

RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISIÓN DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Procedencia / RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISIÓN DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Finalidad

El recurso extraordinario especial de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas que decreten la pérdida de investidura de un congresista. Su finalidad es invalidar los efectos jurídicos de la providencia y que se deniegue la solicitud de pérdida de investidura. Dado su carácter excepcional frente al principio de cosa juzgada, la procedencia del recurso se encuentra condicionada por los siguientes requisitos: i) De tiempo. Ha de presentarse dentro de los 5 años siguientes a la ejecutoria de la sentencia; ii) De forma. El escrito debe cumplir con los parámetros contemplados en el artículo 252 del CPACA; y iii) De fondo. Al recurrente le corresponde demostrar la configuración de alguna de las causales taxativamente señaladas en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 y artículo 250 de CPACA.

FUENTE FORMAL: LEY 144 DE 1994 – ARTICULO 17 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 250

VIOLACION AL DEBIDO PROCESO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL – Improcedencia / TIPICIDAD - Análisis

El derecho fundamental al debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico mediante las cuales se busca proteger al individuo inmerso en una actuación judicial o administrativa, con el fin de garantizar el respeto de sus derechos durante el trámite. De acuerdo con lo anterior, este derecho se traduce en la garantía de un procedimiento justo que contiene, entre otros, los siguientes principios y derechos: legalidad, tipicidad, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, publicidad, eficacia, doble instancia, *non bis in idem*, derecho de defensa, derecho de contradicción y la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida irregularmente. También garantiza el cumplimiento de todos los requerimientos, condiciones y exigencias para la efectividad del derecho material, dentro de los cuales incluye el derecho a obtener una decisión motivada y el derecho a la independencia e imparcialidad del juez. En relación con los principios de legalidad o tipicidad, cuando se trata de pérdida de investidura de congresistas, ambos están referidos a la descripción previa que la Constitución Política de Colombia hace del hecho o conducta reprochable, susceptible de la sanción. Su finalidad es limitar la facultad discrecional de los jueces en ejercicio del poder sancionatorio que le es confiado y los obliga a que la conducta juzgada se adecúe estrictamente a la descripción prevista en la Carta Superior. (...) Aduce el recurrente que la jurisprudencia de la Sección Quinta constituye un precedente judicial vinculante, y que además, no había una postura diferente por parte de la Sala Plena de esta Corporación, por lo tanto que se debe acoger la interpretación que proteja en mayor proporción los derechos fundamentales y el principio *pro homine*, es decir, descartar las interpretaciones que restrinjan o limiten su ejercicio. La Corporación considera que no le asiste razón al recurrente ya que en la sentencia analizó y aplicó la jurisprudencia vigente de la Sala Plena del Consejo de Estado, es decir, concluyó que sí habían pronunciamientos expresos por parte del Consejo de Estado que calificaban la conducta o el hecho reprochado como constitutiva de violación al régimen de inhabilidades. Además, la estructura del fallo no parte del hecho de que la posición de la Sección Quinta se había adoptado en asuntos de naturaleza electoral para imponer su criterio frente a la pérdida de investidura, como lo señala el recurrente. Es decir, no se sustenta en las características diferenciadoras de las dos acciones para acoger la tesis que

defiende la existencia de la inhabilidad en los hechos reprochados. (...) No es cierto que el fallo recurrido acogió la interpretación menos más favorable del Consejo de Estado, como lo aduce el cargo. La sentencia argumenta que la tesis adoptada corresponde a la expuesta en reiteradas ocasiones por Sala Plena desde hacía varios años; por esta razón, concluye que no es vinculante la posición aislada que sobre el mismo tema expuso la Sección Quinta en algún momento, que además no fue pacífica al interior de esta sección. En decir, la Sala Plena actuó dentro de los límites del respeto de su propio precedente judicial en el proceso de pérdida de investidura objeto de este recurso y explicó claramente la razón por la cual no aplicaba la posición aislada de la Sección Quinta, que avalaba la tesis contraria. Es decir, decidió con base en una sub regla jurídica de forzoso acatamiento y cumplimiento planteada por el órgano de cierre tanto de los procesos de pérdida de investidura, como de los procesos electorales cuando resuelve el recurso extraordinario de revisión, sin que en sus decisiones deba estar vinculada a la interpretación que hace una sección sobre un mismo punto de derecho. Por esta razón, no se demostró la violación al debido proceso ni de los principios de legalidad o tipicidad y no prosperará el cargo formulado.

RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISIÓN DE PERDIDA DE INVESTIDURA – Nulidad originada en la sentencia / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA – Supuesta falta de análisis de la responsabilidad subjetiva

El recurrente afirmó que la sentencia proferida por la Sala Plena dentro del proceso de pérdida de investidura está afectada de nulidad (causal contemplada en el ordinal 6.º del artículo 188 del CCA, hoy artículo 250 ordinal 5.º del CPACA). (...) El reproche se sustenta en la carencia de análisis de la responsabilidad subjetiva en el caso concreto. Al respecto, la Corporación encuentra que en la contestación a la solicitud de pérdida de investidura el señor Libardo Enrique García Guerrero argumentó que actuó prevalido de la buena fe, en uso de seguridad jurídica que le prohijaban decisiones judiciales anteriores y en virtud de la confianza legítima.(...) El fallo sí analizó la responsabilidad subjetiva del señor García Guerrero dentro del contexto de estudio de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, como lo argumentó en su defensa el señor García Guerrero. Así las cosas, como no está acreditada la carencia total de pronunciamiento de la Sala Plena sobre las justificaciones presentadas frente al tema y los móviles que lo llevaron a incurrir en la conducta objeto de reproche, la sentencia no presenta vicio grave o insaneable que afecte su validez. Tampoco se probó que la argumentación de la Sala Plena es claramente defectuosa, abiertamente insuficiente o inexistente, de forma tal que se invalide la sentencia por contener una decisión arbitraria.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 250 NUMERAL 5

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA – No puede alegarse frente a cuestiones objeto de divergencias jurisprudenciales

El principio de confianza legítima, como correlativo necesario de los principios de seguridad jurídica y buena fe, desde la perspectiva que interesa al presente asunto busca salvaguardar y no sancionar la conducta de quien actúa prevalido y convencido de que existen precedentes judiciales ciertos y vinculantes que regulan su conducta de determinada manera, y que por lo tanto, no ofrecen duda o desconfianza para realizar la actividad que se propone; es decir, que la persona se encuentra protegida ante un cambio intempestivo en la interpretación de las normas. Lo anterior porque «[...] el ciudadano -entiéndase toda persona- debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar

[...]», y por lo tanto prever en que cualquier discusión sobre su actuar será resuelta con base en el significado viviente del derecho, vigente para la época de la realización del acto. Pese a lo anterior, cuando existen criterios divergentes al interior de una misma corporación judicial o en la jurisprudencia aplicable, no es posible encasillarse en uno de ellos y desconocer los otros, para alegar confianza legítima. Es decir, no se genera esta protección cuando: (i) Existan posiciones controversiales al interior de las altas cortes, o entre estas, y se encuentran pendientes de unificación. (ii) Haya una tesis aislada que controvierte, sin fines de unificación o de cambio de posición jurisprudencial, la que pacíficamente ha defendido una alta corporación judicial. Actuar con base en estas posiciones implica una lectura parcial del caso para acoger la interpretación más favorable a los intereses de quien así lo hace, con el riesgo de que judicialmente pueda concluirse lo contrario, dada la discusión interpretativa existente. Es ello, precisamente, lo que permite negar la salvaguarda de la confianza legítima a quien actúa prevalido de esa interpretación. (...) Por último, es necesario ratificar que el ciudadano no puede esgrimir la protección de su confianza legítima cuando actúa con fundamento en la posición interpretativa de una autoridad administrativa, que a su vez se ampara en jurisprudencia aislada y/o controversial, o no unificada de las altas cortes.

REPRESENTANTES A LA CÁMARA. INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD CIVIL O POLITICA – Factor territorial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera indispensable recordar y reiterar en esta providencia con fines de unificación previstos en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 que el criterio sostenido en relación con la inhabilidad prevista en el artículo 179 ordinal 5.º de la Constitución Política respecto de los aspirantes a ser Representantes a la Cámara es aquel que fue expuesto con ocasión de la declaratoria de nulidad de la elección del hoy recurrente, en providencia del 20 de febrero de 2012. (...) La Sala reitera la regla consistente en que en virtud de lo dispuesto en el ordinal 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, todo aspirante a la Cámara de Representantes se encuentra inhabilitado para postularse y ser elegido como tal si tiene vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, ya sea con personas que ejerzan autoridad civil o política en una entidad del orden departamental por el cual se surte la elección, o con aquellas que ejerzan esta misma autoridad en una entidad del orden municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual aspira a ser congresista.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA– ARTÍCULO 179 NUMERAL 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., dos (2) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00110-00(REVPI)

Actor: LIBARDO ENRIQUE GARCÍA GUERRERO

1. ASUNTO

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resuelve el recurso extraordinario de revisión formulado por el señor Libardo Enrique García Guerrero, respecto de la sentencia de pérdida de investidura proferida en su contra por esta Corporación el 16 de noviembre de 2011.

2. ANTECEDENTES

2.1. La solicitud de pérdida de investidura y sus fundamentos¹

El 25 de abril de 2011, el señor Misael Elías Núñez Ochoa instauró acción pública de pérdida de investidura contra el representante a la Cámara Libardo Enrique García Guerrero, electo para el período 2010-2014.

Como sustento fáctico adujo que en las elecciones para Senado y Cámara de Representantes que se llevaron a cabo el 14 de marzo de 2010 el señor García Guerrero aspiró a una curul como parlamentario del Partido de Integración Nacional (PIN), para la circunscripción territorial del departamento de Magdalena y fue electo como representante a la Cámara para el período 2010-2014. Afirmó que para la fecha de la citada a elección el señor padre del congresista se desempeñaba como alcalde del municipio de Fundación, Magdalena.

La solicitud se basó en la causal consagrada en el ordinal 1.º del artículo 183 de la Constitución Política (violación al régimen de inhabilidades), toda vez que para la fecha de la elección del accionado como congresista, su padre ejercía autoridad civil y política dentro de la misma circunscripción territorial (departamento de Magdalena). Con ello se incurrió en la inhabilidad prevista en el ordinal 5.º del artículo 179 de la norma superior.

2.2. Sentencia de única instancia².

El Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo -proferió sentencia el 16 de noviembre de 2011 en la que decretó la pérdida de investidura del representante a la Cámara Libardo Enrique García Guerrero.

La sentencia se fundamentó en que se demostraron los presupuestos de la inhabilidad prevista en el ordinal 5.º del artículo 179 de la Constitución Política de Colombia, necesarios y suficientes para que se configure la causal de pérdida de investidura invocada.

En efecto, encontró que existe el vínculo de consanguinidad entre el congresista García Guerrero con el señor Libardo Sucre García Nassar (hijo-padre) y este último era alcalde del municipio de Fundación Magdalena para la fecha en que su hijo fue elegido como congresista por este departamento. Concluyó que para el día de las elecciones el señor García Nassar ejercía autoridad civil y política en la

¹ Folios 1 a 22 del cuaderno principal del proceso de pérdida de investidura, radicado 2011-00515.

² Folios 443 a 513 *ibidem*.

misma circunscripción electoral por la que resultó electo su hijo, por lo tanto se configuró la inhabilidad imputada.

La Sala Plena no aceptó el argumento de defensa según el cual, la circunscripción electoral no es sinónimo de circunscripción territorial como división política y que la coincidencia parcial geográfica de ambas no debe entenderse comprendida dentro de la inhabilidad constitucional según tesis esbozada en algún momento por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Sostuvo la Corporación que si el municipio está incluido en el departamento que conforma la circunscripción electoral, este hace parte de la misma circunscripción territorial y por ello se configura la causal de inhabilidad. Para el efecto ratificó precedentes sobre la materia, proferidos por la Plenaria de la Corporación.

Por último, sostuvo que el hecho de que el señor García Nassar estuviera en vacaciones para el día de las elecciones, no implica que dejó de ejercer autoridad política y civil durante esa jornada porque conservó las mismas facultades que la Constitución y la ley le otorgaban como alcalde. Esto, dada la temporalidad de la situación administrativa que se presentó.

Igualmente la Sala Plena encontró que el vínculo con su padre y la calidad que este ostentaba en el municipio, sí influyeron y fueron decisivos para la elección del congresista, porque la mayor votación a favor del señor García Guerrero se presentó en el municipio de Fundación, comparada con la obtenida en los demás entes territoriales del departamento.

3. RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISIÓN³

El señor Libardo Enrique García Guerrero presentó recurso extraordinario especial de revisión contra la anterior decisión. Solicitó que se declarara la nulidad de esta providencia y, en consecuencia, que no se decrete la pérdida de investidura como Representante a la Cámara.

El recurso se sustentó en las causales de los literales a) y b) del artículo 17 de la Ley 144 de 1994 y en el ordinal 6.º del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo (CCA),⁴ con los siguientes argumentos:

i) Violación al debido proceso. Argumentó que la providencia vulneró el principio de legalidad porque no aplicó la línea jurisprudencial de la Sección Quinta del Consejo de Estado que estaba vigente para el día de las elecciones⁵ y era vinculante para la Corporación. En aquella se sostenía que de acuerdo con los hechos no se configura la inhabilidad imputada. Por ello, consideró vulnerados los derechos y/o principios de la igualdad, buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima y a la interpretación *pro homine*. Según el recurrente no existe

³ Folios 74 a 173.

⁴ Conforme al auto del 20 de mayo de 2016 (folios 180 y 181) el recurso fue admitido a la luz de lo dispuesto por la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, ello no afectó la causal alegada, por cuanto esta se encuentra en el ordinal 5.º del artículo 250 del CPACA.

⁵ Adujo que esta misma posición la expresaron en el caso concreto tanto el Consejo Nacional Electoral al negar la nulidad de su inscripción como candidato, solicitada por los mismos hechos, y fue compartida por la Procuraduría General de la Nación a través de la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales.

justificación para que la Corporación aplicara las mismas normas sobre inhabilidad en forma diferente, según el proceso de que se trate. Tampoco para que se concluyera que su padre ejerció autoridad civil y política el día de las elecciones, pese a que estaba en vacaciones.

ii) Violación del derecho de defensa. Señaló que el fallo recurrido no tuvo en cuenta algunas pruebas allegadas al proceso⁶ y que se valoró indebidamente el documento que acreditó las vacaciones concedidas a su señor padre, con el cual se demostraba la separación temporal de las funciones de su cargo de alcalde municipal de Fundación.⁷

iii) Causal contemplada en el ordinal 6.º del artículo 188 del CCA. Señaló que la providencia carece completamente de motivación, toda vez que no se pronunció sobre algunos argumentos de defensa expuestos en la contestación y centró su análisis en la responsabilidad objetiva. Con ello omitió el análisis subjetivo de la conducta. Este argumento también fue esbozado como sustento de la primera causal.

4. TRÁMITE DEL RECURSO

El recurso extraordinario especial de revisión fue admitido por medio de auto del 20 de mayo de 2016,⁸ en el que se determinó que su trámite se guiaría por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). No hubo pronunciamiento alguno por parte de los sujetos procesales que fueron notificados.⁹

El apoderado del señor García Guerrero solicitó medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del fallo recurrido,¹⁰ petición que fue denegada el 25 de octubre de 2017.¹¹ El 23 de noviembre de 2017 se decidió sobre las pruebas solicitadas.¹²

5. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

La Sala Plena del Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso, según lo previsto en el ordinal 7.º del artículo 11 del CPACA.¹³

⁶ Como tales menciona algunas sentencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado, así como los pronunciamientos del Consejo Nacional Electoral y la Procuraduría General de la Nación durante el trámite de las impugnaciones ante la autoridad electoral

⁷ Esta parte de la sustentación del cargo se esbozó en el ordinal 1.8. del recurso, que se refiere a la primera causal, sin embargo, se adosa al cargo segundo por tener relación directa con este.

⁸ Folios 180 y 181

⁹ El presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes fue enterado de la providencia el 25 de mayo de 2016, por medio del oficio ACCR-50835 (f. 183); el procurador 1.º Delegado ante el Consejo de Estado se notificó personalmente el 25 de mayo de 2016, según consta en el acta visible a folio 185 del expediente; y el señor Misael Elías Núñez Ochoa quedó notificado el 16 de junio de 2016 (f. 197).

¹⁰ Folios 254 a 271.

¹¹ Folios 272 a 277.

¹² Folio 282.

¹³ Funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. La Sala de lo Contencioso administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones:

[...]

5.2. Características del recurso extraordinario especial de revisión

El recurso extraordinario especial de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas que decreten la pérdida de investidura de un congresista. Su finalidad es invalidar los efectos jurídicos de la providencia y que se deniegue la solicitud de pérdida de investidura.

Dado su carácter excepcional frente al principio de cosa juzgada, la procedencia del recurso se encuentra condicionada por los siguientes requisitos: **i) De tiempo.** Ha de presentarse dentro de los 5 años siguientes a la ejecutoria de la sentencia; **ii) De forma.** El escrito debe cumplir con los parámetros contemplados en el artículo 252 del CPACA; y **iii) De fondo.** Al recurrente le corresponde demostrar la configuración de alguna de las causales taxativamente señaladas en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 y artículo 250 de CPACA.¹⁴

Los dos primeros requisitos fueron analizados al momento de admitirse el recurso extraordinario,¹⁵ por lo tanto, procede la Sala a estudiar las causales invocadas.

5.3. Análisis de las causales invocadas y respuesta a los problemas jurídicos.

Con el fin de resolver el recurso la Sala Plan abordará la siguiente temática: **(i)** Debido proceso; **(ii)** Derecho de defensa; **(iii)** causales de nulidad de la sentencia y violación al debido proceso; y **(iv)** Precisión final: sentencia SU 424 de 2016 de la Corte Constitucional.

Previo a ello, la Corporación recuerda que conforme a la naturaleza del recurso extraordinario especial de revisión este mecanismo no puede ser utilizado para reabrir el debate objeto del proceso ordinario, ni para controvertir o mejorar los argumentos expuestos en contra de la sentencia recurrida, comoquiera que no es una instancia adicional.¹⁶ En efecto, Sala Plena del consejo de Estado ha precisado que «[...] no se trata de controvertir la corrección o incorrección del juzgamiento, ni de corregir los errores de apreciación de los hechos y de las pruebas, en que a juicio del recurrente hubiera podido incurrir el fallador, pues eso equivaldría a convertir el recurso en un juicio contra el fondo de la sentencia, discutiendo nuevamente los hechos, ya dilucidados con fuerza de cosa juzgada;

7. Conocer del recurso extraordinario especial de revisión de las sentencias de pérdida de investidura de los congresistas. En estos casos, los Magistrados del Consejo de Estado que participaron en la decisión impugnada no serán recusables ni podrán declararse impedidos por ese solo hecho. (NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-450 de 2015.)

¹⁴ Ver las sentencias de la Sala Plena del Consejo de Estado: i) de fecha 4 de agosto de 2015, radicación 11001-03-15-000-2013-00070-00(REV), demandante: Jesús Enrique Vergara Barreto; y ii) de fecha 12 de junio de 2001, radicación 2001-006(REVPI).

¹⁵ Se estableció que fue presentado en tiempo oportuno porque la sentencia objeto del recurso fue proferida el 16 de noviembre de 2011, la cual quedó ejecutoriada el 25 de enero de 2012 y el recurso se formuló el 21 de enero de 2015. Así mismo, se cumplieron los parámetros formales del artículo 252 del CPACA y se sustentó en las causales previstas en el artículo 17 de Ley 144 de 1994, literales a) y b), y la señalada en el artículo 188 ordinal 6 del CCA, hoy comprendida en ordinal 5.º del artículo 250 de CPACA.

¹⁶ Sentencias del Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 11 de octubre de 2005, radiación: 11001-03-15-000-2003-00794-01(REVPI).

sino de la inobservancia de las reglas propias de la sentencia, que vician su validez. [...]».¹⁷

(i) Debido proceso

El derecho fundamental al debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico mediante las cuales se busca proteger al individuo inmerso en una actuación judicial o administrativa, con el fin de garantizar el respeto de sus derechos durante el trámite.

De acuerdo con lo anterior, este derecho se traduce en la garantía de un procedimiento justo que contiene, entre otros, los siguientes principios y derechos: **legalidad, tipicidad**, juez natural, favorabilidad, presunción de inocencia, publicidad, eficacia, doble instancia, *non bis in idem*, derecho de defensa, derecho de contradicción y la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida irregularmente. También garantiza el cumplimiento de todos los requerimientos, condiciones y exigencias para la efectividad del derecho material, dentro de los cuales incluye el derecho a obtener una decisión motivada y el derecho a la independencia e imparcialidad del juez¹⁸

En relación con los principios de legalidad o tipicidad, cuando se trata de pérdida de investidura de congresistas, ambos están referidos a la descripción previa que la Constitución Política de Colombia hace del hecho o conducta reproachable, susceptible de la sanción. Su finalidad es limitar la facultad discrecional de los jueces en ejercicio del poder sancionatorio que le es confiado¹⁹ y los obliga a que la conducta juzgada se adecúe estrictamente a la descripción prevista en la Carta Superior.

El recurrente hizo referencia a varios temas para justificar la causal de violación al debido proceso, los cuales se sintetizan y responden de la siguiente manera:

a) Desconocimiento del precedente. Arguyó que se le debió aplicar la línea jurisprudencial de la Sección Quinta del Consejo de Estado,²⁰ que interpretó el ordinal 5.º del artículo 179 de la Constitución Política de Colombia en el sentido que la circunscripción electoral no es sinónimo de la territorial, y por lo tanto no incurrió en la causal de inhabilidad establecida en la Constitución. Esto porque su padre era alcalde en una circunscripción territorial municipal que no es concurrente ni comparable con la circunscripción electoral del representante a la Cámara (departamental), consagrada en la norma inhabilitante.

¹⁷ Sentencia de la Sala Plena del 11 de octubre de 2005, radicado 11001-03-15-000-2003-00794-01 (REVPI), dentro de la cual se citó las siguientes providencias de la misma Sala: del 11 de mayo de 1998, expediente de revisión 93; del 13 de abril de 2004, expediente de revisión 132; y del 1.º de junio de 2005, radicado interno 62.

¹⁸ Ver sentencias de la Sala Plena del Consejo de Estado: i) de fecha 12 de febrero de 2002, radicación: REVPI-002; ii) de fecha 27 de enero de 2004, radicación: REVPI-2003-0631; iii) de fecha 26 de febrero de 2013, radicación: 11001-03-15-000-2008-01027-00 (REVPI) demandante: Iván Díaz Mateus; y iv) de fecha 4 de agosto de 2015, radicación: 11001-03-15-000-2013-00070-00(REV), demandante: Jesús Enrique Vergara Barreto.

¹⁹ Ver Sentencia C-379 de 2008 de la Corte constitucional.

²⁰ Enuncia que esta línea está contenida en las siguientes providencias: sentencia del 11 de marzo de 1990, radicado 1847; sentencia del 6 de mayo de 1999, radicación 1845, 1851, 1856, 1857 y 1868 (acumulados); sentencia del 18 de septiembre de 2003, radicación 2889-2907; y sentencia del 23 de febrero de 2007, radicado 1982-3951

Frente a ello, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado explicó lo siguiente en la sentencia objeto de este recurso extraordinario:

«[...] la Sala Plena de esta Corporación, ha sido enfática en señalar que de acuerdo con el artículo 176 de la Constitución Política la Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales; y que para la elección de Representantes a la Cámara cada Departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial, de donde ha concluido que los Municipios que integran un Departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial y, por ello está inhabilitado para inscribirse como Representante a la Cámara quien tenga vínculos por matrimonio, unión permanente, o parentesco, en los términos señalados por la ley, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en Municipios del mismo Departamento por el cual se inscribe (Sentencia de 28 de mayo de 2002 – Expedientes núms. (sic) PI-033 y PI-034, Consejero ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante).

Esta postura también fue recogida y ratificada en sentencia de 15 de febrero de 2011 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que ahora se prohija (sic) [...]

De lo que ha quedado reseñado se concluye que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que es la competente para dirimir las controversias relativas a la pérdida de investidura de congresistas, dejó plasmada su postura con antelación a la fecha en que se llevaron a cabo las elecciones en las que resultó elegido el Congresista demandado por la Circunscripción Territorial del Magdalena, esto es, el 14 de marzo de 2010, circunstancia que enerva los argumentos de la parte demandada, en el sentido de que de manera abrupta la Corporación cambió de criterio frente a la causal en estudio y de contera que se vulneraron los derechos a la igualdad, a la confianza legítima, a la seguridad jurídica, al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos y de acceso a los cargos de elección popular que se invocan en la contestación de la demanda.[...]

Aduce el recurrente que la jurisprudencia de la Sección Quinta constituye un precedente judicial vinculante, y que además, no había una postura diferente por parte de la Sala Plena de esta Corporación, por lo tanto que se debe acoger la interpretación que proteja en mayor proporción los derechos fundamentales y el principio *pro homine*, es decir, descartar las interpretaciones que restrinjan o limiten su ejercicio.

La Corporación considera que no le asiste razón al recurrente ya que en la sentencia analizó y aplicó la jurisprudencia vigente de la Sala Plena del Consejo de Estado, es decir, concluyó que sí habían pronunciamientos expresos por parte del Consejo de Estado que calificaban la conducta o el hecho reprochado como constitutiva de violación al régimen de inhabilidades. Además, la estructura del fallo no parte del hecho de que la posición de la Sección Quinta se había adoptado en asuntos de naturaleza electoral para imponer su criterio frente a la pérdida de investidura, como lo señala el recurrente. Es decir, no se sustenta en las características diferenciadoras de las dos acciones²¹ para acoger la tesis que defiende la existencia de la inhabilidad en los hechos reprochados.

La Sala Plena enfatizó que la Sección Quinta tenía dos posturas divergentes frente a la inhabilidad consagrada en el ordinal 5.º del artículo 179 de la

²¹ Hoy medios de control.

Constitución Política: una de ellas la que esboza el señor García Guerrero, mediante la cual se sostiene que las circunscripciones electorales departamental y municipal no son coincidentes²² y por tanto no se configura inhabilidad; la otra tesis sustenta que los hechos imputados al recurrente sí la estructuran.²³ Esta última posición concuerda con la que tenía la Sala Plena desde el año 2002,²⁴ que además fue reiterada por la plenaria tanto en la sentencia objeto de recurso, como en providencia del año 2012 con la cual decidió la demanda de nulidad electoral contra el hoy impugnante y anuló su elección como representante a la Cámara por el Departamento del Magdalena.²⁵

No es cierto que el fallo recurrido acogió la interpretación menos más favorable del Consejo de Estado, como lo aduce el cargo. La sentencia argumenta que la tesis adoptada corresponde a la expuesta en reiteradas ocasiones por Sala Plena desde hacía varios años; por esta razón, concluye que no es vinculante la posición aislada que sobre el mismo tema expuso la Sección Quinta en algún momento, que además no fue pacífica al interior de esta sección.

En decir, la Sala Plena actuó dentro de los límites del respeto de su propio precedente judicial en el proceso de pérdida de investidura objeto de este recurso y explicó claramente la razón por la cual no aplicaba la posición aislada de la Sección Quinta, que avalaba la tesis contraria. Es decir, decidió con base en una sub regla jurídica de forzoso acatamiento y cumplimiento planteada por el órgano de cierre tanto de los procesos de pérdida de investidura, como de los procesos electorales cuando resuelve el recurso extraordinario de revisión, sin que en sus decisiones deba estar vinculada a la interpretación que hace una sección sobre un mismo punto de derecho.²⁶

Por esta razón, no se demostró la violación al debido proceso ni de los principios de legalidad o tipicidad y no prosperará el cargo formulado.

b) Inaplicación de principios por cambio inesperado de jurisprudencia. El recurrente afirmó que la sentencia negó la aplicación de los principios de la buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima y *pro homine*, debido al cambio inesperado de criterio por parte de la Sala Plena al no acoger el precedente de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

²² A ella se hizo referencia en la sentencia de la Sala Plena del 15 de febrero de 2011, que evocó la sentencia de la Sección Quinta: del 18 de septiembre de 2003 expediente 11001-03-28-000-2002-0007-01 (2889-2907). Actor: Jaime Alberto Alzate Cárdenas y otro. Demandado: Representante a la Cámara por Boyacá. Al respecto también pueden consultarse: 1.- Fallo del 6 de mayo de 1999. Expediente: 1845, 1851, 1857 y 1868. Actor: Víctor Julio Gutiérrez Jiménez y otros.

²³ A ella se hizo referencia en la sentencia de la Sala Plena del 15 de febrero de 2011, que evocó las sentencias de la Sección Quinta: del 14 de diciembre de 2001, exp. 2773, del 24 octubre de 2002, radicado 11001-03-28-000-2002-0014-01(2904); del 20 de enero de 2004 radicado 11001-03-15-000-2003-1024-01 (PI); del 2 de octubre de 2008, radicado 07001-23-31-000-2007-00086-02; del 17 de marzo de 2005, radicado 47001-23-31-000-2004-00014-01 [3505]; del 8 de septiembre de 2005, radicado 18001-23-31-000-2003-00396-02 [3660]; y del 3 de marzo de 2006, radicado 18001-23-31-000-2003-00384-01 [3661].

²⁴ Sentencias de la Sala Plena del 28 de mayo de 2002, expedientes PI-033 y PI034.

²⁵ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia del 20-02-2012 Expediente Acumulado N° 11001032800020100063-00 Radicado N° 2010-00063 (Acumulado con 2010-00067 y 2010-0060) Actor: Jorge Eduardo Durán Galindo y otros Acción Electoral

²⁶ Sentencia de la Corte Constitucional SU 424 de 11 de agosto de 2016

Sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2015 (radicación: 11001-03-15-000-2013-00070-00[REV]) y del 6 de febrero de 2018 (radicación: 11001-03-15-000-2017-00558-00).

La Sala Plena encuentra que en la providencia objeto del recurso extraordinario hizo referencia a estos principios²⁷ y afirmó que no se quebrantaron porque se acogió la tesis reiterada de la Sala Plena frente al tema de inhabilidad. Además, que esta posición es acorde a los mandatos constitucionales y legales que regulaban la materia. Con base en lo anterior, la Corporación concluye que no se demostró el cambio inesperado de criterio en la sentencia y en consecuencia que se hubiesen quebrantado los principios ya enumerados.

c) Desconocimiento del elemento temporal de la inhabilidad. Aduce el recurrente que la Corporación desconoció que para el día de las elecciones su padre no estaba en ejercicio de las funciones propias del cargo de alcalde (se encontraba en vacaciones), lo que constituye una falta temporal. Por lo tanto, como este no ejerció ningún tipo de autoridad civil o política en la fecha de las elecciones, ello suprime un elemento esencial de la inhabilidad imputada al congresista.

En lo relativo a este argumento, la providencia impugnada indicó:

«[...] si bien es cierto que para el 14 de marzo de 2010, fecha en la cual se realizaron las elecciones, el padre del demandado estaba en uso de sus vacaciones, que fueron concedidas mediante Resolución núm. 041 de 22 de febrero de 2010, entre el 23 de febrero y el 15 de marzo de ese año, no lo es menos que de acuerdo con el artículo 106 de la Ley 136 de 1994, si la falta es temporal, con excepción de la suspensión, el Alcalde “encargará de sus funciones a uno de los secretarios o quien haga sus veces. Si no pudiere hacerlo, el Secretario de Gobierno o único del lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios. El... encargado deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del Alcalde elegido por voto popular y quedará sujeto a la ley estatutaria del voto programático”.

De lo anterior, forzoso es concluir que en las faltas temporales, con la excepción ya anotada, el Alcalde mantiene las facultades que la Constitución y la Ley le otorgan, por lo que tampoco resulta de recibo este argumento que adujo el demandado en su defensa. [...]»

Por lo tanto, la Sala Plena sí tuvo en cuenta que el padre del recurrente se encontraba en vacaciones para la fecha de las elecciones. En la sentencia se explicaron los fundamentos para concluir que en dicho lapso el alcalde ejerció autoridad civil o política y en consecuencia, que se configuró la causal invocada.

No constituye violación al debido proceso el hecho de que la sentencia negara el argumento de la defensa. Lo pretendido en este recurso es que se examinen de nuevo los planteamientos expuestos en el proceso de pérdida de investidura, lo que no es posible en esta vía extraordinaria. Por ello no está llamado a prosperar el reproche formulado.

d) Violación del derecho a la igualdad. Argumentó que la sentencia incurrió en una arbitraria e injusta discriminación entre iguales, al aplicarse allí las normas sobre inhabilidad de los congresistas, de manera diferente a como se hizo en otros casos.

²⁷ Ver folios 501 a 506 del proceso de pérdida de investidura.

En relación con este aspecto, la Sala Plena recuerda que el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, se analiza desde dos perspectivas: **(i) la formal o ante la ley**²⁸ y **(ii) la material o de trato**.²⁹ Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente sin justificación alguna; o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual pese a que debe prohibirse uno diferenciado acorde con el mandato constitucional.

Para el efecto, la jurisprudencia constitucional³⁰ ha diseñado el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: (i) determinación de los criterios de comparación, esto es, si se trata de sujetos de la misma naturaleza, (ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y (iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

Ahora bien, es evidente que el recurrente no indica cuales son las demás personas cuya igualdad de trato predica. No hay referencia del caso o casos en que dentro de un proceso de pérdida de investidura se haya aplicado la inhabilidad consagrada en el ordinal 5.º del artículo 179 de la Constitución Política en forma distinta a como se hizo en este proceso. Por el contrario, en la sentencia objeto de reproche se da cuenta de la línea jurisprudencial utilizada de manera uniforme en todos los procesos de pérdida de investidura que habían sido estudiados por la misma causal. Por lo tanto no está acreditado un trato desigual entre iguales.

Aun así, se revisó el sistema web de consulta de jurisprudencia de la Relatoría del Consejo de Estado³¹ en el cual se observa que la Sala Plena ha mantenido su postura frente al estudio de pérdida de investidura con base en la misma causal invocada en este caso.³² Por lo tanto, no se demostró vulneración al derecho a la igualdad del señor Libardo Enrique García Guerrero.

Ahora bien, pretende el recurrente que se declare un trato desigual porque en procesos de nulidad electoral la Sección Quinta del Consejo de Estado asumió posturas acordes con su planteamiento defensivo, pronunciamientos que ya fueron objeto de cita en esta providencia. Frente a ello debe concluirse que ambos procesos (nulidad electoral y pérdida de investidura), son asuntos de naturaleza disímil, proferidos en contextos argumentativos diferentes y por distintas instancias. La Sección Quinta adoptó esta tesis en diferentes casos de nulidad electoral y mantuvo posiciones divergentes sobre la materia en otros, lo que demuestra que no hubo postura pacífica. Por el contrario, la Sala Plena de la

28 Que hace alusión a que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, por ende, deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación. Sentencia T-629 de 2010.

29 Según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta Corte Constitucional. Ibidem.

30 Ibidem.

31 Consulta realizada en la página web <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadce.php>, link consulta de jurisprudencia (<http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>). Fecha de consulta 14/03/2018.

32 Sentencias: i) del 28 de mayo de 2002, radicación: 11001-03-15-000-2001-00249-00 y 11001-03-15-000-2001-00262-00 (acumulados PI-033 y PI-034); ii) del 15 de febrero de 2011, radicación: 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI); iii) del 21 de agosto de 2012, radicación: 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI); iv) del 21 de julio de 2015, radicación 11001-03-15-000-2014-02130-00(PI); y v) del 3 de mayo de 2017, radicación 11001-03-15-000-2016-02058-00(PI).

Corporación aplicó en este caso el criterio adoptado desde el año 2002, reiterado incluso en procesos posteriores a la decisión objeto de recurso y en aquel que declaró la nulidad de la elección del hoy recurrente,³³ sin que se pueda predicar un trato desigual entre iguales.

(ii) Derecho de defensa:

El derecho de defensa, como una de las principales garantías del debido proceso, busca que a los sujetos que hacen parte de un trámite administrativo o judicial se les otorgue la oportunidad de: intervenir y exponer sus argumentos en cada etapa del proceso; presentar, controvertir y objetar las pruebas; y ejercer los recursos procedentes en cada caso.³⁴ Se desarrolla a través de la debida notificación de los actos y las providencias, asimismo, con el cumplimiento del deber de motivación de las decisiones,³⁵ previa la valoración del material probatorio adosado al plenario.

El recurrente indicó que la providencia desconoció las pruebas obrantes en el expediente, toda vez que no las tuvo en cuenta ni las estudió. Específicamente indicó que no se valoraron las múltiples sentencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado y los pronunciamientos del Consejo Nacional Electoral y de la Procuraduría General de la Nación.

Frente a ello la Sala Plena advierte que el sustento de la acusación no constituye propiamente un cargo de falta de valoración probatoria; en él se utiliza este fundamento para insistir en que la decisión acogió una posición contraria a la contenida en precedente, que califica como vinculante, lo cual fue resuelto en acápite anterior. Además, no es correcto afirmar que se desconocieron las decisiones judiciales³⁶ y los pronunciamientos administrativos invocado,³⁷ como se ha demostrado en esta decisión.

El único aspecto que se relaciona con una indebida valoración probatoria es el que hace alusión a la prueba sobre el periodo de vacaciones del padre del accionado³⁸ para la fecha de las elecciones. Según el recurrente, este acredita que su padre no ejerció autoridad civil o política en el mismo lapso inhabilitante.³⁹ Sin embargo, es claro que este documento fue tenido en cuenta por la sentencia recurrida -

³³ Sentencia citada Expediente Acumulado N° 11001032800020100063-00 Radicado N° 2010-00063 (Acumulado con 2010-00067 y 2010-0060)

³⁴ Sentencias de la Corte Constitucional C-025/09 y C-617 de 1996.

³⁵ Ver sentencias de la Sala Plena del Consejo de Estado: i) de fecha 26 de febrero de 2013, radicación: 11001-03-15-000-2008-01027-00 (REVP), demandante: Iván Díaz Mateus; y ii) de fecha 4 de agosto de 2015, radicación: 11001-03-15-000-2013-00070-00 (REV), demandante: Jesús Enrique Vergara Barreto.

³⁶ En cuanto a las providencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado, la sentencia objeto del presente recurso extraordinario, sí las estudió y valoró - como se indicó en el aparte (ii), a) de esta parte considerativa, frente a lo cual el fallo señaló: [...] Por último, es menester hacer énfasis en que fue la Sección Quinta del Consejo de Estado la que se apartó, en las decisiones a que se hizo mención en la contestación de la demanda, del criterio mayoritario de la Sala Plena, [...]. Folio 500 del cuaderno principal del proceso de pérdida de investidura.

³⁷ A folios 503 a 506 *ibidem* la sentencia indicó lo siguiente: «[...] Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala advierte enormes diferencias en relación con la teoría de la confianza legítima, pues de entrada se aprecia que no aplica, sencillamente porque los conceptos jurídicos en los que el demandado se apoya para aducir que confiaba en su contenido, y que por eso le produjeron seguridad jurídica y tranquilidad personal, no provienen de esta Corporación sino del Consejo Nacional Electoral. Y es sabido que los actos de confianza deben proceder de la entidad de quien se reclama su respeto y observación, lo que no ocurre aquí. [...]»

³⁸ Alcalde del municipio de Fundación

³⁹ Folios 117 y 118 del cuaderno principal del proceso de pérdida de investidura.

como se transcribió en capítulo anterior-,⁴⁰ y la Corporación refirió que dicha situación administrativa constituye una separación temporal del cargo que no le restó autoridad civil o política al funcionario público al interior de la administración municipal, razón por la cual se configuró la inhabilidad objeto de reproche.

Esta interpretación, *per se*, no constituye una valoración irrazonable de la prueba. Dar alcance diferente a los documentos que fueron adosados al expediente en desmedro de lo pretendido por la defensa, no conlleva vulneración al derecho de defensa, como lo sugiere el impugnante.

(iii) Causales de nulidad procesal y violación al debido proceso

El recurrente afirmó que la sentencia proferida por la Sala Plena dentro del proceso de pérdida de investidura está afectada de nulidad (causal contemplada en el ordinal 6.º del artículo 188 del CCA, hoy artículo 250 ordinal 5.º del CPACA). Esta normativa contempla como causal de revisión de las sentencias, la siguiente:

«[...] 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. [...]»

Aduce que la sentencia carece completamente de motivación, lo que también constituye una vulneración del derecho al debido proceso. Específicamente señaló que el fallo no hizo análisis subjetivo de su comportamiento y centró su raciocinio en la configuración de la responsabilidad objetiva.

Frente a este reproche es necesario precisar que el Consejo de Estado, en sentencia del 3 de febrero de 2015⁴¹ reiteró la tesis sobre la taxatividad y principio de legalidad de las nulidades. De ahí que las causales de nulidad en contra de las sentencias son solo las previstas en los artículos 133 del Código General del Proceso y 29 de la Constitución Política.

La falta de motivación⁴² como causal de nulidad alegada dentro del recurso extraordinario de revisión, requiere demostrar que la sentencia presenta un vicio grave o insaneable que afecta su validez. La jurisprudencia de esta Corporación⁴³ así lo ha concretado al concluir que procede «[...] únicamente [por] la carencia total de pronunciamiento del juez sobre las razones de hecho o de derecho que le permiten arribar a una decisión [...].⁴⁴ De manera que es improcedente, con fundamento en dicha causal, alegar situaciones relacionadas con deficiencias en la motivación derivadas, por ejemplo, de la estimación errada de las pruebas o de los hechos por parte del juez; de la indebida interpretación de las normas jurídicas aplicadas; o del desconocimiento del precedente judicial [...]» (negritas fuera de texto)

⁴⁰ Ver folios 508 y 509 *ibidem*.

⁴¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión, sentencia del 3 de febrero de 2015, radicación: 11001-03-15-000-1998-00157-01(REV), demandante: Sociedad de Mejoras Publicas de Cali.

⁴² Los jueces deben motivar las decisiones que adoptan. Con ello se busca garantizar que las providencias estén fundadas en la Constitución y la ley y que las partes puedan conocer las razones que llevaron a que sus pretensiones fueran concedidas, o no. De esta forma los sujetos procesales pueden ejercer su derecho de contradicción y defensa a través de los recursos procedentes.

⁴³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de abril de 2016, radicación: 11001-03-15-000-2008-00320-00(REV).

⁴⁴ Causal del artículo 188 del CCA hoy es el ordinal 5.º del artículo 250 del CPACA.

Ahora bien, el reproche se sustenta en la carencia de análisis de la responsabilidad subjetiva en el caso concreto. Al respecto, la Corporación encuentra que en la contestación a la solicitud de pérdida de investidura el señor Libardo Enrique García Guerrero argumentó que actuó prevalido de la buena fe, en uso de seguridad jurídica que le prohibían decisiones judiciales anteriores y en virtud de la confianza legítima.⁴⁵ También, que la providencia objeto del recurso extraordinario de revisión se pronunció expresamente frente a este argumento defensivo, como se cita a continuación:

«[...] Por lo demás, en la búsqueda de precedentes jurisprudenciales que se hizo en el Software de Gestión de la Corporación, en los últimos cuatro años y medio la Sección Quinta no se ha ocupado de la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 179, numeral 5, Constitucional, frente a acciones de nulidad de actos de elección de Representantes a la Cámara, argumento éste que también descarta la violación del principio de confianza legítima, seguridad jurídica, cuya protección reclaman la parte demandada y el Ministerio Público, además, es evidente que frente a la interpretación del requisito en comento no se han presentado criterios encontrados en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, pues, por el contrario, como quedó visto, ha mantenido su postura jurisprudencial.[...]

Tales consideraciones, que ahora se prohíjan, resultan aplicables al caso sub examine, teniendo en cuenta que el aquí demandado también consideró que su conducta se ajustó a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado - Sección Quinta; y además, sirven de fundamento para desestimar la solicitud de la Agente del Ministerio Público a favor de una aplicación condicionada del criterio actual de la Corporación, con base en los principios invocados de buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica y el principio “pro homine”, los cuales, a juicio de la Sala, no han sido quebrantados, dado que la tesis de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo frente a la inhabilidad analizada está acorde con los mandatos constitucionales y legales que la regulan. [...]

Ahora, si se alega que el Consejo Nacional Electoral emitió su concepto fundamentado en una providencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado -que resolvió un caso similar-, y que por ende esta Corporación indirectamente debe respetar su criterio, entonces se requiere precisar lo siguiente:

- i) Que el principio de confianza legítima no se creó para mantener los precedentes judiciales, sobre los cuales se conserva en el ordenamiento el criterio de que es posible variarlos, previa fundamentación de las razones para ello.
- ii) Que en gracia de discusión cuando existen criterios divergentes al interior de una misma entidad, no es posible encasillarse en uno de ellos, y desconocer los otros, para alegar la confianza legítima, ya que a todas luces se trata de una lectura parcial de la filosofía de una institución alrededor de un mismo tema. Esto es lo que acontecería en este caso, dado que el Consejo Nacional Electoral habría omitido tener en cuenta que la misma Sección Quinta del Consejo de Estado ha decidido casos similares de manera distinta a la que conceptuó, sencillamente porque no estudió esos

⁴⁵ Adujo el accionado lo siguiente: [...] **2.1. Aplicación de los principios de la buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima.** [...] el doctor GARCÍA GUERRA, al estudiar su posible participación en el proceso electoral del año 2010 como candidato a la Cámara de Representantes, previas consultas de asesores jurídicos y del mismo partido político PIN, lo que encuentra es una línea jurisprudencial reiterada y sólida en virtud de la cual se fija como precedente jurisprudencial la inexistencia de inhabilidad para ser elegido Representante a la Cámara para el Departamento de Magdalena en virtud a su parentesco con el doctor LIBARDO SUCRE GARCÍA NASSAR, Alcalde del Municipio de Fundación, por no tener la misma circunscripción electoral en los términos señalados.[...] De modo tal que, el precedente judicial establecido por el Consejo de Estado al que nos hemos referido, otorgó a mi mandante la tranquilidad y seguridad jurídica de que su inscripción y elección como Representante a la Cámara por el Departamento de Magdalena era legalmente válida. [...] No sobra anotar que el Consejo Nacional Electoral, por Resolución No. 0400 de 1° de marzo de 2010, resolvió la solicitud de anulación de inscripción del doctor LIBARDO ENRIQUE GUERRA GARCÍA y, si bien se inhibió de decidir sobre el asunto particular que ahora nos ocupa por falta de prueba en sus considerandos sobre esa inhabilidad en particular destacó: “*De tal suerte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en determinar que la circunscripción del orden departamental no coincide con el municipal, razón por la cual no existe impedimento o inhabilidad a ser elegido Representante a la Cámara a un ciudadano que alguno de sus parientes en el grado de consanguinidad o afinidad que determinar el numeral 5° del art. 179 Superior ejerce un cargo inhabilitaste del orden municipal*” (Negrilla fuera del texto) [...]» Resaltado del texto. Folios 124 a 135 del cuaderno principal del proceso de pérdida de investidura.

otros conceptos.

Inclusive, no tuvo en cuenta la posición de la Sala Plena en este mismo asunto, que es a quien le corresponde resolver los procesos de pérdida de investidura, en cuyo evento habría encontrado providencias -citadas atrás- que estiman lo contrario al concepto emitido [...].»⁴⁶

Es decir, el fallo sí analizó la responsabilidad subjetiva del señor García Guerrero dentro del contexto de estudio de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, como lo argumentó en su defensa el señor García Guerrero. Así las cosas, como no está acreditada la carencia total de pronunciamiento de la Sala Plena sobre las justificaciones presentadas frente al tema y los móviles que lo llevaron a incurrir en la conducta objeto de reproche, la sentencia no presenta vicio grave o insaneable que afecte su validez. Tampoco se probó que la argumentación de la Sala Plena es claramente defectuosa, abiertamente insuficiente o inexistente, de forma tal que se invalide la sentencia por contener una decisión arbitraria.

En este punto la Sala Plena del Consejo de Estado resalta, ratifica y complementa lo expuesto en la providencia objeto de recurso en relación con la salvaguarda y protección del principio de confianza legítima, así:

- a) El principio de confianza legítima, como correlativo necesario de los principios de seguridad jurídica y buena fe, desde la perspectiva que interesa al presente asunto⁴⁷ busca salvaguardar y no sancionar la conducta de quien actúa prevalido y convencido de que existen precedentes judiciales ciertos y vinculantes que regulan su conducta de determinada manera, y que por lo tanto, no ofrecen duda o desconfianza para realizar la actividad que se propone;⁴⁸ es decir, que la persona se encuentra protegida ante un cambio intempestivo en la interpretación de las normas.

Lo anterior porque «[...] el ciudadano -entiéndase toda persona- debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar [...].»⁴⁹ y por lo tanto prever en que cualquier discusión sobre su actuar será resuelta con base en el significado viviente del derecho, vigente para la época de la realización del acto.⁵⁰

- b) Pese a lo anterior, cuando existen criterios divergentes al interior de una misma corporación judicial o en la jurisprudencia aplicable, no es posible

⁴⁶ Folios 501 a 506 *ibidem*.

⁴⁷ En efecto, puede ser analizado desde diversos puntos de vista Vr. Gr., como derecho a que la interpretación jurídica no cambie repentinamente sin razones que la justifiquen, derecho a que el ordenamiento jurídico se mantenga estable y no se varíen las condiciones creadas para la realización de una actividad por las personas, derecho a ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado, derecho a que cualquier cambio de posición o normativa respete derechos adquiridos o expectativas legítimas, y sea debidamente justificada bajo criterios objetivos y proporcionales, etc.

⁴⁸ Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional este principio «[...] Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme [...]» (sentencia C-836-2001)

⁴⁹ Corte Constitucional Sentencia c-131-04

⁵⁰ A voces de la Corte Constitucional este principio «[...] propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa. [...]» (Sentencia T-472 de 2009)

encasillarse en uno de ellos y desconocer los otros, para alegar confianza legítima. Es decir, no se genera esta protección cuando:

- i) Existan posiciones controversiales al interior de las altas cortes, o entre estas, y se encuentran pendientes de unificación.
- ii) Haya una tesis aislada que controvierte, sin fines de unificación o de cambio de posición jurisprudencial, la que pacíficamente ha defendido una alta corporación judicial.

Actuar con base en estas posiciones implica una lectura parcial del caso para acoger la interpretación más favorable a los intereses de quien así lo hace, **con el riesgo de que judicialmente pueda concluirse lo contrario, dada la discusión interpretativa existente.** Es ello, precisamente, lo que permite negar la salvaguarda de la confianza legítima a quien actúa prevalido de esa interpretación. Así las cosas, la garantía o salvaguarda que otorga este principio solo se aplica cuando:

- i) Previo al hecho exista una sentencia de unificación jurisprudencial con base en la cual el sujeto actúa. Esto, porque precisamente la finalidad de este tipo de providencias es la de garantizar los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, o
 - ii) La posición sobre un punto de derecho es pacífica, reiterada y no controvertida por la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales.
- c) Por último, es necesario ratificar que el ciudadano no puede esgrimir la protección de su confianza legítima cuando actúa con fundamento en la posición interpretativa de una autoridad administrativa, que a su vez se ampara en jurisprudencia aislada y/o controversial, o no unificada de las altas cortes.

(iv) Sentencia SU 424 de 2016 de la Corte Constitucional.

El apoderado del señor Libardo Enrique García Guerrero, por medio del escrito del 8 de febrero de 2017,⁵¹ presentó copia de la sentencia de la Corte Constitucional SU 424 de 2016, por cuanto allí se resolvieron dos casos idénticos al del recurrente. Esto para prohiar que la posición planteada debe ser aplicada en este recurso porque considera que su caso es análogo a los allí resueltos.

Para determinar si la *ratio decidendi* de la sentencia SU-424 de 2016 tiene aplicación al presente asunto, la Sala debe verificar la similitud entre los supuestos fácticos de los casos estudiados en la sentencia invocada, con el presente asunto.⁵² En este ejercicio la Corporación encuentra que la sentencia de tutela que decidió dos acciones presentadas contra las providencias proferidas por la Sala

⁵¹ Folio 201.

⁵² Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-970 de 2012 indicó las condiciones para aplicar un precedente a un caso análogo, y concluyó que debe verificarse: «[...] (i) la existencia de una semejanza entre los hechos relevantes característicos de los dos casos, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada en el caso anterior resulta adecuada para el presente caso, y (iii) si la regla fijada en el pronunciamiento anterior ha cambiado o evolucionado o si por el contrario se mantiene como la doctrina sostenida por esta Corporación judicial en la materia. [...]»

Plena dentro de sendos procesos de pérdida de investidura. De todas las causales que fueron invocadas por los accionantes, solo se aceptó la de defecto sustantivo por omisión en la aplicación del principio de culpabilidad que guía el procedimiento de pérdida de investidura. Allí se argumentó que el elemento de la culpabilidad no había sido estudiado en las providencias anuladas.

Por el contrario, en este caso el Consejo de Estado ya estudió si la sentencia objeto del recurso extraordinario especial de revisión incurrió en la causal de nulidad por falta de motivación frente a la responsabilidad subjetiva, y lo descartó porque en el fallo se analizó la conducta del señor García Guerrero en los términos propuestos por este en la contestación de la acción.

Adicionalmente, como lo señaló esta Corporación en reciente decisión⁵³ no es procedente que con base en el citado pronunciamiento de la Corte Constitucional se reabra el debate sobre los alcances de la causal de pérdida de investidura que fue invocada en este caso. Ello implicaría analizar nuevamente el fondo de un asunto que ya fue resuelto cinco (5) años atrás con base en la jurisprudencia imperante en el Consejo de Estado para ese momento, aspecto que escapa a la naturaleza y alcances del recurso extraordinario y sus causales.

(v) Reiteración de criterios de unificación

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera indispensable recordar y reiterar en esta providencia con fines de unificación previstos en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011⁵⁴ que el criterio sostenido en relación con la inhabilidad prevista en el artículo 179 ordinal 5.º de la Constitución Política respecto de los aspirantes a ser Representantes a la Cámara es aquel que fue expuesto con ocasión de la declaratoria de nulidad de la elección del hoy recurrente, en providencia del 20 de febrero de 2012, el cual trae a colación *in extenso*:

“[...] En tratándose de Representantes a la Cámara, por circunscripción departamental valga la aclaración, el debate se ha suscitado en torno a si para que se estructure tal inhabilidad es preciso que esa autoridad deba cumplirse en una entidad del ámbito departamental o si también se presenta cuando se desarrolla en un cargo o empleo del ámbito municipal. [...]

La Sección Quinta, en su integración anterior al año 2007 sobre el particular sostuvo la siguiente postura:

[...]

Dentro de este orden de ideas, se concluye que los senadores no están inhabilitados para ejercer tal cargo cuando su cónyuge o su compañero permanente, o uno de sus familiares en los grados señalados ejerza autoridad civil o política en una circunscripción departamental o municipal; con mayor razón, un representante a la cámara menos aún va a estar inhabilitado cuando su cónyuge o

⁵³ Expediente 11001-03-15-000-2017-00558-00, actor Carlos Nery López Carbonó y otro, Demandado Issa Eljadue Gutiérrez, recurso extraordinario de revisión de sentencia de pérdida de investidura, de fecha 27 de febrero de 2018.

⁵⁴ ARTÍCULO 270. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado [...] al decidir los recursos extraordinarios [...].

compañero permanente o uno de sus familiares en los grados de parentesco señalados ejerza autoridad política o civil en un municipio, así el municipio geográficamente esté ubicado en el mismo departamento por cuya circunscripción electoral fue elegido como representante.

Ciertamente, la [sic] circunscripciones electorales departamental y municipal son diferentes según la regla general, y además, como lo precisó el mandato constitucional, dicha inhabilidad debe tener "lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección", y la elección del representante se produce en toda la circunscripción departamental y no en la circunscripción municipal, como es bien sabido.

De otra parte, toda vez que las inhabilidades son prohibiciones que restringen el derecho político a ser elegido, tales inhabilidades deben estar taxativamente consagradas y no existe ninguna norma de rango legal ni constitucional que establezca esta inhabilidad para los representantes a la cámara, por lo tanto, en el presente caso, no es de recibo la inhabilidad consagrada en el numeral 5° del artículo 179 de la C. P., a la cual nos hemos venido refiriendo."⁵⁵

No obstante los precedentes que sobre este asunto tenía la Sección en su conformación de otrora, es preciso que ahora la Sala Plena, en vista que el presente caso hace parte de los primeros que la Sección Quinta en su conformación actual tiene a su cargo como proceso de nulidad electoral atinente a esa causal, unifique la línea de pensamiento que sobre el tema ha desarrollado vía procesos de pérdida de investidura, en el sentido de acoger una línea de pensamiento que se ajuste más al verdadero sentido y alcance de esta inhabilidad. (negrilla fuera de texto)

En efecto, el auténtico sentido de la causal 5ª de inhabilidad del artículo 179 de la Constitución Política debe desentrañarse examinándola junto con sus dos incisos finales, que expresan:

"Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5."

Con el primero de ellos queda en claro que la inhabilidad en examen, por matrimonio o por parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad se cumple cuando dicha potestad se materializa o desarrolla "...en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección." De suerte que **si se trata de un Representante a la Cámara la prohibición de postularse y ser elegido como tal opera tanto si el cónyuge o pariente ejerce autoridad en una entidad del nivel departamental por el cual se surte la elección, como si el ejercicio de autoridad se lleva a cabo en una entidad del nivel municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual se aspira a ser congresista, pues de esta manera precisamente tiene lugar "en" la circunscripción del departamento que es a la cual corresponde la elección de Representantes a la Cámara.** [negrilla fuera de texto]

Es evidente que en materia electoral existen distintas circunscripciones, como son

⁵⁵ Fallo del 18 de septiembre de 2003. Proceso Electoral No. 110010328000200200007-01 (2889-2907). Actor: Jaime Alberto Alzate Cárdenas y otro. Demandado: Representante a la Cámara por Boyacá. Al respecto también pueden consultarse: 1.- Fallo del 6 de mayo de 1999. Expediente: 1845, 1851, 1857 y 1868. Actor: Víctor Julio Gutiérrez Jiménez y otros. 2.-

la nacional, la departamental, la municipal y la de las localidades, dentro de las cuales se convocan y practican las distintas elecciones, en unos casos para elegir autoridades territoriales y en otros para elegir autoridades nacionales. Con todo, en las elecciones realizadas por circunscripción departamental, como lo es la elección de Representantes a la Cámara, la participación de todos los electores del departamento comprende a una misma sin que se escindan los electores del departamento de los electores de sus municipios, ya que son los habitantes de estos últimos –que sumados conforman los del departamento al cual dichos entes territoriales pertenecen -, los que deciden en quienes recae la representación ante el Congreso de la República.

Una interpretación en contrario no consulta el principio de igualdad electoral, en atención a que los aspirantes a la Cámara de Representantes, con parientes en ejercicio de autoridad en entidades del nivel local, le llevarán a sus contendores una inaceptable ventaja, fruto de los factores de poder con origen en el propio Estado, que es precisamente contra lo que el constituyente y el legislador han luchado en las últimas reformas al régimen de inhabilidades.⁵⁶

En síntesis, la Sala reitera la regla consistente en que en virtud de lo dispuesto en el ordinal 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, todo aspirante a la Cámara de Representantes se encuentra inhabilitado para postularse y ser elegido como tal si tiene vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, ya sea con personas que ejerzan autoridad civil o política en una entidad del orden departamental por el cual se surte la elección, o con aquellas que ejerzan esta misma autoridad en una entidad del orden municipal, siempre y cuando este último haga parte del departamento por el cual aspira a ser congresista.

5.4. Decisión del recurso extraordinario especial de revisión.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo declarará infundado el recurso extraordinario especial de revisión de conformidad con los argumentos precedentes, por cuanto no se demostró la configuración de las causales invocadas en los cargos formulados.

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

FALLA

Primero. Declarar infundado el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por el señor Libardo Enrique García Guerrero contra la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 16 de noviembre de 2011, en el proceso de pérdida de investidura seguido en su contra.

⁵⁶ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sentencia del 20-02-2012 Expediente Acumulado N° 11001032800020100063-00. Radicado N° 2010-00063 (Acumulado con 2010-00067 y 2010-0060) Actor: Jorge Eduardo Durán Galindo y otros Acción Electoral

Segundo: En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente de pérdida de investidura al archivo de la Corporación y archívese esta actuación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión celebrada en la fecha.

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SANCHEZ LUQUE

Bogotá, D. C., dos (02) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00110-00(REV-PI)

Actor: LIBARDO ENRIQUE GARCÍA GUERRERO

Aunque comparto la decisión que se tomó en la providencia del 2 de mayo de 2018, que declaró infundado el recurso extraordinario especial de revisión, aclaro voto frente a algunas consideraciones.

1. La sentencia contiene un extenso análisis sobre el precedente judicial para desestimar uno de los cargos formulados contra el fallo de desinvestidura [fundamento jurídico 5.3, literal a]. Al respecto considero que, sin desconocer la importancia de la jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho (art. 230 CN), no es posible trasplantar figuras del *common law* a un sistema de derecho legislado.

2. En cuanto a la relevancia de la culpabilidad para el estudio de la configuración de las causales de pérdida de investidura, me remito al numeral 2 de la aclaración de voto 11001-03-15-000-2014-03886-00/16.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA
STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D. C., dos (02) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00110-00(REV-PI)

Actor: LIBARDO ENRIQUE GARCÍA GUERRERO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, debo señalar que, si bien coincido con la mayoría respecto de que en el asunto de la referencia no debía prosperar el recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por el ciudadano Libardo Enrique García Guerrero contra la sentencia de 16 de noviembre de 2011 que resultó desfavorable a sus intereses, en tanto decretó la pérdida de su investidura como congresista, me aparto parcialmente de la motivación del fallo. A continuación, me permito exponer las razones por las cuales acompaño la sentencia adoptada, pero por razones diversas a algunas de las que sirvieron como fundamento al pronunciamiento del Pleno.

Como se expuso en los antecedentes, el señor García Guerrero fue elegido Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena en las elecciones para el Congreso de la República correspondientes al periodo 2010 – 2014. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación decretó la

pérdida de investidura del entonces Representante a la Cámara, tras considerar que, efectivamente, se configuraba la inhabilidad alegada en la demanda.

El Pleno arribó a dicha decisión dado que el padre del señor García Guerrero fungía como alcalde del municipio de Fundación (Magdalena) para el momento en que se realizaron las elecciones y, a pesar de encontrarse en vacaciones para esa fecha, ejercía autoridad civil y política en la misma circunscripción electoral por la que resultó electo su hijo. La providencia se fundamentó en que se demostraron los presupuestos de la inhabilidad prevista en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución, configurándose la causal de pérdida de investidura invocada, por violación al régimen de inhabilidades.

La sentencia recurrida hizo énfasis en que si el municipio está ubicado en el departamento que conforma la circunscripción electoral, este hace parte de la misma circunscripción territorial y por ello se configura la causal de inhabilidad. Rechazó, en consecuencia, el argumento planteado por la defensa, según el cual, la circunscripción electoral no es sinónimo de circunscripción territorial como división política y que la coincidencia parcial geográfica de ambas no debía entenderse comprendida dentro de la inhabilidad constitucional, de acuerdo con la postura que años atrás sostuviera la Sección Quinta de esta Corporación.

El ciudadano García Guerrero fundamentó el recurso extraordinario especial de revisión en los siguientes puntos: i) a su juicio, la sentencia recurrida vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto no aplicó la línea jurisprudencial de la Sección Quinta la cual, según afirma, estaba vigente al momento de las elecciones y era vinculante para la Corporación. De conformidad con dicha línea, la inhabilidad imputada no se configuraba, por lo que consideró que el fallo proferido dentro del proceso de pérdida de investidura seguido en su contra vulneró su derecho a la igualdad a la vez que desconoció los principios de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima e interpretación *pro homine*. ii) De igual manera, consideró que el Consejo de Estado violó su derecho de defensa, al no tener en cuenta pruebas allegadas al proceso, a más de haberse presentado una valoración indebida del documento que acreditó que su padre se encontraba de vacaciones para la fecha de las elecciones, y que demostraba la separación temporal de las funciones de su cargo de alcalde del municipio de Fundación. Por último, iii) alegó que la providencia carecía de motivación, por cuanto, en su opinión, la Sala Plena no se pronunció sobre algunos argumentos de defensa planteados en la contestación, omitiendo el análisis subjetivo de la conducta.

Esta Corporación resolvió declarar infundado el recurso extraordinario especial de revisión instaurado por el apoderado del exparlamentario, tras pronunciarse en relación con cada una de las causales invocadas en el escrito. Con todo, previo al análisis de dichas causales, en el fallo se consignaron unas breves consideraciones relativas a la naturaleza del recurso, respecto de las cuales discrepo. La Sala indicó que *“conforme a la naturaleza del recurso extraordinario especial de revisión este mecanismo no puede ser utilizado para reabrir el debate objeto del proceso ordinario, ni para controvertir o mejorar los argumentos expuestos en contra de la sentencia recurrida, comoquiera que no es una instancia adicional.”*⁵⁷ En efecto, la Sala Plena del consejo de Estado ha precisado que: *‘[...] no se trata de controvertir la corrección o incorrección del juzgamiento, ni de corregir los errores de apreciación de los hechos y de las*

⁵⁷ Sentencias del Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 11 de octubre de 2005, radiación: 11001-03-15-000-2003-00794-01(REVPI). [Nota a pie de página No. 16 en la sentencia].

*pruebas, en que a juicio del recurrente hubiera podido incurrir el fallador, pues eso equivaldría a convertir el recurso en un juicio contra el fondo de la sentencia, discutiendo nuevamente los hechos, ya dilucidados con fuerza de cosa juzgada, sino de la inobservancia de las reglas propias de la sentencia, que vician su validez [...]”*⁵⁸

Pues bien, tal y como lo acabo de mencionar, debo manifestar que me encuentro en total desacuerdo con esta argumentación puntual, pues considero que la misma es contraria a la jurisprudencia constitucional que ha definido la naturaleza y alcances del recurso extraordinario especial de revisión dentro del juicio de desinvestidura, como paso a exponer a continuación.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la materia en diversas ocasiones y ha señalado, de manera unívoca, que el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, lejos de ser un recurso meramente formal para controvertir la sentencia de única instancia adoptada por el Consejo de Estado en un proceso de pérdida de investidura, permite que en sede de revisión se reabra la controversia inicialmente planteada en el trámite de instancia, cuando quiera que el mismo haya dado lugar a una decisión violatoria del derecho al debido proceso. Así lo señaló la Corte en la sentencia SU-858 de 2001⁵⁹:

“En general, el recurso extraordinario de revisión no es una vía para que el afectado por una sentencia nuevamente plantee las cuestiones que fueron dilucidadas en el curso del proceso. El ámbito de la revisión está estrictamente demarcado por las causales taxativamente enunciadas en la ley. De manera que, por fuera de esas causales, el afectado no puede pretender la reapertura de controversias ya superadas. **No obstante, en el Recurso Extraordinario Especial de Revisión que la ley ha previsto para la pérdida de la investidura, la causal de violación del debido proceso claramente permite que en sede de revisión se controviertan los asuntos, que no obstante haber sido planteados durante el trámite de la instancia, comporten una decisión violatoria del debido proceso**”.(Subrayas añadidas).

Esta jurisprudencia ha sido constante a lo largo de los años y ha caracterizado al recurso extraordinario especial como el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales de quien ha sido despojado de la investidura de congresista, “*al establecer un ámbito judicial apropiado para controvertir la decisión que compromete la credencial parlamentaria*”⁶⁰.

⁵⁸ Sentencia de la Sala Plena del 11 de octubre de 2005, radicado 11001-03-15-000-2003-00794-01 (REVPI), dentro de la cual se citó las siguientes providencias de la misma Sala: del 11 de mayo de 1998, expediente de revisión 93; del 13 de abril de 2004, expediente de revisión 132; y del 1.º de junio de 2005, radicado interno 62. [Nota a pie de página No. 17 en la sentencia].

⁵⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil. S.V. Jaime Araújo Rentería y Alfredo Beltrán Sierra. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por un ciudadano a quien el Consejo de Estado decretó la pérdida de su investidura como congresista, por considerar que el accionante no agotó el recurso extraordinario especial de revisión, como mecanismo idóneo para controvertir el fallo. En suma, la Corte Constitucional encontró que la acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En igual sentido, ver, entre otras, sentencias T-193 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-965 de 2002 y SU-1159 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-450 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Lo anterior ha llevado a la Corte a afirmar que la acción de tutela resulta improcedente cuando el parlamentario a quien le ha sido levantada su investidura no ha agotado el recurso extraordinario especial previsto por el ordenamiento jurídico en el juicio de desinvestidura, como medio idóneo de defensa de los derechos que considera comprometidos⁶¹.

Es esta la verdadera naturaleza y los alcances reales del recurso extraordinario consagrado dentro de la acción de pérdida de investidura. Se trata de un mecanismo judicial que permite controvertir las vulneraciones al debido proceso acaecidas en el trámite de instancia o aquellas derivadas del fallo mismo, como lo ha reconocido la sentencia C-254A de 2012, al señalar que el recurso extraordinario existente contra el fallo de pérdida de investidura es garantía suficiente del derecho al debido proceso y a la defensa del congresista demandado⁶².

En suma, el recurso extraordinario especial de revisión cumple a cabalidad e, incluso, de modo más amplio, la garantía del debido proceso si se analiza frente al mero recurso de apelación. Lo anterior, por cuanto el primero permite que, al margen de la taxatividad de las causales, ante la configuración de yerros atentatorios del principio de justicia material, la sentencia ya ejecutoriada sea recurrida y, de constatarse el error, se dé paso a dictar una nueva providencia ajustada a derecho. Es por ello que la acción de tutela contra el fallo de pérdida de investidura únicamente procede una vez agotado el recurso extraordinario especial.

De otra parte, en consideración a que el recurrente invocó la supuesta falta de motivación de la sentencia de pérdida de investidura por lo que consideró la ausencia del análisis subjetivo de la conducta, al adentrarse la Corporación en el estudio de la causal alegada, señaló que en el fallo recurrido sí se examinó la conducta del señor García Guerrero, de manera que no se omitió dar aplicación “*al principio de culpabilidad que guía el procedimiento de pérdida de investidura*”⁶³. Más adelante, la providencia hace un breve análisis sobre la plausibilidad de aplicar la tesis jurisprudencial sentada en la sentencia SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional.

Considero de la mayor relevancia indicar las razones por las cuales me aparto de esta perspectiva de análisis, esto es, del examen subjetivo de la conducta desplegada por el parlamentario demandado en acción de pérdida de investidura. Lo anterior, sin desconocer que la posición así señalada por el Pleno de esta Corporación halla su fundamento en el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, a partir del cual, “*el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva*”, por manera que esta acción pública solo será procedente cuando quiera que el congresista hubiere incurrido en una de las causales consagradas en la Constitución por “*su conducta dolosa o culposa*”.

⁶¹ Sentencia SU-858 de 2001. Ver nota a pie de página No. 1.

⁶² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En aquella ocasión, la Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda contra la expresión “*en única instancia*” contenida en el artículo 1° de la Ley 144 de 1994 “*Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas*”. La Corte declaró exequible la expresión demandada, tras concluir que “*la decisión sobre la única instancia en materia de pérdida de investidura es una competencia exclusiva del legislador y cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad para su consagración, por lo cual no vulnera las garantías fundamentales de las personas que hayan sido objeto de la medida*”.

⁶³ Página 15 del fallo.

Lo anterior comporta que con la reforma introducida a esta acción constitucional, corresponde al juez no solo constatar la configuración de la causal alegada, sino alcanzar el pleno convencimiento de la intencionalidad o incuria en la actuación del parlamentario demandado.

Pues bien, valga recordar que, en vista de la importancia de esta acción pública y ciudadana para dignificar la institución congresual, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se consideró que el debido proceso se garantizaba en este caso con la estricta aplicación del principio de legalidad, matizando la observancia de las garantías que se desprenden del artículo 29, en especial, la de agregar al juicio diseñado de manera objetiva, la exigencia adicional de probar culpa o dolo.

A mi juicio, la introducción del elemento subjetivo desdibuja el mecanismo porque hace caso omiso de que la sanción recae sobre la investidura y no sobre el parlamentario. Debe tenerse presente que el Constituyente diferenció claramente esos dos tipos de juicio. El subjetivo que recae sobre la persona y que comporta el análisis de culpabilidad, y el objetivo que examina si el parlamentario cumple con las exigencias propias de la investidura. El primero lo atribuyó el Constituyente a la Corte Suprema de Justicia, mientras el segundo se lo confirió al Consejo de Estado.

Lo anterior obedece a una razón y es que el querer del Constituyente fue instaurar un régimen sancionatorio particular frente a la investidura del congresista y no frente al individuo que la ostenta. El propósito de tal diseño fue no solo proteger los derechos del electorado, a través de un mecanismo de preservación de la dignidad y la legitimidad del órgano parlamentario, sino que se trató de una herramienta de cambio social preventiva o disuasoria para quien llegara a ocupar tan alta dignidad, a la par que un mecanismo correctivo de las conductas contrarias a la ética propia de la investidura parlamentaria.

De allí el lugar principalísimo del mecanismo creado en la Constitución de 1991 como verdadera herramienta de cambio de las costumbres poco transparentes que tenían lugar al interior del Congreso de la República. Es por ello que el diseño del mecanismo de desinvestidura plasmado por el Constituyente primario responde a un derecho sancionatorio en el que el lugar central lo ocupa la sociedad en su conjunto y no el individuo⁶⁴, donde lo que prima frente a un elemento volitivo o cognitivo de la persona (parlamentario) que lleva a cabo una conducta es la dignidad del Congreso, como órgano que debe mantenerse al margen de actuaciones contrarias a la Constitución y a la ley.

Como se dejó dicho atrás, la Carta Política regula íntegramente el juicio de desinvestidura, de suerte que la ordenación por parte del legislador se lee y entiende conforme el Constituyente lo dispuso. En consecuencia, ninguna aceptación puede traer consigo el riesgo de atenuar las exigencias establecidas

⁶⁴ La criminología crítica, por ejemplo, parte de un análisis que toma al derecho penal como herramienta de cambio social y no desde la perspectiva tradicional que lo asume únicamente como herramienta de control social. Para la primera corriente, es por ello que la política criminal debe consultar cuestiones macrosociológicas como la asimetría de las distribuciones del poder y de recursos en la definición del crimen y el castigo. A este respecto, se puede ver: Marcela Abadía Cubillos, *Feminismos y sistema penal. Retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2018. Si bien la obra aborda el tema desde la criminología crítica para los feminismos, contiene un amplio estudio de las principales categorías de esta corriente.

en el esfuerzo por dignificar la institución congresual para favorecer o beneficiar los intereses individuales de los elegidos. Por ello, como la propia Corte Constitucional lo ha enfatizado, la ley se restringe a “*reglamentar y desarrollar los mandatos constitucionales, siendo muy reducido el espacio que tiene [el legislador] para regular temas al margen de la Constitución*”⁶⁵.

Algo que tanto el legislador como los jueces no pueden pasar por alto es que, como ya atrás se señaló, el Constituyente estableció la acción de pérdida de investidura con el propósito de depurar “*la dinámica congresual*” y al paso garantizar “*la transparencia en la forma de acceso o en la gestión que realicen sus miembros*” así como revitalizar la democracia⁶⁶. Tuvo en la mira, concretamente, (i) hacer respetar de forma estricta el régimen de inhabilidades e incompatibilidades; (ii) evitar el conflicto de intereses (art. 183.1); (iii) impedir el abandono de funciones (arts. 183.2 y 183.3); y (iv) conjurar la utilización de la investidura para fines egoístas (arts. 183.4, 183.5, y 110 de la Constitución)⁶⁷. En este orden, se propuso:

“[A]segurar que los representantes de la sociedad colombiana accedan al cargo de manera limpia, esto es, respetando el ordenamiento jurídico en su conjunto y que, una vez elegidos, puedan desempeñar su cargo con imparcialidad, libres de presiones o intereses personales que les impidan un correcto desempeño de su cargo. Con esto se aspira a que los congresistas actúen como verdaderos representantes de la voluntad popular y no de intereses egoístas o ajenos al bienestar general”⁶⁸. (Subrayas añadidas).

Nótese que el artículo primero de la Ley 1881 en ninguno de sus incisos matiza la aplicación del artículo 29 en el juicio de desinvestidura, como lo ha hecho la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en sede de acción pública de inconstitucionalidad, sino que, según aparece en la exposición de motivos al pliego de modificaciones al proyecto de ley presentado por el gobierno, se incorpora el elemento subjetivo al juicio que debe adelantar el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como se observa en las consideraciones que se citan en extenso a continuación:

“El proyecto consta de 23 artículos, incluyendo la vigencia, y a pesar de que se deroga la Ley 144 de 1994 se mantiene su estructura, y prácticamente todo su contenido, con excepción de las modificaciones propuestas por el Gobierno sobre: i) doble instancia, ii) caducidad del medio de control y iii) modificación del término para presentar el recurso especial extraordinario de revisión.”

⁶⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-237 de 2012. En la sentencia C-179 de 2005, sostuvo la Corte sobre el punto: “[l]a jurisprudencia también ha sido enfática en señalar que el diseño de las inhabilidades e incompatibilidades no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente al respecto, y en todo caso debe respetar parámetros de razonabilidad, y subordinarse a los valores y principios constitucionales; en especial debe respetar el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, la libertad de escoger profesión y oficio, y el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Ha agregado que la regulación legal de tales inhabilidades e incompatibilidades sólo respeta la Carta si tiene como finalidad asegurar la transparencia, moralidad, imparcialidad y eficiencia en el ejercicio de la función pública”.

⁶⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-237 de 2012.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

Sin embargo, en mi calidad de congresista ponente, considero que un proyecto de ley que pretenda regular de forma íntegra el proceso de pérdida de investidura de los congresistas debe abordar dos aspectos fundamentales que en la actualidad generan fuertes controversias en el interior de la jurisprudencia del Consejo de Estado y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por estas consideraciones y como Ponente me permito proponer un pliego de modificaciones sobre dos aspectos: la culpabilidad en el juicio de pérdida de investidura y el non bis in ídem, en relación con los procesos de nulidad electoral donde se juzgan los mismos hechos del proceso de pérdida de investidura.

El primer cambio consiste en positivizar en esta ley el criterio jurisprudencial contenido en la Sentencia SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional, que dejó sin efectos las sentencias del 15 de febrero de 2011 y el 21 de agosto de 2012, proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que habían declarado la pérdida de investidura de dos congresistas por estar incurso en la causal 5ª del artículo 179 de la Constitución Política.

La Corte consideró que el juicio de pérdida de investidura comporta un juicio de responsabilidad subjetiva, donde se debe analizar la culpabilidad del congresista en la configuración de la causal para que proceda la desinvestidura.

Por lo anterior, se propone incluir dentro del articulado una definición de la pérdida de investidura, que sin pretender abarcar todas las definiciones que se puedan esgrimir de este concepto, busca dar claridad sobre la particular naturaleza de este proceso como un juicio de responsabilidad subjetiva, que implica el reproche de una conducta o comportamiento, y por ello, se exige la presencia de las categorías de dolo y culpa, así como de las causas fácticas que eximen la responsabilidad en los procesos sancionatorios.

El segundo cambio que se propone está relacionado con el establecimiento de la cosa juzgada entre los procesos de pérdida de investidura y el de nulidad electoral cuando la causal en ambos procesos sea la misma, esto es, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Lo anterior con la finalidad de no violar el non bis in ídem y evitar que se tomen decisiones opuestas en dos procesos en los que se juzgan los mismos hechos, con las mismas pruebas y bajo el tamiz de la misma norma jurídica.

Con base en lo anterior el pliego de modificaciones sería de la siguiente manera:

IV. PLIEGO DE MODIFICACIONES PROPUESTO POR EL PONENTE Y POR EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

El artículo primero del Proyecto de ley número 263 de 2017 quedará así:

Artículo primero. El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.

Se observará el principio del debido proceso, conforme al artículo 29 de la Constitución Política.

Parágrafo. Se garantizará el non bis in ídem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal". (Subrayas añadidas).

Estos planteamientos fueron acogidos con mínimas modificaciones en todas las etapas del *iter* legislativo de la ley de reforma hasta llegar a consolidarse en las normas que finalmente integran la Ley 1881 de 2018. Puede, entonces, concluirse, que con ello el legislador ordinario no solo derogó la Ley 144 de 1994, sino desconoció la letra y el alcance del artículo 183 de la Constitución, modificándolo hasta el extremo de alterar uno de los cimientos constitucionales – inmodificable por el constituyente derivado–, cual es la acción pública de pérdida de investidura.

Dicho en otros términos: la reforma introducida por el legislador ordinario dio al traste con las modulaciones indispensables para el cumplimiento de las finalidades constitucionales de la acción de desinvestidura, entre otras, con aquella según la cual el mecanismo estaría llamado a prosperar cuando se comprobase, sin más, que el congresista hubiere incurrido en alguna de las causales allí objetivamente previstas, para garantizar la eficacia de esta acción dirigida a preservar la dignidad del Congreso, a mantener la estatura moral de sus integrantes, a profundizar la legitimidad de la institución y a consolidar, entre otras, la democracia representativa tanto como a fortalecer la participación ciudadana en el ejercicio del control político.

En tal sentido, la nueva norma, en su artículo 1º, no solo riñe con la letra del artículo 183 de la Constitución, sino que modifica la Constitución en un aspecto estructural, si se tiene en cuenta que el querer del Constituyente fue otorgarle al juicio una naturaleza objetiva, alcance que se encuentra reflejado, entre otros, en los siguientes aspectos:

i) Por mandato constitucional (art. 183 C.P), de comprobarse que el parlamentario se encuentra incurso en alguna de las causales expresa y taxativamente establecidas, procede la desinvestidura, sin más. Es decir, no necesita el juez comprobar, adicionalmente, que el parlamentario incurrió en culpa o en dolo, pues, precisamente, se trató de asegurar la eficacia de la acción. De lo anterior se deriva que tal exigencia convierte el mecanismo en letra muerta.

ii) Aunque inicialmente se cuestionó si la consecuencia debía ser la inexistencia –*de iure e ipso facto*– del acto de elección, de inmediato se destacó la necesidad de un pronunciamiento, pues no podía negársele al accionado “*la*

posibilidad de un proceso sumario⁶⁹, en el que se dejara un 'mínimo margen de apreciación al juzgador para evitar politizar el juicio y conferir plenas garantías al accionado'⁷⁰ (Se destaca).

El Constituyente del 91 reconoció que tratándose de una herramienta para el ejercicio del control político a la manera de un juicio objetivo, los derechos fundamentales del elegido serían preservados *ex ante* en la medida en que la figura se institucionalizó en el propio texto de la Constitución como un mecanismo eficaz para evitar que al Congreso llegaran personas incapaces de cumplir con las exigencias previstas por el artículo 183 de la Carta en detrimento de la dignidad parlamentaria.

Este aspecto se juzgó proporcionado, y lo es, en vista de su importancia en la lucha por fortalecer la dignidad del Congreso de la República. A la vez, por cuanto, relacionado estrechamente con la materialización del principio de legalidad, la objetividad del juicio sobre la base de la configuración de causales taxativamente consignadas en la Constitución, permite que aun antes de la contienda política, en el curso de la misma y una vez elegido para el cargo, el congresista sea consciente del alcance de su responsabilidad y la grave consecuencia que sobrevendría si incurre en alguno de los supuestos allí previstos, esto es, cuando defrauda la confianza que en él depositó su elector.

Vale decir, consideró el Constituyente del 91 que el principio de legalidad significaba garantía suficiente para que el elegido conociera de antemano que, de llegar a estar incurso en alguna de las causales, respondería objetivamente, pues de este modo se evidenciaría que no satisfizo las exigencias que la sociedad esperaba de su investidura, a pesar de estar compelido por la Constitución a cumplir con las mismas.

Puestas de esa manera las cosas, el elemento volitivo o intencional del accionado resulta irrelevante *post factum*. Carece de importancia, justamente, porque quien resuelve lanzarse al Congreso sabe *ex ante*, gracias a la garantía del principio de legalidad que, por exigencia de orden constitucional, está obligado a llenar unas exigencias y, precisamente por ello, nunca podrá sostener que fue

⁶⁹ “[P]orque siempre puede haber lugar a una equivocada información, a una mala apreciación de parte de quien debería resolverlo y siempre tiene que haber alguien que produzca un acto administrativo, diciéndolo, anulando una credencial; entonces se vuelve prácticamente imposible, que haya la inexistencia de pleno derecho”. Ponencia ante la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente.

⁷⁰ En las distintas intervenciones se constata este propósito. Así, por ejemplo, el delegatario Mejía sostuvo: “[y]o pienso que en tratándose de estos temas que estamos hablando, de los congresistas, debería quizás establecerse una tarifa o una tabla con motivos de recusación. Porque dejarlo completamente abierto pues puede ser una cosa excesivamente amplia tan generalizada que se pueda convertir en un momento dado en un semillero de situaciones incómodas, de recusaciones muchas veces no bien fundamentadas. Siento pues que la investidura del congresista está bien que la protejamos de que, en el sentido de que no esté envuelta en el fenómeno de conflicto de intereses, pero tampoco podemos llegar al extremo de poner al congresista en la picota pública para que cualquier malqueriente, en cualquier momento pueda estarle formulando recusaciones por cosas que se le ocurren, se diría que el Tribunal de Ética resuelve, pero de todas maneras me parece a mí que se instituye una vía demasiado abierta para que se genere una serie de fenómenos de ataque muchas veces intencionadamente políticos etc., extremo al cual no podemos llegar, está bien que protejamos la investidura del congresista, pero tampoco ponerlo en una situación en que por cualquier cosa tiene que estar sometido a unos procedimientos de análisis sobre su conducta ética, de todas maneras pensemos en que la inquietud es esa y veremos a ver cuál es la opinión del doctor Luis Guillermo y de los demás miembros de la comisión”.

sorprendido con requerimientos que ignora o que resultan arbitrarios o desproporcionados.

Se insiste, la decisión del legislador ordinario de modificar el artículo 183 superior por vía de ley ordinaria, introduciendo en el juicio de pérdida de investidura el elemento subjetivo ajeno al mismo, desconoce, como ya se mencionó, que el querer del Constituyente del 91 fue otorgar a la ciudadanía una acción ágil, breve y ante todo eficaz, para recuperar y mantener la dignidad de la institución congresual, en aquel entonces gravemente afectada.

Esta afectación, pese a los grandes avances hechos en los años de vigencia del instrumento, aún hoy sigue sin poder superarse y una reforma del talante de la que representa la Ley 1881 la profundiza, pues ya no hay cómo contrarrestar eficazmente los múltiples casos de corrupción comprobados, denunciados y por evidenciar. En suma, la introducción del elemento subjetivo en el juicio de desinvestidura despojó a la ciudadanía de una herramienta efectiva para aumentar la exigua legitimidad de la institución parlamentaria y combatir los altos grados de desaprobación de la labor que adelanta el Congreso de la República por la corrupción que allí se ha presentado y aún hoy lo ronda.

Considero así, a partir de lo expuesto, que el debido proceso del demandado en sede de desinvestidura se satisface de manera suficiente con la aplicación del principio de legalidad –como lo ha sostenido la Corte Constitucional en jurisprudencia reiterada⁷¹–. Esto es así, entre otras cosas, porque la acción pública no despoja al político de algo que le pertenece. Ello no responde al mecanismo constitucional, precisamente, porque la investidura congresual no le pertenece a quien la recibe, sino al Pueblo soberano que, al tiempo que la entrega, exige merecimientos, medidos en función de la gracia otorgada para conservar dicha dignidad congresual (arts. 3º y 133 C.P.).

En relación con las garantías para el parlamentario objeto de juicio de desinvestidura, el alto Tribunal Constitucional ha sido claro en que, dada la necesidad de proteger el debido proceso en el juicio de desinvestidura, la exigencia impuesta al demandante en el literal c) del artículo 4º de la Ley 144 de 1994 de presentar *“la debida explicación de la causal esgrimida”*, garantizaba el derecho de defensa del congresista accionado. En relación con las especificidades de la acción pública de pérdida de investidura y el objetivo que busca alcanzar, sostuvo la corporación en la sentencia C-237 de 2012⁷²:

“Este proceso tiene un gran cometido de carácter general, cual es la depuración de la dinámica congresual mediante la transparencia en la forma de acceso o en la gestión que realicen sus miembros; por este camino se alcanzará otro objetivo, cual es la legitimación del Congreso de la República y, con ello, la revitalización del sistema democrático. Por otra parte, existen propósitos concretos que se expresan en cada una de las casuales de pérdida de investidura que establece la Constitución: el respeto del régimen de incompatibilidades; evitar que se actúe cuando exista conflicto de intereses –art. 183.1-; evitar el abandono de funciones –art. 183. 2 y 3-; y la

⁷¹ Cfr. sentencias C-319 de 1994; C-247 de 1995; C-028 de 2006; C-1056 de 2012; C-237 de 2012; C-254 A de 2012. Jurisprudencia reiterada en sede de tutela hasta la sentencia SU-424 de 2016. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-1285 de 2005; T-086 de 2007; T-147 de 2011.

⁷² Mediante esta providencia, la Corte se pronunció sobre la solicitud de declarar la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley 144 de 1994.

utilización de la función de congresista para fines egoístas - 183.4 y 5 y artículo 110 de la Constitución-.

Así, con este proceso se quiere asegurar que los representantes de la sociedad colombiana accedan al cargo de manera limpia, esto es, respetando el ordenamiento jurídico en su conjunto y que, una vez elegidos, puedan desempeñar su cargo con imparcialidad, libres de presiones o intereses personales que les impidan un correcto desempeño de su cargo. Con esto se aspira a que los congresistas actúen como verdaderos representantes de la voluntad popular y no de intereses egoístas o ajenos al bienestar general”.

En la sentencia referida, la Corte insistió en que las valoraciones en el juicio de desinvestidura deben hacerse en estricto derecho, de manera que se excluyan apreciaciones “*subjetivas del fallador*” y destacó que el proceso dirigido a limitar el derecho fundamental de participación en política, debe “*brindar todas las posibilidades de defensa y objetividad en el fallo que sean necesarias para no desconocer el contenido esencial del derecho al debido proceso*”. Todo, sin que la sentencia en comento haya hecho mención alguna del elemento de culpabilidad como imprescindible para garantizar el debido proceso en el juicio de desinvestidura; por el contrario, resaltó la objetividad del juicio.

En suma, el Constituyente del 91 quiso de manera clara y expresa que la desinvestidura se impusiera sin distingo de la persona para preservar de modo efectivo y ágil la dignidad del Congreso de la República. De ahí que en el juicio, la perspectiva del debido proceso del elegido deba analizarse siempre acorde con la especificidad y efectividad del mecanismo.

Como ya se indicó, el Constituyente del 91 dispuso que quien aspirara a una curul no solo cumpliera los requisitos personales sino que conociera de antemano las restricciones propias de la función parlamentaria, en términos de las conductas no permitidas, así como su clara consecuencia jurídica (principio de legalidad). En este sentido, el componente objetivo del reproche introducido en el juicio de desinvestidura no resulta extraño a la presunción de inocencia, sino, por el contrario, coincide tanto con el exigido frente a determinadas imputaciones de naturaleza penal, como con el previsto para los juicios administrativos y civiles de conducta, en los que no se juzga la intención de obrar equivocadamente, sino la acción u omisión contraria a los estándares exigidos en razón de unas condiciones preestablecidas.

De otra parte, es importante resaltar el lugar central que ocupó la necesidad de no ampliar de manera innecesaria el arbitrio *juris* y, en tal sentido, evitar los resultados no siempre predecibles de un holgado margen de apreciación, en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente. A mi juicio, la restricción al *arbitrio juris*, conocida de antemano, no solo garantiza que se respetará la dignidad del Congreso, sino que el parlamentario y el ciudadano elector no se verán sorprendidos con vagas disquisiciones jurídicas sobre motivaciones y justificaciones.

Así, se propuso que tanto el elegido como el elector conocieran de antemano las fronteras de la acción, de donde incluir consideraciones de amplia subjetividad, además de desconocer el diseño institucional plasmado en 1991 y de

restarle efectividad al instrumento, confronta el principio de legalidad, este sí central del debido proceso, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional⁷³.

Reitero en este punto que la reforma pasa por alto que lo que el Constituyente del 91 quiso reprochar de antemano y expresamente a los congresistas mediante el juicio objetivo de desinvestidura, no radicó en haber actuado con un querer, intención o motivación específica, sino en no haber obrado conforme al estándar constitucional exigible para dignificar la institución congresual, con grave repercusión en las garantías fundamentales de los congresistas acusados.

Es importante también señalar que el legislador ordinario no podía válidamente apoyarse en una sentencia fallada en sede de revisión de tutelas (SU-424 de 2016) cuyos efectos se restringen al caso concreto o a asuntos idénticos o similares (*inter pares*), para borrar de un tajo lineamientos sentados por la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad sobre los alcances del artículo 29 de la Carta en el marco de los procesos de pérdida de investidura⁷⁴.

Es por ello que resulta preciso rechazar el argumento propuesto en la exposición de motivos de la ley de reforma a esta acción constitucional, según el cual la propia Corte Constitucional en sentencia SU-424 de 2016 modificó aspectos relativos a la acción de pérdida de investidura, por lo que esta sentencia se aplicaría de manera prevalente y el propósito de la ley en cuestión no sería otro distinto que positivizar el contenido de la providencia. La anterior conclusión debe ser objetada, porque el aludido fallo recayó en un proceso de tutela, y, como se sabe, las sentencias de tutela solo tienen efectos para el caso concreto –o *inter pares* en asuntos similares– y no pueden desconocer los efectos *erga omnes* que les son propios a las decisiones de esa Corporación, adoptadas en sede de acción pública de inconstitucionalidad, acorde con el artículo 243 de la Constitución Política.

El Constituyente previó la necesidad de equilibrar las cargas en el proceso de desinvestidura, valoración que también le cabe al legislador, pero que deviene extraña al juez. Se trató de que los implicados conocieran de antemano las reglas del juicio, entre ellas, los alcances de la intervención judicial de manera general y

⁷³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-247 de 1995; C-237 de 2012; C-254 A de 2012; jurisprudencia reiterada en sede de tutela. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-1285 de 2005; T-086 de 2007; T-147 de 2011. La Corte Constitucional en la sentencia C-247 de 1995 sostuvo sobre este extremo: *“las normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético. Buscan preservar la dignidad del congresista y, aunque se refieran a conductas que puedan estar contempladas en la legislación como delictivas, su objeto no es el de imponer sanciones penales, sino el de castigar la vulneración del régimen disciplinario impuesto a los miembros del Congreso en razón de la función que desempeñan. Al congresista no se lo priva de su investidura, inhabilitándolo para volver a ser elegido en tal condición, por el hecho de haber incurrido en un determinado hecho punible y menos como consecuencia de haber sido hallado penalmente responsable. Lo que el Consejo de Estado deduce en el curso del proceso correspondiente es la violación, por parte del implicado, de las normas especiales que lo obligan en cuanto miembro del Congreso. Se trata de un juicio y de una sanción que no están necesariamente ligados al proceso penal que, para los respectivos efectos, lleve a cabo la jurisdicción, pues la Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solamente está comprometido a no delinquir sino a observar una conducta especialmente pulcra y delicada que, si presenta manchas, así no sean constitutivas de delito, no es la adecuada a la dignidad del cargo ni a la disciplina que su ejercicio demanda”*. Jurisprudencia reiterada constantemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

⁷⁴ Cfr. sentencias C-319 de 1994; C-247 de 1995; C-028 de 2006; C-1056 de 2012; C-237 de 2012; C-254 A de 2012. Jurisprudencia reiterada en sede de tutela. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-1285 de 2005; T-086 de 2007; T-147 de 2011

abstracta. Aspecto este esquivo a la judicatura prevista para adaptar lo general a lo particular.

Resulta, pues, un grave precedente, aceptar que en el marco de los pronunciamientos judiciales se resuelva –a conveniencia– la valoración objetiva o subjetiva de la conducta y, a la postre, el ejercicio mismo de la acción y que el legislador, sobre la endeble base de este pronunciamiento judicial, se arroge la facultad de modificar uno de los aspectos estructurales del ordenamiento.

De acuerdo con lo expuesto, el fundamento mismo de la ley, según el cual la reforma obedece al cambio que por vía jurisprudencial se introdujo a la naturaleza de la acción pública de pérdida de investidura, es inaceptable si se tiene en cuenta que en materia sancionatoria existe una expresa reserva de ley, razón por la cual a los jueces les está vedado, so pretexto de interpretar la normatividad existente para regular una determinada institución jurídica, modificar o alterar aspectos fundamentales de la misma. Y es precisamente eso lo que sucedió en la sentencia de unificación a la que se viene haciendo referencia, en abierto desconocimiento no solo de los precedentes jurisprudenciales del propio órgano constitucional, sino del principio de reserva de ley en materia sancionatoria.

De esa manera lo ha reconocido la Corte, al señalar que las regulaciones atinentes a la potestad sancionatoria del Estado están reservadas a desarrollos normativos, sin que sea válido que el ejecutivo o la misma judicatura entren a modificar aspectos sustanciales en cualquiera de las manifestaciones de dicha potestad. Es claro que la pérdida de la investidura es una de ellas, en la medida en que la figura representa una grave sanción para el congresista que viole el código ético que le corresponde seguir de manera estricta, a más de tratarse de una acción constitucional, para cuyo desarrollo es indiscutible la actuación del legislador. A modo de ejemplo, el alto Tribunal ha indicado, en materia disciplinaria, lo siguiente –se mantienen las notas a pie de página en el texto transcrito–:

“Lo cierto es que en la actualidad tanto la jurisprudencia como la doctrina han entendido que cuando se habla del principio de reserva de ley, independientemente de su exigibilidad en tratándose de la afectación de derechos fundamentales, es para indicar que determinadas materias, o ciertos desarrollos jurídicos, “deben estar respaldados por la ley o simplemente que la ley es el único instrumento idóneo para regular su funcionamiento”⁷⁵. En algunos de dichos casos, a través de una ley en sentido formal⁷⁶, y en otros, admitiendo su desarrollo conforme a leyes en sentido material⁷⁷.

Desde esta perspectiva, en materia disciplinaria, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la consagración de los comportamientos reprochables disciplinariamente, así como las sanciones, los criterios para su fijación y los procedimientos para adelantar su imposición, corresponden a una materia que compete desarrollar de

⁷⁵ OSSA ARBELÁEZ. Jaime. Op.Cit. Pág. 245.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, las sentencias C-710 de 2001, C-432 de 2004 y C-1169 de 2004.

⁷⁷ Véase, entre otras, las sentencias C-921 de 2001 y C-992 de 2001.

manera exclusiva a la ley, tanto en sentido formal como material⁷⁸”.

Insisto, para terminar, en que la modificación del juicio de desinvestidura que introdujo la Ley 1881 de 2018 amplió la discrecionalidad judicial con grave riesgo de politización de la justicia, así como tornó inane e ineficaz la acción. De esta suerte, el fallador no quedará alejado de la presión política –como lo pretendió el Constituyente del 91– sino tendrá que debatirse en el terreno de lo subjetivo, difuso y opinable hasta el punto de que si debe comprobar la culpabilidad, como si se tratara de demostrar la responsabilidad penal o disciplinaria, es de prever que, de aquí en adelante, la acción pública de pérdida de investidura no estará llamada a prosperar por la realización de la conducta, tampoco por la acción –participación ciudadana–, pues queda al arbitrio del juez encargado de evaluar si en el caso concreto y, tratándose del parlamentario, la vulneración puede entenderse justificada.

Esto es, habrá de demostrarse la causal y, conjuntamente, probar la motivación del implicado dirigida a vulnerar la ley (dolo) o que él mismo representó en su mente el resultado (culpa). Además, se abre la puerta para que los demandados aboguen por justificar su conducta, con evidente riesgo de politización de la justicia.

En consecuencia, insistir en que en el juicio de desinvestidura debe imperar el reproche subjetivo de culpabilidad en aras de un supuesto garantismo, amplía, desde mi punto de vista, el *arbitrio juris* con resultados no siempre predecibles y, por ende, genera inseguridad en lo que concierne a la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de elegidos y electores.

Las razones expuestas son las que me llevan a apartarme de la argumentación que sirvió de apoyo a la decisión adoptada por la mayoría, en los dos aspectos enunciados.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

⁷⁸ Véase, entre otras, las sentencias T-181 de 2002, C-506 de 2002, C-948 de 2002, C-1076 de 2002, C-125 de 2003, C-252 de 2003, C-383 de 2003 y T-1093 de 2004.