

LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL ESTADO, CON RELACION A LA
DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DEL ALCALDE DE BOGOTA GUSTAVO
FRANCISCO PETRO URREGO



JOSE ALFREDO JARA ARDILA
ÓSCAR RAÚL ZAPATA LÓPEZ
YESSICA PAOLA ZAPATA RINCÓN



UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO

2018

LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL ESTADO, CON RELACION A LA
DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DEL ALCALDE DE BOGOTA GUSTAVO
FRANCISCO PETRO URREGO

JOSE ALFREDO JARA ARDILA
YESSICA PAOLA ZAPATA RINCÓN
ÓSCAR RAÚL ZAPATA LÓPEZ

Informe final presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho
Administrativo

Asesor
PhD. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO
PhD. en Derecho

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO

2018

Autoridades Académicas

P. Juan Ubaldo LOPEZ SALAMANCA, O.P.

Rector General

P. Mauricio Antonio CORTÉS GALLEGO, O. P., O.P.

Vicerrector Académico General

P. José Arturo RESTREPO RESTREPO, O.P.

Rector Sede Villavicencio

P. Fernando CAJICA GAMBOA, O.P.

Vicerrector Académico Sede Villavicencio

Adm. JULIETH ANDREA SIERRA TOBON

Secretaria de División Sede Villavicencio

PhD. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decana Facultad de Derecho

Nota de aceptación

SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decano de la Facultad de Derecho

SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Director Informe

LUIS CARLOS LOZANO GUIÓ

Coordinador de Posgrado en Derecho Administrativo

Villavicencio, Diciembre de 2018

Contenido

| | Pág. |
|--|------|
| Resumen..... | 8 |
| Introducción | 9 |
| Justificación | 10 |
| 1. Planteamiento del problema | 11 |
| 1.1 Descripción de la Problemática..... | 11 |
| 1.2 Formulación del problema: | 11 |
| 2. Objetivos..... | 12 |
| 2.1 Objetivo General | 12 |
| 2.2 Objetivos Específicos..... | 12 |
| 3. Hipótesis | 13 |
| 4. Metodología..... | 14 |
| 1 Marco teórico..... | 15 |
| 5. La facultad discrecional del estado, con relación a la declaratoria de insubsistencia del alcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego | 16 |
| 5.1 Determinar el alcance del poder discrecional del Estado..... | 16 |
| 5.2 Caso del Ex Alcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego..... | 19 |
| 5.3 El Alcance de la Vía de Hecho..... | 22 |
| Conclusiones..... | 25 |
| Referencias bibliográficas..... | 26 |

Lista de Ilustraciones

Pág.

| | |
|---|----|
| Ilustración 1. Descripción gráfica de la evolución de la discrecionalidad administrativa..... | 17 |
|---|----|

Resumen

En este artículo se analizará cómo en algunos actos administrativos el derecho se enfrenta al poder, especialmente, se hablará del caso del Ex Procurador General de la Nación versus el ex Alcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego, quien fue declarado insubsistente para seguir en el cargo por el cual había sido elegido por voto popular.

Es necesario resaltar que Colombia es un Estado Social de Derecho y por ende, su actuar administrativo se debe aproximar a los principios constitucionales de legalidad y debido proceso y, en todo caso, que a través de estos actos, se salvaguarde el bien común y el interés general.

Palabras clave: Discrecionalidad poder público y control jurisdiccional.

Abstrac

In this article it will be analyzed how in some administrative acts the right faces the power, in particular, the case of the Former Attorney General of the Nation versus the former Mayor of Bogotá Gustavo Petro Urrego will be discussed, who declared him insubstant to continue in office by which he had been elected by popular vote.

It is necessary to highlight that Colombia is a Social State of Law and, therefore, its administrative action must be closer to the constitutional principles of legality and due process and, in any case, that through these acts, the common good and the general interest.

Key words: Discretion, administrative act, jurisdictional control.

Introducción

La facultad discrecional surgió en Colombia como atributo para hacer efectivo las decisiones tomadas por las entidades estatales y, con esto, también nace la necesidad de revestir de dicha facultad a la Administración Pública con el fin de dar respuesta oportuna, eficiente y eficaz, a las múltiples penurias de la sociedad y de las mismas instituciones, teniendo presente que las instituciones estatales son un medio que se pone al servicio de la sociedad.

Por ello, este artículo tiene como objetivo, dar a conocer las consideraciones que tuvo la Procuraduría General de la Nación para aplicar la facultad discrecional con relación a la declaratoria de insubsistencia del ex alcalde de Bogotá Gustavo Petro y, las razones por las cuales creemos que jurídicamente Alejandro Ordoñez, se extralimitó en dicha decisión al iniciar investigación disciplinaria y sancionarlo mediante acto proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría.

Así mismo, este artículo se desarrolla estudiando el control, motivación del acto, la desviación de poder y los límites que hay al ejercicio de la facultad discrecional; realizando un análisis detallado del control judicial.

Justificación

Toda actuación administrativa tiene un mínimo grado de libertad, empero, para asegurar su buen funcionamiento tiene unos parámetros legales que la reglamentan para que estas decisiones no sean arbitrarias para los administrados.

Sin embargo, estos parámetros se aplicaron en el caso de Gustavo Petro por parte de la Procuraduría General de la Nación, quien finalmente no tuvo pruebas para demostrar que él desconoció sus deberes funcionales al realizar cambios al esquema de recolección de basuras y, por este tema debía someterse a un rito procesal especial que no era de su competencia tal y como lo concluye el Consejo de Estado en la (Sentencia 1131, 2017)

En este orden de ideas, el proceso vive una intensa y compleja discusión jurídica que subyace a la controversia por las decisiones tomadas por el Ex Alcalde de Bogotá y por el Procurador General de la Nación de ese entonces, quien decidió destituir e inhabilitar por quince (15) años a un servidor elegido por voto popular, no tuvo en cuenta la Constitución Nacional, las Leyes Nacionales e Internacionales, ¿se puede configurar cómo una vía de hecho, persecución o se extralimitó en la función de discrecionalidad como más adelante se demostrará?.

1. Planteamiento del problema

1.1 Descripción de la Problemática

La Procuraduría General de la Nación, inició investigación disciplinaria en contra de Gustavo Petro Urrego como Alcalde Mayor de Bogotá, y lo sancionó mediante acto proferido por la Sala Disciplinaria de esta entidad, decisión controvertida por Petro, porque la Procuraduría tenía el deber de analizar las causas que motivaron el actuar del disciplinado, al respecto, no se probó la existencia de la falta disciplinaria, ni su relación con el deber funcional. Colorario de lo expuesto, se hace necesario analizar el alcance de la facultad discrecional del Estado, porque esta entidad no tenía competencia para imponer una sanción que restringiera los derechos políticos de un servidor público, elegido por voto popular, por faltas disciplinarias originadas en conductas que no constituyen actos de corrupción.

1.2 Formulación del problema:

¿Incorre la administración en una vía de hecho al declarar insubsistente al Ex -alcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego?.

2. Objetivos

2.1 Objetivo General

Establecer la facultad discrecional del Estado para declarar insubsistente a un funcionario elegido por voto popular.

2.2 Objetivos Específicos

- ❖ Determinar el alcance del poder discrecional del Estado.
- ❖ Analizar el caso del Ex Alcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego.
- ❖ Establecer el alcance de la vía de hecho dentro del proceso disciplinario que finalizo imponiendo una sanción de destitución e inhabilidad al señor Gustavo Francisco Petro Urrego.

3. Hipótesis

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado colombiano suspender los efectos de la sanción de destitución e inhabilidad al impuesta por la Procuraduría al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, con fundamento en que esta institución no tiene la facultad para sacar de su cargo a una persona que fue elegida popularmente, por el cambio en el esquema de basuras de la ciudad de Bogotá D.C., teniendo en cuenta que su actuar estuvo motivado con la intención de dar cumplimiento a una orden de la Corte Constitucional. (Revista Semana, 2017)

En los recientes fallos se deja en evidencia un desfase entre el uso de la facultad discrecional y el ejercicio de una actividad administrativa eficaz y acorde con los principios de un Estado Social de Derecho. Sin embargo, se busca demostrar que cuando se hace uso equivocadamente la facultad discrecional, se afecta el patrimonio económico del estado, sus intereses y, la finalidad para la cual fue creada, para lo cual se hace necesario que quienes tienen la potestad de hacer uso de la facultad discrecional, la motiven en sus decisiones y, conozcan cuando procede, como no lo fue en el caso de Gustavo Petro Urrego.

4. Metodología

Nuestra investigación de acuerdo al enfoque que le vamos a dar es dogmática, toda vez que se pretende establecer la facultad discrecional que tiene el Estado al declarar insubsistente a un funcionario elegido por voto popular como lo fue el entonces alcalde de Bogotá, Gustavo Petro Urrego, así mismo, realizar todo un recuento de lo sucedido, de la destitución y el argumento jurídico que se debía tener en cuenta para lograr mejores resultados, a través de toda la documentación existente en la administración a este respecto.

1 Marco teórico.

Según la Corte Constitucional en su (Corte Constitucional, Sentencia T-982, 2004) Cuando se habla de facultad discrecional, estamos hablando de múltiples facultades jurídicas del Estado de derecho, que autoriza mediante la norma a la administración para apreciar, estimar, valorar y juzgar ciertas actuaciones en pro de la concreción de los fines del Estado, sin embargo, cuando se actúa de manera errada y arbitraria, se presentan fallas y entorpecimiento en las actuaciones de la administración. La falta de control sobre esa facultad, tiene como efecto todo lo contrario a sus fines.

Al respecto de la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, la (Corte Constitucional, Sentencia T-064, 2007) dispone lo siguiente:

Las decisiones que adopte la administración en ejercicio en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

5. La facultad discrecional del estado, con relación a la declaratoria de insubsistencia del alcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego

5.1 Determinar el alcance del poder discrecional del Estado

Hay que hacer una introducción con los hechos ocurridos, para tener claridad sobre el tema a tratar, al respecto, traemos un fragmento de la sentencia (Corte Constitucional, Sentencia SU-335, 2015), de la Corte Constitucional en relación con las quejas presentadas por prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., ante la Procuraduría General de la Nación, algunas de las quejas en contra del Alcalde, fueron formuladas por el Secretario General de la Federación Regional de Trabajadores, por el Concejal de Bogotá, Orlando Parada Díaz, por el Personero de Bogotá y, por el Defensor del Pueblo. Iniciada la investigación, se formularon otras quejas mediante auto de fecha 11 de enero de 2013 y, el Procurador General de la Nación, asumió conocimiento de estas quejas delegando a la Sala Disciplinaria la competencia para adelantar la actuación por los hechos materia de denuncia, esta Sala Disciplinaria dispuso apertura a la investigación contra Petro Urrego mediante auto de fecha 16 de enero de 2013.

Una vez conocido los hechos, es necesario afirmar y apoyar la tesis de (Santofimio, 1996) en su libro Tratado de Derecho Administrativo, pues afirma que anteriormente los poderes públicos no estaban a la orden jurídica, es decir, en el siglo XVIII, nos enfrentamos ante un voluntarismo que anteponía el poder político del derecho, esto fue superado una vez se dio la institucionalización del Estado que venía inmerso con el principio de legalidad como una limitante al poder absoluto que estuvo vigente durante varios siglos, anteriormente, se partía del principio de que la fuente de todo derecho era el rey, encargado de los poderes públicos y garante de la paz en territorio, lo que es hoy en día un estado inestable por su imposibilidad de lograr control efectivo de las funciones. Esta concepción de Estado individualizado, es remota de las ideas que surgen durante una de las grandes revoluciones en el mundo, la revolución ilustrada que da origen a la revolución de EE.UU, la revolución francesa y, la revolución hispanoamericana; estos idealistas arguyen que el derecho sólo podía tener una fuente: la voluntad general y una suprema manifestación: que es la Ley.

Irónicamente respecto al poder ilimitado que tiene la administración al ejercer la facultad discrecional, hay una sentencia en donde Alejandro Ordoñez actúa en calidad de consejero ponente y se dice que:

El ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente, La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos para satisfacer caprichos individuales (Consejo de Estado, Sentencia No.25000-23-25-000-2000-04814-01 (589-05), 2006)

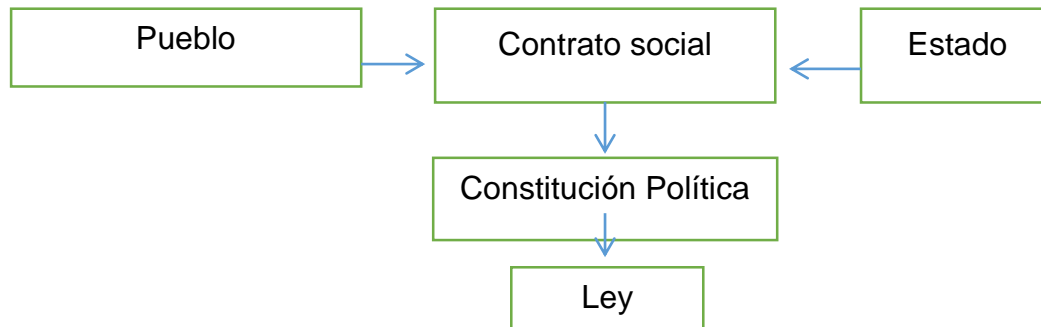


Ilustración 1. Descripción gráfica de la evolución de la discrecionalidad administrativa, por José Alfredo Jara A; Oscar Raúl Zapata L & Yessica Paola Zapata R.

La anterior imagen, trae a colación que la Constitución Política de Colombia, es la materialización del Contrato social que hay entre el pueblo colombiano y el Estado, siendo ésta un mecanismo de control para evitar la vulneración de ciertas libertades y derechos. Al respecto, (Jaramillo, García, Rodríguez, & Uprimny, 2018), dice que *“el poder es originariamente, inherente al pueblo y no hay nada más que ese poder y vigor que tal sociedad de hombres contiene en sí misma”*. Por ello, se puede afirmar que los fines del Estado no se conciben para satisfacer caprichos individuales, pues en un Estado Social de Derecho el fin no justifica los medios, sino que, los medios deben corresponder esencialmente a la finalidad estatal, es decir, que el único tipo de discrecionalidad aceptable es la que puede fundamentar en datos y hechos objetivos controlables, vinculándose así a una finalidad que se pueda considerar razonable y proporcionada con el ideario.

En suma, se habla de facultad discrecional por ser un poder funcional, obligado a tener resultados efectivos de acuerdo a la función para la cual fue creado, teniendo en cuenta la Ley, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza, proporcional a los hechos que le sirven de causa, porque de lo contrario, se transgreden los límites de la discrecionalidad y se configura el Vicio de Nulidad por Desviación de Poder. Así pues, hay una desviación de poder cuando se determina cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta.

Al respecto, la desviación de poder se ha podido describir como “*el hecho de que una autoridad administrativa utilice sus poderes con vistas a un fin distinto de aquel para el que le han sido conferidos*” (Vedel, 1980, pág. 506)

De otro lado, en este caso se generan diferentes preguntas y lo que se quiere con este artículo además de responderlas, es hablar sobre los diferentes conceptos para entender el meollo de la situación. Por ello, hay que hacer la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad, y, al respecto, la (Corte Constitucional, Sentencia T-064, 2007) ha dicho que:

“(...) las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (...).

Es por esto que las facultades discrecionales no pueden ser absolutas, deben ser limitadas según los objetivos que persigue y hay dos mecanismos para controlar estas facultades administrativas a los elementos reglados del acto discrecional, el primero, es que no es posible que un acto exista sino no ha sido consagrado previa y expresamente en la Ley. El segundo mecanismo es el de la desviación de poder, en virtud del cual, el fin de las potestades discrecionales es también estar inmerso en la Ley o condicionado en la utilidad pública o en el interés general.

Sin embargo, hay otros mecanismos de control, son: el control por los hechos determinantes que consiste en verificar la veracidad, exactitud y, existencia, de los hechos que determinan la decisión, el control que ejercen los principios generales del derecho, esto es que el ejercicio de discrecionalidad debe respetar los principios de objetividad, proporcionalidad, razonabilidad, imparcialidad, protección de la confianza legítima, igualdad, respeto a los derechos fundamentales, entre otros, y, por último, se encuentra el mecanismo de control de los conceptos jurídicos

indeterminados, que constituye una reducción a la discrecionalidad, porque sólo permite que sea correcta una solución dentro de varias posibilidades (Cassagne, 2007, pág. 352)

En igual sentido, (Atienza, 1997, pág. 15) habla respecto a la discrecionalidad Administrativa y enfatiza que el Estado de derecho significa el sometimiento del poder a la razón, y no al contrario, algo así como que la razón equivale al derecho y está por encima o, debe estar por encima del poder para que las personas no se extralimiten en sus actos. También afirma que el Derecho es uno de los instrumentos para racionalizar el poder, lo cual implica que las decisiones de los órganos no se justifican meramente en razón de la autoridad de quien las dicta; hace falta además que el órgano en cuestión proporcione una fundamentación del porqué se toma cierta determinación, como lo veremos más adelante, también existen razones por las que el Procurador General de la Nación, puso el poder sobre la razón, pues no tenía facultades para inhabilitar.

Desde otro ángulo, la discrecionalidad también se puede definir como la facultad concedida a la Administración Pública, para que a través de ésta se pueda dar oportuna y eficaz respuesta a los retos y necesidades que a diario surgen en la sociedad y las instituciones. Sin embargo, como veremos más adelante, la falta de controles y el uso absoluto de dicha facultad, la hace caer en arbitrariedad e imposibilita la materialización de los fines del Estado. (Marín Hernández, 2007)

Si bien es cierto, actualmente en Colombia hay una alta desconfianza de los administrados hacia las instituciones y la administración, porque al atribuirse este tipo de facultades y capacidad de decisión propia, se despierta temor entre los administrados por el resultado de muchas de sus decisiones, ha sido errada y, no se pueden controlar a través de la jurisdicción, en parte, se debe a que hay vacíos jurídicos que no permite a la administración desempeñar correctamente su función de servicio a los intereses generales. Tales problemas requieren una respuesta, ya sea política o técnica, que puede ser diferente en cada caso concreto y en cada momento histórico dentro de un margen de acción sin salirse del marco de la Ley.

5.2 Caso del Ex Alcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego.

Bajo los anteriores presupuestos, tenemos que afirmar que la discrecionalidad administrativa también tiene un fundamento constitucional en nuestro Estado social de Derecho. Pues, dadas las

limitaciones naturales e históricas de la Ley para regular toda la realidad social, sólo los gobiernos y las administraciones públicas pueden ser los titulares del poder de decisión que aquella conlleva, porque éstas cuentan con la legitimidad democrática, la competencia funcional y la capacidad profesional necesaria, y por ello, son los responsables de los actos que realizan ante los administrados y ante el resto de los poderes públicos.

(Ibarra, 2002) Cita a García de Enterría para explicar que la discrecionalidad es “... *esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*”.

Como corolario, podemos señalar que la facultad discrecional, precisamente debe operar siempre dentro de lo establecido en la Constitución, la Ley y los principios que hacen parte de ella, de esta manera se evitan, reiteramos, los excesos, la arbitrariedad e irracionalidad, pues si bien es cierto hay funcionarios como el Procurador que están revestidos de estas funciones, también es cierto que no se puede adoptar decisiones que terminan siendo controvertidas y que quizás se vuelven mediáticas por tratarse de personas como Petro y Alejandro Ordoñez, el primero, Alcalde de la Capital de Colombia y, el segundo, Procurador General de la Nación, donde éste último no analizó las causas que motivaron el actuar del disciplinado y, las causas del porqué era necesaria una inhabilidad como consecuencia de ello. Al respecto, no se probó la existencia de la falta disciplinaria, ni su relación con las funciones que desempeña esta entidad para imponer una sanción que restringiera los derechos políticos de un servidor público, elegido por voto popular, por faltas disciplinarias originadas en conductas que no constituyen actos de corrupción.

En otrora, la Corte Constitucional en su (Corte Constitucional, Sentencia T-982, 2004) también hace un aporte al tema de facultad discrecional, dice que hablar de este tema, es hablar de múltiples facultades jurídicas del Estado de derecho, pues autoriza a la administración a través de la norma en pro de la concreción de los fines del Estado, sin embargo, se ve trasgredida cuando no se actúa de manera adecuada y es la falta de control la que genera un efecto contrario a sus fines. Por estos y otros hechos más, se puede generar relación entre discrecionalidad y arbitrariedad, para un mejor proveer, la (Corte Constitucional, Sentencia T-064, 2007) establece que:

Las decisiones que adopte la administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

Y en la (Corte Constitucional, Sentencia T-265, 2013) señala:

(...) en un Estado social de derecho como el nuestro, no pueden existir funcionarios con poderes ilimitados que en ejercicio de sus funciones expidan actos administrativos que de alguna manera escapen a la órbita del control por parte de las autoridades, toda vez que se estaría permitiendo indiscriminadamente la proliferación de actos arbitrarios. Cuando un funcionario público con facultad para hacerlo, expide un acto administrativo sin motivación, puede estar poniendo en riesgo los derechos fundamentales del afectado directo con el mismo, pero además podría generar las condiciones propicias para que el Estado sea demandado, ocasionándole serias erogaciones al tesoro público a causa de las indemnizaciones y reintegros, lo que en últimas se convierte en una mayor carga impositiva para cada uno de los ciudadanos.

Lo anterior era necesario porque este caso jurídicamente tuvo gran relevancia en nuestro país, precisamente porque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ordenó tumbar la sanción que le impuso la Procuraduría General de la Nación a Gustavo Petro, con el fundamento en que esta institución no tiene la facultad para sacar de su cargo a una persona elegida por voto popular y, mucho menos por el cambio en el esquema de basuras, cuando él estaba dándole cumplimiento a una orden de la Corte Constitucional. (Revista Semana, 2017)

Según la Corte Constitucional, hay una diferencia entre el uso de la facultad discrecional y el ejercicio de una actividad administrativa eficaz, demostrando que cuando se hace uso equivocado se puede llegar a afectar el patrimonio económico del estado, sus intereses, la finalidad para la cual fue creada y, se pasa en alto el bloque de constitucionalidad y a lo estipulado en la Ley misma, aquí radica entonces la importancia de la motivación en los actos administrativos.

Al respecto, el (Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo [CPACA], 2011, Art.230) establece la tipología de las medidas cautelares, estas pueden ser:

Preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Con fundamento en ello, habilita al juez para adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i)

mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; (ii) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza, incluso de naturaleza contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; y (v) impartir ordenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente”

5.3 El Alcance de la Vía de Hecho

Sin embargo, encontramos diferentes posturas, una de ellas es que la Corte Constitucional en (Corte Constitucional, Sentencia SU-712, 2013) sostiene que la competencia de la Procuraduría General de la Nación, también se ejerce respecto de servidores públicos de elección popular, pues, el Consejo de Estado ha reiterado que la PGN actúa en estos casos como juez disciplinario natural. De otro lado y es un argumento válido, que no tuvo en cuenta la PGN, es la (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969), que en su artículo 23, en cuanto a los derechos políticos, establece que:

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”.

Como sabemos, en este caso no hubo proceso penal, por ende, no hubo condena, más bien se trató de un proceso administrativo con algunas falencias.

Asimismo, en la parte II, del artículo II, del numeral I, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 1966) establece que cada Estado parte debe respetar y garantizar a todos quienes se encuentren dentro de su territorio y

estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en este pacto, “*sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

Durante el proceso, se presentaron diferentes visiones, posturas y argumentos, unas con conocimiento del marco jurídico nacional y su procedimiento, otras que aterrizan en el bloque de constitucionalidad y, al respecto, también encontramos la opinión de un Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional (Uprimny Yepes, 2014) que asegura que lejos estaba el PGN, para tener facultad de destituir e inhabilitar al Alcalde de Bogotá Gustavo Petro, la ausencia de incompetencia le estaba limitando un derecho político que, a nivel sancionatorio, debe ser consecuencia de una “condena, por juez competente, en proceso penal o estaría respetando únicamente el debido proceso administrativo y no el debido proceso penal, que es más exigente.

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional y, la Doctrina señalan que las garantías penales, que se encuentran en el artículo 29 de la Constitución Nacional o en el artículo 8 de la Convención Americana se aplican en materia disciplinaria. Sin embargo, debe haber una flexibilización en varios aspectos de estos principios, por tratarse de procesos distintos, es por ello que este ámbito se admite las faltas disciplinarias como “*tipos abiertos*”, “*ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.*” (Corte Constitucional, Sentencia C-948, 2002)

De lo anterior, nace la tesis que, el Procurador cuando disciplina a funcionarios elegidos por voto popular debe acoger las exigencias del proceso penal, tal y como lo establece el artículo 23 de la Convención Americana, esto es, el respeto por todas las garantías del proceso penal, como no usar tipos abiertos, por el contrario, debió limitarse a realizar las investigaciones y sanciones disciplinarias respetando las normas y principios como el de tipicidad estricta y de adecuación estricta propios del derecho penal, al respetar estos, también hubiese garantizado el derecho fundamental al debido proceso y, aseguraba un derecho efectivo de apelación, que por cierto, no sucedió en el caso de Gustavo Petro, porque primero, las faltas invocadas por el Procurador, fueron tipos abiertos incompatibles con el proceso penal que no le permitieron tener al disciplinado el derecho efectivo de apelación.

Esto, por una parte, por la otra, de haberse cumplido con las garantías del proceso penal, la Constitución Nacional y el artículo 23 de la Convención Americana, Petro no hubiese tenido que recurrir a una instancia internacional porque la tutela habría sido concedida a todos los ciudadanos que manifestaron contra a lo que consideraron, fue una violación a sus derechos políticos.

(Espinoza Restrepo, 2013) también argumenta que el Procurador no tiene una función clara que le permita sancionar, pues el artículo 277 numeral 6 de la Constitución, establece que el procurador tiene la función de “*ejercer vigilancia superior de la conducta de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular*” y, esto, en dichos términos no implica la sanción, es precisamente donde se evidencia un vacío en la norma, pues en este mismo artículo faculta a la Procuraduría para que sancione a funcionarios del Estado, empero, jamás taxativamente se lee, que en esta facultad incluya a aquellos que han sido elegidos por voto popular, se puede interpretar, que la Procuraduría, se extralimitó en sus funciones, por no encontrarse de manera clara y expresa en la Constitución, esto no significa que, la Procuraduría debió hacerse a un lado, al contrario, si le parecían faltas graves las actuaciones de Gustavo Petro, debió elevar la respectiva denuncia, para que se iniciara el proceso penal, en donde incluso, podría haber intervenido, porque así como transcurrió el proceso, resulta inconveniente en un Estado Social de Derecho con división de poderes, que una sola persona pueda destituir a otra que ha sido elegida por voto popular y además a través de un procedimiento arbitrario.

Finalmente, un caso similar fue el de Venezuela, la Corte Interamericana condenó a Venezuela porque la Procuraduría inhabilitó a Leopoldo López, un político que se ha destacado por hacer oposición al Presidente del vecino país, la Corte sostiene que López fue elegido democráticamente y por ende, sólo podía ser removido de su cargo por sentencia de un juez penal o de una revocatoria de la ciudadanía, no de un proceso disciplinario, exactamente como pasó en Colombia.

Conclusiones

Podemos concluir que la Procuraduría no tuvo en cuenta la (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969) que a propósito hace parte integral de la Constitución Política de Colombia, del Bloque de Constitucionalidad y, ésta establece en su artículo 23, que los Estados sólo pueden restringir los derechos políticos si hay una condena de por medio por parte de un juez competente en un proceso penal, al no cumplirse con este requisito, no se ofrecieron garantías al disciplinario porque no tuvo doble instancia, porque quien lo investigó, también lo juzgó y eso no pasa en un proceso penal.

Asimismo, la Procuraduría tampoco tuvo pruebas para demostrar que Gustavo Petro desconoció sus deberes funcionales al realizar cambios al esquema de recolección de basuras y, por este tema debía someterse a un rito procesal especial que no era de su competencia tal y como lo concluye el (Consejo de Estado, Sentencia No.11001-03-25-000-2014-00360-00 (IJ), 2017)

En este artículo, se hizo un análisis de las normas nacionales, internacionales, la Constitución, jurisprudencia, doctrina y demás, que deja en evidencia que hubo un desfase entre el uso de la facultad discrecional y el ejercicio de una actividad administrativa eficaz y acorde con los principios de un Estado Social de Derecho. Como resultado, se obtiene que la falta de control a este tipo de facultades, puede llegar a afectar el patrimonio económico del Estado, la estabilidad de las instituciones, la confianza de la ciudadanía por tratarse alguien elegido democráticamente y, por ser una decisión que no estaba suficientemente motivada, empero también, al extralimitarse no se cumplen los fines del Estado.

Referencias bibliográficas

- Atienza, M. (1997). *Sobre el Control de la Discrecionalidad Administrativa, Comentarios a una polémica*. Madrid: Civitas.
- Cassagne, J. C. (2007). *El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa, VII Jornadas Hispano, Argentinas de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo [CPACA]. (18 de Enero de 2011). *Ley 1437*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 47956. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Consejo de Estado, Sentencia No.11001-03-25-000-2014-00360-00 (IJ) (CP. César Palomino Cortés 15 de Noviembre de 2017). Obtenido de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/Temp/reporte-20181205-511.html>
- Consejo de Estado Subsección B, Sentencia No.25000-23-25-000-2000-04814-01 (589-05) (CP. Alejandro Ordoñez Maldonado 03 de Agosto de 2006). Obtenido de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/Temp/reporte-20181205-8619.html>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-948 (CP. Alvaro Tafur Galvis 6 de Noviembre de 2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-948-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-982 (8 de Octubre de 2004). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-982-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-064 (MP. Rodrigo Escobar Gil 01 de Febrero de 2007). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-064-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-712 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio 17 de Octubre de 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU712-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-265 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio 8 de Mayo de 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-265-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-335 (MP. Mauricio González Cuervo. 11 de Junio de 2015). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU355-15.htm>

- Espinoza Restrepo, J. R. (31 de Octubre de 2013). *¿Puede el procurador destituir a Petro?* Obtenido de Dos razones por las cuales la respuesta sería “no”.: <https://www.dejusticia.org/puede-el-procurador-destituir-a-petro/>
- Ibarra, J. F. (17 de Febrero de 2002). El control de la Discrecionalidad Administrativa. *Revista Jurídica de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, p.25-41. Obtenido de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/121/112>
- Jaramillo, J. F., García, M., Rodríguez, A. A., & Uprimny, R. (2018). *El Derecho Frente al Poder: Surgimiento, desarrollo y Crítica del Constitucionalismo Moderno*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Marín Hernández, H. A. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas (ONU). Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Organización Estados Americanos (OEA). (22 de Noviembre de 1969). Convención Americana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Revista Semana. (15 de Noviembre de 2017). *Sanción anulada: Petro arrolló a Ordóñez en el Consejo de Estado*. Obtenido de Nación: <https://www.semana.com/nacion/articulo/anulan-sancion-a-petro-en-el-consejo-de-estado/547323>
- Santofimio, J. O. (1996). *Tratado de Derecho Administrativo – Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez* (Cuarta ed.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny Yepes, R. (19 de Enero de 2014). *Más sobre la destitución de Petro*. Obtenido de [dejusticia.org: https://www.dejusticia.org/mas-sobre-la-destitucion-de-petro/](https://www.dejusticia.org/mas-sobre-la-destitucion-de-petro/)
- Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo* ((trad. de la 6ª ed.) ed.). (J. R. Jurado, Trad.) Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.