



Tribunal Administrativo de Boyacá
Salvamento de voto
Magistrado: Néstor Arturo Méndez Pérez

Tunja, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Carlos Alberto Acevedo Velásquez
Demandado: Procuraduría General de la Nación
Expediente: 15001-23-33-000-2019-00194-00

Con el debido respeto por la posición mayoritaria de la Sala, comedidamente me permito plasmar aquí las razones por las cuales no comparto la decisión adoptada. Son tales, según se expuso en su oportunidad:

1. El fallo del que disentimos reconoce (Cfr. §99) que en la actualidad tanto el Consejo de Estado -al menos algunas de sus Salas- cuanto la Corte Constitucional mantienen posición en el sentido de que la facultad de la Procuraduría para sancionar (incluso con destitución e inhabilidad) a servidores públicos de elección popular, resulta acorde a la Constitución y compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos. Y que, en el caso de la Corte, se ha puntualizado que dicha posición constituye cosa juzgada constitucional.
2. Ello no obstante, decide “*inaplicar por inconveniencia*” el artículo 45-1 del Código Disciplinario Único, norma que define la sanción de destitución en inhabilidad, aplicable a todo servidor público.

3. Para llegar a esa decisión, discurre por vía de señalar que las razones aducidas por nuestras altas Cortes en vía de sostener la señalada posición han sido superadas por el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al declarar la responsabilidad del Estado Colombiano por violación a los derechos del ciudadano Gustavo Petro U.-. En concreto, señala la mayoría, (a) la Corte Constitucional argumentaba a partir de la *“ausencia de una tesis clara, uniforme y reiterada del tribunal internacional respecto de la interpretación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; sin embargo, esta situación debe entenderse superada con el fallo del caso Petro, donde se estudió específicamente el contenido de la disposición en comento”*, y (b) la Corte Constitucional argumentaba a partir del hecho de que los fallos de la Corte Interamericana sólo obligan a los Estados que son parte en el respectivo proceso, pero esta condición se actualiza ya a partir del caso Petro.

4. Agrega la mayoría que no es posible, tampoco, estarse a lo decidido por el Consejo de Estado en cuanto a la vigencia de las facultades de la Procuraduría -a pesar de su inconventionalidad- mientras siga vigente el actual diseño normativo institucional interno. Ello por cuanto el plazo señalado por esa Corporación para llevar a cabo esa adecuación, venció sin que se produjera la misma; porque el sub iudice no constituye una situación consolidada sino en curso, y porque resultaría contrario al derecho a la igualdad *“que se aplique la interpretación apropiada del artículo 23 de la convención a una sola persona, pero a las demás se les juzgue aceptando la vigencia de normas inconventionales, máxime cuando ya feneció el plazo para su adecuación.”*.

5. Finalmente, transcribe apartes del fallo de la CorteIDH en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006), referente a la obligación de los jueces de los Estados miembros de la Convención de someterse a ella; y del fallo de la misma Corte en el caso Petro, para reiterar la obligación de que esos jueces ejerzan control de convencionalidad, asumiendo las interpretaciones de la CorteIDH sobre ese instrumento.

6. Pues bien: considera el suscrito que resulta desacertada la decisión de inaplicar por inconventional el artículo 45-1 del Código Disciplinario único, y, a partir de ello, declarar la nulidad de los actos acusados, en concepto de estar incurso en vicio de falta de competencia. Es así por, al menos, las siguientes razones:

7. Porque, primero, el artículo 45-1 del CDU *no confiere competencia alguna* y, por tanto, su inaplicación no resulta fundada en los términos de la motivación del fallo, pues no contradice el artículo 23 de la Convención. Y aunque, ciertamente, podría decirse que la contradice, en cuanto es desarrollo del artículo 277-6 de la Constitución, norma que sí atribuye la competencia que la mayoría estima contraria a la Convención, entonces, es ese artículo constitucional el que debería haberse inaplicado (o hecho objeto de interpretación conforme a la Convención) para dejar sin base competencial la sanción impuesta por la Procuraduría, y poder, así, anular los actos acusados en concepto de haber sido expedidos por autoridad incompetente. La inaplicación del art. 45-1 del CDU no surte tal efecto y, por tanto, la anulación de los actos no procedía fundada en el vicio de falta de competencia.
8. Porque, segundo, ciertamente el tema ha de abocarse respecto del artículo 277 Constitucional, pues desde tal perspectiva puede observarse con mayor facilidad el verdadero carácter del problema que subyace a la polémica (lúcidamente reseñada en el fallo glosado) sobre el alcance de las facultades de la Procuraduría. En efecto: en nuestro concepto, la polémica ha sido erradamente planteada, como si fuera un asunto de mera constatación de ajuste/desajuste de una norma inferior (la norma interna) a una superior (la norma de la Convención).
9. Y es errado el planteamiento porque soslaya el hecho de que el nuestro es un Estado soberano que no reconoce órdenes jurídicos superiores a la Constitución, norma suprema del ordenamiento (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los países miembros de la Unión Europea), y que *la aplicabilidad que los tratados internacionales tienen en nuestro país se debe a la validación que de ellos hace la Constitución*. Incluso en el caso de los tratados a que refiere el artículo 93 de la Carta -que tienen rango constitucional- su validez y jerarquía derivan del hecho de que la Constitución los *incorpora a su texto* (así que, incluso, en puridad terminológica y conceptual, no puede hablarse de control de convencionalidad como algo distinto del control de constitucionalidad).
10. Siendo ello así, siendo que la Constitución es *norma de normas, que se impone a cualquier otra disposición*, según lo proclama su cuarto artículo, no es posible -sin más- predicar que una norma constitucional, cual es el artículo 277, resulta inválida (o necesitada de prótesis interpretativa) *por el simple hecho de tener un sentido contrario a otra norma de la misma Constitución*, cual es, a lo(sumo, la Convención. La discusión

sobre inconstitucionalidad de normas constitucionales, con ser de interés teórico, resulta aquí, empero, impertinente, pues lo que se ha venido afirmando por quienes sostiene el *control de convencionalidad como distinto del de constitucionalidad* no es que las normas constitucionales puedan ser inconstitucionales, sino que la Constitución puede ser inválida en cuanto contraria a la Convención).

11. No discutimos, en suma, que una norma legal pueda ser inválida cuando contradice a una norma constitucional (obrante directamente en su texto o incorporada a este por vía del artículo 93 de la Carta). Pero sí que una norma constitucional pueda invalidarse por contrariar a otra *que -equivocadamente- se asume como de mayor jerarquía*

Cordialmente,



NÉSTOR ARTURO MÉNDEZ PÉREZ
Magistrado