Ley, tal como se observa en los siguientes apartes del pliego de cargos:

“(…) Así las cosas, con las pruebas que obran en el proceso, la Sala Disciplinaria considera, a esta altura procesal, **que la suscripción de dicho contrato interadministrativo es irregular, por ser violatorio de las normas contractuales que regían la materia y por afectarse los principios de la contratación estatal y de la función pública**, y que la suscripción de dicho convenio fue ordenada por el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición alcalde mayor de la ciudad de Bogotá. (pág 15 Pliego de cargos negrillas fuera de texto)

(…) 4.1.1.4.4 Conclusión preliminar en cuanto a las inconsistencias de los contratos derivados del convenio interadministrativo 0809 de 2012.

(…) Estas inconsistencias e irregularidades que describe la Sala producto de las pruebas obrantes en el proceso ratifican que las empresas del Distrito, bien la EAAB o la empresa Aguas de Bogotá, no tenían la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio, situación que además de generar presuntas irregularidades administrativas y contractuales se constituyó en la principal causa de la

crisis y emergencia que enfrentó la ciudad para los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, producto de la adopción de decisiones adoptadas con ligereza, sin planeación y previsión y con **desconocimiento del ordenamiento jurídico, pues es irrefutable que en materia de contratación y, específicamente en servicios públicos, no se puede adjudicar la prestación de un servicio a alguien en quien se sabe de antemano que no lo podrá prestar por evidente falta de capacidad.** (Pág 64-65 del pliego de cargos)

(...) 4.3 CARGO A FORMULAR

4.3.1 Tipicidad de la conducta

De conformidad con el artículo 4 del Código Disciplinario Único, está establecido que el servidor público sólo será investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de la realización.

Así las cosas, en lo que concierne a la categoría de la tipicidad disciplinaria, el artículo 48, numeral 31, estableció como falta disciplinaria gravísima el que un servidor público participe en la etapa precontractual o en la actividad contractual **con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.**

De la misma manera, obsérvese que el Código Disciplinario Único establece, en su artículo 26, que también será autor de la falta disciplinaria quien determine a otro a cometerla, por lo que para el presente caso la **participación** de que habla el tipo disciplinario contenido en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único se debe imputar a título de **determinador.** (Pág 89 pliego de cargos).

(...) En el presente caso y conforme a las pruebas recaudadas en la investigación, **la suscripción de los contratos interadministrativos** 017 del 11 de octubre de 2012 y 809 del 4 de diciembre de 2012, suscritos entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S.P., respectivamente, fueron **totalmente irregulares**, debido a que ninguna de estas dos empresas del Distrito contaban con la experiencia y capacidad requeridas para asumir la prestación del servicio público de aseo. (pág. 90 Pliego de Cargos)

(...) Así las cosas y como se ha venido exponiendo, tal determinación se materializó en la suscripción de los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre de 2012 y 809 del 4 de diciembre de 2012, celebrados entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la empresa Aguas de Bogotá S. A. E. S. P., respectivamente,

los cuales para esta Sala son violatorios del numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, en la medida en con ellos **se desconocieron los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley**. Para demostrar lo anterior y con el fin de señalar cuáles son las reglas que se inobservaron y que a juicio de la Sala conllevaron a desconocer los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa, es necesario que se haga el análisis por separado de cada uno de los contratos interadministrativos.” (pág 91 del Pliego de cargos).

Frente al segundo cargo:

En lo que tiene que ver con el segundo cargo imputado al Alcalde Mayor de Bogotá, por haber expedido el decreto 54 de 10 de diciembre de 2012, mediante el cual adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá totalmente contrario al ordenamiento jurídico, La sala Disciplinaria desde el Pliego de Cargos, señaló la expedición del decreto como **totalmente contraria al ordenamiento jurídico** y con lo cual **se violó en principio constitucional de libertad de empresa** en la misma imputación, y plasmó en las providencias disciplinarias las siguientes afirmaciones:

“5.1.5 Análisis de las normas contenidas en el Decreto 564 del 1 de diciembre de 2012.

(...) Para la sala, la respuesta no es otra que un esquema de prestación del servicio de aseo **por fuera del ordenamiento jurídico, sin ningún fundamento constitucional o legal**, porque la regla general en materia de prestación de servicios públicos es que rija en principio de libertad de empresa, y la única limitante o excepción para el servicio público de aseo –esta sí con fundamento jurídico- eran las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) (pág. 139 del Pliego de Cargos).

(...) De esta manera, así también lo entiende la Sala: la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá no podía ser una excepción a la regla del principio de legalidad. En consecuencia, la adopción del citado “Esquema transitorio” para la ciudad capital **no tenía ningún respaldo constitucional o legal, no se ajustaba a la regla general de la libertad de empresa**; no correspondía la modelo de la ASE, no se encuadraba en ninguna norma del ordenamiento jurídico, y no tenía justificación a partir de la órdenes dadas por la Corte Constitucional, porque estas decisiones judiciales no avalaron que el alcalde mayor de Bogotá adoptara un esquema de prestación del servicio público de aseo por fuera de la ley.” (pág 141 del Pliego de cargos)

Frente al tercer cargo:

Al igual que en el segundo, en la formulación de este tercer cargo se le endilga al Alcalde **violar disposiciones constitucionales y legales** referentes a la protección del medio ambiente, y desconocer de forma manifiesta reglamentación nacional vigente así:

“(…) De manera adicional, debe decirse que la utilización de vehículos para la prestación del servicio era una actividad eminentemente reglada y que precisamente los Decretos 1731 de 2002 y 948 de 1995 **fueron desconocidos manifiestamente**, pues ellos ni siquiera se tuvieron en cuenta en el decreto 570 del 14 de diciembre de 2012. Además, éstos decretos tenían un carácter de norma nacional, estaban vigentes desde los años de 1995 y 2002 y dichas normas se encuentran publicadas en la página de la Alcaldía de Bogotá.” (pág. 104 del fallo disciplinario).

Conclusión

De todo lo anterior se tiene, que según la Sala Disciplinaria, el señor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su condición de funcionario público como Alcalde Mayor de Bogotá, incurrió en conductas irregulares, que desconocieron la Constitución y la Ley, las que fueron consideradas faltas disciplinarias gravísimas, calificadas como dolosas y con culpa gravísima, y dieron lugar a la imposición de la sanción de destitución e inhabilidad general de 15 años, es decir a la desvinculación del cargo lo cual se configura de acuerdo con lo expuesto en infracción manifiesta de la Constitución y la Ley, que se señala en el numeral uno del artículo 278 de la Carta Política y hace parte de las funciones que debe **ejercer directamente el Procurador General de la Nación**.

Resulta claro que las supuestas irregularidades endilgadas por la Procuraduría General de la Nación al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, lo fueron siempre acentuando su forma “evidente”, “totalmente irregular” y hasta “manifiesta”, y así la investigación formal NO se haya iniciado con base en la fórmula sacramental del artículo 278 numeral 1 de la Constitución Política, que le atribuye al Procurador General la función de manera directa y exclusiva sin posibilidad de delegación; lo cierto es que de las múltiples y repetidas referencias realizadas a lo largo del proceso disciplinario y la imputación de las faltas como gravísimas y su calificación como dolosas y gravísimamente culposas

utilizando el curso inadecuado del artículo 277 numeral 6 de la Constitución Política para delegar el adelantamiento de la instrucción del proceso en la Sala Disciplinaria, configuran una grave afectación al debido proceso del ahora tutelante.

Entonces una vez advertido que las irregularidades se constituían en infracción manifiesta de la Constitución o la Ley, se debió dar aplicación al capítulo II del título XI del Código Único Disciplinario, que establece el procedimiento especial ante el Procurador General de la Nación, declarar la procedencia del procedimiento especial y citar a audiencia al servidor público investigado, mediante decisión motivada.

La imposición de la sanción de destitución, que equivale a la desvinculación del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá por la Sala Disciplinaria, dentro del proceso disciplinario en cuestión, se convierte en una vulneración del principio de competencia consagrado como fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política. En virtud del cual el debido proceso se aplicará en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes y por un juez o tribunal competente, y en este caso está demostrado que el juez natural para desvincular del cargo al Alcalde mayor de Bogotá, dentro de un proceso disciplinario por las faltas gravísimas endilgadas a título de dolo y culpa gravísima era el Procurador General de la Nación, y dicha función Constitucional era indelegable, pues fue consagrada dentro de las funciones que debe ejercer el supremo director del Ministerio Público directamente.

En estos términos aclaro mi voto,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS CONSEJEROS GUILLERMO SÁNCHEZ
LUQUE, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Y MARTA NUBIA
VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Aunque compartimos la providencia que se adoptó el 15 de noviembre de 2017, que anuló la decisión de la Procuraduría General de la Nación que destituyó a Gustavo Francisco Petro Urrego y lo inhabilitó para el ejercicio de cargos públicos, aclaramos el voto.

1. Si el primer cargo de la demanda, que se fundamentó en que el Procurador General de la Nación no tenía competencia en este caso para separar del cargo, ni para restringir el derecho a desempeñar funciones públicas de un servidor público de elección popular por contravenir el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la parte resolutive han debido inaplicarse los preceptos constitucionales y legales correspondientes, en ejercicio del control difuso de convencionalidad.

En efecto, tal como como se dijo en la aclaración de voto al fallo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 9 de agosto de 2016, Rad. 11001-03-25-000-2011-00306-00, que declaró la nulidad del acto que destituyó e inhabilitó a la exsenadora Piedad Córdoba -y que hoy la Sala adopta como criterio mayoritario- el Procurador General de la Nación no es competente para destituir a un servidor de elección popular si la sanción se soporta en un proceder que no corresponde a un acto de corrupción.

Por ello, no bastaba con resaltar la supremacía de la norma convencional, sino que se imponía inaplicar en la parte resolutive, se insiste, las disposiciones de derecho interno -incluida la Constitución- que resultan contrarias a los mandatos supranacionales.

2. Como el primer cargo de la demanda estaba llamado a prosperar por las razones expuestas, la Sala no debió pronunciarse sobre los otros cargos que

controvertían las justificaciones del acto sancionatorio. Mucho menos, frente a aquellos relacionados con la expedición del Decreto 564 de 2012, pues el criterio de la Corporación pudo verse comprometido en relación con el fallo que dictará en el proceso con Rad. n°. 11001-33-34-003-2012-00131-01 (acumulados).

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
RICO**

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. Aunque comparto la decisión mayoritariamente aprobada, me permito manifestar mi discrepancia con las motivaciones plasmadas en las páginas 19 y 37 de la sentencia, según las cuales existe una antinomia entre lo dispuesto por el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los artículos 277 y 278 de la Constitución Política, en el sentido en que, según lo entendió la Sala, mientras que la norma de derecho internacional proscribía la posibilidad de que autoridades administrativas destituyan a funcionarios elegidos por voto popular, las normas constitucionales de derecho interno, relacionadas con las competencias del Procurador General de la Nación según se encuentran redactadas en los artículos aludidos, sí admiten esa posibilidad. En las palabras consignadas en la página 19 del fallo:

El artículo 277 de la Constitución Política otorga al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, entre sus funciones, la de “6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley”.

Así mismo, el artículo 278 ibídem impone al Procurador General de la Nación ejercer de manera directa, entre otras, la función de “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes fallas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley, derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o

jurisdiccional, obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo”.

En desarrollo de esta competencia, el Procurador General de la Nación se encuentra facultado para sancionar a los servidores públicos, incluso los de elección popular, con “destitución e inhabilidad general, cuando cometen faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima”, o con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas... o con inhabilidad permanente “cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado, conforme con el artículo 44, numerales 1 y 2, y 46 de la Ley 734 de 2002... implicando ello una restricción del ejercicio de los derechos políticos de los elegidos popularmente.

1.1. Mensaje que se reafirmó en la página 37 de la sentencia cuando allí se dijo que “[El] control de convencionalidad que efectúa la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el presente caso y la tesis que se plantea del artículo 44 del CDU tampoco significan una interpretación restrictiva del artículo 23.2 Convencional frente a instituciones que están previstas en el ordenamiento interno colombiano, tanto a nivel constitucional como legal, como es la pérdida de investidura de los miembros de corporaciones públicas elegidos popularmente, de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo...”; que es una precisión a partir de la cual entiende la Sala que existe también una antinomia entre las normas constitucionales de derecho interno que regulan la institución de la pérdida de investidura y el ya mencionado artículo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Al respecto, considero que ni existe una contradicción entre lo dispuesto por los artículos 277 y 278 de la Constitución Política y el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni tampoco entre esta norma derecho internacional y las disposiciones relacionadas con la institución de pérdida de investidura. Por el contrario, considero que las mencionadas normas sí admiten una interpretación sistemática y armonizadora, que era lo deseable a la luz de la prevalencia de las garantías consagradas en el sistema interamericano de derechos humanos,

así como también debido a la necesidad de preservar las instituciones forjadas por el ordenamiento constitucional de derecho interno, sin que esto implique que sea constitucionalmente admisible que el procurador general de la Nación, como ocurrió en el caso materia de juzgamiento, destituya a funcionarios que han sido elegidos por voto popular.

2.1. En efecto, aunque es verdadero que el artículo 277 de la Constitución consagra la posibilidad de que el procurador general de la Nación ejerza sus facultades de vigilancia incluso sobre funcionarios elegidos por votación popular, lo cierto es que en dicha norma no se prevé que a partir de esa supervisión pueda el representante del Ministerio Público destituir al aludido tipo de funcionarios. Del mismo modo, si bien es cierto que el artículo 278 *ibídem* establece que el ejercicio de la función disciplinaria por parte del procurador puede dar lugar a la destitución, allí no se hace mención expresa de que esa posibilidad pueda cobijar también a los funcionarios elegidos popularmente. Y es que aún efectuando una interpretación conjunta de ambas normas, de allí no podría inferirse que el ordenamiento *superior* colombiano permite que autoridades administrativas despojen de su investidura a funcionarios que han sido electos por el voto directo de la ciudadanía, lo cual sería una posibilidad que, como bien se dijo en la sentencia materia de la presente aclaración de voto, estaría en contra de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que en su artículo 23-2 de forma expresa señala que la desvinculación de ese tipo de servidores sólo es procedente cuando se ordena por una autoridad judicial o en un proceso penal. Por esa razón, mi postura es que no existe antinomia alguna entre lo que dispone la Constitución Política de Colombia acerca de las facultades que tiene el procurador General de la Nación para investigar y vigilar la actividad de los funcionarios elegidos popularmente, por un lado, y, de otra parte, el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prohíbe la destitución de esos servidores a menos que ello se decida por decisión emitida por una autoridad judicial o en un proceso penal. Por el contrario, es posible una interpretación sistemática y armonizadora entre todas esas normas, a partir de la cual pueda concluirse,

como adecuadamente lo hizo la Sala Plena Contenciosa en el caso de la referencia, que ninguna autoridad administrativa está autorizada para destituir a funcionarios que han sido elegidos por voto popular.

2.2. Similares conclusiones deben extraerse en relación con la interpretación de los preceptos constitucionales que regulan la institución de la pérdida de investidura, punto frente al cual manifesté en el salvamento de voto que suscribí con respecto a la sentencia adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso de pérdida de investidura con radicación 2012-00059, que el sentido del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y también el significado de los artículos de la Constitución Política relacionados con la institución de pérdida de investidura, debían determinarse conjuntamente a partir de una interpretación sistemática y teleológica, con la mira puesta en la coherencia de nuestro sistema jurídico, el cual hace prevalecer en el orden interno las normas internacionales sobre derechos humanos. Tal como en aquella oportunidad lo dije:

*11.1. En primer lugar... una **interpretación sistemática y teleológica** del inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, en concordancia con las previsiones del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –interpretado también de forma pragmática y en contraste con otros tratados internacionales e instituciones constitucionales del orden interno–, conduce a que la inhabilidad pueda configurarse no solo cuando la sentencia correspondiente ha sido emitida por un juez penal, sino también cuando se trata de una providencia proferida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo –como ocurre en el presente caso–, punto frente al cual es necesario, en primer lugar, traer a colación el texto de las normas materia de interpretación...*

(...)

11.1.1.2.1.3. De conformidad con lo expuesto... una interpretación sistemática de los artículos 122 de la Constitución Política y 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz de la regla de armonización con la Constitución según está consagrada en el artículo 4º de la Casta, arroja como resultado la necesidad de efectuar, en la medida en que ello sea posible, un ejercicio de adecuación entre la norma convencional y lo regulado en el orden interno, de modo de preservar tanto los objetivos democráticos de la Convención, como las instituciones también democráticas del Estado colombiano en los términos en que fue estipulada por el constituyente pues, aunque el derecho internacional tiene un carácter supranacional, esa

característica no implica un grado de superioridad jerárquica de ese tipo de normas respecto a los preceptos que encabezan el ordenamiento jurídico interno.

11.1.1.2.1.4. En contra de lo anterior, podría sostenerse que se trata de una argumentación que tiene un carácter tautológico pues, si la misma Constitución establece en su artículo 93 que los tratados sobre derechos humanos "... prevalecen en el orden interno...", entonces habría de concluirse que cualquier norma constitucional –incluidas las que contienen principios definitorios del Estado– tendría que ceder ante los postulados de aquellos instrumentos supranacionales, a cuyas garantías habría de darse una eficacia absoluta por virtud de la supremacía de la misma Constitución –artículo 4º ibídem–. No obstante, aunque es indiscutible la prevalencia en el orden interno del derecho internacional sobre derechos humanos, también es cierto que ella no puede derivar en una derogatoria de las demás disposiciones constitucionales y, antes bien, debe ser interpretada de tal forma que los instrumentos internacionales se adecúen con los demás elementos del sistema, aunque esto último pueda suponer una limitación –que no supresión– de las garantías en aquellos previstas, y sin que por ello se inobserven los postulados del citado artículo 93.

11.1.1.2.1.5. Al respecto no puede pasarse por alto que uno de los axiomas de la teoría jurídica sobre derechos fundamentales, que lo es el carácter no absoluto de estos... rasgo que implica que su limitación es posible –frente a la eficacia y efectividad de otros postulados, principios o normas de igual o superior rango–. Así, en los casos en que la interpretación de determinado derecho o garantía supone la supresión de otras instituciones de rango constitucional, debe optarse por una hermenéutica armonizadora –no excluyente– de los preceptos sujetos al ejercicio hermenéutico de adecuación, lo que en modo alguno podría entenderse como una violación del principio de prevalencia consagrado en el artículo 93 constitucional, en la medida en que la limitación de ciertos derechos o garantías, realizada en la persecución de fines racional y jurídicamente aceptables, no implica la eliminación de aquéllos.

(...)

11.1.1.2.1.7. Así las cosas, en tanto el texto del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos podría ser leído –desde un punto de vista exegético o gramatical– en el sentido de que sería necesaria una sentencia de carácter penal para poder limitar los derechos políticos de una persona; y teniendo en cuenta que tal es un presupuesto que, según se verá, no es exigido para que sea procedente la pérdida de investidura –que es una institución consagrada en la Constitución–; habida cuenta de dicha contradicción, decimos, y teniendo en cuenta la regla de supremacía constitucional consagrada en el artículo 4º de la Carta Política –y la de integración prevista en el artículo 93 ibídem–... para resolverla es necesario acudir a una interpretación de la norma convencional que permita su adecuación a los postulados de rango constitucional en el derecho interno, manteniendo su espíritu democrático, lo que en modo alguno puede ser interpretado como una supresión de lo establecido en el derecho internacional sobre derechos humanos –lo que está prohibido por la Constitución Política en los términos del aludido artículo 93–, sino como una jurídica limitación de las garantías establecidas en la Convención, con miras a la preservación de otras

instituciones que son de vital importancia para el sistema jurídico colombiano –y también al derecho internacional consagrado en los tratados en los que nuestro país es parte–.

11.1.1.2.1.8. Para tal efecto, se procede ahora a poner de presentes las contradicciones existentes entre las normas pertinentes, así como también las razones que impiden una interpretación del artículo 122 de la Constitución Política –y del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– en el sentido en que lo hicieron la Sección Quinta de esta Corporación –en la sentencia del 21 de septiembre de 2011–, la Corte Constitucional –en la sentencia C-551 de 2003– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela–; razones que, a su vez, hacen necesaria una interpretación adecuada de lo dispuesto en la norma internacional.

*11.1.1.2.2. Frente a **la institución de pérdida de investidura**... si al interpretar la inhabilidad consagrada en los incisos finales del artículo 122 de la Constitución Política, se persevera en un entendimiento del artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en el sentido de exigir una condena por parte de un juez penal para la configuración de la inhabilidad fijada por la norma constitucional–, entonces con dicha interpretación podría hacerse nugatorio el mecanismo de pérdida de investidura...*

(...)

11.1.1.2.2.2. Para la Sala es claro que tanto el hecho de que la investidura de congresista pueda perderse por la comprobación... de ciertas inhabilidades –no todas ellas relacionadas con los antecedentes penales del sujeto pasivo del trámite–, como también la circunstancia de que se trata de un mecanismo que no es decidido por un juez penal –sino por el máximo organismo de la jurisdicción contenciosa administrativa–, son dos situaciones que hacen inviable una interpretación gramatical o exegética de lo dispuesto en el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a la letra dice que “[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de... condena, por juez competente, en proceso penal”, pues con ello se incurriría en una antinomia insalvable que destruiría la coherencia del sistema jurídico.

(...)

11.1.1.2.2.6. En el orden de ideas anteriormente expuesto, lo consagrado en el artículo 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene que ser interpretado en el sentido de que lo que se exige es el respeto de las garantías procesales, y no de que la limitación de los derechos políticos debe provenir de un juez penal, pues tal requisito haría nugatoria la figura de la pérdida de investidura de congresistas, que además de ser una institución jurídica una en las democracias de Latinoamérica, es decidida en el marco de un proceso cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado –que es el máximo juez de lo contencioso administrativo en Colombia–...

11.1.1.2.2.7. Dicha interpretación, además de proteger la institución de pérdida de investidura, también deja a salvo el texto del último inciso del

artículo 122 de la Constitución Política, que establece una causal de inhabilidad diferente a las consagradas en el artículo 179 ibídem, la cual dispone que no podrá ser congresista una persona que haya causado una condena patrimonial al Estado, con ocasión de una conducta calificada como dolosa o gravemente culposa en una sentencia judicial, sin que para tales efectos sea relevante el carácter del juez que haya proferido tal providencia, siempre y cuando –se advierte– se hayan respetado las garantías procesales en el respectivo trámite.

(...)

11.1.1.2.2.11. Así las cosas... no es posible interpretar el último inciso del artículo 122 de la Constitución Política –y el artículo 23-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– como lo hicieron la Sección Quinta del Consejo de Estado –en la sentencia del 21 de septiembre de 2011–, la Corte Constitucional –en la sentencia C-551 de 2003– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela–, esto es, en el sentido de exigir sentencia emanada de un juez penal, como prerequisite indispensable para que pueda configurarse la causal de inhabilidad fijada en la aludida norma constitucional. En efecto, según se mostró arriba, dicha interpretación daría al traste con la figura de la pérdida de investidura, que se resuelve mediante un trámite en el que, por virtud de la decisión de un juez que no hace parte de la la jurisdicción penal, se pueden llegar a limitar los derechos políticos de los congresistas sometidos a juzgamiento, lo cual se hace siempre con el respeto pleno de las garantías propias del debido proceso¹⁷³.

2. En los anteriores términos dejo explicadas las razones de mi discrepancia con algunas de las consideraciones expuestas en la sentencia aprobada el 15 de noviembre de 2017, desacuerdo que no es impedimento para que el suscrito acompañe la decisión mayoritariamente adoptada.

Atentamente,

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Fecha *ut supra*

¹⁷³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de julio de 2015, C.P. María Claudia Rojas Lasso, radicación n.º 11001-03-15-000-2012-00059-00 (PI), demandante: Julio César Ortiz Gutiérrez, demandado: Rafael Romero Piñeros. Salvamento de voto suscrito por Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Aunque comparto la decisión que se adoptó en la providencia del 15 de noviembre de 2017, que declaró la nulidad de los actos administrativos conformados por la: Decisión en única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 9 de diciembre de 2013, mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego y la Decisión del 13 de enero de 2014, emitida por la Sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que resolvió no reponer y en consecuencia confirmar el fallo de única instancia, considero que, ante la prosperidad del cargo de falta de competencia del órgano de control, era innecesario hacer análisis sobre otras censuras, pues las razones “adicionales” que se expongan sobre las mismas -sean para acceder o negar la solicitud- no tienen el alcance de modificar la decisión¹⁷⁴, pues con o sin ellas el fallo de nulidad de la sanción disciplinaria se mantiene invariable.

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

¹⁷⁴ En el mismo sentido este Despacho hizo una aclaración de voto en la pérdida de investidura de Holger Horacio Díaz Hernández, radicado: 11001-03-15-000-2014-01602-00.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Con el acostumbrado respeto por las providencias de Sala Plena, me permito señalar las razones por las cuales aclaré mi voto respecto de la decisión adoptada en la providencia del 15 de noviembre de 2017, esto es, la de declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos: *“1. Decisión de única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 9 de diciembre del 2013, mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego. 2. Decisión del 13 de enero del 2014, proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que resolvió no reponer y en consecuencia confirmar el fallo de única instancia del 9 de diciembre del 2013”*.

Sea lo primero advertir, que desde hace algún tiempo, al interior del Consejo de Estado, se oían voces que hacían un llamado a integrar las normas convencionales en el análisis de la competencia para tramitar procesos disciplinarios frente a funcionarios de elección popular.

De hecho, no hace mucho tiempo atrás, 8 Consejeros de Estado aclaramos nuestro voto frente a la Sentencia de 9 de agosto de 2016¹⁷⁵, que resolvió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Piedad Córdoba contra la Procuraduría General de la Nación, entre otros cargos, por la falta de competencia para sancionar a un funcionario de elección popular.

En su momento la posición, que para la época era minoritaria, concluyó:

¹⁷⁵ Cfr. Exp. 11001-03-25-000-2011-00316-00(1210-11).

“4. El Consejo de Estado como juez de convencionalidad es competente para inaplicar las normas nacionales contrarias a los tratados internacionales de los que es parte Colombia, conforme al artículo 9 de la Constitución que impone al Estado el deber de actuar según los principios de derecho internacional y al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que obliga a los organismos estatales a tomar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos y libertades previstos por la misma convención.

5. La Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción del 26 de marzo de 1996, aprobada mediante la Ley 412 de 1997, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003, aprobada mediante la Ley 970 de 2005, disponen que el Estado colombiano debe tomar las medidas necesarias contra los servidores públicos que incurrir en actos de corrupción, esto es, la imposición de sanciones penales y disciplinarias.

6. Una lectura textual e insular del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos supondría que, por ejemplo, en desconocimiento de las Convenciones de la Organización de Estados Americanos y de la Organización de las Naciones Unidas sobre la lucha contra la corrupción, el Estado colombiano no podría imponer sanciones disciplinarias a servidores públicos de elección popular que incurrir en actos de corrupción y delitos contra el patrimonio del Estado.

La aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe armonizarse con los otros tratados internacionales que obligan al Estado colombiano, de manera que este conserve la competencia para restringir los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, mediante procesos judiciales distintos al penal¹⁷⁶, como, por ejemplo, la pérdida de investidura, también para sancionar disciplinariamente a los funcionarios responsables de actos de corrupción, criterio que coincide con el voto razonado del Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Diego García-Sayán a la sentencia del 1 de septiembre de 2011.

¹⁷⁶ Como, por ejemplo, la pérdida de investidura, cfr. S.V. del consejero Danilo Rojas Betancourth, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 11001-03-15-000-2012-00059-00, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

7. Al descender al caso, se advierte que, fuera de toda discusión, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución y los artículos 44.1 de la Ley 734 de 2002 y 7.21 del Decreto Ley 262 de 2000 autorizan al Procurador General de la Nación para sancionar con destitución e inhabilidad a la exsenadora Piedad Córdoba.

Sin embargo, estas normas de derecho interno son contrarias a lo dispuesto por el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la sanción fue impuesta por una autoridad disciplinaria y por razones diferentes a actos de corrupción.

Ahora bien, como se dijo, el artículo 9 de la Constitución y los artículos 26 y 27 de la Ley 32 de 1985 obligan al Estado colombiano a cumplir con el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, las mencionadas Leyes 412 de 1997 y 970 de 2005 prevén la necesidad de imponer sanciones disciplinarias a los servidores públicos responsables de actos de corrupción, en cumplimiento de las convenciones internacionales sobre la materia de las que es parte el Estado colombiano.

Como el acto de destitución e inhabilitación contra la exsenadora Piedad Córdoba no tuvo fundamento en conductas de corrupción, se imponía inaplicar el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución y los artículos 44.1 de la Ley 734 de 2002 y 7.21 del Decreto Ley 262 de 2000, que facultan al Procurador General de la Nación para restringir el derecho a ser elegida de la demandante, pues son contrarios al artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8. En consecuencia, el Consejo de Estado, como juez de convencionalidad, debió inaplicar por inconvencionales las mencionadas normas nacionales, y anular el acto sancionatorio del 27 de septiembre de 2010 y su confirmatorio del 27 de octubre de 2010, que destituyeron e inhabilitaron a la demandante.

9. Con todo, el estudio de la correspondencia entre las normas de derecho internacional y las disposiciones de derecho interno se debe realizar en cada caso, de manera que la contradicción que aquí se advierte se predica exclusivamente del asunto en estudio y no entraña una regla general aplicable a otras controversias”.

El trasegar propio de la jurisprudencia ha llevado a que quienes, en su momento, representábamos una posición minoritaria al interior de la Corporación, hoy en día conformemos la tesis mayoritaria con la cual creemos debe resolverse este asunto.

Y es que, precisamente, no puede perderse de vista que, el que nos ocupa, es un caso difícil, ya que su solución, al menos en lo que a la competencia para haber proferido los actos acusados se refiere, dependerá de las normas con las que se resuelva.

Ciertamente, una sería la salida si se aplican las normas constitucionales y otra, muy distinta, si se hace lo propio con las convencionales.

En efecto, como lo indica la providencia aprobada por la Sala, el artículo 277 de la Constitución Política otorga al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, la función de *“ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”*.

Así mismo, el artículo 278 Superior asigna al Procurador General de la Nación la atribución de *“desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley, derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional, obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo”*.

Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, instrumento internacional protegido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece en su artículo 23 sobre derechos políticos lo siguiente:

“Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Más adelante, el mismo artículo precisa que las limitaciones a tales derechos políticos sólo pueden provenir exclusivamente: ***“por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.***

La providencia objeto de aclaración, adoptando un criterio que denominó integrador, concluyó, al efectuar el control de convencionalidad respecto del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002 -Código Disciplinario Único-, que ante la incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional, era preciso declarar la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación que impusieron al demandante, Gustavo Francisco Petro Urrego, la sanción de destitución e inhabilidad por 15 años.

Lo anterior, toda vez que dicho ente de control no tenía la competencia para imponer una sanción que restrinja los derechos políticos de un servidor público, elegido popularmente, por faltas disciplinarias originadas **en conductas que no constituyen actos de corrupción.**

Sin embargo, este aspecto seguramente generará un caos innecesario ya que en ninguna de sus consideraciones, la sentencia se ocupó de definir qué se debe entender por un acto de esta naturaleza y, además, la conclusión no refleja la posición mayoritaria de la Sala Plena, ya que, más que hacer un control de convencionalidad amplio respecto de las normas internas, lo que se hizo, para el caso concreto y con efectos inter partes, fue acoger las recomendaciones específicas de la Comisión interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, en cuanto a la definición de actos de corrupción, valga decirlo, la sentencia simplemente entendió como tales las conductas señaladas en el artículo 1º de la Ley 412 de 1997, “*Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”*”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, así:

“Artículo VI. Actos de Corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a) El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b) El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c) La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d) El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo y

e) La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella”.

Ahora, frente al control de convencionalidad, se insiste, no se trata de darle prelación al derecho internacional respecto del interno, como equivocadamente parece darse a entender, sino de generar un diálogo integrador entre uno y otro instrumento, diálogo que, so pena de asumir funciones que no son propias de los jueces de la república, no corresponde adelantar al Consejo de Estado.

La *ratio decidendi* de la providencia es solo una: fueron acogidas las recomendaciones efectuadas, lo que no puede verse como una patente de corso para que las demás autoridades, judiciales o administrativas, desconozcan la existencia de las actuales competencias disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación.

La razón de ser del exhorto contenido en el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia, se explica, precisamente, en la necesidad de que quienes sí tienen las atribuciones e generar ese diálogo hagan uso de ellas.

Sin embargo, y sin mayores explicaciones, en la parte resolutive de la providencia de 15 de noviembre de 2017, se exhortó al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación para que en un plazo, no superior a dos (2) años, contados a partir de la notificación de la providencia objeto de aclaración, implementen las reformas a que haya lugar, dirigidas a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden interno, con fundamento en las consideraciones emitidas y la *ratio decidendi* de esa sentencia.

Para los efectos de ese exhorto, se ordenó comunicar la decisión al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República y al señor Procurador General de la Nación, **aunque no se le dijo a cada quien qué era lo que le correspondía hacer en el lapso de 2 años, aspecto que estoy seguro, generará caos y confusión.**

Con el panorama antes descrito, respetuosamente considero que son varios aspectos a los que omitió referirse la sentencia, **el primero**, en relación con la forma adecuada de integrar los preceptos normativos de nuestra constitución con los del Pacto de San José, **el segundo**, respecto de la suerte de los trámites disciplinarios que frente a funcionarios de elección popular viene adelantando la Procuraduría General de la Nación, **el tercero**, frente a lo que ha de entenderse por actos de corrupción y su relación con las posibles faltas disciplinarias que puedan llegar a materializarse y, **el cuarto**, relacionado con los términos del exhorto al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación.

1. Del diálogo que debe existir entre nuestra Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En este segmento, es importante advertir que tanto el juez interno como el internacional están obligados por unos estándares mínimos de protección, en donde el principio o cláusula de la interpretación más favorable o extensiva a los derechos y garantías del individuo se imponen.

En esa línea de protección y garantía, debe advertirse que tanto los textos constitucionales como los de los tratados internacionales, deben ir adecuándose al devenir de los tiempos en la sociedad, la que sufre transformaciones sociales, culturales, económicas, etc., que necesariamente han de incidir en el entendimiento de su contenido.

Como consecuencia de esos cambios, los textos sufren regazos, que pueden ir en contra de los mismos principios en los que se funda ese ordenamiento, por ejemplo, la dignidad, la igualdad, la no discriminación, la justicia, etc., razón por la que es labor de quien deben interpretarlos y aplicarlos¹⁷⁷ ajustarlos al nuevo contexto, por cuanto lo que en un momento no era aceptado o entendido por aquella, en otros lo es, hecho que exige una nueva lectura y/o interpretación de esos textos normativos, para adecuar y generar una protección más acorde con

¹⁷⁷ Esos intérpretes frente a las normas constitucionales son los Tribunales o Cortes que tienen la función de control de constitucionalidad. En el contexto internacional, los órganos creados por los mismos instrumentos o a los que en aquellos se les ha dado esta competencia.

esas nuevas necesidades¹⁷⁸ y hacer efectivo así, el principio de supremacía de los mencionados derechos.

Se entiende, por tanto, que una es la norma en el momento de su creación y otra, a partir de la forma como se está aplicando y/o entendiendo, es decir, puesta en contexto o, como algunos lo han definido “*como se ha vivido*” o “derecho viviente”.

Lo anterior puede significar que las Constituciones de los Estados o su aplicación presenten rezagos frente a las tendencias de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o viceversa, es decir, que los estándares de protección en este resulten superados por el ordenamiento interno.

En ese sentido, ha de entenderse que, más allá de la discusión sobre la preeminencia de un derecho frente al otro, asunto que no se considera que deba ser abordado en esta ocasión, **se debe generar un diálogo entre la jurisprudencia o decisiones de los jueces de los Estados y la de los jueces internacionales para lograr el fin que es común a ambos: la máxima protección y garantía de los derechos.**

No es extraño, entonces, encontrar referencias a las decisiones de los jueces internos por parte de los órganos de justicia internacional para fundar sus decisiones y viceversa.

Por tanto, la regla que se aplica en estas circunstancias, no es otra que cuando el estándar de protección es mayor por el ordenamiento interno de los Estados frente a los que se ha fijado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aquel debe ser tenido en cuenta, en aplicación de la cláusula de la interpretación más favorable o extensiva a los derechos y garantías del individuo, o viceversa.

En este diálogo, se hace igualmente importante un análisis del contexto normativo de cada Estado, por cuanto lo que en principio puede parecer contrario al orden internacional no lo es.

Este hecho en el caso colombiano se evidencia, por ejemplo, cuando jueces diferentes al penal, como lo exige la Convención Americana de Derechos Humanos, puedan adoptar decisiones que impliquen una limitación del derecho a

ser elegido, a través, por ejemplo, de la figura de la pérdida de la investidura, cuya razón de ser está precisamente en el cumplimiento de los principios y valores en que se estructura el orden constitucional colombiano, y que, si fuese analizado por el juez internacional seguramente resultaría avalado, pues, su sustento se encuentra en la defensa de otros principios o fundamentos del mismo ordenamiento internacional como el respeto y protección de la democracia misma¹⁷⁹.

Lo mismo ocurre, por ejemplo, con el artículo 17 que se refiere al concepto de familia, artículo que no puede ser entendido en forma literal, pues, como lo ha advertido la Corte Constitucional¹⁸⁰ y esta Corporación, tal noción ha sufrido una evolución para abarcar distintas formas en su configuración y/o constitución, para concluir que su conformación no se limita a la que puede surgir entre un hombre y una mujer. Ese mismo razonamiento fue aceptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al concluir que no puede existir un modelo único de familia, y que entenderlo de otra forma implicaría el desconocimiento de disposiciones de la misma Convención y de sus principios.¹⁸¹

La misma reflexión puede darse, también, frente al artículo 4 del texto de la Convención, de conformidad con el cual el derecho a la vida está protegido desde el momento de la concepción, lo que entendido en su literalidad riñe con la protección de otros derechos, también fundamentales, de la mujer, en consonancia con la jurisprudencia constitucional que en ciertos eventos le permite a la madre practicar un aborto¹⁸².

En suma, corresponderá a las autoridades competentes en los términos del exhorto adelantar, precisamente, ese ejercicio de diálogo que se echa de menos, bajo el contexto que parte de la complementación que se debe dar entre los dos ordenamientos, sin dar a entender que existe una supremacía del derecho internacional sobre el interno, como equivocadamente parece decirlo la providencia.

¹⁷⁹ Carta Democrática Interamericana. Septiembre 11 de 2001. Lima-Perú

¹⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-577 de 2011.

¹⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 24 de febrero de 2012 caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile.

¹⁸² Cfr. C-355 de 2006.

2. De la suerte de los trámites disciplinarios que, frente a funcionarios de elección popular viene adelantando la Procuraduría General de la Nación.

Este, sin lugar a dudas, no es un tema menor, pero respetuosamente considero que así fue tratado por la sentencia de 15 de noviembre de 2017.

Tan sólo un párrafo se le dedicó a este aspecto y en él se lee, después de las consideraciones de la sentencia en el capítulo III, lo siguiente: *“Por los efectos inter partes del presente fallo, las condiciones de aplicabilidad del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, en particular, de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la vigencia del régimen jurídico estatal, y mientras se adoptan los ajustes internos, la Procuraduría General de la Nación conserva la facultad para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular en los términos de esta providencia”*.

El mensaje que se envía es el equivocado, o por lo menos es confuso y enredado, pues sobre las recomendaciones específicas para el caso Petro nada se dijo en las consideraciones -contenidas en el capítulo II de la providencia de 15 de noviembre de 2017-, por lo que puede enviarse a la comunidad en general un mensaje equivocado: que el control de convencionalidad debe seguir surtiéndose de esta manera, por parte de los jueces de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en casos homólogos. **Nada más alejado de la realidad.**

Las conclusiones sobre la prevalencia en la aplicación de las normas convencionales respecto de las constitucionales solo pueden ser aplicadas al caso concreto de Gustavo Petro Urrego, justamente, porque lo que materialmente terminó haciendo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue acoger las específicas recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al caso objeto de análisis con efectos inter partes.

El anterior raciocinio ha debido ser el eje argumental de la *ratio decidendi* de la providencia, y no así, la aplicación preferente de las normas convencionales, cuya lectura equivocada terminaría por generar estragos ante las decisiones, tanto que se hayan dictado como que se aspiren proferir, por parte de la Procuraduría General de la Nación.

3. De los actos de corrupción.

Cómo se explicó, la providencia objeto de aclaración contiene una salvedad en lo que a los actos de corrupción respecta.

Respecto de tales actos, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ratificó la competencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, incluso frente a funcionarios de elección popular, con sustento en la *ratio decidendi* de la sentencia C-028 de 2006 y los compromisos internacionalmente adquiridos con la suscripción de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Sin embargo, la sentencia no se detuvo a fijar un concepto específico sobre lo que deberá entenderse como actos de corrupción, sino que refirió como tales a las conductas señaladas en el artículo VI de la Ley 412 de 1997, “*Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996.*

La ligereza sobre la materia genera más inconvenientes que aciertos pues la sentencia, pudiendo ocuparse de ello, no adelantó el dialogo del que tanto hemos hablado frente, por ejemplo, a las faltas gravísimas -que como se sabe son las únicas específicamente tipificadas por el Código disciplinario Único- y la Convención Interamericana contra la Corrupción, y tampoco fijó los parámetros para revisar qué faltas encajan con dichos criterios y cuáles no.

Esperamos entonces que sean las autoridades exhortadas las que se ocupen del asunto para que los principios de legalidad y tipicidad, tan característicos de la materia disciplinaria, se mantengan incólumes y no se vean menoscabados con la remisión abstracta y genérica que se efectuó en la sentencia.

Lo anterior no es un aspecto menor, pues marca la diferencia en justificar o no la competencia para controlar, desde lo disciplinario, las actuaciones de los funcionarios de elección popular.

4. Del exhorto al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación.

Como se dijo, el numeral sexto de la parte resolutive del fallo objeto de aclaración contiene un exhorto al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación para que en un plazo, no superior a dos (2) años, contados a partir de la notificación de esta providencia, implemente las reformas a que haya lugar, dirigidas a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden interno, con fundamento en las consideraciones emitidas y la *ratio decidendi* de la sentencia.

Para los efectos de ese exhorto, se ordenó comunicar la decisión al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República y al señor Procurador General de la Nación, pero no se le dijo a cada quien qué era lo que le correspondía hacer en el lapso de 2 años lo que genera un clima de inestabilidad e incertidumbre que a toda costa debe evitarse.

Ya hemos visto que las contradicciones con el Pacto de San José, en cuanto a esta materia, tienen origen en la Constitución Política misma, y de ahí, por supuesto, irradian al resto del ordenamiento jurídico.

De conformidad con lo anterior, cualquier regulación que sobre el asunto se haga debe empezar por un trámite reformativo de la Norma Superior Colombiana y ocurre, por ejemplo, que la Procuraduría General de la Nación, si bien tiene iniciativa legislativa en los términos del artículo 278 Superior, no tiene la misma atribución en lo que a los actos legislativos se refiere, facultad que está reservada para el Gobierno Nacional y un porcentaje mínimo de los miembros del Congreso según los parámetros del artículo 375 Constitucional.

La situación antes descrita podría interpretarse como una duplicidad de tareas entre el Congreso y el Gobierno Nacional, al tiempo que un vaciamiento de las mismas para la Procuraduría General de la Nación

A mi juicio, el exhorto debe interpretarse, para el Gobierno Nacional en el sentido de hacer uso de su iniciativa reformativa constitucional; para el Congreso de la República con el fin de darle trámite a dicha iniciativa e incluir los ajustes que

estime necesarios; y, para la Procuraduría General de la Nación, finiquitado lo anterior, presentando las reformas legales que sean necesarias para armonizar las normas de rango legal a los nuevos parámetros constitucionales.

Pero más importante que lo anterior, el exhorto, más que la formalidad de un requerimiento al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación; desde la perspectiva internacional, debe entenderse como una medida de carácter interna encaminada a lograr ese dialogo entre el ordenamiento jurídico interno colombiano y las normas convencionales, lo que debe leerse por parte de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos como una decisión soberana que debe ser respetada en sus tiempos y trámites internos.

En los anteriores términos dejo rendida mi aclaración de voto, instando al pleno de esta Corporación a la reflexión sobre los anteriores aspectos.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D. C., quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Con el respeto debido, me permito aclarar mi voto favorable respecto de la decisión de anular los actos demandados¹⁸³, por considerar que el fallo solo produce efectos interpartes; atendiendo la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referida, únicamente, al caso de Gustavo Petro Urrego.

Acompaño la decisión adoptada en Sala como muestra de que el Consejo de Estado y las autoridades públicas colombianas honran, de buena fe, sus obligaciones internacionales, al tenor de los artículos 26184 y 27185 de la Ley 32 de 1985, por medio de la cual se aprobó la Convención de Viena, pero sin que pueda entenderse que esta determinación tenga vocación de generalidad o naturaleza de sentencia de unificación o fuente formal o material de derecho. Es, repito, sólo para el caso concreto.

Por esa razón, el término de dos (02) años otorgado para *“implementar las reformas a que haya lugar, dirigidas a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden interno”*, equivale a un período de transición en el cual rigen las normas actuales, mientras se adecúa la legislación.

Todo, sin desconocer que lo dicho encuentra fundamento en lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2006.

Atentamente,

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

183 Mediante los cuales se impuso sanción de destitución e inhabilidad por el término de 15 años al señor Petro Urrego, y se confirmó dicha determinación al resolver desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto en contra de la misma.

184 **Artículo 26. Pacta sunt servanda.** *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

185 **Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados.** *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Demandado: NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Me permito presentar escrito, donde expreso las consideraciones jurídicas, que me impiden acompañar la decisión mayoritaria de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado de fecha 15 de noviembre de 2017 en el expediente de la referencia, no sin antes expresar el respeto por las decisiones de esta corporación y en especial, al responsable debate dado en este proceso para adoptarla.

Para una mayor comprensión lo desarrollaré atendiendo el siguiente orden expositivo que guarda relación con la metodología de la sentencia, esto es, los argumentos de la sentencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado y luego los razonamientos que me llevan a apartarme de esa decisión.

1. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DE LA SALA PLENA CONTENCIOSA DEL CONSEJO DE ESTADO DE FECHA 15 DE NOVIEMBRE 2017.

La sentencia de 15 de noviembre de 2017 proferida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado declaró: i) la nulidad de los fallos disciplinarios de 9 de diciembre del 2013 (*única instancia*) y de 13 de enero del 2014 (*resuelve recurso de reposición*) de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación que sancionaron al señor Gustavo Petro Urrego con destitución del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá e inhabilidad general de 15 años y ii) que las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico interno colombiano a la Procuraduría General de la Nación para restringir derechos políticos (*destitución e inhabilidad general / suspensión e inhabilidad especial*) cuando se trate de conductas que no son constitutivas de actos de corrupción, no son compatibles con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en la medida en que tales restricciones no provienen de una decisión de un juez penal, en consecuencia cuando la Procuraduría General de la Nación tenga conocimiento de conductas que puedan dar lugar a las mencionadas sanciones deberá abstenerse de iniciar la investigación disciplinaria y remitir las actuaciones al juez penal para que éste determine

si la conducta constituye delito e imponga la sanción penal respectiva. Esta decisión se sustentó en dos (2) argumentos principales:

1.1. La falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer, a los servidores públicos incluidos los de elección popular cuando se imputen actos que no sean constitutivos de corrupción, sanciones que impliquen la restricción de derechos políticos (*destitución e inhabilidad general / suspensión e inhabilidad especial*). Para sustentar este argumento de la Sala Plena Contenciosa Administrativa invocó las siguientes premisas fundamentales:

a) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias *Yatama vs Nicaragua -23 de junio de 2005-*, *Castañeda Gutman vs México -6 de agosto de 2008-* y *Leopoldo López vs Venezuela -1 de septiembre de 2011-*, fijó el alcance del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos al señalar que las autoridades administrativas no tienen competencia para restringir derechos políticos de los servidores públicos de elección popular dado que ésta cuando proviene de una sanción solo puede ser expedida por un juez penal;

b) Que la Corte Constitucional no ha asumido una posición unívoca¹⁸⁶ respecto de la compatibilidad de las facultades constitucionales (*artículos 277 y 278 de la Constitución Política*) y legales (*artículo 44 numeral 1 de la Ley 734 de 2002*) otorgadas por el ordenamiento jurídico colombiano a la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos *-entre ellos los de elección popular-* con restricciones a los derechos políticos (*destitución e inhabilidad general / suspensión e inhabilidad especial*), **y solamente ha establecido que tal compatibilidad existe cuando se trata de actos de corrupción**¹⁸⁷.

c) Que ante la falta de definición sobre la compatibilidad entre las facultades para restringir derechos políticos otorgadas por el ordenamiento jurídico colombiano a la Procuraduría General de la Nación *-cuando se trate de actos que no son constitutivos de corrupción-* y el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos *-el cual señala que las limitaciones a los derechos políticos derivados de una sanción solo puede provenir de un juez penal-*, el Consejo de Estado debe realizar **control de convencionalidad** a efectos de establecer si las disposiciones jurídicas internas son compatibles con la norma convencional.

1.2 LA FALTA DE PRUEBA DE LA TIPICIDAD DE LAS TRES (3) FALTAS DISCIPLINARIAS GRAVÍSIMAS IMPUTADAS AL ACTOR POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Al señor Gustavo Petro Urrego, en su calidad de alcalde del distrito capital de Bogotá la Procuraduría General de la Nación lo sancionó con destitución del cargo e inhabilidad general por el término de 15 años, por haber incurrido en las siguientes faltas disciplinarias:

¹⁸⁶ Fl.24

¹⁸⁷ Fl. 29

		TIPICIDAD		CULPABILIDAD
		IMPUTACIÓN JURÍDICA	IMPUTACIÓN FÁCTICA	
1	Falta gravísima artículo 48 (numeral 31) del CUD. Participar en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley	participó en la suscripción de los contratos interadministrativos N° 017 del 11 de octubre de 2012 (de la UESAP con la EAAB) y N° 809 de 4 de diciembre de 2012 (de la EAAB con la EAB), afectando los principios de selección objetiva, responsabilidad y economía dado que, no realizó el proceso licitación y estas entidades (EAAB y EAB) no tenían experiencia y capacidad (económica, técnica, administrativa y financiera) requerida para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.	Dolo	
2	Falta gravísima artículo 48 (numeral 60) del CUD. El ejercicio de las potestades que el empleo o función concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.	La expedición de la Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, por medio cual adoptó un esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá con el cual vulneró <u>el principio constitucional de libertad de empresa</u> , en atención que impidió que otras empresas, distintas a las entidades del Distrito de Bogotá, prestaran, a partir del 18 de diciembre de 2012 y en igualdad de condiciones, el servicio público de aseo en la ciudad capital.	Dolo	
3	Falta gravísima artículo 48 (numeral 37) del CUD. Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección del medio ambiente, originando un riesgo grave para la salud humana o el medio ambiente	Mediante el Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, autorizó el uso de vehículos tipo volquetas para la recolección de basuras en la ciudad de Bogotá, con lo cual se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, se originó un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente debido a la acumulación de basuras en las calles.	Culpa gravísima	

A) EN RELACIÓN CON LA FALTA DISCIPLINARIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 48 (NUMERAL 31) DEL CDU -VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN LOS CONTRATOS 17 Y 809 DE 2012-.

La sentencia de la Sala Plena Contenciosa *-objeto del presente salvamento de voto-* abordó el estudio de esta falta disciplinaria *-numeral 31 del artículo 48 del CUD-* desde dos aspectos: i) el no agotamiento del proceso de licitación¹⁸⁸ y ii) las deficiencias en los estudios previos en relación con la falta de idoneidad, experiencia y capacidad de las empresas EAAB y EAB, para la prestación del servicio de aseo.

i) En cuanto al no agotamiento del proceso de licitación. Señaló que en la suscripción de los contratos N° 17 y 809 de 2012 no se eludió ese procedimiento, por cuanto: a) ocurrieron circunstancias particulares que antecedieron la suscripción de estos ajenas a la administración como la necesidad de aprobación del plan de inclusión de recicladores por la Corte Constitucional y la necesidad de obtener aprobaciones de otras entidades como la CAR¹⁸⁹; b) se trataba de contratos interadministrativos los cuales podían realizarse mediante contratación directa de conformidad la Ley 1150 de 2011 artículo 2 numeral 4

¹⁸⁸ Para la suscripción del contrato N° 17 de 2012 entre la UAESP y la EAAB y para la suscripción del contrato 809 de 2012 entre la EAAB y la EAB.

¹⁸⁹ (Pág. 101)

literal c)¹⁹⁰ y 3) que la Fiscalía general de la Nación mediante Resolución de 21 de noviembre de 2014 archivó en contra del actor una investigación por celebración indebida de contratos en la cual señaló que el contrato N° 17 de 2012 *—entre la UESAP y la EAAB—* se sustentó en las reglas de contratación directa por tratarse de un contrato interadministrativo¹⁹¹.

ii). En cuanto a la falta de experiencia y capacidad de las EAAB y la EAB, observada por la PGN en los estudios previos de los contratos N° 17 y N° 809 de 2012. Señaló esencialmente la sentencia de la Sala Plena Contenciosa -objeto del presente salvamento de voto- que: 1) La Procuraduría General de la Nación realizó una imputación imprecisa y subjetiva por cuanto no dijo cuáles fueron las apreciaciones vagas e imprecisas en los estudios previos referidos a la capacidad y experiencia de la EAAB y la EAB con lo cual violó el derecho de defensa¹⁹², 2) No hubo traslado total de responsabilidades de la EAAB a la EAB sino subcontratación parcial, pues la cláusula 17 del Contrato N° 17 de 2012 (suscrito entre la EAAB y la EAB) permita a la EAAB subcontratar y apoyarse en otras empresas, ya que luego del contrato la EAAB hizo contratos de compra de maquinaria¹⁹³ lo cual se prueba que no se desprendió de la responsabilidad; 3) las pruebas analizadas por la PGN *-Revisoría fiscal efectuada por la firma Deloitte & Touche Ltda y el informe de auditoría de noviembre de 2011 elaborado por la Contrataría Distrital de Bogotá-* no son concluyentes ni plena prueba para determinar que la EAB no tenía capacidad económica no son concluyentes dado que no se allegaron los estados financieros de la entidad¹⁹⁴ y por el contrario la propuesta contractual de EAAB y de EAB, así como los testimonios de los asesores de la alcaldía de Bogotá en el procesos de diseño e implementación del nuevo modelo de aseo basura cero del distrito capital de Bogotá Jorge Pino Ricci y Marino Tadeo Henao Ospina señala la idoneidad de EAAB para prestar el servicio de aseo¹⁹⁵.

B) EN RELACIÓN CON LA FALTA DISCIPLINARIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 48 (NUMERAL 60) DEL CDU -EJERCICIO DE LAS POTESTADES QUE EL EMPLEO O FUNCIÓN CONCEDAN PARA UNA FINALIDAD DISTINTA A LA PREVISTA EN LA NORMA OTORGANTE-

Señaló la sentencia de la Sala Plena Contenciosa *-objeto del presente salvamento de voto-* que no se configuró la falta disciplinaria imputada en atención a que: 1) *la Procuraduría General de la Nación no demostró que existía un interés ilegítimo por parte del alcalde mayor de Bogotá al expedir el mencionado acto administrativo -que se traduzca en un beneficio para sí o para un tercero-* y 2) *en la actuación administrativa disciplinaria no se desvirtuaron las razones que adujo el disciplinado para explicar los motivos por los cuales expidió el Decreto 564 de 2012 -la implementación de un modelo de aseo en el que el aprovechamiento y gestión de los residuos sólidos fuera privilegiado teniendo como prestadores a las familias recicladoras-*; 3) *no se probó que el demandante actuó con exceso o desvío de poder con una razón distinta a la protección y salvaguarda del interés general* y 4) *existía una duda razonable en relación con la finalidad del Decreto 564 de 2012*¹⁹⁶, las cuales derivan interpretaciones de varias autoridades *—Juzgado 13 Administrativo de Bogotá y Fiscalía General de la Nación-* situación que debió favorecer al

¹⁹⁰ - (102 pág.)

¹⁹¹ (página 104)

¹⁹² Folio.

¹⁹³ (folio)

¹⁹⁴ Folio

¹⁹⁵ Folio.

¹⁹⁶ Folio.

demandante¹⁹⁷, y 5) la declaración del señor Samuel Prada Cobos según la cual para cumplir con las ordenes de inclusión expedidas por la Corte Constitucional no era necesario el modelo previsto en el Decreto 564 de 2012 no puede ser tomada en cuenta porque no es un testigo técnico porque no tenía conocimiento directo de los hechos dado que su experiencia en temas de servicio de aseo tuvo lugar en Bucaramanga y no en Bogotá –*por lo que se desconoció las normas procesales sobre la valoración de testimonios, para darle a la declaración del señor Prada Cobos, el valor de un testigo técnico-*¹⁹⁸.

C) EN RELACIÓN CON LA FALTA DISCIPLINARIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 48 (NUMERAL 37) DEL CDU –PROFERIR ACTOS ADMINISTRATIVOS, POR FUERA DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER, CON VIOLACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES O LEGALES REFERENTES A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, ORIGINANDO UN RIESGO GRAVE PARA LA SALUD HUMANA O EL MEDIO AMBIENTE-.

La sentencia de la Sala Plena Contenciosa -*objeto del presente salvamento de voto*- señaló que no se configuró la mencionada falta disciplinaria porque no se acreditó que como consecuencia del *Decreto 570 de 2012 -autorizó el uso de volquetas para la recolección de basuras-*, se hubiera ocasionado un riesgo grave para la salud humana o el medio ambiente en atención por cuanto la Procuraduría General de la Nación¹⁹⁹:

1) No estableció que constituía un riesgo grave en los términos de la falta disciplinaria imputada, no determinó los grados de afectación a los bienes jurídicos protegidos ni expresó con claridad la naturaleza y dimensión de los riesgos ocurridos²⁰⁰; 2) no indicó en qué consistió el riesgo o el daño ni delimitó el grado de impacto requerido para la adecuación típica del hecho; 3) no llevó a cabo un ejercicio de determinación de los grados de afectación a los bienes jurídicos protegidos, ni estableció con claridad cuál fue la naturaleza y dimensión de los riesgos demostrados en el caso concreto; 4) no llevó a cabo un ejercicio de interpretación o delimitación destinado a establecer lo que, en términos de la norma constituiría un "riesgo grave" para el medio ambiente o la salud humana, ingrediente especial del tipo disciplinario, como lo calificó la misma entidad; 5) no determinó a partir de la situación en concreto, la noción de "riesgo" y los parámetros utilizados para evaluar su "gravedad", pues lo contrario podría implicar una vulneración de los derechos al debido proceso del investigado; 6) se tiene que el ente de control no llevó a cabo ningún esfuerzo por dotar de alcance y contenido el elemento "riesgo grave" que determina el tipo disciplinario contenido en el numeral 37 del artículo 48 del C.D.U.; 7) los argumentos para exponer las conclusiones del dictamen pericial, son insuficiente para

¹⁹⁷ Interpretación del Juzgado 13 Administrativo del Circuito de Bogotá, en sentencia del 12 de febrero de 2014 que negó la nulidad del decreto señalando que no genera monopolización el servicio de aseo; la Fiscalía General de la Nación al proferir la orden de archivo de la investigación penal que cursaba contra el Alcalde por los delitos de "Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales, Interés Indebido en la Celebración de Contratos"; y Corte Constitucional en el Auto 587 de 2015 "se observa la existencia de tensiones entre diversos principios constitucionales, como el de legalidad, libre competencia, igualdad, colaboración armónica, Estado Social de Derecho y acceso a la administración de justicia." .

¹⁹⁸ Folio.

¹⁹⁹ "En este orden, el acto que impuso la sanción acreditó los tres primeros elementos del tipo, esto es, i) la existencia de un acto administrativo proferido por el disciplinado, ii) emitido por fuera del cumplimiento de su deber, y iii) en virtud del cual se violaron disposiciones legales referentes a la protección del medio ambiente. Sin embargo, el análisis realizado en los párrafos que anteceden no era suficiente para encontrar ajustada la conducta del funcionario al tipo disciplinario imputado en el pliego de cargos, pues se recuerda que en el caso específico de la falta prevista en el numeral 37 del artículo 48 del C.D.U. aún restaba por establecer que, en los términos de esta disposición, la conducta del funcionario había "originado un riesgo grave a la salud humana o al medio ambiente".." .

²⁰⁰ Folio

concluir la existencia de un riesgo grave al medio ambiente o a la salud humana originado en la actuación del funcionario pues no indicó en forma alguna en qué consistieron los riesgos y daños, ni delimitó el grado de impacto requerido para la adecuación típica del hecho; 8) no se tuvo en cuenta el aspecto de la exposición teórica de los niveles ambientales de afectación y la evaluación que del caso concreto se efectuó en el referido análisis; 9) no se tuvo en cuenta el ejercicio teórico de definición de los grados de influencia y afectación al medio ambiente del informe del DNIE con el cual calificó los efectos en el enrabiete de los hechos ocurridos durante los días 18 a 20 de diciembre de 2012; 10) conclusiones del informe técnico carecen de justificación técnica debidamente comprobable; 11) no se indica la metodología en la cual se soportó el informe técnico, 12) no se demostraron los aspectos con el debido rigor (conocimientos, métodos, variables); 13) Sala la valoración de la prueba técnica condujo a conclusiones que carecen de un sustento técnico que arrojará claridad y precisión sobre el riesgo grave que ocasionó la adopción de la medida por la administración distrital, 14) vacíos en la utilización del leguaje; 15) los hechos fueron calificados como transitorios, 15) acto careció del de la delimitación del conecto de riesgo; 16) informe de secretaria dice que no se presentaron riesgos; 18) dictámenes no resultaban suficientes por eso debía realizarse otro dictamen.

2) RAZONAMIENTOS QUE SUSTENTAN EL PRESENTE SALVAMENTO DE VOTO.

Expuestos los razonamientos del fallo procedo a desarrollar los argumentos jurídicos y probatorios que me impidieron acompañar la decisión:

2.1 SOBRE LA FALTA DE COMPETENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN para imponer a los funcionarios públicos *–incluidos los de elección popular–* sanciones de restricción de derechos políticos (destitución e inhabilidad general / suspensión e inhabilidad especial), cuando se trate de conductas que no constituyen actos de corrupción.

Con el respeto debido por la decisión de la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado objeto del presente salvamento de voto, considero que la Procuraduría General de la Nación *-y a las demás autoridades que ejercen control disciplinario- es convencionalmente competente* para imponer como sanción disciplinaria la restricción de derechos políticos a través de la destitución e inhabilidad general y/o la suspensión e inhabilidad especial *-independientemente de si la conducta reprochada comporta un acto corrupción o no-* y en ese orden las disposiciones jurídicas del ordenamiento interno colombiano que otorgan esa competencia son compatibles con las normas internacionales que regulan los derechos humanos y en especial con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para sustentar la anterior tesis *-la cual disiente del criterio adoptado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado-*, debo señalar que los argumentos en los que se sustenta la sentencia de 15 de noviembre de 2017 son jurídicamente cuestionables tal y como se expone a continuación:

a. El primer argumento fundamental de la Sala Plena Contenciosa Administrativa –*como se dejó planteado en líneas previas*- consistió en señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tres (3) decisiones contenciosas²⁰¹ había definido el contenido del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos señalando que éste prohibía a las autoridades administrativas expedir sanciones que impliquen la afectación o restricción de algún derecho político.

Con el respeto debido, el anterior argumento no resulta acertado en la medida en que, en los mencionados casos²⁰² no solo se debatía la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos sino que el cuestionamiento principal giraba en cuanto a la aplicación del artículo 8 y 25 ídem referidos a la implementación *-por parte de los estados miembros del sistema regional de protección de derechos humanos-* de un recurso judicial efectivo para la protección de los mencionados derechos, el cual en el caso de los ordenamientos jurídicos de los países cuestionados en esas providencias no existía en su sistema normativo y estructura institucional interna, como si ocurre en Colombia. Así las cosas, de ninguna manera las decisiones judiciales contenciosas de la corte interamericana citadas por la Sala Plena pueden ser aplicadas a sistemas jurídicos con estructuras jurídico institucionales diferentes, lo que hace inválido el argumento que llevó a la Sala a concluir que el artículo 22. 2 de la convención prohíbe la restricción de derechos políticos por sanciones administrativas.

De esta manera tenemos que cuando la Corte Constitucional en la sentencia C-500 de 2014, que tuvo por objeto analizar las mismas tres (3) únicas decisiones judiciales de la Corte Interamericana en las cuales se revisa el artículo 23.2 de la Convención Americana, también arribó a la misma conclusión antes mencionada, esto es que, en relación con la mencionada disposición convencional no se ha establecido una línea de interpretación concreta en relación con la restricción de derechos políticos mediante decisiones sancionatorias diferentes de las proferidas por los jueces penales y menos aquellas de tipo administrativo. Así señaló la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada:

“8.3.2. Ahora bien al margen del incumplimiento de las cargas básicas que deben satisfacerse si se pretende considerar hipotéticamente la reapertura de un debate constitucional surtido anteriormente, la Corte concluye en todo caso que no es posible identificar una interpretación de la Corte interamericana de Derechos Humanos que reúna las condiciones fijadas anteriormente (8.3.2). A continuación se explica este aserto:

8.3.2.1. En el pronunciamiento de fecha 1º de septiembre de 2011 en el caso *López Mendoza Vs. Venezuela*, la Corte Interamericana estudió si el Estado había vulnerado el derecho a ser elegido, a las garantías judiciales y la igualdad ante la ley, con la decisión de la Contraloría General de la República de inhabilitar al señor Leopoldo López Medina, con seis años para el ejercicio de funciones públicas. Los hechos que fundamentaron la demanda tuvieron origen en la expedición en el 2001, de una Ley Orgánica de la Contraloría General y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que en el artículo 105 establece que cuando se declare administrativamente responsable a un funcionario público, el Contralor está facultado para imponer sanciones de suspensión, destitución o inhabilitación.

²⁰¹ Yatama vs Nicaragua -23 de junio de 2005-, Castañeda Gutman vs México -6 de agosto de 2008- y Leopoldo López vs Venezuela -1 de septiembre de 2011-.

²⁰² Yatama vs Nicaragua -23 de junio de 2005-, Castañeda Gutman vs México -6 de agosto de 2008- y Leopoldo López vs Venezuela -1 de septiembre de 2011-.

Al explicar el alcance del artículo 23 de la Convención y, en particular, las reglas aplicables cuando los Estados establecen la inhabilitación en ejercicio de la potestad sancionatoria indicó:

(...) Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana (...). Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas (...).(Subrayas no hacen parte del texto original)

8.3.2.2. Previamente a esa decisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se había ocupado de precisar el alcance del artículo 23 de la Convención. En el caso *Yatama Vs. Nicaragua*, la Corte evaluó, en su pronunciamiento de fecha 23 de junio de 2005, si el Estado había desconocido la convención al negar la posibilidad de participar en las elecciones, por no inscribirse con un partido político, a los integrantes de la comunidad indígena Yatama. Al precisar el alcance del artículo 23 sostuvo:

*“(...) La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones (...). Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. *La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue (...).*”*

(...) Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.” (Subrayas no hacen parte del texto original)

Y más adelante, explicando la infracción de las normas de la Convención por parte del Estado, concluyó:

“Por todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó los artículos 23 y 24 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los candidatos propuestos por YATAMA para participar en las elecciones municipales de noviembre de 2000, ya que dispuso y aplicó disposiciones de la Ley Electoral de 2000 No. 331 que establecen una restricción indebida al ejercicio del derecho a ser elegido y lo reglamentan de forma discriminatoria. Asimismo, el Tribunal estima que el Estado violó el artículo 23.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de dichos candidatos, como consecuencia de que las decisiones que los excluyeron de ejercer dicho derecho fueron adoptadas en contravención de las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención y no pudieron ser controladas a través de un recurso judicial (supra párrs. 164, 173 y 176).”

8.3.2.3. En el caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos se examinaba si desconocía o no la Convención, la decisión de las autoridades de México de negar la inscripción como candidato independiente a la Presidencia de la Republica de Jorge Castañeda aduciendo que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales preveía que sólo los partidos políticos tienen la facultad de solicitar el registro de candidatos para cargos de elección popular. Al preguntarse si además de las establecidas en el artículo 23.2 de la Convención, los Estados podrían acudir a otros criterios para restringir los derechos políticos, la Corte Interamericana -en sentencia de fecha 6 de agosto de 2008- indicó lo siguiente:

“El artículo 23 de la Convención Americana debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma.

(...) Como ya se ha señalado, el artículo 23 de la Convención Americana se refiere a los derechos de los ciudadanos y reconoce derechos que se ejercen por cada individuo en particular. El párrafo 1 de dicho artículo reconoce a todos los ciudadanos los derechos: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (supra párrs. 144 a 150).

(...) Por su parte, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único – a la luz de la Convención en su conjunto y de sus principios esenciales – evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos. Asimismo, es evidente que estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos

con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.”(Subrayas no hacen parte del texto original)

Y un poco más adelante advirtió:

“Son éstas las bases que la Corte estima deben guiar la resolución de esta causa, que se refiere a la manera cómo México diseñó este sistema. Los representantes alegan que “el marco jurídico mexicano, al exigir como requisito indispensable para que una persona pueda participar en una contienda electoral el que la postulación sea presentada exclusivamente por un partido político, es violatoria del segundo párrafo del artículo 23 de la Convención”.

(...) Como se desprende de lo anterior, la Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana. Sin embargo, las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención. Consecuentemente, la Corte debe examinar si uno de esos aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención.” (Subrayas no hacen parte del texto original)”.

En esta misma sentencia *–C-500 de 2014–* la Corte Constitucional de forma expresa tras el análisis de las tres sentencias de la corte interamericana antes mencionadas²⁰³ señaló de manera categórica que ninguna de ellas y menos todas en conjunto permiten establecer que la interpretación del artículo 23.2 del Convención Americana en cuanto la restricción de derechos políticos por sanciones implique exclusivamente las de naturaleza penal.

“8.3.3. Un examen de este grupo de decisiones permite concluir que el artículo 23 de la Convención y, en particular, su numeral 2º ha sido objeto de varias y diferentes aproximaciones interpretativas. En efecto, aunque el demandante hace énfasis en la consideración vertida en la sentencia que resolvió el caso *López Mendoza Vs. Venezuela* de acuerdo con la cual la decisión de la contraloría del Estado desconocía los derechos políticos de una persona al imponerle como sanción la inhabilitación para acceder a cargos públicos debido a que ello no ocurrió en un proceso penal y con la intervención de una autoridad judicial, en otras providencias el enfoque respecto de los límites que pueden imponerse a los derechos a ser elegido y a ejercer funciones públicas ha sido diverso. Así por ejemplo, en algunos casos se ha señalado que la norma del artículo 23.2 tiene como único propósito evitar la adopción de medidas discriminatorias de manera tal que, bajo la condición de encontrarse justificadas, podrían ser establecidas otras restricciones.

También ha señalado, en consonancia con ello, que las razones para restringir los derechos políticos que se enuncian en el artículo 23 de la Convención, no se agotan

²⁰³ *Yatama vs Nicaragua -23 de junio de 2005-, Castañeda Gutman vs México -6 de agosto de 2008- y Leopoldo López vs Venezuela -1 de septiembre de 2011-.*

en las establecidas en su numeral 2º de manera tal que podrían ser establecidas otras como, por ejemplo, las relativas a la pertenencia a un partido político. Incluso, tal y como lo sostuvo ese Tribunal en la misma decisión *López Mendoza Vs. Venezuela*, pueden ser asimilables las sanciones penales y las disciplinarias, en tanto expresión del poder punitivo del Estado, siendo ellas aceptables como instrumento de limitación de derechos bajo la condición de respetar las reglas propias del debido proceso²⁰⁴.

De acuerdo con lo expuesto no es posible derivar ni del texto de la Convención Americana ni de la jurisprudencia de la Corte Interamericana una regla clara, uniforme y reiterada que tenga la aptitud para confrontar la disposición acusada una vez más y a pesar de la sentencia C-028 de 2006, con el artículo 23 de dicha Convención y, por esa vía con el artículo 93 de la Carta.”.

De acuerdo con lo anterior es claro que la primera premisa esgrimida por la Sala Plena como sustento del argumento de falta de competencia de la procuraduría general de la nación en la sentencia objeto de salvamento de voto es jurídicamente cuestionable, en la medida en que plantea una afirmación jurídica que no tiene respaldo en las decisiones judiciales de la Corte Interamericana por ella misma ni en el análisis que de estas ha realizado la Corte Constitucional –*e incluso el Consejo de Estado en oportunidades anteriores*- al momento de abordar este mismo asunto.

b. El segundo argumento fundamental de la Sala Plena Contenciosa Administrativa – *como se dejó planteado en líneas previas*- consistió en señalar que la Corte Constitucional no ha asumido una posición unívoca respecto de la compatibilidad de las facultades constitucionales y legales otorgadas por el ordenamiento jurídico colombiano a la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos *-entre ellos los de elección popular-* con restricciones a los derechos políticos (*destitución e inhabilidad general / suspensión e inhabilidad especial*), **y que solamente ha establecido que tal compatibilidad existe cuando se trata de actos de corrupción** al haber determinado que para la interpretación de esa norma convencional debe aplicarse la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción.

Contrario a lo manifestado por la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado en la decisión objeto del presente salvamento de voto, y retomando la línea jurisprudencial decantada en el punto anterior, debo señalar que la Corte Constitucional acudiendo al bloque de constitucionalidad *-artículo 93 de la Constitución Política-* al realizar el examen de constitucionalidad de las normas internas que otorgan competencia

²⁰⁴ Para sostenerlo, la Corte se apoya en la sentencia de fecha 2 de febrero de 2001 correspondiente al caso *Baena Ricardo Vs. Panamá* en la que ese Tribunal explicó: “En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. (...) Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.”

a la Procuraduría General de la Nación para la imposición de sanciones disciplinarias que implican limitaciones a ciertos derechos políticos *-como el derecho a ser elegido-* ha establecido de manera reiterada que tal facultad no es incompatible con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en la medida en que para establecer el contenido de esa disposición internacional ésta debe ser interpretada y actualizada de manera sistemática y lógica con otros instrumentos internacionales de diversa índole que procuran la probidad de los servidores públicos.

Así pueden resumirse las decisiones de la Corte Constitución sobre el tema y los argumentos que las sustentan.

	SENTENCIA	ASUNTO	DECISIÓN SOBRE LA COMPETENCIA
1	C-028 de 2006	Demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el numeral 1 del artículo 44 ²⁰⁵ ; el literal d) del artículo 45 ²⁰⁶ y el inciso 1 del artículo 46 ²⁰⁷ de la Ley 734 de 2002 ²⁰⁸ , por la supuesta vulneración de la regla contenida en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según la cual las limitaciones a los derechos políticos solo pueden derivar de condenas por jueces penales y no por actos administrativos de entidades como la Procuraduría General de la Nación.	declaró la constitucionalidad de las normas acusadas y señaló que los tratados internacionales entre sí y con las normas internas de cada país, deben ser interpretados coherente, armónica y sistemáticamente con un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, los cuales, si bien no consagran derechos humanos ni tienen por fin último la defensa de la dignidad humana, sino que tan sólo pretenden articular, mediante la cooperación internacional la actividad de los Estados en pro de la consecución de unos fines legítimos como son, entre otros, la lucha contra la corrupción, permiten, a su vez, ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional.

²⁰⁵ Contra las expresiones “Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima”.

²⁰⁶ Contra la expresión “En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera”.

²⁰⁷ LA expresión “La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente”

²⁰⁸ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

2	SU-712 de 2013	Se ocupó de establecer si se ajustaba o no a la Constitución Política la decisión del Procurador General de la Nación de imponer a la Senadora Piedad Esneda Córdoba Ruiz la sanción de destitución e inhabilidad de 18 años ²⁰⁹ , pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 1 de septiembre de 2011 -caso <i>López Mendoza Vs. Venezuela</i> - aparentemente había establecido la regla según la cual los derechos políticos solo pueden ser restringidos por condena de un juez penal.	Negó el amparo constitucional, aplicó la decisión de la sentencia C-028 de 2008 – <i>señalada en líneas previas</i> -, reafirmó la necesidad de interpretar armónicamente el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos con otros tratados de la misma naturaleza, señaló que la facultad del Procurador General de la Nación de imponer sanciones disciplinarias que limiten el derecho de acceder a cargos públicos no desconoce el artículo 93 de la Constitución ni las normas del Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos y analizó el pronunciamiento de la Corte Interamericana adoptado en el caso <i>López Mendoza Vs. Venezuela</i> , para concluir que no había una regla que anulara la competencia de las autoridades disciplinarias para imponer sanciones que limiten los derechos políticos.
3	C-500 de 2014	Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 ²¹⁰ del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 ²¹¹ , en la cual se invocaba que esta norma permitía que una autoridad administrativa impusiera restricciones a los derechos políticos de quienes desempeñan funciones públicas – <i>sanción de inhabilidad</i> -, pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 1 de septiembre de 2011 en el caso “ <i>López Mendoza Vs. Venezuela</i> ” al aplicar el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos aparentemente había señalado que esa competencia era exclusiva de los jueces penales ²¹²	Señaló que: i) no se habían cumplido las cargas básicas ²¹³ para reabrir el debate constitucional relacionado con la asignación a las autoridades disciplinarias de competencia para limitar derechos políticos a funcionarios públicos – <i>sanciones de destitución e inhabilidad</i> -, ii) no era posible identificar en el caso “ <i>López Mendoza Vs. Venezuela</i> ” una regla clara, uniforme y reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al contenido restringido del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dado que en ese caso se reconoció que las sanciones penales y las disciplinarias, en tanto expresión del poder punitivo del Estado, son aceptables como instrumento de limitación de

²⁰⁹ Por incurrir en la falta prevista en el numeral 12 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 según el cual es falta gravísima fomentarla o ejecutar actos tendientes a la formación o subsistencia de grupos armados al margen de la ley; o promoverlos, auspiciarlos, financiarlos, organizarlos, instruirlos, dirigirlos o colaborar con ellos.

²¹⁰ Contra la expresión “*e inhabilidad general*”.

²¹¹ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

²¹² Corte Constitucional, sentencia C-500 de 2014. “El segmento demandado del numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 desconoce (i) el artículo 2 de la Convención conforme al cual los Estados Parte tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que se requieran para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella; en efecto, la disposición que se acusa permite -a pesar de lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana de derechos Humanos- que mediante un procedimiento diferente al penal, el Procurador establezca una sanción de inhabilidad a quienes desempeñan funciones públicas, incluyendo funcionarios elegidos popularmente como son los congresistas, los diputados, los concejales, los alcaldes y los gobernadores. Esa norma (ii) desconoce las pautas fijadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de fecha 1º de septiembre de 2011 en el caso “*López Mendoza Vs. Venezuela*”.”.

²¹³ Para la Corte tal hipótesis solo podría abrirse paso cuando se acredite adecuadamente el cumplimiento de condiciones muy estrictas. En efecto, ello solo será posible en aquellos casos en los cuales (i) el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada. En estos casos, destaca la Corte, el demandante tendrá la obligación de demostrar con absoluta precisión cada uno de los requisitos antes referidos

			derechos bajo la condición de respetar las reglas propias del debido proceso ²¹⁴ .
4	SU-355 de 2015 ²¹⁵²¹⁶	Acción de tutela interpuesta por el señor Gustavo Francisco Petro Urrego contra la Procuraduría General de la Nación ²¹⁷ , donde el demandante – <i>entre otros argumentos</i> - señalaba la vulneración del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ²¹⁸ , porque según su entender la restricción de los derechos políticos solo era posible mediante condena de juez penal.	Señaló que el asunto de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que restringen derechos políticos no podía volver a debatirse, en la medida en que ya había sido definido en el sentido de considerar que las sanciones que limitan los derechos políticos entregadas por nuestro ordenamiento jurídico a las autoridades administrativas de control disciplinario no vulneran la disposición convencional invocada.

Adicionalmente puede señalarse en especial que, la Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2006, contrario a lo manifestado en la sentencia de la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado objeto del presente salvamento de voto no restringió la compatibilidad de las potestades sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación a actos constitutivos de corrupción. Así se señaló en la sentencia en mención:

“Así pues, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en lo que concierne a las restricciones legales al ejercicio de los derechos políticos, en concreto al acceso a cargos públicos por condenas penales, debe ser interpretado armónicamente con un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, los cuales, si bien no consagran derechos humanos ni tienen por fin último la defensa de la dignidad humana, sino que tan sólo pretenden articular, mediante la cooperación internacional la actividad de los Estados en pro de la consecución de unos fines legítimos como son, entre otros, la lucha contra la corrupción, permiten, a su vez, ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional.

En tal sentido, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, aprobada por el seno de esta última el 26 de marzo de 1996, impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas preventivas eficaces, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, con el propósito de combatir dicho flagelo.

²¹⁴ Para sostenerlo, la Corte se apoya en la sentencia de fecha 2 de febrero de 2001 correspondiente al caso Baena Ricardo Vs. Panamá en la que ese Tribunal explicó: “En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. (...) Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.”

²¹⁵ Corte constitucional, sentencia SU-355 de 2015. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

²¹⁶ Revisión de la Sentencia de tutela de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 5 de marzo de 2014 que confirmó la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se declaró improcedente el amparo constitucional.

²¹⁷ Por la sanción disciplinaria de destitución del cargo de alcalde de la ciudad de Bogotá D.C. e inhabilidad por término de 15 años, impuesta por la Sala Disciplinaria Procuraduría General de la Nación mediante fallo de única instancia de 9 de diciembre de 2013 y confirmada mediante fallo de 13 de enero de 2014 por medio del cual esa misma autoridad resolvió un recurso de reposición.

²¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 1º de septiembre de 2011

De igual manera, más recientemente, en el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en su artículo 8.6. alude expresamente a la imposición de medidas disciplinarias contra la corrupción:

(...)

En este orden de ideas, 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.”.

Con el respeto debido debo señalar que no es acertada la interpretación que la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado realizó a la jurisprudencia de la Corte Constitucional antes transcrita, para señalar que ésta *-la Corte Constitucional-* al hacer uso de la convención americana para la lucha contra la corrupción en la interpretación del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos humanos restringió la compatibilidad convencional de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que impliquen restricciones a derechos políticos a aquellas conductas impliquen actos de corrupción.

Lo anterior por cuanto la decisión de la Corte Constitucional antes transcrita es clara al señalar que el artículo 23.2 la Convención Americana de Derechos Humanos no debe ser interpretado de manera aislada y taxativamente sino con “**un conjunto de instrumentos internacionales**” entre ellos *-y no exclusivamente-* la convención americana para la lucha contra la corrupción, en otros términos, la utilización de este último instrumento internacional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional antes citada comporta una ayuda gramatical y jurídica para demostrar como las normas internacionales deben interpretarse de manera sistemática y armónica y no como tácitamente lo plantea la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como el único instrumento internacional con el cual se puede interpretar el mencionado artículo convencional.

En mi criterio jurídico y tras el análisis detallado de las sentencias de la Corte Constitucional que han abordado el tema de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias que impliquen la restricción a un derecho político *-el derecho a ser elegido-*, considero que esa corporación judicial siempre, de manera reiterada e incluso con efectos de cosa juzgada constitucional ha señalado la **compatibilidad general** de esta facultad disciplinaria con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y nunca ha dividido esta competencia entre aquella dirigida contra conductas constitutivas de corrupción y aquellas que no sean constitutivas de corrupción, pues como se señaló previamente y se puede verificar de la transcripción pertinente realizada en líneas anteriores, jamás la Corte Constitucional en su análisis de compatibilidad convencional plantea que la interpretación del artículo 23.2 de la Convención Americana sólo pueda ser interpretada con la convención sobre la lucha contra la corrupción, esto además en la medida en que hace alusión a un conjunto de normas internacionales y señala expresamente que “**entre otros**” instrumentos la mencionada convención.

Considero que la distinción que la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado realiza de las conductas constitutivas de corrupción y aquellas que no lo son -

distinción supuestamente derivada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional-, para señalar que únicamente sobre las primeras la Corte Constitucional ha declarado la compatibilidad de la competencia sancionatoria otorgada por el ordenamiento jurídico interno a la Procuraduría General de la Nación, no tiene sustento convencional, constitucional, legal ni jurisprudencial alguno pues como puede verse al revisarse las decisiones de la Corte Constitucional ésta ha señalado que la compatibilidad de dicha competencia es general sin hacer distinción alguna.

c. El tercer argumento fundamental de la Sala Plena Contenciosa Administrativa –*como se dejó planteado en líneas previas-* consistió en señalar que como la Corte Constitucional únicamente avaló la compatibilidad de la competencia otorgada por el ordenamiento jurídico interno la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que implican restricciones a derechos políticos cuando se trate de actos de corrupción –*argumento en mi criterio equivoco, tal y como se explicó en el punto anterior-*, el Consejo de Estado puede teniendo como parámetro el artículo 23.2 de la Convención Americana realizar control de convencionalidad de las normas internas que consagran esa competencia para los eventos de conductas que no constituyan actos de corrupción; control que realiza teniendo como premisa que la Corte Interamericana en las tres (3) sentencias enunciadas previamente (Yatama vs Nicaragua, Castañeda Gutman vs México y Leopoldo López vs Venezuela) ha señalado el contenido del artículo convencional en cita, indicando que la restricción a tales derechos solo puede provenir de una decisión penal –*argumento en mi criterio también equivoco tal y como se explicó en el punto anterior-*.

Con la consideración debida por los criterios jurídicos diferentes debo señalar que la institución jurídica del control de convencionalidad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comporta dos (2) tipos, el abstracto o general que realiza el mencionado órgano jurisdiccional cuando aplica directamente la Convención Americana a los casos contencioso sometidos a su jurisdicción y el difuso realizado por los jueces internos de cada país al aplicar la convención en el caso concreto.

En relación con el control de convencionalidad difuso la Corte Constitucional ha señalado en jurisprudencia reiterada que, cuando ésta realiza el control de constitucionalidad de una norma aplicando el bloque de constitucionalidad –*el cual permite integrar a la Constitución Política la Convención Americana y otros tratados que protegen derechos humanos-* a su vez está haciendo control de convencionalidad, de manera que, la decisión que tome sobre el particular hace tránsito a cosa juzgada e impide que la misma corporación u otro órgano judicial plantee el mismo cuestionamiento convencional. En otros términos cuando la Corte Constitucional ha revisado la convencionalidad de una norma interna por vía del control constitucional –*aplicando el bloque de constitucionalidad-* se restringe para los demás Jueces de la República la posibilidad de hacer control convencional difuso sobre la misma norma a efectos de inaplicarla.

En ese orden de ideas, teniendo presente que la Corte Constitucional en las sentencias referidas en la línea jurisprudencial citada en párrafos anteriores, al realizar el control convencional difuso –*por la vía del control constitucional-* sobre las normas jurídicas internas que otorgan competencia general a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que implican restricción de derechos políticos y declararlas compatibles con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, impide que el Consejo de Estado o cualquier otro órgano judicial interno incluya la misma

Corte Constitucional -salvo cambios normativos internacionales o internos- pueda revisar el mismo asunto.

Para ilustrar mejor este punto, es pertinente transcribir lo señalado por la Corte Constitucional en algunas de las sentencias ya citadas, en relación con la competencia de la Procuraduría General de la Nación sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos con medida de restricción (destitución e inhabilidad general / suspensión e inhabilidad especial) al derecho político del sufragio pasivo (derecho a ser elegido).

La Corte Constitucional en la sentencia C-500-14, señaló lo siguiente:

“7. Cargo Tercero: Violación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 93 de la Constitución.

7.1. Alcance del cargo.

7.1.1. A pesar de que en la formulación de los cargos el demandante no invoca como vulnerado el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el contenido de la argumentación evidencia que su ataque se funda en esa infracción y, por esa vía, en la violación del 93 de la Constitución. En efecto, al plantear la violación del artículo 2º de dicha Convención, afirma que la disposición que se acusa permite que *mediante un procedimiento diferente al penal*, el Procurador imponga la sanción de inhabilidad a quienes desempeñan funciones públicas, incluyendo funcionarios elegidos popularmente como son los congresistas, los diputados, los concejales, los alcaldes y los gobernadores. Asimismo, invoca la obligación de seguir el precedente establecido al resolver el caso *López Mendoza Vs. Venezuela* en el que, a su juicio, la Corte Interamericana fijó una interpretación del artículo 23 de la Convención que se opone a lo dispuesto en la disposición demandada.

7.1.2. Así las cosas, para el demandante la competencia del Procurador General de la Nación para imponer la sanción de inhabilidad desconoce el numeral 2º del artículo 23 de la Convención. Dicho numeral prescribe que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos a ser elegido y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o *condena, por juez competente, en proceso penal*. Por ello, al no ser el Procurador una autoridad judicial y al no ser el procedimiento disciplinario un procedimiento penal, considera el actor que la inhabilitación general que prescribe el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 desconoce la Carta.

7.1.3. La Corte ha identificado que este aspecto de la demanda -violación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y, por consecuencia del artículo 93 de la Constitución- plantea la posible existencia de la cosa juzgada constitucional.

(...)

7.4. Examen de cosa juzgada respecto de la sentencia C-028 de 2006.

7.4.1. En la sentencia C-028 de 2006, la Corte estudió la constitucionalidad del numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002. El demandante afirmaba que al prescribir como sanción disciplinaria la inhabilidad para acceder al ejercicio de la función pública, se vulneraban los artículos 13, 40 y 93 de la Constitución así como el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El examen de la Corte tuvo la siguiente estructura:

(...)

A continuación, (ii) interpretó el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, afirmando la obligación de armonizar su contenido y, en particular la regla relativa a las restricciones posibles de los derechos allí reconocidos, con los instrumentos adoptados -en el seno de organizaciones internacionales- para combatir la corrupción. Con fundamento en esta consideración, concluyó que la adopción de medidas sancionatorias diferentes a las penales que tengan como efecto la restricción del derecho de acceder a cargos públicos no se opone a esa Convención:

“En este orden de ideas, 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.**” (Subrayas y negrillas no son del original)

Posteriormente, (iii) resaltó una vez más la importancia de armonizar la Constitución con los tratados y, en particular, con los instrumentos integrados al bloque de constitucionalidad. A partir de esa premisa, expuso las razones por las cuales la facultad del Procurador de imponer la sanción de inhabilidad era compatible con el artículo 23 de la Convención y, por ello, también con el artículo 93 de la Carta. Sobre el particular sostuvo:

“En el caso concreto, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal y como se ha explicado, **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.”(Subrayas y negrillas no son del texto original)

(...)

7.5.2. En atención a las consideraciones expuestas, la Corte sostuvo que era plenamente aplicable en sede de control concreto, la *razón de la decisión* que había justificado la determinación adoptada en la sentencia C-028 de 2006 según la cual es posible, a la luz de la Constitución y de la Convención Americana de Derechos Humanos, asignar a las autoridades disciplinarias la competencia para imponer sanciones de destitución e inhabilidad a todo tipo de funcionarios públicos en aquellos eventos en los que se incurriera en una de las faltas gravísimas previstas en el artículo 48 de la ley 734 de 2002. En esa medida la Corte reiteró el pronunciamiento que con fuerza de cosa juzgada constitucional contenía la sentencia del año 2006 y estimó que la aplicación del numeral 1º del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 no planteaba problema constitucional alguno.

(...)

7.6. Conclusión: Existencia de cosa juzgada respecto del cargo por violación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 93 de la Constitución.

(...)

En adición a lo dicho, la sentencia SU712 de 2013 aplicó la decisión de la sentencia C-028 de 2008 y, con fundamento en ella, fijó la razón de la decisión disponiendo que la competencia del Procurador General de la Nación prevista en el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 y ejercida en el caso examinado, era plenamente compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos.

(...)"

Posteriormente en la sentencia SU-355 de 2015, la Corte Constitucional fue enfática en señalar que el cuestionamiento sobre la incompatibilidad de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que impliquen restricción de derechos políticos con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha quedado zanjado y constituye cosa juzgada con las sentencias C-028 de 2006 y C-500 de 2014 antes mencionadas:

“ 4. Cuestión previa; competencia sancionatoria del Procurador General de la Nación -o sus delegados y agentes- sobre personas que ejercen funciones públicas, incluidas las de elección popular.

4.1. Durante el trámite de la acción de tutela fueron planteados argumentos encaminados a cuestionar la competencia de la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar a determinados servidores públicos.

4.2. La Corte debe señalar que, según lo decidido en las sentencias C-028 de 2006 y C-500 de 2014, y con fundamento en los artículos 277 y 278 de la Constitución: (i) es constitucionalmente válida la competencia de la PGN para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos, incluyendo a los de elección popular -con excepción de aquellos que se encuentren amparados por fuero-; y (ii) es constitucionalmente válida la competencia de la PGN para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general cuando se cometan las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

4.3. En materia de la competencia para destituir e inhabilitar servidores públicos -excepto, aforados-, incluso de elección popular, se ha configurado la cosa juzgada constitucional. En esa medida, no es posible cuestionar o discutir la validez constitucional de la referida competencia de la Procuraduría.

4.4. La Corte advierte, en adición a lo expuesto, que respecto de la validez de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para el juzgamiento disciplinario de los Alcaldes, debe atenderse el precedente fijado por la Sala Plena en la Sentencia SU-712 de 2013. De esa providencia, pese a que se ocupó de un caso en el que se debatía la competencia disciplinaria en relación con los congresistas, se desprende una regla jurisprudencial según la cual dicho órgano es titular de la atribución para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los funcionarios públicos, incluso los elegidos popularmente, con excepción de aquellos amparados por el fuero.

4.5. En atención a lo anterior, la Corte concluye que, con independencia de las conclusiones a las que se arribe respecto de la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, es indiscutible la existencia de la referida competencia y, en esa medida, su cuestionamiento no es jurídicamente admisible.”.

En atención a todo lo previamente expuesto considero que el artículo 23 de la CADH no solamente establece «condiciones habilitantes» y permite otras condiciones y formalidades en torno a las cuales el Estado puede regular legítimamente el ejercicio de los derechos políticos, sino que merita en el inciso 2 ciertos límites al Estado para la restricción de los derechos políticos.

De acuerdo a este entendimiento, la regulación de «condiciones habilitantes» y otras «condiciones y formalidades» que el Estado debe realizar para cumplir su obligación positiva de diseñar un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos no puede exceder los límites para la restricción de los derechos políticos establecidos por el artículo 23 inciso 2.²¹⁹

La medida restrictiva máxima para el ejercicio de un derecho es la privación o, su equivalente temporal, la suspensión del mismo, en la medida que ambas son medidas que igualmente impiden el ejercicio del derecho.

Por ejemplo, el derecho a la libertad de locomoción se restringe al máximo cuando el Estado toma la medida restrictiva de privar o suspender el derecho a la libertad de locomoción de una persona, a través de su internamiento forzado en un centro penitenciario por un tiempo determinado (pena privativa de libertad). Para garantizar que

²¹⁹ Cfr. Caso *Castañeda Gutman*, párr. 157 (“Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado.”).

la medida restrictiva o pena consistente en la privación de la libertad se haya producido de manera legítima, la Convención establece condiciones que los Estados deben cumplir (art. 8). Estas condiciones funcionan como garantías contra la privación o suspensión de este derecho, y por eso se denominan «garantías judiciales».

Análogamente, la restricción máxima para el ejercicio de los derechos políticos se produce cuando el Estado priva o suspende los derechos al sufragio activo o pasivo de una persona, quien, por lo demás, cumple con las condiciones habilitantes relativas a la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental, u otras.

Como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el artículo 23 inciso 2 de la Convención estableció que para privar legítimamente a cualquier persona de sus derechos políticos, el Estado debe antes haber determinado que esta persona cometió un delito, luego de cumplir con todas las condiciones características de un proceso judicial penal.

Esta garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos es también coherente con la disposición del artículo 27 de la CADH que atribuye un rango jerárquico especial a los derechos políticos (art. 23), junto a los derechos a la personalidad jurídica (art. 3), a la vida (art. 4), a la integridad personal (art. 5), a no ser sujeto a esclavitud o servidumbre (art. 6), a no ser sujeto de disposiciones arbitrarias o retroactivas (art. 9), a la libertad de conciencia y religión (art. 12), a la protección de la familia (art. 17) y del niño (art. 19), al nombre (art. 18), y a la nacionalidad (art. 20).

El artículo 27 de la Convención expresamente prohíbe la suspensión de los derechos políticos, así como de los derechos fundamentales enunciados arriba, incluso en aquellos casos extraordinarios «de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia y seguridad del Estado parte».

La extensión restrictiva del derecho político pasivo, es decir la capacidad de los Estados para restringir, transitoria o definitivamente, las postulaciones a cargos electivos, y determinar el tipo de poder u organismo interno del cual puede provenir la restricción, según la estructura constitucional de los distintos países integrantes del sistema interamericano.

En una palabra, en discutir si la cláusula del art. 23 2. «*in fine*» de la CADH que amerita la «*condena por juez competente en proceso penal*», es una cláusula cerrada o si permite otras opciones de interpretación y aplicación.

La cuestión es de mayor importancia, ya que las distintas posiciones pueden acarrear consecuencias diferentes y graves en términos de los diseños constitucionales de los estados, pues es característico del control de convencionalidad, por sobre la teoría del diálogo jurisdiccional,²²⁰ que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH; y que en caso de condena a un Estado por violación de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, los países en cumplimiento de la sentencia deben modificar, en caso de ser necesario, su legislación interna incluyendo la constitucional.²²¹

²²⁰ Cfr. Ayala Corao, Carlos, «Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela», Paraninfo del Palacio de las academias, Caracas, Venezuela, 8 de marzo de 2012.

²²¹ Como ocurrió en el Caso «*La Última Tentación de Cristo*» (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile la Corte Interamericana dispuso que el Estado modificara su ordenamiento jurídico interno, que incluía el realizar una reforma constitucional, toda vez que las medidas de carácter constitucional (artículo 19) y legal contrariaban los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El peticionario (un reconocido abogado activista y defensor del derecho a la libertad de expresión) indicó que no se permitía la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo*, debido a que estaba prohibida por un consejo de censura cinematográfica (Consejo de Calificación Cinematográfica) consagrado en el artículo 19 de la Constitución de Chile y un Decreto Ley, por lo cual solicitó se cambie la normativa interna chilena, lo que logró con el fallo. En los 2 años que siguieron al pronunciamiento, el Congreso chileno expidió una reforma constitucional, una ley y un decreto reglamentario sobre el tema. Corte IDH, Caso «*La Última Tentación de Cristo*» (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

El término «condena, por juez competente, en proceso penal» no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso jurisdiccional²²² que puede ser utilizado para imponer una restricción,²²³ pudiendo provenir la restricción de otros procesos jurisdiccionales, no necesariamente judiciales, en la medida que aseguren las garantías exigidas para el proceso penal (ejemplo juicio político o electoral o disciplinario).

En ese sentido, la inhabilitación²²⁴ podría ser consistente con el art. 23.2. en la medida que se haya respetado cabalmente las garantías exigidas para un proceso penal, conforme tiene establecido abundante jurisprudencia de la Corte IDH.

El término “*exclusivamente*” contenido en el artículo 23.2 de la CADH no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo, que el concepto «condena, por juez competente, en proceso penal» no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción. Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener legitimidad para actuar. También, según nuestra perspectiva, nuevos poderes²²⁵ u órganos autónomos e independientes que los diseños constitucionales modernos pudieran edificar para intentar dar respuesta a sus necesidades institucionales y para combatir los distintos flagelos que constituyen «enemigos íntimos de la democracia»²²⁶.

Como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el artículo 23 inciso 2 de la Convención estableció que para privar o suspender legítimamente los derechos políticos de cualquier persona, el Estado debe antes haberla condenado por la comisión de un delito, luego de cumplir con todas las condiciones características de un proceso judicial penal²²⁷.

En la actualidad, la garantía contra la privación o suspensión de los derechos políticos prevista por el artículo 23.2 de la Convención se encuentra incorporada, con variaciones menores, en las constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Esta interpretación que exponemos, parece derivarse del voto mayoritario del caso «López Mendoza», pero el tema no es pacífico si consideramos los argumentos individualmente opuestos de los votos concurrentes de los Dres. Eduardo Vío Grossi y Diego García Sayán.

El primero sostiene que «...resulta claro, sencillo y categórico, ...que *el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere*» el numeral 1 del mismo, especialmente el concerniente al derecho de «*ser elegido (...)*» puede ser reglamentado «*exclusivamente*» por, entre las otras causales, «*condena, por juez competente, en proceso penal*».²²⁸

²²² Adherimos a un concepto amplio de “Jurisdicción”. En este sentido podemos hablar de jurisdicción parlamentaria, militar, electoral cuando se trata de un órgano autónomo externo a la judicatura, etc.

²²³ Entendemos que ésta debería ser la posición correcta para resguardar los diseños constitucionales que por historia y tradición rigen en los Estados o aquellos que razonablemente pudieran darse en el futuro a partir de necesidades particulares de su idiosincrasia y de su geopolítica.

²²⁴ Nos referimos a la sanción en sí, sin analizar la razonabilidad de su extensión.

²²⁵ Ver Ackerman, Bruce, “*La nueva División de Poderes*”, Fondo de Cultura económica, 2007.

²²⁶ Todorov, Tzvetan «*Los enemigos íntimos de la democracia*», Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 2012,

²²⁷ El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana. Cfr Caso *López Mendoza*, párr. 107.

²²⁸ Del voto concurrente del Dr. Eduardo Vío Grossi en el caso “*López Mendoza*”.

Así parece reflejarse en el voto de la mayoría cuando afirma que la decisión de un órgano administrativo que impidió se registrara la candidatura de López Mendoza para cargos de elección popular debiera provenir « ... de una condena por *juez competente*, en *proceso penal* para concluir que ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas restricciones no era “juez competente” , no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como consecuencia de un “proceso penal».²²⁹

Será posible analizar el término «exclusivamente» desde otra óptica?. Sólo una condena de índole penal puede limitar el goce de los derechos políticos? Admite la CADH hacer una interpretación extensiva que apruebe la convencionalidad de procesos jurisdiccionales no penales? Y de procesos no jurisdiccionales que respeten obviamente las garantías del debido proceso?

En el mismo caso el voto razonado de García Sayan parece abrir otras posibilidades. Se pregunta el Magistrado si la palabra «exclusivamente» impide totalmente la posibilidad de utilizar vías judiciales no penales o vías administrativas, disciplinarias u otras para limitar cargos públicos. Para contestar el interrogante propone una «interpretación sistemática, evolutiva y teleológica así como el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana». Acude para ello a lo expresado por la Corte IDH en el caso «Castañeda Gutman», donde se dijo que la CADH establece lineamientos generales y contenidos mínimos permitiendo a los Estados regular los derechos políticos de acuerdo a sus necesidades siempre dentro del marco convencional, reconociendo así en relación con estos derechos un cierto margen de apreciación, lo que no es nada frecuente en la jurisprudencia de la Corte IDH.²³⁰

En relación con la exclusividad de una sentencia penal como medio de restricción de los derechos políticos, el mismo Juez indica que una interpretación sistemática de la CADH obliga a tener en cuenta otros instrumentos internacionales posteriores adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción²³¹ que establecen nuevos y originales medios de control para el avance de este flagelo. Cita también el Pacto I de Derechos Civiles y Políticos, el art 3 del Convenio Europeo, la Carta Africana de Derechos Humanos, la Convención de la ONU y la Interamericana, ambas contra la corrupción, para concluir que esos documentos no establecen una limitación similar.

Justifica también una interpretación evolutiva, que exige considerar los Tratados de Derechos Humanos como «documentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales»²³². Sigue aquí la doctrina ya consolidada en la jurisprudencia de la Corte IDH, a partir de las ideas del juez Antonio A. Cancado Trinda de que introdujo la cuestión de la relación entre el tiempo y el derecho en su voto concurrente en la Opinión Consultiva 16/99²³³.

Estos argumentos-dice García Sayan- permiten aceptar la convencionalidad de otros mecanismos que disponen inhabilitaciones a funcionarios públicos, incluso electivos,

²²⁹ *Lopez Mendoza*, voto de la mayoría párr.. 107. Se destaca aquí que “ los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.

²³⁰ Caso *Castañeda Gutman* , parr 166.

²³¹ Caso *Lopez Mendoza*, voto de García Sayan, parr. 8

²³² Caso *Lopez Mendoza*, voto de García Sayan, parr.12 con cita del Caso de la *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106.

²³³ Opinión Consultiva, OC-16/99 *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las Garantías del debido proceso legal*, Corte IDH, 1 de octubre de 1999. Expresó allí que “3.- toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente...una interpretación dinámica y evolutiva de los tratados de derechos del ser humano” que rechaza la indiferencia al “aporte e otras áreas del conocimiento humano” así como al “tiempo existencial” Hace también una fuerte crítica a la corriente positivista-voluntarista a la que cuestiona por su “hermetismo” en relación con “otras áreas del conocimiento humano y de cierto modo, también al existencial de los seres humanos” (parr.4). “los tratados de derechos humanos son, efectivamente, instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos (parr 10).

como ser el juicio político, el sistema administrativo disciplinario y la justicia electoral, porque un sistema no es excluyente de otro.

El planteo anterior permite analizar desde otra perspectiva las distintas aristas del caso Petro porque como se dijo, en el diseño de la Constitución de Colombia se ha intentado fortalecer los órganos de control de un modo no convencional en relación con el derecho constitucional clásico.

2.2. SOBRE LA SUPUESTA CARENCIA DE PRUEBAS QUE ACREDITARAN LA TIPICIDAD DE LAS TRES FALTAS DISCIPLINARIAS GRAVÍSIMAS IMPUTADAS AL DEMANDANTE.

A continuación, respetuosamente me permito presentar unas observaciones con base en las pruebas que obran en el expediente, siguiendo el orden de argumentos expuestos en la sentencia de la Sala Plena Contenciosa *-objeto del presente salvamento de voto-*:

2.2.1. SOBRE ATIPICIDAD DE LA FALTA DISCIPLINARIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 48 (NUMERAL 31) DEL CDU -VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN LOS CONTRATOS 17 Y 809 DE 2012-

2.2.1.1. SOBRE LA ATIPICIDAD DE LA FALTA DISCIPLINARIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 48 (NUMERAL 31) DEL CDU -VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN LOS CONTRATOS 17 Y 809 DE 2012-, POR EL NO AGOTAMIENTO DEL PROCESO DE LICITACIÓN.

Sobre la justificación en circunstancias particulares -que antecedieron la suscripción de estas ajenas a la administración-, la necesidad de aprobación del plan de inclusión de recicladores por la Corte Constitucional y la necesidad de obtener aprobaciones de otras entidades como la CAR.; **la justificación por tratarse de** contratos interadministrativos los cuales podían realizarse mediante contratación directa de conformidad la Ley 1150 de 2011 artículo 2 numeral 4 literal c) y **la justificación porque** la Fiscalía general de la Nación mediante Resolución de 21 de noviembre de 2014 archivó en contra del actor una investigación por celebración indebida de contratos en la cual señaló que el contrato N° 17 de 2012 *—entre la UESAP y la EAAB-* se sustentó en las reglas de contratación directa por tratarse de un contrato interadministrativo.

En el pliego de condiciones a folio 17 y 18 se señala lo siguiente:

“En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el primer requisito relacionado con la contratación a través de contratos interadministrativos, - según lo establece el artículo 3.4.2.1.1 del mismo Decreto 734 de 2012, está relacionado con que las entidades señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 podrán celebrar directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones de ese contrato tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.

En el caso bajo estudio se advierte que el objeto de la AEEB a través del tiempo, siempre fue la prestación de los servicios públicos de agua y alcantarillado, y que solo se incluyó el servicio público de aseo hasta "el día 5 de septiembre de 2012, a través de la modificación estatutaria realizada mediante el acuerdo 12 de esta fecha, suscrito por el señor GUSTAVO PRETRO, en su condición de presidente de la Junta Directiva de la EAAB. (Acuerdo N° 12 del 5 de septiembre de 2012).

Sobre lo anterior, obsérvese que esa modificación ocurrió únicamente con 26 días de antelación a la elaboración de los estudios previos⁴⁶; 27 días antes de la

expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa y 36 días antes de la suscripción del contrato interadministrativo 017 de 2012.

Ahora bien, debe resaltarse que con dicha modificación estatutaria al objeto de la EAAB se cumplió en principio con la previsión normativa contenida en el artículo 3.4.2.11 del Decreto 734 de 2012, en lo que se refiere a que el objeto del contrato tenga relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.

Sin embargo, debe señalarse que dicho requisito no es el único a tener en cuenta, para efectos de la suscripción de contratos interadministrativos. Ello por cuanto, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, es preciso cumplir con el deber de selección objetiva. Así lo ha resaltado el Consejo de Estado, corporación que ha dicho lo siguiente: (...)”²³⁴.

De acuerdo con la anterior transcripción es claro que, la falta de agotamiento del proceso de licitación fue una observación que realizó la autoridad disciplinaria pero no fue un argumento sobre el cual se sustente la falta disciplinaria, pues claramente señalo que este se daba por cumplido con el cambio de objeto de la EAAB, por lo tanto todo argumento a desvirtuar ese cargo no tiene sentido en la medida en que este no fue sustento de las providencias acusadas.

2.2.1.2 SOBRE LA ATIPICIDAD DE LA FALTA DISCIPLINARIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 48 (NUMERAL 31) DEL CDU -VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN LOS CONTRATOS 17 Y 809 DE 2012-, PORQUE NO SE JUSTIFICÓ LO LA FALTA DE EXPERIENCIA Y CAPACIDAD DE LAS EAAB Y LA EAB, OBSERVADA POR LA PGN EN LOS ESTUDIOS PREVIOS DE LOS CONTRATOS N° 17 Y N° 809 DE 2012

2.2.1.2.1 Imputación imprecisa y subjetiva por cuanto no dijo cuáles fueron las apreciaciones vagas e imprecisas en los estudios previos referidos a la capacidad y experiencia de la EAAB y la EAB con lo cual violó el derecho de defensa.

En relación con este argumento una vez revisado el expediente se observan las siguientes pruebas cuales se enunciaran y expondrán en su contenido:

- a. Oficio suscrito por el doctor CÉSAR GONZÁLEZ MUÑOZ, superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, con radicación número 472445 del 20 de diciembre de 2012. Visible en los folios 21 a 27 del anexo n.º 13. En el cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios señala que en el marco general de libre competencia, como en el esquema de prestación en la modalidad de las ASE, los prestadores de los servicios públicos estaban obligados a la regulación, tarifaria expedida por la Comisión de regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, fijada mediante la Resolución CRA 351 de 2005.
- b. Invitación pública 804 celebrada en el mes de octubre de 2012 por parte de la EAAB demuestra que esta entidad no tenía la maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

²³⁴ Pliego de cargos – Expediente cuaderno de anexos N° 62

- c. Contratos números 1-06-263000848 de 4 de diciembre de 2012 y 1-06-263000851 de 17 de diciembre de 2012 de la EAAB con CONSORCIO DAEWO - KMA” y “COMERCIAL INTERNACIONAL DE EQUIPOS Y MAQUINARIA S. A. S. - NAVITRANS SA. S. - SUCURSAL BOGOTÁ, respectivamente, para la adquisición de los vehículos y demás maquinaria para la prestación del servicio.

- a. El Contrato 0809 de 2012 se encuentra en los folios 1 a 15 del anexo N° 15, por medio del cual Aguas de Bogotá no se describió o concretó una o varias actividades de los componentes del servicio de aseo que, bajo el apoyo requerido, debía ser desarrollada por el contratista, ni tampoco describió o precisó una o más zonas de la ciudad donde se prestaría el servicio por Aguas de Bogotá.

- b. Manual de Contratación de la EAAB ESP, adoptado mediante resolución No. 0730 del 16 de noviembre de 2012, en el artículo 30 establece como una de las modalidades de contratación directa, la siguiente: "Cuando la empresa incursione en otra área de negocios o asuma la prestación de otros servicios públicos domiciliarios, con el fin, de garantizar la prestación del nuevo servicio o asumir la nueva línea de negocios, se podrá acudir a la contratación directa para adquirir los bienes o los suministros o los servicios que le permitan la puesta en marcha del nuevo negocio". Una cosa es la contratación directa que se realiza para adquirir bienes, suministros o ciertos servicios que se requieran para afrontar los compromisos de un contrato a través del cual se afronta un reto para la prestación de un servicio que no es el fuerte de la empresa, y otra muy distinta es desprenderse de forma total de la labor encomendada, que en este caso fue la operación para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, quedándose solo con una labor de dirección y de vigilancia sobre el desarrollo de dicha operación.

- c. Acta de visita especial del 16 de enero de 2013, practicada a la empresa Aguas de Bogotá, en uno de los procesos disciplinarios adelantados por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. El estudio titulado "Verificación de motivos para el otorgamiento de ares de servicio exclusivo en el servicio domiciliario de aseo. Distrito Capital 2010-2018, en dos volúmenes. El volumen 1 consta de 63 folios y el volumen 2 de 109 folios.", que se anexan en PDF. También el estudio elaborado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, titulado "Análisis Jurídico Técnico y Financiero para la Gestión y Operación del Servicio Público de Aseo en Bogotá D.C, a cargo de la EAAB en 56 folios.", que se anexa en PDF. Otro documento previo a la celebración del contrato es el acta No. 93 de reunión extraordinaria de junta directiva de aguas de Bogotá S.A. E.S.P de fecha 29 de noviembre de 2012, el objeto del acta es la presentación de nueva línea de negocios para la prestación del servicio público de aseo y autorización para firma del contrato interadministrativo de operación con la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá, en 4 folios, que se anexa en PDF. De igual forma se entrega copia de los anexos en pdf que hacen parte integral del contrato interadministrativo 809 de 2012, que se relacionan de la siguiente forma: Anexo 1: Resolución No. 151 de 2012 expedida por la UAESP. Reglamento Técnico y Operativo. Anexo. 2: Reglamento Comercial y Financiero, Resolución No. 152 de 2012. Estas resoluciones tienen un componente específico para el aseo, sin embargo Aguas de Bogotá se acoge al Decreto 564 de 2012 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, decreto de emergencia, esas normas, en concordancia las utilizamos para el servicio de aseo, esos tres normas son el marco normativo para ejecutar la operación, del servicio de aseo. Anexo 3: Presupuesto del

Proyecto que surge como consecuencia del modelo financiero elaborado por el ingeniero Juan Carlos Torres Bustos. Anexo 4. Equipo requerido, que es el resultado del modelo financiero que hizo el Ing. Juan Carlos Torres. Hay que tener en cuenta que el número de volquetas que están aquí es inferior a las actualmente utilizadas en razón a que las compactadoras disponibles en el mercado son mínimos. El uso de volquetas surge ante la necesidad de hacer frente a las medidas de emergencia decretadas por el Alcalde Mayor de Bogotá. Anexo 5: Personal requerido, resultado de los cálculos del ing. Juan Carlos Torres. Anexo 6: Elementos de dotación y protección personal. Proviene de la resolución 151 de 2012 de la UAESP.

- d. Estudios previos del contrato 809 de 2012 (EAAB y EAB), dichos estudios previos corresponden al documento titulado “Análisis jurídico, técnico, administrativo y financiero para la gestión y operación del servicio público de aseo en Bogotá D.C., a cargo de Aguas de Bogotá S.A. ESP.”. (Del análisis de estos se observa que la EAAB no adelantó los estudios a los cuales estaba obligado legalmente y, en cambio, utilizó algunos documentos antiguos que no tenían que ver con el contrato como soportes de la contratación con Aguas de Bogotá.)
1. Verificación de motivos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo en el servicio público domiciliario de aseo. Distrito Capital 2010-2018 en tomo I y tomo II. (Ojo fueron hechos en el 2010, no aplican a la contratación de 2012, además se realizaron para la adjudicación, vía concesión, de las áreas de servicio, exclusivo, esquema que no se ajustó para la contratación-efectuado por la EAAB con Aguas de Bogotá, se presentaron demostrativos de estudios previos pero no tenían relación alguna con la contratación efectuada)
 2. Análisis Jurídico, Técnico y Financiero para la Gestión y Operación del Servicio Público de Aseo en Bogotá D.C., a cargo de la EAAB. (Fue diseñado para la suscripción del contrato entre la EAAB y la UAESP, y no entre la EAAB y Aguas de Bogotá, pues se refiere expresamente a que la empresa que se va a contratar es la EAAB, el análisis que contiene el documento desarrolla la visión del futuro contrato a suscribir entre la EAAB y la UAESP, pero en ningún momento efectúa consideraciones orientadas a establecer la pertinencia, desde el punto de vista jurídico, de incluir dentro del proyecto a la empresa Aguas de Bogotá; no cumplió con el manual de contratación de la EAAB que exige el cumplimiento de los principios de selección objetiva y planeación - Resolución n.º 730 del 16 de noviembre de 2012) -Folio 129 del anexo n.º 15.
 3. (Documentos soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá) Análisis Jurídico, Técnico, Administrativo y Financiero para la Operación del Servicio Público de Aseo en Bogotá D.C., a cargo de AGUAS DE BOGOTÁ S.A, ESP.
 4. (Documentos soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá) Acta n.º 93 de reunión extraordinaria de junta directiva de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P.

5. (Documentos soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá) Anexo 1: Resolución n.º 151 de 2012 expedida por la UAESP, que corresponde al Reglamento Técnico y Operativo.
6. (Documentos soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá) Anexo 2: Resolución No. 152 de 2012 expedida por la UAESP, que corresponde al Reglamento Comercial y Financiero.
7. (Documentos soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá) Anexo 3: Presupuesto del Proyecto:
8. (Documentos soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá) Anexo 4: Equipo requerido.
9. (Documentos soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá) Anexo 5: Personal requerido.
10. (Documentos soporte de la propuesta de Aguas de Bogotá) Anexo 6: Elementos de dotación y protección personal.
11. Informe de Auditoría de noviembre de 2011 a EAB -INFORME DE AUDITORIA ABREVIADA AGUAS DE BOGOTÁ S.A E.S.P, realizado por la Dirección Sector Hábitat y Servicios Públicos del Contraloría de Bogotá, en el que se concluyó que respecto de los estados financieros de dicha empresa, desde esa fecha "CONCLUSIÓN. El resultado del análisis a los estados financieros, compromete la viabilidad en el corto, mediano y largo plazo de Aguas de Bogotá S.A. ESP, conclusión que se basa en lo que a continuación se describe: "A 30 de junio de 2011, Aguas de Bogotá S.A. ESP, arroja déficit de \$ -1.710,8 millones; al cierre del 2010, la empresa mostró utilidades con ocasión de la temporalidad del manejo del Relleno Sanitario Doña Juana; sin embargo, por más de cuatro vigencias ha cerrado su gestión con saldo negativo, tal como se muestra en el siguiente cuadro. (...). Por último, esta auditoría establece de manera general que Aguas de Bogotá S.A. ESP, es inviable financieramente en razón a los resultados de su gestión "desde el inicio de la operación de la empresa dados los márgenes de costos y gastos en los que incurre para su funcionamiento ya que los mismos superan el nivel de ingresos, así mismo la incertidumbre en los ingresos los cuales están supeditados a los negocios" que pueda entregar la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ya que no se evidencia una política clara que permita incursionar en otros negocios; adicionalmente, presenta debilidades en el manejo administrativo en lo que hace referencia al manejo de inventarios y gestión documental. (Subrayado fuera de texto) (...)".
12. Acta de visita especial del 17 de enero de 2013, practicada en uno de los procesos adelantados por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Ver folios 260 a 268 del anexo n.º 23.

13. Conforme al contrato 809 de 2012 se necesitaba un total de 190 camiones compactadores discriminados de la siguiente manera: a) 144 camiones compactadores de 25 ydr; b) b. 35 camiones compactadores de 16 ydr, y c) 11 camiones compactadores de 10 ydr, **los cuales no podrían ser recibidos al inicio del contrato el 17 de diciembre de 2012 sino con mucha posterioridad –en razón de la forma de pago y recibo de los vehículos-**.
 14. Invitación a cotizar el servicio de alquiler de vehículos compactadores para prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá efecto y a pesar de que en dicho documento no se observa con exactitud el día del mes de diciembre de 2012 en que se hizo la publicación de dicha invitación, lo cierto es que ella tuvo lugar a muy pocos días de la fecha del inicio de operaciones —18 de diciembre de 2012—, día en el que los referidos camiones alquilados comenzarían a prestar el servicio, situación que ya indicaba una falta de planeación e incapacidad de las empresas del Distrito en contar con los medios técnicos apropiados de manera oportuna para la prestación del servicio público de aseo.
 15. Contrato n.º 4 Razón social del contratista: UNIÓN TEMPORAL ASEO DISTRICAPITAL Objeto: Contrato de arrendamiento de sesenta (60) compactadores de basura, con capacidad de 25 yds³. Suscripción del contrato: 9 de diciembre de 2012 y Contrato n.º16 Razón social del contratista: UNIÓN TEMPORAL ASEO DISTRICAPITAL Objeto: Contrato de arrendamiento de cien (100) compactadores de basura, con capacidad de 25 yds³. Suscripción del contrato: 13 de diciembre de 2012.
 16. La empresa Aguas de Bogotá suscribió dos contratos de alquiler de compactadores con la empresa SESPA SANTANDER. Fueron los contratos n.º 015 del 13 de diciembre de 2012, y el contrato n.º 019 del 14 de diciembre de 2012.
 17. Otrosí n.º 1 (El 22 de diciembre de 2012) al contrato n.º 04 de 2012 entre EAB y Districapital cuyo objeto fue la cesión por parte del contratista UNION TEMPORAL DISTRICAPITAL, a través de Internacional de Tanques, en favor de Aguas de Bogotá, de todos los derechos del 'proceso 'de importación aduanero sobre los 60 equipos compactadores de residuos sólidos que se encontraba en la ciudad de Cartagena. Otrosí como consecuencia del mayor tiempo empleado en la legalización de los compactadores arrendados, una vez estos fueron situados en el puerto de Cartagena.
- e. El 17 de diciembre de 2012, -un día antes de iniciar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá a cargo de una de las entidades del Distrito-, la UAESP y la EAAB suscribieron el otrosí N° 1 al contrato interadministrativo 017 de 2012, adicionando la cláusula 1 de ese contrato y la UAESP decretó la urgencia manifiesta mediante decreto n.º 728 de 2012, para contar con la posibilidad de que otras empresas distintas —estas sí idóneas y capaces desde el punto de vista técnico, operativo y administrativo— pudieran asumir la prestación del servicio público de aseo, obligación que formal y

contractualmente tenían las empresas EAAB y Aguas de Bogotá,-pero que material y realmente no podían cumplirla.

- f. En virtud del Decreto de urgencia manifiesta se efectuaron las siguientes contrataciones: 1. El 18 de diciembre de 2012, el contrato de operación n.º 257 con Ciudad Limpia, para prestar el servicio de aseo en la zona 6 (localidades de Bosa y Kennedy); 2) El 19 de diciembre de 2012, el contrato n.º 260 con Aseo Capital, para prestar el servicio de aseo en la zona 4 (localidades de ciudad bolívar, puente Aranda y Tunjuelito); 3) El 19 de diciembre de 2012, el contrato N.º 261 con LIME, para prestar el servicio de aseo en la zona 1 (localidades de suba y Usaquén); 5) El 21 de diciembre, el contrato n.º 268 con Atesa para prestar el servicio de aseo en la zona 2 (Fontibón y Engativá); 6) El 22 de diciembre de 2012, el otrosí n.º 1 al contrato 260, celebrado con Aseo Capital, con el objeto de que esta última empresa prestara “el servicio de aseo integral en las localidades de Chapinero, Santafé; 7) El 18 de diciembre de 2012, el contrato de operación n.º 257 con Ciudad Limpia, para prestar el servicio de aseo en la zona 6 (localidades de Bosa y Kennedy); 8) El 19 de diciembre de 2012, el contrato n.º 260 con Aseo Capital, para prestar el servicio de aseo en la zona 4 (localidades de ciudad bolívar, puente Aranda y Tunjuelito); 9) El 19 de diciembre de 2012, el contrato n.º 261 con LIME, para prestar el servicio de aseo en la zona 1 (localidades de suba y Usaquén); 10). El 21 de diciembre, el contrato n.º 268 con Atesa para prestar el servicio de aseo en la zona 2 (Fontibón y Engativá); 11) El 22 de diciembre de 2012, el otrosí n.º 1 al contrato 260, celebrado con Aseo Capital, con el objeto de que esta última empresa prestara “el servicio de aseo integral en las localidades de Chapinero, Santafé y Candelaria, y servicio con sistema ampliroll en las localidades de Mártires, Barrios Unidos y Teusaquillo” 12) El 22 de diciembre de 2012, el otrosí 1 al contrato 261 celebrado con LIME, con el objeto de que esta última empresa prestara “apoyo en la operación del servicio de aseo en las localidades de Usme y San Cristóbal y preste el servicio de recolección de cajas tipo ampliroll para usuarios que lo requieren en las localidades de Usme, Antonio Nariño, San Cristóbal y Rafael Uribe Uribe.”.
- g. Acta de terminación y liquidación por mutuo acuerdo el contrato de arrendamiento n.º 16 de 2012, que significó la no entrega de los vehículos objeto del alquiler.

Ahora bien, como complemento probatorio de lo anterior y en relación con el argumento de la sentencia de la Sala Plena Contenciosa *-objeto del presente salvamento de voto-* bajo análisis, debe resaltarse que si bien el fallo disciplinario de primera instancia la autoridad disciplinaria argumentó de forma general que los estudios previos del contrato interadministrativo entre la UAESP y la EAAB tienen apreciaciones vagas e imprecisas sobre la capacidad, experiencia e idoneidad de la última de las mencionadas entidades públicas, esa apreciación encuentra claramente detalle y precisión en el pliego de cargos al señalar las siguientes deficiencias en relación con los estudios previos del convenio 017 del 11 de octubre de 2012”, en el cual manifiesta que:

a) La experiencia relacionada con el servicio público de aseo en la medida en que los estudios previos no se observa un análisis concreto y preciso que sustente la experiencia de la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá, tanto en el acápite de "análisis de las diferentes alternativas que existen para satisfacer la necesidad", "condiciones que debe cumplir o se le exigen a la empresa de servicios públicos que se pretende contratar" "análisis jurídico que soporta la modalidad de contratación", "justificación de los criterios de selección", por cuanto si bien esa entidad tiene una infraestructura administrativa y una sostenibilidad financiera esta ha sido implementada con la experiencia al devenir del área del servicio público de acueducto y alcantarillado exclusivamente que es totalmente

diferente a la del servicio de aseo la cual de acuerdo con la ley - ley 142 de 1994- tiene unos componentes diferentes.

b) El estudio previo pretende asimilar la experiencia para prestar el servicio de acueducto y alcantarillado al servicio de aseo, cuando es claro que la empresa acueducto y alcantarillado Bogotá no contaba con experiencia alguna en ese sector del servicio público;

c) Que los estudios previos no señalan soporte justificación alguna sobre la experiencia concreta de la empresa de acueducto y alcantarillado en relación con conocimientos habilidades y destrezas requeridas para la prestación del servicio público de aseo y que la experiencia al ser un antecedente no podía acreditarse en este caso en la medida en que la empresa de servicios públicos de agua y alcantarillado de Bogotá nunca prestó el servicio público de aseo antes de la celebración del contrato 17 2012 y que aún mas no tenía ese objeto en la medida en que sólo hasta el 5 de septiembre de 2012 unos días antes de la celebración del mencionado contrato se le incluyó ese objeto en sus estatutos.

d) Que la empresa de servicios públicos de acueducto y alcantarillado de Bogotá no tenía idoneidad para la prestación del servicio pese a estudio previo del mencionado contrato se señalaba lo contrario puesto que no al no haber prestado antes del servicio y no existir una reestructuración de la misma para la prestación del servicio no contaba con personal técnico que pudiera realizarlo en la medida en que no contaba con capacidad operativa porque no tenía recurso humano ni flota alguna para prestar ese servicio.

e) Que la ESPN en los estudios previos señaló como razones para la justificación del contrato la necesidad de cumplir con las órdenes de la corte constitucional sin embargo ninguna de ellas exigía expresamente el cambio de un modelo de prestación del servicio de aseo exclusivo en las entidades públicas.

f) Que no era cierto que la única forma de cumplir con las órdenes dadas por la corte constitucional era a través del cambio del modelo de prestación del servicio en cabeza exclusiva de entidades del sector público.

La EAAB para la celebración del contrato 017 de 2012 ni para el día 18 de diciembre del mismo año, no contaba con la capacidad técnica y operativa para asumir la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

Que el día 17 de diciembre de 2012 se dieron tres situaciones en forma simultánea y totalmente diferentes que evidenciaron la falta de capacidad operativa y técnica de la EAAB para prestar el servicio de aseo: 1. Estaba vigente el contrato 0809 de 2012 y en teoría la empresa que estaba obligada a prestar el servicio público de aseo en el cien por ciento de la ciudad era Aguas de Bogotá; 2. la EAAB suscribe dos contratos para adquirir la maquinaria como si esta empresa fuera la que también tuviera la obligación de prestar el servicio, en virtud de la invitación que se había publicado en días anteriores; y 3 la UAESP declara la urgencia manifiesta-para que operadores privados puedan prestar el servicio, situación que de todas maneras no evitó la crisis y emergencia que afrontó la ciudad durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012.

g) Luego de mes y medio de la fecha en que la EAAB asumiría la prestación del servicio público de aseo —18 de diciembre de 2012—, esta entidad inició los trámites contractuales para adquirir la maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, específicamente en lo que correspondía a los vehículos recolectores - compactadores, barredoras, amplirroll y algunas volquetas- (lo cual se evidencia en la invitación pública 804 celebrada en el mes de octubre de 2012 por parte de la EAAB demuestra que esta entidad no tenía la maquinaria y equipos para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá):

“a. En cuanto a la experiencia

Por lo tanto, revisado el contenido de los estudios previos de la UAESP objeto del presente concepto, no se observa un análisis concreto y preciso que sustente la experiencia de la EAAB, para la suscripción del Contrato Interadministrativo n.º 017 de 2012.

Únicamente la UAESP expresó como fundamento de la experiencia de la EAAB lo que a continuación se transcribe, aspectos que no son en ningún caso concretos, sino que, del contenido del estudio previo, pareciera que sirven de soporte para justificar dicha experiencia, lo que denota deficiencias al momento de evaluar este aspecto precontractual.

Así, en la parte final del punto "ANÁLISIS- DE LAS DIFERENTES ALTERNATIVAS QUE EXISTEN PARA SATISFACER LA NECESIDAD", se mencionó lo siguiente: (...)

(...)

Adicionalmente, en el título "CONDICIONES QUE DEBE CUMPLIR O SE LE EXIGEN A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS QUE SE PRETENDE CONTRATAR", se expresó lo siguiente:

(...)

Además, cuando se hace el "ANÁLISIS JURÍDICO QUE SOPORTA LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN"⁵², se menciona que la EAAB "es la empresa oficial que más experiencia en prestación de servicios públicos de saneamiento tiene en el país" y, en la "JUSTIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN", el estudio dice que "En el Distrito Capital no opera una empresa pública o privada con tanta experiencia y capacidad operativa, técnica, comercial" y financiera como la EAAB".

En ese orden de ideas, si bien no se desconoce que la EAAB, en lo que se refiere a la infraestructura administrativa y el músculo financiero, pudiera prestar en debida forma un servicio público, lo que se debe tener en cuenta es que esa infraestructura y fortaleza financiera, además del equipo humano, los vehículos y la maquinaria que posee, fueron establecidos y desarrollados para la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado exclusivamente, .servicios estos que son totalmente, diferentes a la prestación del servicio público de aseo, el cual tiene unos componentes precisos distintos de los desarrollados en los otros dos servicios. Por esta razón, para que la EAAB prestara ese servicio, tendría en primera instancia que adecuar o complementar su estructura organizacional, para que esta fuese concordante con la prestación del servicio de aseo.

A juicio de la Sala, se intentó asimilar la capacidad, experiencia e idoneidad para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado con la que cuenta la EAAB, para la prestación del servicio de aseo, cuando se mencionó que hacía parte de la actividad de saneamiento, aspecto que no se ajusta a la realidad, toda vez que el servicio público de aseo tiene otros componentes que no eran viables desarrollarlos a través de una infraestructura y de una logística que se estableció para una finalidad totalmente distinta.

En este punto es preciso examinar el contenido de la Ley 142 de 1994, respecto de lo que se entiende por saneamiento básico y por los servicios públicos de alcantarillado y aseo así: (...)

Se concluye, entonces, que una parte del saneamiento básico implica el servicio de alcantarillado, en el que la EAAB contaba con experiencia visible y comprobada. Pero otro era la parte del servicio de aseo, sobre el cual no existía evidencia de experiencia por parte de la empresa distrital, como ha quedado previamente expuesto. Por ello, es preciso traer a colación la definición de servicio público domiciliario de alcantarillado y servicio público domiciliario de aseo, consagrado en la Ley 142 de 1994, en donde si bien se comparte el hecho de que se efectúa sobre recolección de residuos, dicha recolección varía en forma sustancial, al incorporar tuberías para el alcantarillado por tratarse de residuos principalmente líquidos, cosa imposible en la de residuos sólidos que requiere recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final, conforme consta en el objeto del Contrato Interadministrativo n.º 017 de 2012.

De esa manera, se echa de menos, en el contenido de los estudios previos aquí analizados, el soporte que justifique la experiencia concreta de la EAAB que demuestre los conocimientos, habilidades y destrezas requeridas para desarrollar el objeto del contrato

interadministrativo n.º 017 de 2012, ya que únicamente se hacen apreciaciones desarticuladas que en manera alguna pueden servir de soporte para demostrar este aspecto necesario para la selección del contratista como ha quedado previamente expuesto.

En el mismo sentido, es imposible justificar experiencia en la prestación del servicio de aseo, por cuanto, como se plasmó anteriormente, únicamente hasta el día 5 de septiembre de 2012 —26 días antes de la elaboración de los estudios y 36 días antes de la suscripción del contrato interadministrativo 017 de 2012— se incluyó dentro del objeto de la EAAB la posibilidad de prestar el servicio de aseo, situación que denota en forma clara que la EAAB nunca desarrolló la prestación del servicio público de aseo, por lo que no existe forma de demostrar experiencia en este tema.

Por lo anterior, se concluye que la EAAB no contaba con experiencia alguna que justificara su elección para ejecutar el objeto del contrato interadministrativo n.º 017 de 2012, consistente en la gestión y operación del servicio de aseo -en el área de la ciudad de Bogotá con todos sus componentes.”²³⁵.

Por otra parte en cuanto a la idoneidad y la capacidad operativa la autoridad disciplinaria en el pliego de cargos señaló:

“b. En cuanto a la idoneidad y la capacidad operativa

Sobre este punto, en los estudios previos objeto del presente concepto se indicó lo siguiente:

(...)

Sumado a lo anterior, se afirmó que se recomendaba contratar con la EAAB por cuanto “las complejidades del servicio requieren que quien asuma su prestación sea una empresa oficial de servicios públicos que reúna las condiciones técnicas, jurídicas de conocimiento y financieras satisfactorias para la entidad y favorables para el interés público; así mismo, que la Unidad tenga la garantía de que dentro de la inmediatez con la que se requiere comenzar la ejecución del contrato de operación, el contratista cuente con los recursos humanos, técnicos y financieros para asumir adecuadamente la prestación del servicio, como corresponde a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de la ciudad de Bogotá”, aspecto que no se compadece con la realidad comercial de la EAAB, por cuanto, tal y como se observa a continuación, no contaba con los recursos humanos y técnicos para ejecutar el objeto contractual.

Así, la anterior afirmación se desprende del propio contenido de los estudios previos, toda vez que, al momento de analizarse los riesgos de la contratación en el mencionado estudio, se incluyeron como factores de riesgo en el tema operativo los siguientes:

(...)

De lo anterior, se observa con facilidad que la EAAB no contaba, al momento de la expedición del estudio previo, con los recursos humanos y técnicos para asumir adecuadamente la prestación del servicio de aseo en Bogotá, evidenciándose fallas en el cumplimiento del deber de selección objetiva al que anteriormente se ha hecho referencia, ya que su capacidad operativa, al momento de la estructuración de los estudios previos y del Contrato n.º.017 de 2012, no permitía la ejecución en debida forma del contrato.

A pesar de esto, el mencionado estudio en el ítem “ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES ALTERNATIVAS QUE EXISTEN PARA SATISFACER LA NECESIDAD” se asevera que se decidió contratar con la EAAB “por ser esta forma contractual y modo de prestación del servicio, los que aseguren su prestación eficiente y oportuna, la disponibilidad de flota y equipos de nueva tecnología la gobernabilidad y control de la prestación del servicio por la Entidad Territorial”, aspecto que por ninguna parte observa la Sala, ya que incluso, como se mencionó anteriormente, era necesario comprar los vehículos para la prestación del servicio, situación que inexplicablemente fue tomada como un riesgo de la contratación.

De esa manera, no es comprensible que se manifieste que la EAAB asegurara la disponibilidad de la flota para la recolección de basuras y que ello, al mismo tiempo, implicara un riesgo para la contratación, por cuanto no se poseía dicha flota. Por ello, era

²³⁵ Pliego de cargos pagina 20 a 23. Expediente – cuaderno anexos N° 62.

necesario comprar dicha flota, con todo lo que ello significó como más adelante se analizará.”²³⁶.

También señaló que en los estudios previos se hicieron otras apreciaciones contrarias a la realidad, pues la corte constitucional no ordenó implementar el sistema de servicio público de aseo de naturaleza pública y que en los estudios previos el contrato 17 de 2012 se hicieron apreciaciones contrarias a la realidad:

“Ahora bien, frente a las órdenes fijadas en dicha providencia, se puede afirmar que en los estudios previos del contrato interadministrativo 017 de 2012 se efectuaron unas afirmaciones que no se compadecieron con la realidad.
(...)

En efecto, se mencionó en los estudios que “la Corte coloca en cabeza exclusivamente de la administración distrital la responsabilidad por cumplir las órdenes impartidas en estas 3 providencias, sin que los operadores privados estén obligados a asumir responsabilidad alguna al respecto, y por lo tanto implementar las acciones-afirmativas para la inclusión de la población Recicladora de oficio en la actividad de aprovechamiento de residuos sólidos en el marco del servicio de aseo.

Lo anterior, según la UAESP, dio sustento para entender que con dicha directriz de la Corte Constitucional se “obliga a que el nuevo operador que se contrate mientras se implemente de manera definitiva al esquema operativo y de contratación del servicio de ase (sic) en el Distrito Capital, se surtan los trámites para la aprobación del estudio, de verificación de motivos ante la CRA y se surta el proceso precontractual que corresponda, sea una entidad oficial del nivel distrital que tenga en su objeto la prestación del servicio público domiciliario de aseo.” (Resaltado fuera de texto)

Al respecto, no se observa el nexo causal entre las órdenes de la Corte y la obligatoriedad que deduce la UAESP respecto a que tuviera que hacer la contratación con una entidad oficial del Distrito que tuviera en su objeto la prestación del servicio público domiciliario de aseo, pues lo cierto es que, por un lado, en el régimen de libertad de empresa que regía en el momento o en cualquier otro esquema sí era posible implementar las acciones afirmativas para la inclusión de la población recicladora de oficio en la actividad de aprovechamiento de residuos sólidos en el marco del servicio de aseo. Es decir, no es cierto, como se sostiene en los estudios previos y demás documentos relacionados con la contratación, que la única forma de implementar acciones afirmativas era únicamente que el Distrito asumiera la prestación del servicio a través de una entidad de carácter público.”.

(...)

“Por el otro, muchas de las acciones afirmativas eran de carácter genérico, las cuales no guardaban una estrecha relación con la forma o el esquema aplicable para la prestación del servicio de aseo, y menos que estas acciones afirmativas se pudieran cumplirse únicamente en el entendido de que una empresa del Distrito asumiera la prestación del servicio de aseo en toda la ciudad.”.

(...)

En tal sentido, en los estudios elaborados por la UAESP se insistió en el argumento de que la única forma de cumplir lo ordenado por la Corte Constitucional era que una empresa del Distrito asumiera el servicio, argumento que por las razones expuestas no fue cierto.”.

De acuerdo con lo anterior y teniendo presente las pruebas antes mencionadas, es claro que la autoridad disciplinaria en la actuación sancionatoria *-específicamente en el pliego de cargos-* expresamente detalló las razones fácticas y jurídicas por las cuales consideró que los estudios previos para la celebración del contrato 17 de 2002 de la UAESP con la EAAB tenían deficiencias. No debe olvidarse que el pliego de cargos es la columna de la imputación disciplinaria y se integra de forma expresa, tácita o por remisión al fallo disciplinario de manera que en este último no necesariamente deben transcribirse los argumentos del primero sino es que suficiente que a él se haga alusión.

²³⁶ Pliego de cargos pagina 23 a 25. Expediente – cuaderno de anexos N° 62.

En ese orden de ideas, en el presente caso, con el debido respeto considero que contrario a lo expuesto en por la Sala Plena, es claro que, el operador disciplinario sí expuso las razones por las cuales consideraba irregular el pliego de cargos, con las cuales coadyuvo al sustento de la imputación de la falta disciplinaria señalada en el círculo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002 que reprocha precisamente el desconocimiento de los principios de la contratación estatal, en este caso el de selección objetiva que obliga una correcta elaboración de los estudios previos en la contratación estatal.

2.2.1.2.2 No hubo traslado total de responsabilidades de la EAAB a la EAB sino subcontratación parcial, pues la cláusula 17 del Contrato N° 17 de 2012 (suscrito entre la EAAB y la EAB) permita a la EAAB subcontratar y apoyarse en otras empresas.

En relación con este argumento una vez revisado el expediente se observan las siguientes pruebas cuales se enunciaran y expondrán en su contenido:

- a. El Contrato 0809 de 2012 se encuentra en los folios 1 a 15 del anexo N° 15, por medio del cual Aguas de Bogotá no se describió o concretó una o varias actividades de los componentes del servicio de aseo que, bajo el apoyo requerido, debía ser desarrollada por el contratista, ni tampoco describió o precisó una o más zonas de la ciudad donde se prestaría el servicio por Aguas de Bogotá.
- b. Manual de Contratación de la EAAB ESP, adoptado mediante resolución No. 0730 del 16 de noviembre de 2012, en el artículo 30 establece como una de las modalidades de contratación directa, la siguiente: "Cuando la empresa incurriere en otra área de negocios o asuma la prestación de otros servicios públicos domiciliarios, con el fin, de garantizar la prestación del nuevo servicio o asumir la nueva línea de negocios, se podrá acudir a la contratación directa para adquirir los bienes o los suministros o los servicios que le permitan la puesta en marcha del nuevo negocio". Una cosa es la contratación directa que se realiza para adquirir bienes, suministros o ciertos servicios que se requieran para afrontar los compromisos de un contrato a través del cual se afronta un reto para la prestación de un servicio que no es el fuerte de la empresa, y otra muy distinta es desprenderse de forma total de la labor encomendada, que en este caso fue la operación para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, quedándose solo con una labor de dirección y de vigilancia sobre el desarrollo de dicha operación.

Ahora bien, de las pruebas anteriores se desprende que el contrato interadministrativo 017 del 11 de octubre de 2012 (UAESP y EAAB) dejó abierta la posibilidad de que esta última pudiese contratar por actividades o zonas de la ciudad con empresas de servicios públicos de aseo la prestación del servicio por actividades o zonas de la ciudad, pero mediante el contrato 809 de 2012 esta posibilidad se convirtió en que todas y cada una de las obligaciones que había asumido la EAAB fueron asumidas por la empresa Aguas de Bogotá, tal y como se desprende de la cláusula primera del contrato interadministrativo N° 1-07-10200-0809-2012 del 4 de diciembre de 2012, es decir no se trataba de una subcontratación parcial sino de una subcontratación total en la EAB, lo cual se evidencia con que para poder contratar con otras empresas privadas tuvo que expedirse un decreto de declaración de urgencia.

2.2.1.2.3 Las pruebas analizadas por la PGN -Revisoría fiscal efectuada por la firma Deloitte & Touche Ltda y el informe de auditoría de noviembre de 2011 elaborado por la Contrataría Distrital de Bogotá- no son concluyentes ni plena prueba para determinar que la EAB no tenía capacidad económica no son concluyentes dado

que no se allegaron los estados financieros de la entidad²³⁷ y por el contrario la propuesta contractual de EAAB y de EAB, así como los testimonios de los asesores de la alcaldía de Bogotá en el procesos de diseño e implementación del nuevo modelo de aseo basura cero del distrito capital de Bogotá Jorge Pino Ricci y Marino Tadeo Henao Ospina señala la idoneidad de EAAB para prestar el servicio de aseo.

En atención al Informe de Auditoría de noviembre de 2011 a EAB (así como a las demás pruebas señaladas al inicio de este acápite relacionadas con la capacidad financiera de la EAB) -INFORME DE AUDITORIA ABREVIADA AGUAS DE BOGOTÁ S.A E.S.P, realizado por la Dirección Sector Hábitat y Servicios Públicos del Contraloría de Bogotá-, en el que se concluyó que respecto de los estados financieros de dicha empresa, desde esa fecha "CONCLUSIÓN. El resultado del análisis a los estados financieros, compromete la viabilidad en el corto, mediano y largo plazo de Aguas de Bogotá S.A. ESP, conclusión que se basa en lo que a continuación se describe: "A 30 de junio de 2011, Aguas de Bogotá S.A. ESP, arroja déficit de \$ -1.710,8 millones; al cierre del 2010, la empresa mostró utilidades con ocasión de la temporalidad del manejo del Relleno Sanitario Doña Juana; sin embargo, por más de cuatro vigencias ha cerrado su gestión con saldo negativo, tal como se muestra en el siguiente cuadro. (...). Por último, esta auditoría establece de manera general que Aguas de Bogotá S.A. ESP, es inviable financieramente en razón a los resultados de su gestión "desde el inicio de la operación de la empresa dados los márgenes de costos y gastos en los que incurre para su funcionamiento ya que los mismos superan el nivel de ingresos, así mismo la incertidumbre en los ingresos los cuales están supeditados a los negocios" que pueda entregar la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ya que no se evidencia una política clara que permita incursionar en otros negocios; adicionalmente, presenta debilidades en el manejo administrativo en lo que hace referencia al manejo de inventarios y gestión documental".

De acuerdo con las pruebas antes mencionadas, la posición jurídica de la suscrita frente a la falta imputada –artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002-, se circunscribe a que los cargos de atipicidad presentados por el demandante y acogidos en la sentencia de la Sala Plena Contenciosa -*objeto del presente salvamento de voto*- no se encuentran probados y en consecuencia la falta disciplinaria si se encuentra acreditada, además por las siguientes razones:

a) Deficiencias en los estudios previos del contrato 017 de 2012.

De conformidad con los estudios previos del contrato 17 de 2002 en contraste con los argumentos justifica 809 de 2012, es claro que la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá, contrario a lo señalado en el mencionado estudio, no tenía experiencia en el área de servicio de aseo, puesto que: 1) históricamente siempre se había desempeñado en otro rubro de los servicios públicos –*acueducto y alcantarillado*-, 2) una de las justificantes para la celebración del contrato 809 de 2012 precisamente fue el reconocimiento de que EAAB iba a incursionar en una nueva rama de un servicio público que nunca antes había prestado, 3) la experiencia como concepto fenomenológico y jurídico es una condición antecedente y nunca concomitante o futura al momento en el cual se exige, 4) la EAAB no tenía capacidad operativa pues no contaba con maquinaria ni recurso humano aplicable al nuevo servicio que pretendía prestar, al punto que tuvo que suscribir con posterioridad a la suscripción del contrato 17 de 2012 múltiples contratos para la adquisición de la maquinaria respectiva la cual incluso fue recibida con posterioridad al inicio de la operación.

b) Falta de estudios previos en el contrato 809 de 2012 (De EAAB y EAB) y carencia de experiencia de EAB.

Esto por cuanto tal y como lo señala la autoridad disciplinaria en los actos administrativos acusados estos no se realizaron, pues los documentos que dentro de la investigación disciplinaria se presentaron corresponden al contrato 17 de 2012 (entre la UAESP y el EAB) –*asunto que por demás no fue analizado en la sentencia de la Sala Plena*

²³⁷ Folio

Contenciosa -objeto del presente salvamento de voto- pues únicamente se refirió a los estudios previos del contrato 17 de 2012, pese a que la sanción disciplinaria tuvo lugar por los estudios previos de ese contrato como del contrato 809 de 2012-.

En cuanto a la experiencia de la EAB –aun sin estudios previos- al observar la propuesta de esa entidad se observa que carecía de esta por cuanto se expresó únicamente como fundamento únicamente la experiencia en la Administración y Operación del Relleno Sanitario de la Ciudad, eso no corresponde al objeto del contrato que es entre otros la recolección, transporte y descargue de residuos, al barrido y limpieza integral de las vías, al corte de césped y la poda de árboles –es decir no tenía acreditados los conocimientos, habilidades y destrezas adquiridas o desarrolladas necesarias para el ejercicio de las mencionadas actividades-

Por otra parte en cuanto a la idoneidad y la capacidad operativa de la EAB –aun sin estudios previos- se observa de la propuesta que presenta la entidad solo es en cuanto a proyección de personal a vincular, equipos a adquirir y modificación de su estructura organizacional para incluir la subdirección por cada proyecto de ejecución, es decir al momento de la celebración del contrato no contaba con capacidad alguna para desarrollar el contrato, por lo tanto la situación que presentaba EAB era la de una empresa que iba a empezar a desarrollar un nuevo negocio, sobre el cual no tenía experiencia, ni personal, ni equipos, ni mucho menos capacidad organizacional establecida, lo que (a obligaba a adelantar los cambios correspondientes para ejecutar esta alternativa de negocio), lo cual se evidencia también con la subcontratación²³⁸ que siguió a este contrato para poder suplir su falta de capacidad.

Por otra parte se observa que la situación financiera de la empresa Aguas- de Bogotá no gozaba de unas condiciones razonables para que le fuera entregada la prestación de este servicio de tanto impacto en la ciudad y sobre el cual -se debía proteger con mayor

²³⁸ **1)** Contrato 4 Razón social del contratista: UNIÓN TEMPORAL ASEO DISTRICAPITAL, Contrato de arrendamiento de equipos, Suscripción del contrato: 9 de diciembre de 2012; **2)** Contrato 5 Razón social del contratista: HOSPITAL DE USAQUEN ESE, Contrato de prestación de servicios Suscripción del contrato: 10 de diciembre de 2012; **3)** Contrato: 6, Razón social del contratista: SERVICE ASOCIADOS LTDA. Contrato de suministro de dotaciones, Suscripción del contrato: 10 de diciembre de 2012; **4)** Contrato: 7, Razón social del contratista: JAS SEGURIDAD INDUSTRIAL SAS. Contrato de suministro de dotaciones. Suscripción del contrato: 11 de diciembre de 2012; **5)** Contrato: 9 Razón social del contratista: COONATRANS Contrato de transporte – volquetas; **6)** Contrato: 10. Razón social del contratista: INDUSTRIA DE CALZADO JOVICAL SA Suscripción del contrato: 12 de diciembre de 2012. Contrato de suministro de dotaciones; **7)** Contrato: 11 Razón social del contratista: ALTALENE SA Suscripción del contrato: 12 de diciembre de 2012. Contrato de suministro de bolsas; **8)** Contrato: 12 Razón social del contratista: ARTÍCULOS DE SEGURIDAD SAS Suscripción del contrato: 12 de diciembre de 2012. Contrato de suministro de dotaciones; **9)** Contrato: 13 Razón social del contratista: TECNICARGA LOGÍSTICA SAS Suscripción del contrato: 13 de diciembre de 2012. Contrato de transporte – volquetas; **10)** Contrato:14 Razón social del contratista: TRANSPORTES TRIPLE A SAS Suscripción del contrato: 13 de diciembre de 2012 Contrato de transporte – volquetas; **11)** Contrato: 15 Razón social del contratista: SESPA ANTANDER S.A. E.S.P. Suscripción del contrato: 13 de diciembre de 2012. Contrato de transporte – Compactadores; **12)** Contrato: 16 Razón social del contratista: UNIÓN TEMPORAL ASEO DISTRICAPITAL Contrato de arrendamiento de equipos Suscripción del contrato: **14)** 13 de diciembre de 2012. **15)** Contrato: 17 Razón social del contratista: TEC AMERICA SAS Suscripción del contrato: 14 de diciembre de 2012. Contrato de prestación de servicios y alquiler de equipos. **16)** Contrato: 18 Razón social del contratista: FACTORY BLA SAS Suscripción del contrato: 14 de diciembre de 2012. Contrato de arrendamiento de vehículos. **17)** Contrato: 19 Razón social del contratista: SESPA SANTANDER S.A. E.S.P. Suscripción del contrato; 14 de diciembre de 2012. Contrato de transporte – compactadores; **18)** Contrato: 20 Razón social del contratista: TRANSARAMA SAS Suscripción del contrato: 15 de diciembre de 2012. Contrato de arrendamiento de vehículos; **19)** Contrato: 21 Razón social del contratista: SESPA SANTANDER S.A. E.S.P. Suscripción del contrato: 18 de diciembre de 2012, Contrato de transporte – volquetas; **20)** Contrato: 22 Razón social del contratista: TECNICARGA LOGÍSTICA SAS Suscripción del contrato: 18 de diciembre de 2012. **Contrato de transporte – volquetas; 21)** Contrato: 23 Razón social del contratista; TRANSPORTES TRIPLE A SAS. Suscripción del contrato: 18 de diciembre de 2012. Contrato de transporte – volquetas; **22)** Orden: 37 Razón social del contratista: TERCERIZAR SAS Suscripción del contrato: 13 de diciembre de 2012. **Orden de prestación de servicios - vinculación de personal; 23)** Orden: 38 Razón social del contratista: SERVÍ - INDUSTRIALES & MERCADEO SAS Suscripción del contrato: 11 de diciembre de 2012. **Orden de prestación de servicios - vinculación de personal; 24)** Orden: 43 Razón social del contratista: ACEPIN SAS. Suscripción del contrato: 14 de diciembre de 2012. Orden de suministro cepillos. **25)** Orden: 44 Razón social del contratista: SOLUCIONES SURAMERICANÁ LTDA. Suscripción del contrato: 13 de diciembre de 2012; **26)** **Orden de suministro cepillos y palas; 27)** Orden: 45 Razón social del contratista: SOLUCIONES SURAMERICANÁ LTDA. Suscripción del contrato: 13 de diciembre de 2012. **Orden de suministro cepillos y palas.**

cuidado los recursos-públicos invertidos en desarrollo de este servicio en la medida en que sus estados financieros demostraban que estaba en crisis.

En ese orden la suscripción del convenio 0809 de 2012 y las deficiencias por falta de los estudios respectivos, deja ver que con la suscripción de dicho contrato se desconocieron las normas contractuales vigentes y se puso en riesgo la continuidad de la prestación del servicio, público de aseo en la ciudad de Bogotá. En efecto, tanto la EAAB como la empresa Aguas de Bogotá no eran capaces técnica ni operativamente para asumir la prestación del servicio, entidades que tampoco contaban con la experiencia, requerida ni con las condiciones financieras, como pasó de manera particular, con la empresa Aguas de Bogotá.

En ese orden ideas, las anteriores inconsistencias, además de demostrar la 'falta de capacidad de las empresas del Distrito y la correlativa falta de planeación a la hora de determinar qué se necesitaba realmente para asumir la prestación del servicio público de aseo, también ratifican' que los tiempos entre la realización de los estudios, los trámites contractuales para adquirir los medios técnicos que hacían falta y la fecha en que el Distrito asumiría la prestación del servicio eran demasiados cortos, aspecto que de por sí impedía que la EAAB o Aguas de Bogotá, asumiera la prestación del servicio.

Ahora bien, todo lo anterior claramente encaja en la falta descrita en el artículo 48 (numeral 31) de la Ley 704 de 2002 que reprocha la participación en la actividad precontractual desconociendo los principios de la contratación estatal entre ellos el de selección objetiva el cual exige que la contratista *-independientemente de su naturaleza pública o privada-* cuente con la experiencia y la capacidad (técnica, administrativa y operativa) para el desempeño del servicio a fin de evitar que postteriormente no pueda asumir el servicio, se generen gastos adicionales o perturbaciones en el servicio, como ocurrió en este caso. Por lo anterior considero que si está probada la falta disciplinaria en cuestión.

B) EN RELACIÓN CON LA FALTA DISCIPLINARIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 48 (NUMERAL 60) DEL CDU -EJERCICIO DE LAS POTESTADES QUE EL EMPLEO O FUNCIÓN CONCEDAN PARA UNA FINALIDAD DISTINTA A LA PREVISTA EN LA NORMA OTORGANTE-

En la sentencia de la Sala Plena Contenciosa *-objeto del presente salvamento de voto-* presentada a la Sala contenciosa administrativa se señaló que no se configuró típicamente la falta disciplinaria porque no se *demonstró un interés ilegítimo al expedir el DECRETO 564 de DICIEMBRE DE 2012*²³⁹, **se desvirtuaron las** razones que adujo la expedición de ese acto administrativo *-la implementación de un modelo de aseo en el que el aprovechamiento y gestión de los residuos sólidos fuera privilegiado teniendo como prestadores a las familias recicladoras-*, *ni se desvirtuó la* duda razonable en relación con la finalidad de ese acto administrativo las cuales derivan de interpretaciones de varias autoridades *-Juzgado 13 Administrativo de Bogotá y Fiscalía General de la Nación-*. Sobre el particular obran en el expediente las siguientes pruebas:

1. Acuerdo del consejo de Bogotá N° 489 de 2012, por el cual se adoptó el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas para Bogotá, en el periodo 2012 - 2016, anexo n° 10.

²³⁹ Por el cual "se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los autos números 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012."

2. Registros de medios de comunicación -noticias de 13 y 14 de noviembre de 2012, en donde el alcalde, mantuvo la posición de que el único que podía prestar el servicio a partir del 18 de diciembre de 2012 era la EAAB. Anexo 28.
3. Oficios n.º 102382 del 6 de julio de 2012, (anexo n.º 1), oficio n.º 120951 del 10 de agosto de 2012, (anexo 1) y oficio n.º 51113 del 27 de marzo de 2013, suscritos por la Procuradora Delegada Preventiva para la Función Pública enviado al director de la UAESP, donde pone de presente el régimen constitucional y legal de libertad de empresa en la prestación del servicio público domiciliario de aseo, esto debido a la negación de una solicitud de una empresa privada para ingresar al Relleno Sanitario de Doña Juana, Anexo 1.
4. Oficio n.º 132557 del 5 de septiembre de 2012, (anexo n.º 1) suscrito por la procuradora delegada preventiva para la Función Pública y enviado a la señor alcalde mayor de Bogotá GUSTAVO FRANCISCO RETRO URREGO, en el cual, en virtud del anuncio de que se iba a constituir una empresa pública para la prestación del servicio público de aseo, la funcionaria con funciones preventivas le hizo saber al señor alcalde mayor de Bogotá, entre otras cosas, que el régimen de libertad de empresa existía desde el año 2011, tras la terminación de los contratos de concesión de áreas de servicio exclusivo. (anexo 1).
5. Oficio n.º 163319 del 30 de octubre de 2012 suscrito por la procuradora delegada preventiva para la Función Pública y enviado a gerente general de la EAAB, en el cual se le puso de presente que se estaba violando el régimen constitucional y legal de LIBERTAD DE EMPRESA Y DERECHO DEL USUARIO A LA LIBRE ESCOGENCIA DEL PRESTADOR. (Anexo 5).
6. Actas del 7 y 13 de noviembre de 2012, (anexo n.º 5), que corresponden a reuniones de los días 7 y 13 de noviembre de 2012, en la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública, en las que estuvieron presentes varios funcionarios de distintas entidades, entre ellas la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública, Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), Ministerio del Medio Ambiente, UAESP y la EAAB. (anexo 5), en las cuales el gerente general de la EAAB expuso (sesión 7 de noviembre de 2012) las razones por las cuales el Distrito consideraba que para la prestación del servicio público de aseo no había regulación que estableciera la libertad de empresa y que la única forma de poder cumplir con las órdenes de la Corte Constitucional era que la EAAB asumiera de forma exclusiva la prestación del servicio de aseo, y en la sesión del 13 de noviembre de 2012) todas las entidades de control le hicieron saber a la EAAB y la EAB que constitucionalmente rige para los servicios públicos domiciliarios el principio de libertad de empresa y que la decisión de que la EAAB asumiera la prestación del servicio no podía impedir que otros operadores compitieran y prestaran en el servicio en igualdad de condiciones y que la única excepción era una limitación de orden legal como lo eran las Áreas de Servicio Exclusivo. En esas reuniones la CRA explicó que para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional y remunerar la actividad de los recicladores, se podía hacer en el régimen de libertad de empresa –por cuanto estaba vigente la Resolución CRA 351 de 2005 la cual contenía la metodología tarifaria para remunerar dichos servicios, de manera

que no era necesario ni estaba dentro de las órdenes dadas por la corte constitucional el cambio de modelo de prestación del servicio público de aseo y menos con la limitación de uno de los principios que lo rigen como era el de la libertad de empresa (Acta del 13 de noviembre de 2012, referida a la intervención de la CRA. anexo n.º 5).

7. Oficio de 30 de noviembre de 2012 suscrito por la procuradora delegada preventiva para la Función Pública dirigido al alcalde mayor de Bogotá y el director de la UAESP, en el cual le pone de presente el principio de libertad de empresa y libre competencia, la libre elección del prestador, el plan de la inclusión de la población recicladora y sobre las órdenes dadas por la Corte Constitucional y en Colombia solo podía haber régimen de libertad de empresa, a menos que se implementara las Áreas de Servicio Exclusivo en virtud de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, excepción que no era el presente caso. (anexo 1).
8. Oficio 479123 del 31 de diciembre de 2012 suscrito por el superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, enviado a la Procuraduría Delegada Preventiva, en el cual realiza un informe de todas las advertencias que esa Superintendencia le hizo durante el segundo semestre del año 2012 –el oficio n.º 20124210716171 del 17 de septiembre de 2012, oficio n.º 20124300810901 del 25 de octubre de 2012, y oficio n.º 20124300871211 del 19 de noviembre de 2012- al señor alcalde mayor de Bogotá y a los demás funcionarios del Distrito sobre la violación de la libertad de empresa con implementación del nuevo esquema del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. (anexo 1 y 14).
9. Oficio del 31 de octubre de 2012 suscrito por el señor contralor distrital y dirigido al alcalde de Bogotá en el cual le informa que ni la UAESP ni el Acueducto de Bogotá tendrían la competencia para administrar las operaciones de servicio en la ciudad, y mucho menos delimitar zonas de servicio exclusivo, so pena de incurrir en extralimitación de funciones públicas, conforme a la prohibición contenida en el artículo 121 de la Constitución Política (anexo 3), en el cual le indica que los usuarios tienen derecho a la *libre elección del prestador del servicio y, del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización, a través de la posibilidad de escogencia del operador, por parte del usuario, en un mercado de libre competencia, salvo la excepción de los usuarios cobijados por un área de servicio exclusivo, por lo que ante la ausencia de zonas de servicio exclusivo (ASE), el régimen aplicable es el de la libre competencia, el cual implica que la intervención del Distrito se limite como garante del servicio a cubrir la totalidad del territorio, pero no puede entrar a ser un sujeto regulador ni controlador, toda vez que la competencia para este escenario está en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tal y como lo establecen los artículos 77 y 79 de la Ley 142 de 1994, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 689 de 2001.*
10. Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 proferido por el alcalde mayor de Bogotá.
11. Otro si al contrato 017 del 11 de octubre de 2012, celebrado entre la EAAB y EAB.
12. Decreto de urgencia manifiesta n.º 728 de 17 de diciembre de 2012 expedido por el alcalde de Bogotá.

De las pruebas antes resaltadas, se puede observar que conformidad con los artículos 333, 365, 367 de la Constitución Política y artículos 2, 3, 19, 11, 22 y 30 de la Ley 142 de 1994, así como en múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado la libre competencia es la regla general del mercado de los servicios públicos teniendo como única restricción las impuestas por la ley, a saber siendo la más importante, la que corresponde a las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) previstas en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 que tiene el propósito de extender la cobertura a las personas de menores ingresos estableciendo una zona geográfica en la que ninguna otra empresa ofrezca los mismos servicios por un tiempo determinado, previa verificación de motivos de la Comisión de Regulación respectiva.

Por otra parte la Corte Constitucional en sus órdenes señaló que se debía incluir a la población recicladora en la prestación del servicio de aseo, bien en el esquema de libre competencia u otro legalmente posible, específicamente de acuerdo a la normatividad existente. Esto es la Corte Constitucional para garantizar la inclusión de los recicladores, en ningún momento señaló que en el régimen de libertad de empresa no se podía cumplir dicha obligación.

Ahora bien en el presente caso aun cuando en la sentencia de la Sala Plena Contenciosa *-objeto del presente salvamento de voto-* se refiera a una decisión contenciosa del juzgado 13 administrativo de Bogotá que negó la nulidad del mencionado decreto *-que no está en firme por cuanto está siendo conocida por el Consejo de Estado en segunda instancia-* y una parte no concluyente de un auto de la corte constitucional proferido en el marco del cumplimiento de las medidas de vinculación de la población recicladora en el sistema de prestación del servicio público de aseo, del cual en la sentencia de la Sala Plena Contenciosa *-objeto del presente salvamento de voto-* se deriva una duda sobre la limitación o no de la competencia con las actuaciones del demandante, lo cierto es que el elemento que estructura la tipicidad no se circunscribe a la interpretación del mencionado decreto sino que también se amplía a todas las actuaciones realizadas por el disciplinado demandante que se reflejan y complementan en otros instrumentos jurídicos como son el contrato 17 de 2012 (UAESP y EAAB), así como la negativa la entrada al lugar de depósito final doña Juana para los prestadores particulares.

En ese orden, además de que las decisiones señaladas en la sentencia de la Sala Plena Contenciosa *-objeto del presente salvamento de voto-* no son pertinentes concluyentes y definitivas para considerar que hay dudas sobre si el actor entre otros instrumentos con el decreto mencionado limitó la libertad de competencia, estos no tendrían la virtud de crear tal situación de duda por cuanto la falta del actor va más allá de la expedición del mencionado decreto y comporta la forma como el mismo se ejecutó. Por lo anterior considero que si está probada la falta disciplinaria en cuestión.

C) EN RELACIÓN CON LA FALTA DISCIPLINARIA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 48 (NUMERAL 37) DEL CDU –PROFERIR ACTOS ADMINISTRATIVOS, POR FUERA DEL CUMPLIMIENTO DEL DEBER, CON VIOLACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES O LEGALES REFERENTES A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, ORIGINANDO UN RIESGO GRAVE PARA LA SALUD HUMANA O EL MEDIO AMBIENTE-.

De conformidad con la sentencia de la Sala Plena Contenciosa *-objeto del presente salvamento de voto-* la autoridad disciplinaria no probó el riesgo grave para la salud del

medio ambiente ocasionado por el disciplinado. En el expediente obran las siguientes pruebas:

a. Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, dictamen pericial técnico – *incluido y examinado en detalle el pliego de cargos*-, la cual, una vez estudió los registros de los hechos que se presentaron durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 (anexo n° 17), a fin de determinar el tipo de riesgo incluyendo su grado de identidad, se determinó, entre otras cosas, lo siguiente:

- a. La disminución de la recolección de residuos sólidos domiciliarios durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 generaron un grave daño al medio ambiente afectando el agua, el suelo, el aire, pues se estima que esos estos días se pudo tener más de 9.350 toneladas aproximadamente de residuos domiciliarios en las calles de la ciudad de Bogotá D.C, generando un riesgo de exposición a la salud de los ciudadanos.
- b. Los residuos sólidos expuestos durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 iniciaron una natural descomposición que generaron en la atmósfera olores ofensivos y perjudiciales para la salud de la ciudadanía, hecho que va en contra del artículo 73 del Decreto 2811 de 1974 que dice; “corresponde al gobierno mantener la Atmósfera en condiciones que no causen molestias o daños o interfieran el desarrollo normal de la vida humana, animal o vegetal y de los recursos naturales renovables”.
- c. La exposición de los residuos sólidos incidieron en la transmisión de algunas de ellas tal como se muestra en la tabla n.º 1 donde refleja los diferentes patógenos presentes en los residuos sólidos y la enfermedad que pueden causar, y la tabla n° 3 que destaca los principales vectores asociados a la mala gestión de los residuos sólidos y su posible enfermedad. Por lo anterior, la población del casco urbano de la ciudad de Bogotá D.C. se encontró expuesta a los diferentes tipos de enfermedades anteriormente mencionados.
- d. La costumbre de la población de mezclar los residuos con materiales peligrosos tales como vidrios rotos, metales, jeringas, hojas de afeitar, excrementos de origen humano o animal e, incluso, con residuos infecciosos de establecimientos hospitalarios y sustancias de la industria, sumado al gran número de este material expuesto en las calles pudo causar lesiones a los operarios de la recolección de basura poniéndolos en un alto riesgo, (...)
- e. La recolección de los residuos sólidos domiciliarios en volquetas conllevó a inobservar incumplimientos, por ejemplo, del artículo 41 del Decreto 948 de 1995 que dice “obligación de cubrir la carga contaminante”, pues en el proceso de recolección los residuos estaban expuestos al viento y a la lluvia emitiendo gases, partículas o sustancias volátiles de cualquier naturaleza. Además, el incumplimiento del artículo 51 del Decreto 605 de 1996 y del RAS título F en la sección F.3.3.6, en las cuales se menciona que **los vehículos destinados para la recolección y transporte de residuos sólidos deben estar cerrados, deben impedir la pérdida de lixiviados**, deben contar con estribos para el fácil acceso de personal, deben estar diseñados de tal manera que eviten al máximo la dispersión de basura y disminuir el riesgo del contacto con la lluvia, y deben estar debidamente identificados. Así mismo, el numeral 3 del artículo 77 del Decreto 1713 de 2002, modificado por el artículo 10 del Decreto 3695 de 2009, establece lo siguiente: "El transporte debe realizarse en vehículos debidamente cerrados o cubiertos y adecuados para tal fin y que impidan el

esparcimiento de los residuos y el vertimiento de los líquidos". Al respecto, cabe resaltar que **las volquetas que fueron utilizadas durante los días 18,19 y 20 de diciembre de 2012 no contaron con las especificaciones técnicas para garantizar estos requerimientos de orden reglamentario.**

- f. El art. 49 del Decreto 1713 de 2002 tiene relación con las *Características de los vehículos transportadores de residuos sólidos*. Dicha norma dice que **los Distritos y Municipios con más de 8.000 usuarios en el servicio público domiciliado de aseo deberán contar con equipos de compactación de residuos**. De esa manera, Bogotá D.C., cuenta con una población aproximada de \$ 385.000 habitantes, por lo que el uso de volquetas y camiones estaba restringida.
- g. El haber seleccionado volquetas para la recolección de residuos sólidos domiciliarios implica que se incumpla con el reglamento técnico del sector de Agua potable y Saneamiento Básico RAS 2000 en su **numeral F.3.3.4** (Frecuencias de Recolección) y **el numeral F.3.3.6** (Selección del vehículo de Recolección) **disminuyendo las frecuencias y aumentando los costos operativos por tonelada de residuos recolectados, pues como se puede observar en la gráfica de rendimiento por viaje dispuesto en toneladas, donde muestra que los vehículos de la EAAB tienen un rendimiento mucho menor, específicamente del 75% menos, comparado con los vehículos compactadores.**
- h. **Existió riesgo laboral inminente durante el proceso de recolección, pues los operarios que realizaron dicha actividad debe alzar las bolsas hacia la parte superior del volco de la volqueta sucediendo la caída de la misma sobre su cuerpo (Ver figura 7 y 9).** Adicional a esto el operario que se encuentra en el volco de la volqueta debía realizar un sobre esfuerzo para subir los residuos y almacenarlos dentro de esta. Esta operación implicó que este operario en muchas ocasiones tenía que inclinar parte de su cuerpo fuera del volco de la volqueta evidenciando un riesgo latente de caída. De esta situación se tuvo un accidente laboral en el cual el señor Nolberto Artunduaga Naranjo cayó desde el volco de una volqueta sufriendo un trauma craneo encefálico. (<http://m.noticiascaracol.com/nacion/articulo-282275-operario-derecoleccion-de-basura-bogota-sufre-lesion-al-caer-de-volqueta>).
- i. Las cuadrillas de recolección de residuos domiciliarios según los registros fotográficos no contaban con los elementos de seguridad necesarios para el desempeño seguro del trabajo, no muestran tener las habilidades para realizar una manipulación segura de los residuos o una recolección eficiente, lo que implica una carencia en el entrenamiento del personal de recolección por parte de la entidad prestadora del servicio. (...).
- j. Teniendo en cuenta a la forma como se recolectaron las basuras durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, el personal de recolección de basura pudo tener más problemas gastrointestinales de origen parasitario, bacteriano o viral que el resto de la población. Además, pudieron sufrir un mayor número de lesiones; estas lesiones se pudieron haber presentado en las manos, pies y espalda, y pudieron consistir en cortes, golpes y hernias, además de enfermedades de la piel, dientes y ojos e infecciones respiratorias, etc., problemas que pueden llegar a ser causa de incapacidad los mismos recolectores de basura se transforman en vectores sanitarios y potenciales generadores de problemas de salud entre las personas con las cuales conviven y están en contacto.

- k. La descarga de residuos sólidos a las corrientes de agua incrementa la carga orgánica que disminuye el oxígeno disuelto, aumenta los nutrientes que propician el desarrollo de algas y dan lugar a la eutroficación, causa la muerte de peces, genera malos olores y deteriora la belleza natural de este recurso. Por tal motivo, en muchas regiones las corrientes de agua han dejado de ser fuente de abastecimiento para el consumo humano o de recreación de sus habitantes.
- l. El lixiviado, es el líquido resultante del contacto de las aguas lluvias con los residuos sólidos y el agua generada del proceso de descomposición. Este líquido posee cargas contaminantes considerables que según la teoría pueden variar para indicadores como la demanda biológica de oxígeno (DBO5) de 380-52000 mg/l. Para la demanda química de oxígeno (DQO) de 1800-62000 mg/l. Y para Sólidos Suspendidos Totales (SST) de 20-800 mg/l. Se estimó que esos líquidos constituyen un vertimiento peligroso, el cual continúa mayormente por escorrentía hacia el sistema de alcantarillado y contamina cuerpos de aguas superficiales, y también se puede infiltrar hacia el subsuelo generando daños irremediables como lo son la contaminación de acuíferos del subsuelo. Durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 según informes del IDEAM se tuvo 11,9 mm de precipitación. Así, se estima que se contaminaron más de 4'000.000 m³ de agua lluvia, la cual pudo haberse infiltrado al subsuelo y escurrido por los alcantarillados afectando los cuerpos receptores de agua lluvia. (ver tablas 4-6) (ver figuras 18-20).
- m. La determinación del impacto ambiental requiere de ciertos factores para clasificarlo. Como no se posee el seguimiento puntual, a un indicador específico, se realiza una evaluación cualitativa. Según como lo muestra la clasificación de los impactos en la pág. 27 del dictamen. En el momento que se presentó la emergencia se tiene un Impacto latente por la acumulación de residuos sólidos y un Impacto Inmediato por el efecto producido por el vertimiento de los lixiviados. El impacto según la necesidad de aplicar medidas de mitigación, se observan daños de Impacto Severo pues se tuvieron que tomar medidas correctivas importantes como el aumento de vehículos recolectores y el aumento de personal para la recolección de residuos en toda la ciudad de Bogotá D.C. Lo anterior permitió inferir que efectivamente se presentó un riesgo para la salud de la población en general, debido a la acumulación de los residuos sólidos en las calles de la ciudad de Bogotá D.C., y que la tardanza de algunos días para retornar al estado inicial ocasiona un Impacto Crítico con las aguas lluvias contaminadas, pues se generó un daño permanente e irrecuperable en la calidad de estas.
- n. Es posible deducir que el Impacto según su alcance especial: tiene un alcance de Impacto Regional, población de Bogotá D.C. En la clasificación de impactos según su alcance temporal y según posibilidad de recuperación -que se muestra en la pág. 28 del dictamen- se deduce que la población de la ciudad de Bogotá tiene consecuencias de Impacto Transitorio en el caso de residuos sólidos dispersos por toda la ciudad teniendo en cuenta que estos desaparecen cuando cesa la causa que los *origina*, *impacto* Recuperable e Impacto Mitigable para la problemática presentada con el manejo y acumulación de los residuos sólidos ya que puede contrarrestarse implementando medidas protectoras adecuadas como la reutilización de los equipos compactadores recolectores de residuos sólidos. Además en la clasificación de impactos Según su intensidad se presenta un Impacto alto pues las alteraciones y repercusiones a recursos, como el suelo y el agua son irreversibles. En la

clasificación de impactos según la interrelación de acciones y/o efectos que *-se muestra en la pág. 29 del dictamen-* se muestra un Impacto Acumulativo ya que el efecto en los recursos agua, suelo y aire se prolonga con el tiempo implementando progresivamente su estado de gravedad, pues la presencia de la afectación de los diferentes recursos desencadenarían en una potencial emergencia de salud pública. Además en la clasificación de impactos según su efecto es notablemente visible un Impacto Negativo ya que la problemática que se generó los días 18,19 y 20 del mes de diciembre de 2012 con respecto a la gestión de residuos sólidos de la ciudad de Bogotá D.C., empeora las condiciones del ecosistema o de sus componentes.

- b. El informe de visita realizado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de fecha 18 a 20 de diciembre de 2012, en el cual se pueden observar cuántas toneladas de basuras, en promedio, dejaron de ingresar al relleno sanitario de Doña Juana para los días del mes de diciembre de 2012 (Para él 18 de diciembre de 2012: se dejaron de recibir 3.567 toneladas de basuras aproximadamente, lo que representó una disminución del 83% del promedio para los días martes del mes de diciembre y para el 19 de diciembre de 2012: se dejaron de recibir 2.274 toneladas de basuras aproximadamente, lo que representó una disminución del 43% del promedio para los días miércoles del mes de diciembre). Según los datos de la Superintendencia Servicios Públicos Domiciliarios, entre los días 18 y 19 de diciembre de 2012 se puso en un riesgo muy alto la salud y el medio ambiente de los habitantes de la ciudad de Bogotá y él se dejaron registros fotográficos que confirman que la crisis ambiental (fotografías en sitios conocidos de la ciudad capital que así lo demuestran, tales como las zonas de Usaquén, Chapinero, Candelaria, Santafé, Los Mártires, Teusaquillo, Barrios Unidos, Antonio Nariño y Usme).
- c. Informe del 19 de diciembre de 2012, del servicio de la línea telefónica de Aseo, que dio cuenta de una "situación atípica a razón de una situación extraordinaria en la ciudad" que contiene una relación de Denuncias en el call center de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 por los problemas relacionados con el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. “.
- d. Oficio AB n.º 4150 – 2013, recibido el 13 de septiembre de 2013 y enviado por el señor gerente de Aguas de Bogotá RICARDO AGUDELO, Aguas de Bogotá utilizó volquetas para la prestación del servicio hasta el mes de julio de 2013.
- e. Oficio 24 de septiembre de 2012 por medio del cual la Procuraduría Delegada para asuntos ambientales y agrarios rinde informe de seguimiento sobre la recolección de residuos sólidos en Bogotá en el periodo de diciembre 18 a 20 de 2012, informe que se brinde por localidades que obra en 93 folios con fotografías de las calles de las avenidas donde se hizo la auditoría en el cual se detalla la dirección la hora y se presentan observaciones por cada localidad y en el cual se lee "conclusiones: uno. La ciudad de Bogotá tiene establecido una secuencia de recolección la cual fue alterada y ocasionó un grave deterioro del mal aspecto ciudad y por la acumulación de la basura las cuales se encuentran en su bolsa original, fue sacada de las mismas por los recicladores, indigentes y perros, atrayendo en horas de la noche los roedores de las calles, generando olores agresivos y posibles contaminaciones, enfermedades de salud a la ciudadanía de la ciudad de

Bogotá. Dos . adicionalmente la acumulación de las mismas, y su correspondiente reguero sobre las vías, en los momentos de lluvia y el escurrimiento de las mismas, se tapan los sumideros y la correspondiente inundación de las vías. Tres . la acumulación y el escurrimiento del LIXIADO género de igual manera olores ofensivos y el incremento de contaminación del sistema hídrico de recolección de las aguas lluvias de la ciudad que son afluentes al río Bogotá. Cuatro . de acuerdo con la normatividad establecida, el uso de volquete as y camiones está restringida para distritos Y municipios con más de 8000 usuarios, se debe utilizar equipos de compactación de igual manera lo que impactó fue que los vehículos por no cumplir con las especificaciones técnicas exigidas, ocasionó daños en la salud de los conductores y operadores de las volquete as y camiones utilizados. Seis en conclusión final ambientalmente se ocasionaron daños en los componentes de aire agua y suelo, no garantizando un ambiente sano para los pobladores de la ciudad y sus mismos operadores. Siete se incumplió con el decreto a nivel nacional 1713 del año 2000, "por el cual se reglamenta la ley 142 de 1994, la ley 632,000 y la ley seis 89 de 2001, en relación con la prestación del servicio público de aseo, y el decreto 2811 de 1974 y la ley 99 de 1993 en relación con la gestión integral de residuos sólidos". Hubo incumplimiento con el capítulo tres, que tiene que ver con la recolección; en sus artículos 31.33 en su establecimiento de macro rutas y micro rutas, artículo 34 honorarios de recolección; artículo 35 frecuencia de recolección artículo 36 en divulgación de rutas y horarios; artículo 37 en el cumplimiento de las rutas. En cuanto al transporte, capítulo cuarto, artículo 49 sobre las características de los vehículos transportadores de residuos sólidos, numerales 2.3 en donde se establece que los distritos y municipios con más de 8000 usuarios en el servicio público domiciliario de aseo deberá contar con equipos compactadores de residuos; numeral cinco, los vehículos con caja compactadoras deberán tener un sistema de compactación que pueda ser detenido en caso de emergencia, numeral seis, las cajas compactadoras de los vehículos destinados a la recolección y transporte de los residuos sólidos deben ser de tipo de compactación cerrada, de manera que impidan la pérdida del líquido (LIXIVIADO) y contar con un mecanismo automático que permite una rápida acción de descarga, numerales siete, 8.9, 10.11 y 12, en donde se deberán cumplir con las especificaciones técnicas existentes para no afectar la salud ocupacional de los conductores y operadores y además los numerales 13 y 14. hasta que el informe de las visitas presentados por los ocho funcionarios de la Procuraduría Delegada para asuntos ambientales y agrarios se anexan actas y vídeos suministrados por la dirección nacional de investigaciones especiales de la Procuraduría general de la nación. " Cuaderno anexo número cuatro.

- f. Cuaderno de anexo número cinco que contiene los anexos del informe de la Procuraduría Delegada para asuntos ambientales y agrarios y los cuales sobran las actas de los día 18 19 y 20 de 2012 de las visitas a las distintas localidades y entidades públicas y obra en especial la solicitud de 19 de diciembre de 2012 para recolección de desechos realizada por la Directora del hospital Universitario fundación Santa fe a la Secretaría distrital de salud folio 18 en el cual se le: "la correcta gestión de residuos a nivel interno y externo de las instituciones prestadoras de servicio de salud es fundamental con el fin de garantizar una tensión segura nuestros pacientes, sus familias y vecinos. Al momento nos encontramos operando con nuestros planes de contingencia dispuestos para este tipo de situaciones, por lo cual agradeceríamos su intervención ante los entes distritales correspondientes con el fin de dar una prioridad a la recolección de residuos ordinarios de las IPS, ya que la acumulación de esto residuos es una situación que genera graves riesgos para la salud de la población atendida, poniendo en riesgo a nuestros pacientes, a la comunidad vecina y a los colaboradores de adquirir infecciones derivadas de las consecuencias de la

acumulación de residuos ordinarios". folio 78 correo electrónico de la Coordinadora de epidemiología de la fundación cardio infantil dirigido a la Secretaría de salud pública de Bogotá de 19 de diciembre de 2012 en el cual se señala "gracias por su ayuda en ese tema tan crítico para las instituciones hospitalarias . en la fundación cardio infantil, donde la recolección tradicional se lime diariamente en hora de la mañana, no ha habido recolección ayer ni hoy. La situación es difícil ya que la capacidad de almacenamiento de cuatro días con basura compactada. De persistir esta situación, mañana no tendremos donde almacenar la basura. Hemos estado desde ayer tratando de comunicarnos con lime y no ha sido posible. Estamos incrementando la fumigación para evitar la proliferación de vectores. cuaderno anexo número cinco.

- g. Segundo informe de seguimiento sobre la recolección de residuos sólidos en Bogotá en el periodo posterior al 20 de diciembre de 2012 en el cual se pone en conocimiento los informes elaborados por los funcionarios de la Delegada para asuntos ambientales y agrarios relacionados con el proceso de recolección de residuos sólidos e nació de Bogotá en fecha posterior al 20 diciembre 2002 el cual tiene discriminado con localidad dirección observaciones y fotografías de en el cual se indican como conclusiones y recomendaciones " conclusiones y recomendaciones. Según lo turbado durante los diferentes visitas realizadas y anteriormente descritas se puede afirmar que en la localidad de Barrios unidos el día 28 de diciembre de 2012 las calles encontraba limpias el trabajo realizado con los escobillas estaba efectuando de una manera organizada asimismo los establecimientos visitados concuerdan en que el servicio de recolección que se prestaba anteriormente tenía horarios fijos y determinados que permitían organizar y fijar un horario para sacar las basuras, hoy en día la ausencia del mismo plantea problemas para los usuarios debido a que no se sabe a qué hora saca las basuras y esto permite que este en la calle por un tiempo prolongado causando afectaciones ambientales y los ciudadanos coincidieron en la ausencia de información capacitación sobre el nuevo esquema que se manejan en la ciudad. Es importante mencionar que durante la visita se observaron lugares con acumulación de basuras que muestran y dejan ver la ausencia de duda le gana respecto al adecuado manejo se reiduos. Anexo número seis cuadernos.
- h. Decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, "**ARTÍCULO 2.** En consecuencia, con la declaratoria consignada en el artículo precedente y como una acción de contingencia, se adoptan las siguientes medidas: **a) Autorizar el uso de vehículos automotores tipo volquetas, con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público.**
- i. Videos que están -contenidos en el anexo n.º 7 del expediente- y que corresponden a los registros de los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 efectuados por la Procuraduría Delegada Preventiva para Asuntos Ambientales.
- j. Documento denominado "Monitoreo y Control Ambiental", que corresponde a un informe técnico sobre el seguimiento realizado por la Secretaría Distrital Ambiental a "las medidas adoptadas por el nuevo modelo de prestación de servicio público domiciliario-de ase en Bogotá" de fecha del 14 al 31 de diciembre de 2012, anexo n.º 31, elaborado por JULIO CÉSAR PULIDO subsecretario del medio ambiente del distrito de Bogotá, según el cual no hubo no hubo daños ambientales sino amenazas potenciales o riesgos. En ese informe se señala: A) Recolección de residuos domiciliarios: 1. Se presentó un impacto visual por no recolección de basuras, 2. Se presentó un impacto consistente en la generación de obres

ofensivos en algunas zonas de la ciudad y 3) En cuanto a generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la EEP (Estructura Ecológica Principal), no se ocasionaron impactos ambientales, sino fueron amenazas potenciales; B) Barrido y limpieza en la calle: No se ocasionaron impactos ambientales, sino fueron amenazas potenciales, C) Transporte: No se ocasionaron impactos ambientales, sino fueron amenazas potenciales.

El mencionado dictamen –*contrario a lo señalado en la sentencia de la Sala Plena Contenciosa objeto del presente salvamento de voto*- presentó con argumentos medibles, cuantificables y estimativos, desde el punto de vista técnico, los riesgos graves a la salud derivados de la deficiente prestación del servicio público de aseo.

El Decreto 1713 de 2002, en su artículo 49 dispuso que los Distritos y Municipios con más de 8.000 usuarios en el servicio público domiciliario de aseo debían contar con equipos de compactación de residuos, que las cajas compactadoras de los vehículos destinados a la recolección y transporte de los residuos sólidos, debían ser de tipo de compactación cerrada para impedir la pérdida del líquido (lixiviado) y contar con un mecanismo automático que permita una rápida acción de descarga, que los equipos destinados a la recolección debían tener estribos con superficies antideslizantes, adecuadas para que el personal pueda transportarse momentáneamente en forma segura y que esos equipos debían posibilitar el cargue y el descargue de los residuos sólidos almacenados de forma tal que evite la dispersión de éstos y la emisión de partículas y que debían cumplir con las especificaciones técnicas existentes para no afectar la salud ocupacional de los conductores y operarios así como estar dotados con equipos contra incendios y carretera.

De la anterior normativa así como de las pruebas antes relacionadas se puede colegir que los vehículos tipo volquetas autorizados por el señor alcalde que prestaron el servicio durante los días 18, 19 y 20 de diciembre no contaban con coberturas para que se pudiera evitar el escape de sustancias al aire (Por lo menos así lo demuestran todos los videos que están -contenidos en el anexo n.º 7 del expediente-, y que corresponden a los registros de los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 efectuados por la Procuraduría Delegada Preventiva para Asuntos Ambientales, inclusive, puede observarse que en la parte superior de cada una de las volquetas había un operario que era el encargado de recibir las bolsas de residuos que le lanzaban sus compañeros desde el suelo; los vehículos automotores tipo volquetas autorizados por el señor alcalde no eran equipos compactadores de residuo; los vehículos automotores tipo volquetas autorizados por el señor alcalde mayor de Bogotá no contaban con cajas compactadoras tipo cerrada paca que impidieran el derrame y la pérdida del líquido (lixiviado) ni contaban con un mecanismo automático que permitiera una rápida acción de descarga; los vehículos automotores tipo volquetas autorizados por el señor alcalde mayor de Bogotá no contaban con estribos con superficies antideslizantes, adecuados para que el personal del servicio de aseo pudiera transportarse momentáneamente en forma segura, y no posibilitaban el cargue y el descargue de los residuos sólidos almacenados, de forma tal que se evitara la dispersión de éstos y la emisión de partículas, y afectaron seriamente la salud ocupacional de los conductores y operarios (en muchos de los registros fílmicos que obran en el expediente puede verse el contacto inusual de los operarios con los residuos y deshechos por una parte, parte del personal estaba encima de las basuras, por las características de la volqueta, mientras que por la otra algunos de ellos se muestran bañados por líquidos de la basura (lixiviados) al intentar aproximar las bolsas en la parte superior de estos vehículos.

Así las cosas es claro que el señor alcalde mayor de Bogotá presuntamente actuó por fuera del cumplimiento del deber profiriendo un acto administrativo que autorizaba el uso de vehículos automotores tipo volquetas para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, lo cual era contrario a la normatividad vigente, en especial a lo señalado en el artículo 41 del Decreto 948 de 1995 y en el artículo 49 del Decreto 1713 de 2002.

Ahora bien –de las pruebas que obran en el expediente en entre ellas el dictamen del IDEMP y el informe de la Secretaria de ambiente del distrito capital-, con el respeto debido, contrario a lo manifestado por la Sala Plena Contenciosa Administrativa, no quedan dudas de la configuración del último de los requisitos del tipo disciplinario imputado al demandante –esto es el riesgo grave para la salud humana y/o el medio ambiente-, en atención a lo siguiente:

El informe de la Secretaria de ambiente del distrito capital, sobre el cual la sentencia de la Sala Plena Contenciosa -objeto del presente salvamento de voto- basa la duda en relación la configuración de la falta disciplinaria, señaló que: frente a la primera actividad (Recolección de residuos domiciliarios) se presentaron dos impactos: uno visual y en el otro relacionado con la generación de olores ofensivos. En cuanto a la generación de vectores de enfermedades, afectación a sumideros y afectación a la EEP (Estructura Ecológica Principal), el informe dijo que no se ocasionaron impactos ambientales, sino que fueron “amenazas potenciales”. En cuanto a las dos restantes actividades (Barrido y limpieza en la calle y Transporte), el informe señaló que no se presentaron impactos ambientales, sino que fueron “amenazas potenciales”.

De esa manera, un análisis minucioso arroja como resultado que: 1) No hubo daños ambientales; 2) Se presentaron dos impactos ambientales: el primero, al que se denominó visual, por la no recolección de basuras, mientras que el segundo lo fue por la generación de olores ofensivos en algunas partes de la ciudad, 3) Se presentaron tres tipos de “amenazas potenciales”, una por cada actividad (Recolección de residuos domiciliarios, Barrido y limpieza en la calle y Transporte); 4) El informe no definió qué es la “amenaza potencial”. Solo definió los conceptos de “amenaza” y “riesgo”, a partir de la Resolución 004 de 2009 del FOPAE. En cuanto a la “amenaza”, señaló que era una “condición latente derivada de la posible ocurrencia de un fenómeno físico de origen natural, socio - natural o antrópico no intencional, que puede causar daño a la población y sus bienes, la infraestructura, el ambiente y la economía pública y privada. Es un factor de riesgo externo”. Y en cuanto al riesgo se dijo que era “el daño potencial que, sobre la población y sus bienes, la infraestructura, el ambiente y la economía pública y privada, pueda causarse por la ocurrencia de amenazas de origen natural, socio - natural o antrópico no - intencional, que se extiende más allá de los espacios privados, o actividades particulares de (as personas y organizaciones y que por su magnitud, velocidad y contingencia hace necesario un proceso de gestión que involucre al Estado y a la Sociedad”; 5) A partir de las explicaciones dadas por el disciplinado, existe una equiparación entre “amenaza potencial” y “riesgo”. Es decir, por cada una de las actividades, se presentó un tipo de riesgo.

Es valida la equiparación entre “amenaza potencial” y “riesgo”, por las siguientes razones: 1. En la definición del concepto “amenaza” se dice que es un “riesgo externo”; es decir, la sola “amenaza” es ya, en sí misma, un riesgo; 2. En el concepto de “riesgo” se afirma que este es “potencial”, cualidad que el mismo informe le da a lo que se denomina como “amenaza potencial”; 3. En el informe se dice que se presentaron tres “amenazas potenciales”; es decir, tres “riesgos externos” y además “potenciales”; por ende, existe un estrecha relación entre los conceptos de “amenaza potencial” y “riesgo”.

Así las cosas contrario a lo señalado en la sentencia de la Sala Plena Contenciosa -objeto del presente salvamento de voto-, este informe corrobora lo señalado en el dictamen del IDEMP -en el cual se determinó que sí hubo impactos ambientales, asociados, entre otros, a la acumulación de residuos sólidos y a la proliferación de olores ofensivos-, esto es que,

durante los hechos sucedidos los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 en la ciudad de Bogotá y con relación a la prestación del servicio público de aseo se presentó un riesgo, consistente en la ocurrencia de dos impactos ambientales y tres riesgos por cada actividad del servicio público de aseo, entre ellas la recolección de residuos domiciliarios, Barrido y limpieza en la calle y Transporte.

Si bien entre el dictamen pericial practicado por la Dirección Nacional de Investigación Especiales y el informe de Control y Monitoreo es que en el primero se dice que «hubo un grave daño al medio ambiente», mientras que en el documento elaborado por la Secretaría Distrital Ambiental se asegura que no hubo daño, sino ciertos tipos de impactos ambientales y de amenazas potenciales, en los términos ya explicados. Sin embargo, la conclusión determinante es que, en virtud de las dos pruebas, por lo menos sí se presentó un riesgo durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, el cual, para la prueba pericial, fue grave, en virtud de la clasificación de los diferentes tipos de impactos analizados frente a los hechos sucedidos, aspecto este último del cual no se ocupó la Secretaría del Distrito, pues además el tipo disciplinario no exige un daño grave sino simplemente un “riesgo grave” para la salud y/o el medio ambiente. Por lo anterior considero que si está probada la falta disciplinaria en cuestión.

Atendiendo a lo previamente expuesto, dejo así consignado mi salvamento de voto.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera