

A close-up photograph of a hand holding a red cloth, with a wooden gavel resting on a red leather surface in the foreground. The background is dark and out of focus.

**LA PÉRDIDA DE INVESTITURA:**

**UNA VISIÓN DESDE  
EL MINISTERIO PÚBLICO**

**AUTORES:**

**VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE**

**IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE**

**CARLOS JOSÉ HOLGUÍN MOLINA**

**ANDRÉS MUTIS VANEGAS**

**ANTONIO JOSÉ NÚÑEZ TRUJILLO**

**MARÍA ISABEL POSADA CORPAS**

**DIANA MARINA VÉLEZ VÁSQUEZ**

**PRÓLOGO:**

**FERNANDO CARRILLO FLÓREZ**



**PROCURADURÍA  
GENERAL DE LA NACIÓN**



**Instituto de Estudios  
del Ministerio Público**

---

# LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA: UNA VISIÓN DESDE EL MINISTERIO PÚBLICO

*Muerte política por  
ausentismo parlamentario*

---

Procuraduría General de la Nación  
Diciembre de 2020



PROCURADURÍA  
GENERAL DE LA NACIÓN



IEMP  
Instituto de Estudios  
del Ministerio Público



*Instituto de Estudios  
del Ministerio Público*

## **LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA: UNA VISIÓN DESDE EL MINISTERIO PÚBLICO / MUERTE POLÍTICA POR AUSENTISMO PARLAMENTARIO**

© Procuraduría General de la Nación (PGN), 2020

© Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP), 2020  
Todos los derechos reservados

### **Autores:**

#### **Procurador 1° Delegado ante el Consejo de Estado:**

Vladimir Fernández Andrade

#### **Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa:**

Iván Darío Gómez Lee

#### **Procurador 4° Delegado ante el Consejo de Estado:**

Carlos José Holguín Molina

#### **Procurador 5° Delegado ante el Consejo de Estado:**

Andrés Mutis Vanegas

#### **Procurador 6° Delegado ante el Consejo de Estado:**

Antonio José Núñez Trujillo

#### **Procuradora 3° Delegada ante el Consejo de Estado:**

María Isabel Posada Corpas

#### **Procuradora 2° Delegada ante el Consejo de Estado:**

Diana Marina Vélez Vásquez

#### **Procurador General de la Nación**

Fernando Carrillo Flórez

#### **Viceprocuradora General de la Nación**

Adriana Herrera Beltrán

#### **Directora del Instituto de Estudios del Ministerio Público**

Diana María Dajer Barguil

#### **Coordinador Editorial**

Carlos Mauricio Medina Fajardo

#### **Corrección de estilo**

Esperanza Restrepo

#### **Diseñadora gráfica**

Natalia del Pilar Cerón

**ISBN: 978-958-734-277-2**

#### **Dirección postal**

Carrera 5 n. ° 15-80, piso 16.

Bogotá, D.C., Colombia

**PBX: 5878750 Ext. 11621 - 11610**

[www.procuraduria.gov.co/iemp/index.jsp](http://www.procuraduria.gov.co/iemp/index.jsp)

# CONTENIDO

<b>PRÓLOGO .....</b>	<b>1</b>
<b>I. MUERTE POLÍTICA POR AUSENTISMO PARLAMENTARIO .....</b>	<b>3</b>
<b>II. ESTUDIO SOBRE LA CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN DE TOPES DE GASTOS DE CAMPAÑAS POLÍTICAS.....</b>	<b>83</b>
<b>III. EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS: NUEVO DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN ALTAS CORTES Y CONVENCIONALIDAD .....</b>	<b>156</b>
<b>IV. LA NO POSESIÓN EN EL CARGO COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>173</b>
<b>V. LAS INHABILIDADES DEL ARTÍCULO 179 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COMO CAUSALES PARA LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS .....</b>	<b>205</b>
<b>VI. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY 1881 DE 2018 .....</b>	<b>254</b>
<b>VII. PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR CAUSA DE LA INHABILIDAD ESTABLECIDA EN EL NUMERAL TERCERO DEL ARTÍCULO 179 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA .....</b>	<b>266</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>282</b>

## PRÓLOGO

La introducción por parte del Constituyente de 1991 de la institución jurídica de la pérdida de investidura fue una de las reformas más importantes relacionadas con el estatuto del congresista, teniendo como objetivo fundamental elevar y dignificar su posición dentro de la arquitectura estatal.

Entendiendo la investidura como una dignidad, un honor obtenido con el favor popular en un evento democrático, que debe honrarse con un comportamiento impoluto, permitiéndosele a la ciudadanía que pueda reclamar del investido los mayores estándares éticos en el ejercicio de su representación.<sup>1</sup>

En el derecho comparado la figura jurídica de la pérdida de investidura de los congresistas no tiene equivalente con ninguna otra acción concebida constitucionalmente en el concierto jurídico de las naciones, pues se trata de una institución diseñada dentro del *ius puniendi* del Estado disponiendo el máximo castigo político posible, la muerte política del infractor, medida extrema que es adoptada por el Consejo de Estado como la más alta corte de la jurisdicción contencioso administrativa, dentro de un proceso jurisdiccional pleno de las garantías fundamentales del debido proceso.

Frente a este último aspecto se debe señalar que en ningún momento se han puesto en duda las competencias del Consejo de Estado para conocer de la acción de pérdida de investidura respecto de las convenciones y tratados internacionales suscritos por Colombia, más concretamente nos referimos al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tan en boga en estos momentos por cuenta de la decisión del caso del exalcalde de Bogotá Gustavo Petro Urrego, que decide un asunto concreto y que no tiene repercusión alguna con la acción de pérdida de investidura, entendida esta como una acción jurisdiccional que permite la garantía fundamental del debido proceso, señalando particularmente la posibilidad de la doble instancia, la contradicción y la defensa, con el ánimo de obtener una decisión judicial que defina la suerte del congresista con total transparencia y de cara a toda la ciudadanía.

Dejando este tema claro, es necesario que el Ministerio Público muestre su gestión respecto de las acciones de pérdida de investidura que se han tramitado, debido a que en estos dos últimos años y contrario a lo que venía ocurriendo, que había entrado en desuso esta acción constitucional,<sup>2</sup> hoy podemos decir que con el empuje decidido de

---

<sup>1</sup> 5. Pérdida de Investidura. 5.2. Planteamiento General: “el altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes sean drásticas (...) El congresista debe ser tan riguroso en su conducta que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de la investidura”. Gaceta Constitucional número 51. Pág. 27.

<sup>2</sup> Fernando Carrillo Flórez, “Colombia reclama las batallas en contra de la corrupción y la Salud”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 21 de marzo de 2018.

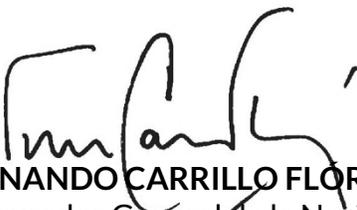
la Procuraduría General de la Nación se ha revivido la pérdida de investidura como el gran mecanismo colombiano de lucha contra la corrupción, concebido desde la Constitución de 1991, señalando la actividad que las procuradurías delegadas ante el Consejo de Estado han desarrollado en asuntos concretos como el de la congresista Aida Merlano, siendo la primera vez en que se accede a la pretensión de desinvestidura por cuenta de la causal de violación de los topes legales de campaña, como también del caso en que por indebida utilización de recursos públicos por contar con un empleado de la unidad de trabajo legislativo de un parlamentario para labores distintas a las que están legalmente permitidas configurándose la causal generadora de la pérdida de investidura.

También se pretende mostrar un trabajo doctrinario acerca de la causal de muerte política por ausentismo parlamentario que estudia todo el avance jurisprudencial que ha tenido esta causal, que servirá de guía de conducta para los mismos congresistas en la medida que les permitirá conocer cada uno de los requisitos que se deben cumplir para que su actividad sea tenida como presencial y no ausente, garantizando el cabal cumplimiento de su ejercicio parlamentario, y que también será de utilidad para el ciudadano que quiera conocer el procedimiento de la acción de pérdida de investidura, con las novedades legales y jurisprudenciales que rigen la materia, constituyéndose en una herramienta más de nuestra Procuraduría Ciudadana.

Entre los temas tratados podemos ver el nuevo desarrollo jurisprudencial en altas cortes y la convencionalidad respecto del tráfico de influencias, así como las inhabilidades del artículo 179 de la Constitución Política como causales para la pérdida de investidura de los congresistas, con especial énfasis en la tercera causal.

Un tema poco trabajado pero que creemos debía hacer parte de este libro, es la no posesión en el cargo como causal de pérdida de investidura y sin duda, es fundamental dar a conocer los cambios introducidos por la ley 1881 de 2018 que busca llenar de mayores garantías el procedimiento de la acción de pérdida de investidura.

De esta forma les damos la bienvenida a la comunidad académica, política e interlocutores sociales para que conozcan la activa participación de nuestra Procuraduría Ciudadana en torno a revitalizar la acción de pérdida de investidura, pues es un gran motivo de orgullo presentarles este juicioso y completo trabajo.

  
**FERNANDO CARRILLO FLOREZ**  
Procurador General de la Nación

# I. MUERTE POLÍTICA POR AUSENTISMO PARLAMENTARIO

Por: Vladimir Fernández Andrade

Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado<sup>3</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El título de este estudio evoca la institución griega del OSTRACISMO<sup>4</sup> generado por quien con su conducta claramente está demostrando que no quiere estar presente en el congreso a pesar de haber participado en un debate político-democrático buscando pertenecer al mismo, así que a primera vista no se entiende que quien se enfrenta a una batalla electoral lo haga para luego ausentarse de lo que en los comicios consiguió. Pues bien, así ocurre, y para sancionar esta actitud casi increíble, la Constitución Política de Colombia consagró la causal de pérdida de investidura por ausentismo parlamentario.

Para conocer con profundidad la actualidad de esta causal decidimos construir este documento como guía para la ciudadanía y también para que los mismos congresistas puedan saber de una manera ordenada y condensada cuál ha sido la evolución de la acción de desinvestidura, todas sus reglas, tanto sustanciales como procesales, llegando incluso hasta las últimas novedades contenidas en la Ley 2003 de 2019.

Posteriormente nos sumergimos en las particularidades de la causal de ausentismo, reconociendo todos sus elementos estructurales, estudiándolos a la luz de la jurisprudencia y la doctrina que los ilumina con claridad, señalando la manera más razonable de entenderlos.

Es en este marco descrito en el que decidimos ubicarnos, con el objetivo de hacer un aporte desde el ministerio público a la comunidad académica interesada en este asunto, pero no solo quedándonos allí sino que hemos querido construir un manual que sea útil para promover el correcto entendimiento de la acción de pérdida de investidura en general y de la causal de ausentismo en particular.

---

<sup>3</sup> De igual forma, la elaboración de este capítulo contó con la participación y trabajo de los funcionarios de la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado, especialmente de Sandra Patricia Bohórquez Cortés y Patricia Hernández.

<sup>4</sup> Entre los antiguos atenienses, destierro político. R.A.E.

## 2. ANTECEDENTES Y CONCEPTO DE LA ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTITURA

### 2.1. ANTECEDENTES GENERALES

Para podernos adentrar en el estudio de la causal de ausentismo parlamentario dentro de la acción de pérdida de investidura, se hace necesario tener en cuenta una visión general del nacimiento de esta muy particular figura, para así entender que prorrumpió para darle vida a un juicio ético que recaía sobre quienes ostentaban las más altas dignidades como senadores y por tanto se les exigía el mayor decoro en el ejercicio de las mismas, entendiendo que el representante de la comunidad debe comportarse decorosamente, no como un llamado a la concepción estética que CICERON describiera en el *De Oratore*, sino al DECORUM, como lo estableció en el *de officiis*, como un deber que podría formularse así: «*actúa de forma que puedas dar de tus actos siempre una razón aceptable de acuerdo con el modo de vida que has querido y has podido tener*». <sup>5</sup>

Esto es que si un individuo ha tomado la decisión de dedicarse a la vida política, aventurarse en un ejercicio democrático y contar con el apoyo de una comunidad para ser su representante, esa misma comunidad espera de él un comportamiento decoroso, adecuado con la posición que alcanzó, honrando los compromisos con su electorado y comportándose de la manera que se espera de un alto servidor público elegido democráticamente, considerando que esta distinción la obtuvo por el favor popular, nacida de un deseo propio que le llevó a orientar su vida en ese sentido, convirtiéndose en un referente de la sociedad que a su vez le exige un comportamiento ajustado éticamente a su cargo, que dé siempre una razón aceptable de su proceder.

Teniendo en cuenta la paradigmática descripción anterior fue creada en nuestro ordenamiento jurídico colombiano la acción de pérdida de investidura, que surge como reacción judicial contra aquellos parlamentarios que no ajustan su comportamiento a las altas expectativas éticas que su cargo reclama, generando una normativa que pretende reprochar conductas que denigran de la importantísima función legislativa y de control político que deben cumplir.

Es un instrumento que permite materializar el principio democrático, cuya finalidad última es garantizar la transparencia absoluta de los miembros de las corporaciones públicas en relación con sus actuaciones, en la medida en que permite desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas y evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público y recuperar el órgano legislativo<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> *Omnis autem actio vacare debet temeritate et negligentia nec vero agere quic quam cuius non possit causam probabilem reddere haec est enim fere descriptio officii.* Ciceron, *De officiis*, I 29,101.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. *Pérdida de investidura de congresistas 1991-2017. Análisis cuantitativo, cualitativo y fichas de análisis jurisprudencial.* Volumen I. Editorial Ibáñez, 2018. P. 26.

A lo largo de la historia se ha ido decantando y regulando lo referente a los eventos en los cuales, con acciones u omisiones, los miembros de la corporación pública quebrantan la “dignidad” que le fue conferida a través del voto popular.

En la Constitución Política de 1886, no existía la “acción de pérdida de investidura”, pero consagraba algunos eventos en los cuales se produciría la “vacante en la respectiva Cámara” cuando por ejemplo el presidente nombraba a algún senador en un cargo durante el periodo de sus funciones o un año después<sup>7</sup>.

Durante el periodo presidencial de Laureano Gómez<sup>8</sup>, se expidió el Decreto 3485 de 1950, que marcó un hito importante en el camino de la configuración de la figura de la pérdida de investidura, toda vez que un año antes de la expedición del mencionado decreto se había declarado turbado el orden público<sup>9</sup>, estaba imperando la “promiscua representación del interés nacional o regional y la de meros intereses particulares” por lo cual fue necesario trazar algunas prohibiciones para senadores y representantes que frente a su infracción daría lugar a la vacancia del cargo desempeñado<sup>10</sup> y sería el Consejo de Estado en Sala Plena el encargado de declararla, previa demanda interpuesta por cualquier ciudadano.

---

<sup>7</sup> Ver artículos 108, 109 y 110 de la Constitución Política de 1886.

<sup>8</sup> Presidente conservador de 1950 a 1951.

<sup>9</sup> Estado de sitio declarado por el presidente Mariano Ospina Pérez mediante Decreto No. 3518 de 1949.

<sup>10</sup> «Artículo 1°. Los Senadores y Representantes principales, desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan la investidura, no podrán hacer por si ni por interpuesta persona, contrato alguno con la administración, ni gestionar en nombre ajeno negocios que tengan relación con el gobierno de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios. Tampoco podrán, durante el lapso indicado, tener asociación profesional ni comunidad de oficina con personas que se ocupen en dichos contratos o gestiones. Las prohibiciones anteriores comprenden a los Diputados en relación con el respectivo Departamento y Municipios que lo integren, y a los Concejales en relación con el respectivo Municipio. A los suplentes de los Senadores, Representantes, Diputados y Concejales se aplicara lo dicho en este artículo, desde que entren a ejercer el cargo.

Artículo 2°. Los Senadores, Representantes y Diputados principales, durante las sesiones ordinarias y extraordinarias de las respectivas corporaciones, no podrán servir en ningún caso de apoderados o gestores ante las entidades y funcionarios oficiales y semioficiales del orden administrativo, ni ante las entidades y funcionarios de la Rama Jurisdiccional, incluyendo las jurisdicciones especiales de lo Contencioso - Administrativo y del Trabajo, aunque sean abogados inscritos, ni tampoco podrán realizar gestión alguna en nombre propio ante dichos funcionarios y entidades, sino que para ello deberán constituir apoderado.

Esta disposición se aplicará a los suplentes mientras ejerzan el cargo.»

Durante la vigencia del Decreto Legislativo, el Consejo de Estado profirió la sentencia del 23 de junio de 1952<sup>11</sup>, en la cual estudió el caso de un senador que ejerció su profesión como abogado ante el Tribunal Supremo de Trabajo como representante legal de la Junta de Asistencia Social y de la Lotería de Beneficencia de Santander, pero donde no se configuró la vacancia por cuanto se acreditó que había delegado el mandato recibido.

El segundo antecedente es de fecha 23 de julio de 1952, donde el Consejo de Estado decidió no declarar la vacancia de la curul a un representante a la Cámara a quien se le acusó de adelantar gestión de negocios ante la jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales a favor de un tercero, por cuanto no se probaron los hechos.<sup>12</sup>

Posterior a la derogatoria del Decreto legislativo<sup>13</sup>, el Senado aprobó el Acto Legislativo 01 de 1979 en el cual por primera vez se utilizó el término “pérdida de investidura”, señalando las causales, sin embargo, este Acto fue declarado inexecutable en 1981<sup>14</sup>.

Llegó entonces el proceso constituyente de 1991 donde se discutió la adopción de la institución de la pérdida de investidura<sup>15</sup>, como mecanismo idóneo para salvaguardar

---

<sup>11</sup> Consejero ponente Álvaro Pinedo. Demandante Daniel Marín. Demandado Carlos Jaramillo Arrubia. Información tomada de la aclaración de voto consejera Lucy Janntte Bermudez Bermudez. Expediente 2019-01602.

<sup>12</sup> Demandado Mariano Garía García. Demandante Álvaro Copete Lizarralde, Procurador General de la Nación. Información tomada de la aclaración de voto consejera Lucy Janntte Bermudez Bermudez. Ex 2019-01602.

<sup>13</sup> Derogada por la Ley 8 de 1958.

<sup>14</sup> Suprema de Justicia, magistrado ponente Fernando Uribe Restrepo. Fecha 3 de noviembre de 1981.

<sup>15</sup> En la sentencia C-319 de 1994 la Corte Constitucional, precisó lo siguiente: «Es indiscutible que una de las reformas más importantes efectuadas por el Constituyente de 1991 relacionadas con el Congreso de la República, fue la de la creación de la institución de la pérdida de la investidura, consagrada en el artículo 183 de la Carta Política, con el propósito de dignificar la posición de Congresista, enaltecer sus responsabilidades y funciones, con la posibilidad de que, frente a la inobservancia del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o el surgimiento del conflicto de intereses por parte de los mismos, así como de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, se pudiese sancionar a quien incurra en la violación de las causales previstas en dicha disposición con la pérdida de la investidura, sin que esta decisión dependiera de un previo pronunciamiento judicial.

El planteamiento general de los proponentes de la iniciativa se fundamentó en el altísimo nivel que supone la categoría de Congresista. De ahí que las consecuencias de la violación de los deberes, funciones y responsabilidades inherentes al cargo debieran corresponderse con una sanción igualmente drástica. La subcomisión encargada de articular la propuesta, al considerar la regulación de la institución pretendió, pues, recuperar el prestigio del Congreso.»

el ejercicio digno y transparente que debían tener los integrantes del Senado<sup>16</sup>. En la Asamblea Nacional Constituyente:

[S]e dio un amplio debate alrededor de la necesidad de fortalecer y depurar las instituciones representativas, como requisito fundamental para la revitalización del sistema democrático en el país. En este contexto se pensó en la necesidad de establecer un estricto régimen de control sobre los congresistas (...) Mas el Constituyente no se conformó con establecer el mencionado régimen sino que consideró también necesario crear una sanción especial para los integrantes de las corporaciones públicas, consistente en la declaración de la pérdida de su investidura. Es decir, el Constituyente estimó que determinadas faltas de los representantes populares exigían sanciones y procedimientos más severos y pronto que las acciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría o la sanción política que puede imponer el votante, a través del retiro de su apoyo electoral a aquellos mandatarios o partidos que no han estado a la altura de su compromiso con los electores.<sup>14</sup>

Así las cosas, el sentir de la Asamblea Constituyente no solo se limitó a fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual propendía por un recto actuar, sino que tratando de recobrar el prestigio que había perdido la institución, consagró la mayor sanción que un congresista podía tener y es su muerte política, como medida extrema dictada por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, el H. Consejo de Estado.

El constituyente instituyó un castigo que no es redimible y por lo tanto perenne, pese al principio de la inexistencia de penas imprescriptibles, (artículo 28) en este caso prevalece el principio democrático que identifica y define al Estado colombiano (artículo 1º) donde más allá del derecho a ser elegido, se impone el respeto y el sostenimiento de la democracia, impidiendo que quien ha defraudado ese principio pueda volver a ser depositario de la confianza del elector<sup>17</sup>.

La consagración constitucional quedó enmarcada en el artículo 183 que señala las causales por las cuales se perderá la investidura, sin embargo, a lo largo del texto constitucional encontramos el articulado que lo complementa, como, por ejemplo, los requisitos para ser senador (artículo 179), el régimen de incompatibilidades de un senador (artículo 180), lo referente a los conflictos de interés (artículo 182), la causal

---

<sup>16</sup> Se puede consultar las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Sesión Comisión Tercera. Referente a los artículos 183, 184.

<sup>14</sup> Corte Constitucional D 1618. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>17</sup> Sentencia de 30 de junio de 2015. Radicación 2013-00115. Nota tomada del libro Consejo de Estado, Pérdida de investidura de congresistas 1991-2017. Análisis cuantitativo, cualitativo y fichas de análisis jurisprudencial. Volumen I. Editorial Ibáñez. 2018. Pag 26.

de pérdida de investidura por realizar contribuciones a partidos políticos (artículo 110) y el artículo 184, el cual radica la competencia en el Consejo de Estado.

## 2.2. DEFINICIÓN

La pérdida de investidura es una acción de carácter ético político, perteneciente al ámbito del derecho punitivo del Estado, es un mecanismo de control político de los ciudadanos y un instrumento de depuración en manos de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, al interés general o a la dignidad que ostentan. En esencia, constituye una sanción ética y política que por su contenido es un mecanismo disciplinario revestido de las máximas garantías procesales<sup>18</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>19</sup> también indicó que:

[...] dicha figura constitucional busca preservar la dignidad del cargo público de elección popular; por ende, la pérdida de la investidura, es uno de los mecanismos de democracia participativa por medio del cual los ciudadanos ejercen directamente control sobre las personas electas, convirtiéndose entonces en un derecho político [...] Se puede afirmar que la finalidad de la pérdida de la investidura es dignificar y enaltecer la calidad de los representantes del pueblo en las corporaciones públicas, siendo como se ha afirmado, un mecanismo de control político de los ciudadanos y un instrumento de depuración en manos de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, el interés general o la dignidad que ostentan. Así entonces, debe afirmarse que la pérdida de la investidura – como proceso jurisdiccional- pretende establecer o imputar responsabilidad de tipo político y por lo tanto se convierte en una institución autónoma respecto de cualquier otro proceso que pretenda establecer otro tipo de responsabilidad como la penal, disciplinaria o fiscal.

A nivel legislativo encontramos la definición en la Ley 2003 de 2019<sup>20</sup>:

**ARTÍCULO 1º.** 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 gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, magistrado ponente José Fernando Reyes Cuartas. SU 632 de 2017.

<sup>19</sup> Sentencia T-147 de 2011

<sup>20</sup> Por medio del cual modificó el artículo 1º de la Ley 1881 de 2018

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 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.

### 2.3. ACCIÓN

En la jurisdicción contenciosa se ventilan alrededor de catorce acciones, a saber: la de nulidad simple, la de restablecimiento del derecho, la de reparación directa, la contractual, la electoral, la de revisión de las cartas de naturalización y la ejecutiva; así como las que tienen un origen constitucional como la acción de tutela, el habeas corpus, la acción popular, la acción de cumplimiento, la acción de grupo, la de repetición, la de anulación por inconstitucionalidad de los decretos del gobierno y la de pérdida de investidura de los congresistas. El legislador decidió abandonar el término de acción respecto de aquellas que no son de raigambre constitucional y les otorgó el término de medios de control<sup>21</sup>.

A pesar de que la pérdida de investidura es de origen constitucional, y por ende podría denominarse acción, el legislador la incluyó en el título de los medios de control dentro de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

Su fundamento, como ya se indicó, es constitucional, pero también ha tenido un desarrollo legal y, en tratándose de congresistas (Ley 144 de 1994, Ley 1881 de 2008,

---

<sup>21</sup> ARBOLEDA PERDOMO, Enrique. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, II Edición. Bogotá: Editorial Legis, 2012. El doctor Enrique José Arboleda Perdomo en sus comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, abordó brevemente las disquisiciones que se dieron en torno al tema, precisando que el legislador optó por modificar el término de acción porque entendió que no era posible acumular acciones, como sí pretensiones, ya que a cada derecho subjetivo le correspondía una acción y en ocasiones, los demandantes veían trucados los efectos que perseguían debido a la improcedencia de dicha acumulación, a la legitimación en causa y a los diferentes términos de caducidad, que conllevaban a que se sacrificara el derecho sustancial por privilegiar el procedimental.

Ley 2003 de 2019), existen diferencias frente a su regulación respecto de diputados, concejales y ediles, que también pueden perder su investidura pero al amparo de las normas contenidas sobre la materia en la misma Constitución (artículos 110, 291 y 299 para diputados; artículos 110, 312, 318 y 323 para concejales y ediles) y en las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000.

## 2.4. EFECTOS

Como hemos anotado, esta acción nació como un mecanismo moralizador frente a las costumbres malsanas que pervierten la política directamente, encaminada a desterrar del Congreso estas prácticas y particularmente a quienes en ellas incurren, es un novedoso ostracismo. Basta recordar los considerandos del Decreto 3485 de 1950 que señalaba:

«Que uno de los peores males, así por su influjo en las costumbres políticas como por el desprestigio que para la autoridad acarrea, es el que procede de la promiscua representación del interés nacional o regional y la de meros intereses particulares. Que el necesario imperio de la rectitud moral en los que tienen el cuidado de la comunidad se opone a toda actividad que no mire el interés general [...]».

Las causales que hoy existen se edificaron para refrenar las prácticas indecorosas de los miembros de la rama legislativa, plasmando un estatuto severo que contribuyera a sanear la institución y devolverle el prestigio al Congreso de la República.

La puesta en marcha del mecanismo pretende depurar el Congreso, toda vez que, si al sujeto pasivo de esta acción se le encuentra responsable de infringir dicha normatividad, la sanción que se le impone se traduce en la práctica, en la muerte política del condenado, no pudiendo hacer parte del Congreso bajo ninguna circunstancia.

Las causales para la desinvestidura persiguen, en suma, evitar la utilización del poder político en provecho particular y preservar la dignidad que implica ser congresista, habida cuenta de la importancia de la labor representativa que desarrolla para el país<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional sentencia C- 247 de 1995: «El especial celo del Constituyente en establecer todo un conjunto de normas con arreglo a las cuales habrá de ser ejercido el cargo de congresista se explica no sólo por la importancia intrínseca del Congreso en el Estado de Derecho sino por la trascendencia de la investidura de quien, escogido en las urnas para integrar la Rama Legislativa, tiene en su cabeza la representación del pueblo. Tales normas responden a las necesidades de asegurar los cometidos básicos de la institución y de preservar la respetabilidad de quienes la componen, merced al sano desempeño de las delicadas funciones que se les confían. Entre los objetivos buscados por esta normativa se halla el de garantizar a los gobernados que las personas a quienes se ha distinguido con tan alta dignidad

## 2.5. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTAS

La pérdida de investidura de congresistas es una acción constitucional de naturaleza sancionatoria, contenida en el artículo 183 de la Constitución Política, de estirpe disciplinaria. Como ya lo hemos señalado, corresponde a un juicio de responsabilidad política y se ejerce como acción pública, es decir que la legitimación para interponerla la tiene cualquier ciudadano, sin necesidad de acreditar un interés personal o individual, puesto que su interés es la defensa del orden constitucional y legal. Eso es así porque las acciones públicas son medios de los ciudadanos para participar en el control de la administración pública, con el fin de exigir el respeto por sus derechos fundamentales, humanos y colectivos, razón por la cual no se promueve para el reconocimiento o la defensa de un derecho subjetivo, sino para hacer prevalecer la transparencia en la conducta de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

A través de esta acción se pretende preservar la democracia y el respeto hacia los electores que ejercen la democracia por virtud de sus representantes, por ello se limitan los derechos políticos de un congresista para volver a ser elegido como tal<sup>23</sup>.

En materia de convencionalidad, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ocupa de los derechos políticos, es decir, de participar, de votar, de tener acceso a cargos públicos y señala que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, tiene como propósito «Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio», para lo cual habilitó a los países miembros a adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con la Convención. Normas estas interpretadas de forma armónica con nuestro ordenamiento refuerzan el espíritu de la figura de la pérdida de investidura.

---

no abusarán de su poder, aprovechándolo para alcanzar sus fines personales, pues la actividad a ellos encomendada debe estar exclusivamente al servicio del bien público.»

<sup>23</sup> Corte Constitucional, C - 028 de 2006, «El derecho político en mención ha sido reconocido como fundamental y de aplicación inmediata en el texto constitucional (CP, arts. 40 y 85), dado el desarrollo que permite alcanzar, no sólo en el patrimonio jurídico-político de los ciudadanos, sino también en la estructura filosófico-política del Estado, al hacer efectivo el principio constitucional de la participación ciudadana (C.P., art. 1o.). No obstante, es posible someterlo a limitaciones (Sentencias C-558 de 1994 y C-509 del mismo año) en aras de la defensa y garantía del interés general, como sucede para efectos del señalamiento de las condiciones de ingreso al ejercicio de un cargo o función públicos».

Es una acción principal, que se puede adelantar sin perjuicio de que contra los mismos congresistas se adelanten otras acciones por los mismos hechos, es decir que no se excluye con la acción penal, la ética de la Ley 1828 de 2017<sup>24</sup>, la electoral ni la fiscal.

Es una acción autónoma, es decir que no precisa de la existencia de otra para incoarse y no genera prejudicialidad, dado que los fines que persigue son distintos de los de cualquier otra acción como la penal, la electoral, la disciplinaria y la del estatuto de ética de los congresistas.

Descendiendo a las particularidades procesales de la acción, se deben analizar varios aspectos, por ejemplo, el término con que el ciudadano cuenta para demandar, antes de la última reforma contenida en la Ley 1881 de 2018, era intemporal, pero la nueva ley estableció un término de caducidad de cinco (5) años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho generador de la causal de desinvestidura (artículo 6), esto quiere decir que se podría demandar a quienes ya no estén ocupando la curul porque se les venció el periodo para el cual fueron elegidos o se separaron del cargo por cualquier otra circunstancia<sup>25</sup>. Con referencia a la prescripción de la acción la ley guardó silencio.

Las causales por las que se inician estos procesos son taxativas y no se admite la analogía, ni interpretaciones extensivas, mucho menos tratándose de inhabilidades, las cuales, dado su carácter prohibitivo, constituyen una restricción al derecho fundamental y político que tienen los ciudadanos a ser elegidos. Así pues, para deducir la responsabilidad es indispensable una consagración expresa en virtud del principio de tipicidad y una interpretación estricta y ajustada a los presupuestos de cada causal.

Estas causales inicialmente se encuentran en el artículo 183 de la Constitución Nacional, pero también encontramos<sup>26</sup> el artículo 109 y 110 del texto superior que contempla otras causales, no solo para congresistas, tal como se aprecia:

Artículo 109. Modificado Acto Legislativo 01 del 3 de julio de 2003, artículo 3°. El Estado concurrirá a la financiación de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley.

---

<sup>24</sup> Ver concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Oscar Darío Amaya Navas. Fecha 12 de diciembre de 2019. Expediente 2019-159.

<sup>25</sup> Sentencias de Sala Plena del 28 de septiembre de 1992 (Expediente AC-175); AC-1899 del 117 de agosto de 1994. Expediente AC 12.546 del 8 de agosto de 2001 y sentencia del 9 de diciembre de 2004, sección Primera consejero ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, radicado: 15001-23-31-000-2004-0648-01 (PI) contra Milton Oswaldo Gordillo Carranza.

<sup>26</sup> BRITO RUIZ, Fernando. Colección de Derecho Disciplinario N° 22 Causales de Pérdida de investidura de los Congresistas. Procedimiento para decretarla. Procuraduría General de la Nación, III Edición. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011.

[...]

**Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo.** La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto [...] (Se destaca)

De igual manera, el artículo 110, el numeral 10 del artículo 268 y el inciso noveno del artículo 272 hacen lo propio, como se indica a continuación:

Artículo 110. Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas **hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan**, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo **o de pérdida de la investidura.**

[...]

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. **Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho** (Se destaca).

El artículo 268 constitucional no se endilga de manera directa, sino que hace parte de las gestiones que censura el numeral 2 del artículo 180 de la Carta Superior<sup>27</sup> que puede estar en concordancia con la quinta causal del artículo 183.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Artículo 180. Los congresistas no podrán:

Nº 2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.

<sup>28</sup> Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

Nº 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

Por su parte, el artículo 272 consagra que «quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones».

Esta causal, como la anterior, se suma a las inhabilidades del artículo 179 constitucional, como acontece con la consagrada en el artículo 267<sup>29</sup>.

Ahora bien, en lo referente a la solicitud o demanda de pérdida de investidura debe presentarse por escrito, por cualquier ciudadano, no necesita ser abogado para hacerlo y no opera por anónimos. En ese sentido, la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández, señaló:

El artículo cuarto, que señala los requisitos y datos que debe reunir la solicitud de pérdida de investidura cuando provenga de un ciudadano, se aviene a la Constitución, pues no hace nada diferente de exigir que quien, en ejercicio de un derecho reconocido por la Carta, acude al tribunal competente con el objeto de pedirle que declare la pérdida de la investidura de un congresista, lo haga identificándose, señalando e identificando al acusado, fundando su acusación y aportando o solicitando las pruebas a que haya lugar. Esto es necesario en toda demanda, por informal que sea, para que la autoridad judicial cuente con los elementos mínimos indispensables con el objeto de iniciar la actuación que le corresponde. Es claro, además, que la plena identificación del ciudadano demandante le otorga seriedad a la acusación, tratándose de un proceso con tan delicadas consecuencias, y responsabiliza al actor en relación con lo que afirme. Se excluyen así los procesos iniciados por anónimos que encubren conductas subrepticias y cobardes.

El accionante debe someterse a los requisitos establecidos por la ley para incoarla, esto es precisar nombres, apellidos, identificación y domicilio de quien la formula; señalar el nombre del congresista y su acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional; invocar la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura

---

<sup>29</sup> «Artículo 267 [...]

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo **no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional**, salvo la docencia, **ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.**»

con la debida explicación; aportar pruebas si las tiene; elevar, si así lo desea, la solicitud de práctica de pruebas, si fuere el caso, siguiendo los criterios de conducencia, pertinencia y utilidad y finalmente indicar la dirección del lugar en donde el solicitante recibirá las notificaciones a que haya lugar.

La solicitud debe ser presentada de forma personal ante la Secretaría General de la corporación judicial y en caso de no poder realizar esta diligencia, se puede remitir la misma, previa presentación personal ante juez o notario. Su escrito se entenderá presentado cuando se reciba en el despacho judicial de destino<sup>30</sup>.

La solicitud también puede formularse por la mesa directiva de la Cámara a la cual pertenezca el congresista. Así mismo, los procuradores delegados pertenecientes a la Procuraduría General de la Nación, se encuentran legitimados para demandar, aunque en la Ley 1881 de 2018, no lo menciona categóricamente, el numeral 10 del artículo 30 del Decreto Ley 262 de 2000<sup>31</sup>, sí los faculta, cuando establece: «Funciones de intervención judicial en procesos contencioso administrativos. Los procuradores delegados ejercen las siguientes funciones de intervención judicial en procesos contencioso administrativos: [...] 10. Promover las acciones de pérdida de investidura conforme a la ley.»

Lo anterior en concordancia con el primer inciso del artículo 303 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, que señala:

Artículo 303. Atribuciones del Ministerio Público. El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales.

El ministerio público, a través de los delegados designados para el caso, puede intervenir tanto en primera como en segunda instancia, de manera facultativa, de conformidad con el artículo 303 del CPACA, no obstante, la Procuraduría Delegada que intervenga en la primera instancia no puede ser la misma ante la segunda instancia.

---

<sup>30</sup> Artículos 3 y 7 de la Ley 1881 de 2018.

<sup>31</sup> Decreto 262 de 2000 “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”.

Es importante resaltar que la causal invocada debe ser explicada y/o sustentada, ya que la inobservancia de esta exigencia constituye motivo para la inadmisión de la demanda, de tal modo que al actor le incumbe señalar de modo concreto los presupuestos de hecho y la relación de conexidad entre estos y la causal invocada<sup>32</sup>.

Una vez recibida la demanda, el reparto de los casos es público y el término para resolver el medio de control, respecto de los congresistas es de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud ante la Secretaría General de la corporación. El término para resolver la segunda instancia es igual. En el trámite de la apelación se pueden practicar pruebas.

Un aspecto que llama la atención es el referente a los demás sujetos que puedan intervenir, en el artículo 228 del CPACA el legislador fue enfático en señalar que en tratándose de procesos de pérdida de investidura de miembros de corporaciones de elección popular no se admitirá intervención de terceros. De acuerdo con la Corte Constitucional:

[...] la restricción de la intervención de ciudadanos distintos del demandante, se muestra razonable y, en ese sentido, encuentra también pleno fundamento constitucional en las previsiones de la Carta que le confieren al juicio de desinvestidura el carácter de breve y sumario (i); en las que señalan como únicas partes al ciudadano solicitante, al congresista y al agente del Ministerio Público (ii); y, en las que predicen del Consejo de Estado, como órgano competente de administrar justicia en dicho juicio, los deberes de garantizar plenamente el debido proceso y de cumplir con diligencia los términos procesales para su decisión, los que, por demás, son de raigambre constitucional.<sup>33</sup>

Contrario a lo que ocurre con la acumulación de demandas, que es permitido siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos (i) identidad de causa, es decir el motivo por el cual se iniciaron ambos procesos, (ii) identidad de objeto, dirigida a que los hechos en los cuales se fundamentan ambas demandas sean los mismos, por ejemplo se alegue la configuración de la causal 2 del artículo 183 de la Constitución, (iii) identidad de persona y (iv) no se haya decretado práctica de pruebas en el proceso al cual se quiere acumular.

---

<sup>32</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 13 de diciembre de 2007, sección primera, consejero ponente Marco Antonio Velilla, radicado 25000-23-15-000-2007-00730-01 (PI), demandado Armando Pérez Rodríguez.

<sup>33</sup> Sentencia del 3 de marzo de 1999. Magistrado ponente Fabio Morón Díaz. D-2145

En relación con el límite temporal que trae la norma:

Debe resaltarse que la norma procesal objeto de estudio no admite dudas o interpretaciones respecto al momento procesal en el que es oportuno y procedente la acumulación de los procesos de pérdida de investidura, esto es, hasta antes de que se decreten pruebas y como en el asunto objeto de estudio dicho supuesto ya acaeció, no es jurídicamente posible acumular los procesos. En otras palabras, no basta con la mera existencia de varias acusaciones contra un mismo parlamentario [...] se necesita además que en el proceso más antiguo no se hayan decretado pruebas, lo que ya ocurrió tratándose del proceso 2019-1599.<sup>32</sup>

Adicionalmente, la acumulación no puede ser utilizada para crear ventajas injustificadas en desmedro del demandado, con el que debe existir igualdad de armas, pretendiendo subsanar falencias probatorias dentro del proceso más antiguo y así evitar desgaste de la administración de justicia, propender por la efectividad de los derechos y, sobre todo, respetar el debido proceso que supone no ser juzgado dos veces por los mismos hechos. Tampoco se puede dejar de lado que no se puede mantener sub judice a perpetuidad al demandado bajo la tesis de promover revisiones de los procesos como tantas demandas se presenten, pues conduciría igualmente a la parálisis total del enjuiciamiento y se iría igualmente en contra de la celeridad que le quiso imprimir el constituyente al diseñar un proceso breve y expedito<sup>34</sup>.

Un tema muy analizado por el H. Consejo de Estado fue lo referente al agotamiento de la jurisdicción:

La figura [...] fue creada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado en 1986, en una decisión en la que la Sección Quinta negó la acumulación de dos procesos electorales por tener la misma causa petendi e idénticas pretensiones. Adicionalmente, expresó que en situaciones en que los particulares acuden al juez para que haga operar el servicio de justicia en un caso concreto, con la puesta en marcha del respectivo proceso que se promueva, se agota la jurisdicción frente a dicho asunto o controversia<sup>35</sup>. “Con la admisión de la primera solicitud contra el mismo congresista por idénticas causa y objeto opera el agotamiento de la jurisdicción, figura acogida

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso Administrativo, Sala especial de decisión N° 23 auto de ponente del 25 de mayo de 2018, radicación 11001-03-15-000-2018-01569-00, consejero ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, consejera ponente Lucy Jannette Bermúdez, auto que resuelve recurso de reposición contra auto admisorio (acumulado) de fecha 23 de enero de 2020, expediente 2019-01602

<sup>35</sup> Corte Constitucional Sentencia de Unificación SU 658 de 2015.

por la Sala Plena de lo Contencioso administrativo para acciones populares, pero extendida mutatis mutandi a estos eventos -v. gr. auto de 27 de marzo de 2014, de pérdida de investidura- en tanto "se trata de una acción pública" con un fin público, de manera que un solo solicitante [...] representa a la sociedad.<sup>36</sup>

Todas estas razones llevan a concluir que si se presentan dos demandas que cumplan con los parámetros anteriormente señalados, se ha producido el agotamiento de la jurisdicción y por tanto debe ser rechazada la última demanda presentada, pues con la interposición de la primera acción se entiende representado el interés de la ciudadanía en general.

Tampoco se puede olvidar que se debe rechazar cualquier solicitud que desconozca el límite temporal que trae la norma para presentar la acumulación, pues con ello se impide que se vulnere el debido proceso y el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos (principio del non bis in ídem), tal como el Consejo de Estado en providencia de 10 de noviembre de 2016, se ha referido al mencionado principio:

[...] El principio del non bis ídem está consagrado en la Constitución Política de Colombia en el artículo 29, inciso 1º, que consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; y en el inciso 4º, señala que quien sea sindicado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho:

[...]

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-244 de 1996 estableció los elementos que debe tenerse en cuenta al momento de analizar si se ha violado o no el principio, así como la importancia en la naturaleza de la sanción:

"Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, solo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole. La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos

---

<sup>36</sup> Consejo de Estado. Consejera ponente Lucy Jannette Bermúdez. Auto de fecha 23 de enero de 2020. Expediente 2019-1602.

de igual naturaleza. La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos.

En materia de acumulación de demandas, esta se decide por el consejero ponente que tenga el caso más antiguo, conforme lo señalan el artículo 125 del CPACA y el 149 del CGP, y la decisión es de ese juez y no de la sala, como lo indica también el artículo 125 del CPACA, toda vez que es un auto de trámite.

La providencia mediante la cual se niega una acumulación no es pasible de recurso de apelación, según lo preceptuado por el artículo 243 del CPACA, ya que en esta norma se señalan los autos susceptibles de ese recurso, y aunque allí no se haga referencia a los casos de los autos de jueces colegiados, lo cierto es que al revisar el ordenamiento jurídico de remisión, al que hay que acudir ante los vacíos del CPACA, es decir, el Código General del Proceso, se observa que el artículo 321 de esta codificación tampoco, contempla dicha posibilidad.

Siguiendo con el aspecto procesal, en materia probatoria el plazo para la solicitud de pruebas para los demandantes se limita a la presentación de la demanda, para el demandado y el ministerio público a la contestación de la demanda. El Consejo de Estado puede decretar pruebas de oficio a lo largo del proceso.

Los términos probatorios son muy breves, como se observa a continuación:

Artículo 10. El Congresista dispondrá de los cinco (5) días siguientes, contados a partir de la fecha de la notificación, para referirse por escrito a lo expuesto en la solicitud. Podrá aportar pruebas o pedir las que considere conducentes, en los términos del artículo siguiente.

Artículo 11. Al día hábil siguiente, el magistrado ponente decretará las pruebas pertinentes y señalará un término hasta de tres (3) días hábiles para su práctica. En la misma providencia indicará fecha y hora para la audiencia pública, que se cumplirá dentro de los dos (2) días siguientes.

Lo anterior quiere decir que para la fecha de la audiencia ya deben estar recaudadas todas las pruebas.

Con posterioridad a ello se citará a la audiencia en primera instancia, a la que debe asistir la sala especial de decisión, el solicitante y/o su apoderado, el demandado y/o su representante y el ministerio público, los cuales pueden intervenir por una sola vez y quedará registro magnético de la audiencia. Una vez finalizada, el magistrado ponente deberá registrar proyecto de fallo y se citará a la sala de decisión para que por mayoría adopte la decisión definitiva.

Si el Consejo de Estado opta por declarar probada la causal alegada por el demandante, las consecuencias de la pérdida de investidura se traducen en la muerte política del sancionado, en tanto queda inhabilitado de por vida para ejercer el cargo por el que se le quitó la investidura. Su sanción es equiparable a la destitución en materia disciplinaria administrativa y, como se aprecia, no admite graduación, ya que el examen o juicio tendrá como resultado la pérdida de la dignidad del cargo o la absolución.

La sanción es perenne, para toda la vida, puesto que su finalidad es la salvaguarda de la moralidad y transparencia de los miembros del Congreso, la desinvestidura le imprime un tono de desaprobación pública respecto de la institución. No obstante lo anterior, es preciso denotar que quien pierde la investidura como congresista, no puede acceder nunca más al mismo cargo de elección popular que ostentaba, ni a ningún otro de elección popular<sup>37</sup>.

Ahora bien, si el sujeto que aspira a ser legislador perdió la investidura de edil, concejal o diputado, sí puede acceder al cargo de congresista porque la causal que opera solo restringe el derecho de quien perdió la investidura “como congresista”. Así se indica en la sentencia con radicación número 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) del 8 de febrero de 2011, proferida por el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, al señalar:

El problema jurídico que plantea esta tesis consiste en establecer si la pérdida de investidura de diputado inhabilita para ser congresista. Vale decir, de entrada, que en el artículo 179 de la Constitución Política no está prevista esa circunstancia como causal de inhabilidad de congresista y, por consiguiente, no es procedente privar a un congresista de su investidura como consecuencia de haber perdido la dignidad de diputado o concejal, puesto que las inhabilidades son de carácter taxativo y no admite analogía en su aplicación.

**La inhabilidad que sí se encuentra contemplada como tal es la pérdida de investidura de congresista y no de otra** (No. 4 art. 179 C.P.), sin que por virtud del inciso segundo del artículo 299 de la Carta pueda llegarse a tal conclusión por disponer que el régimen de inhabilidades de los diputados no podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas, en lo que corresponda, reenvío que en manera alguna puede operar en sentido contrario y para los fines perseguidos por los actores, mediante una lectura inversa de la norma.

---

<sup>37</sup> Numeral 8 del artículo 43 y numeral 10 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994; artículos 30, 33 y 95 de la Ley 617 de 2000.

Dicho de otro modo, la inhabilidad del numeral 4 del artículo 179 constitucional se refiere a quienes han perdido la investidura de congresista y no de diputado o concejal, no siendo posible extender o equiparar este último supuesto de hecho para retirarle la dignidad a un representante o senador, por cuanto, se reitera, las inhabilidades y causales de pérdida de investidura, al determinar una inelegibilidad de por vida, impiden al juzgador una aplicación analógica. (Resaltado fuera del texto)

Al ser un juicio de responsabilidad subjetiva amerita el examen de la culpabilidad por la conducta dolosa o culposa del congresista que incurre en una o varias de las causales establecidas por la Constitución. Mediante la Sentencia de Unificación SU 424 del 27 de septiembre de 2016, el Consejo de Estado le dio relevancia a este principio al dejar sin efecto dos sentencias de la Sala Plena del alto tribunal en las que no se había realizado el examen de la culpabilidad.

Al ser la acción personal e individual, con la decisión que tome el Consejo de Estado solo se afecta al elegido y no a los llamados a reemplazarlo en la curul, adicionalmente la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, una vez impuesta la sanción y se encuentre en firme la misma, aun cuando se puede volver a demandar al congresista, debe ser por otros hechos, por la misma causal u otra diferente.

Antes de la Ley 1881 de 2018, el proceso era de única instancia y la sentencia era emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado, recurrible solo por vía del recurso extraordinario de revisión. Allí actuaba también el magistrado que hubiere hecho la ponencia y no era recusable por ello. El recurso solo procederá por violación del debido proceso y del derecho de defensa.

En la actualidad, para resolver la primera instancia se conforman salas especiales de decisión y la apelación la conoce la Sala Plena del Consejo de Estado, con excepción de la sala que emitió la decisión en primera instancia. Las salas especiales de decisión están conformadas por cinco (5) magistrados, uno por cada sección de la sala de lo Contencioso Administrativo.<sup>38</sup>

La apelación se interpone dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la decisión de primera instancia.

Las decisiones de la Sala Plena son susceptibles del recurso extraordinario de revisión, el cual se puede interponer dentro de los dos (2) años siguientes a la ejecutoria del fallo, por las causales del artículo 250 del CPACA.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Reglamento del Consejo de Estado, sesiones del 30 y 31 de enero de 2018.

<sup>39</sup> Artículo 250. Causales de Revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

Las impugnaciones de otros autos se ciñen, en lo no reglado por la Ley 1881 de 2018, por el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo CPACA y por el Código General del Proceso CGP-

Para concluir este acápite encontramos un vacío que, a pesar de la actualidad de la materia y de que la Ley 1881 de 2018, se edificó para subsanar la falta de la doble instancia en esta acción, no se encuentra regulación frente al tema de la doble conformidad.

La doble conformidad está reconocida tanto en la Constitución Política (artículo 29) como en instrumentos internacionales vinculantes para el Estado colombiano, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (8.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14.5), normatividades que «consagran el derecho a controvertir las sentencias condenatorias que se dictan dentro de un proceso penal [...] a la luz del ordenamiento superior, existe un derecho, de naturaleza y jerarquía constitucional, de impugnar las sentencias que imponen por primera vez una condena en el marco de un proceso penal, incluso cuando estas se dictan en la segunda instancia»<sup>40</sup>.

Para el caso, en el evento en que un congresista sea condenado en segunda instancia, en aplicación del principio de la doble conformidad podría pensarse que tiene la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de revisión, sin embargo, este no satisface plenamente el requisito de la doble conformidad, en el entendido de que el recurso extraordinario de revisión se presenta como excepción al principio de inmutabilidad de las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada material, pero sobre

- 
1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
  2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
  3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
  4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
  5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
  6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.
  7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.
  8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

<sup>40</sup> Corte Constitucional. Magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez. Fecha 29 de octubre 2014. D-10045.

el cual existen unas limitantes, como reunir los requisitos fijados por el artículo 252 del CPACA y el hecho de que NO se puede ocupar de aspectos de fondo.

Adicionalmente, la Ley 1881 de 2018 estableció modificaciones con respecto al recurso extraordinario especial de revisión, reduciendo el término para su interposición de 5 a 2 años, y señalando que solo sería procedente por las causales del CPACA, dejando por fuera las previstas en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 y las del artículo 25 de la Ley 1437 de 2011.

El Consejo de Estado ha señalado respecto del recurso:

[...] Su ejercicio posibilita controvertir un fallo ejecutoriado, con la única finalidad de que se produzca una decisión ajustada a la ley, siempre y cuando no se discutan aspectos de fondo adoptados en la decisión ni se controviertan las razones jurídicas y el examen probatorio que orientaron la decisión del fallador.

Por ello, su aplicación está supeditada a la rigurosa y estricta configuración de las causales que previó la ley y que atienden a asuntos de carácter procedimental.

Las causales que pueden proponerse como fundamento de este recurso, según las voces del artículo 250(8) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo son de naturaleza taxativa y de exclusivo resorte procedimental o probatorio.

[...]

De igual manera, esta corporación ha insistido en el hecho de que dado su carácter extraordinario, este mecanismo judicial “no es, en consecuencia, una “tercera instancia” en la que puedan plantearse, nuevamente, argumentos de fondo en relación con la sentencia que se pretende revisar: no es una oportunidad para reabrir un debate propio de las instancias, ni para suplir la deficiencia probatoria; tampoco es un medio para cuestionar los fundamentos jurídicos de las providencias”.

De tal suerte, que este recurso extraordinario de revisión excluye toda posibilidad que concierna con la reapertura del debate propio de las instancias. Su objetivo descansa en revisar la sentencia mediante la cual fue resuelta una controversia con el fin de determinar la justicia de ese pronunciamiento a la luz de estrictas causales legales previstas con tal propósito<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Consejera ponente Lucy Jannette Bermúdez. Expediente 11001-03-28-000-2016-00073-00. Fecha 26 de enero de 2017.

Así las cosas, al no poderse realizar una “revisión amplia e integral del fallo condenatorio”, el principio de la doble conformidad no se encontraría satisfecho a través del recurso extraordinario de revisión.<sup>42</sup>

### **3. DE LA MUERTE POLÍTICA POR AUSENTISMO PARLAMENTARIO EN PARTICULAR: CAUSAL CONTENIDA EN EL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 183 DE LA CONSTITUCIÓN**

#### **3.1. ANTECEDENTES**

Como señalamos en la parte inicial del presente escrito, la causal de pérdida de investidura tiene su base normativa actualmente en el texto constitucional de 1991, cuya razón de ser es implementar mecanismos que contribuyan a dignificar la labor congresal, salvaguardando el derecho fundamental a elegir, que trae inmerso el derecho a ser representado.

Así las cosas, el numeral 2º del artículo 183 de la Constitución Política reza que «Los congresistas perderán su investidura: [...] 2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura».

Esta causal se configuró por la Asamblea Nacional Constituyente para contrarrestar las prácticas indecorosas de inasistencia de los congresistas y así erradicar su ausentismo:

De igual manera el evidente incumplimiento de los deberes de congresista debe ser motivo para la sanción. Se precisaría, por tanto, contemplar el caso de inasistencia a las sesiones y la no presentación en oportunidad a las ponencias. En cuanto a lo primero, la no asistencia a sesiones en las que únicamente se discuten los temas pero no se vota, podría no constituir en sí misma una falta contra los

---

<sup>42</sup> Pues nos basta traer a colación la reciente decisión de la H. Corte Constitucional del 21 de mayo de 2020, en donde decidió amparar los derechos fundamentales alegados por el tutelante, Señor Andrés Felipe Arias, por no habersele otorgado el derecho a la doble conformidad, de acuerdo con el comunicado de prensa de la alta corporación “Por lo tanto, para la mayoría de la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió, en la providencia demandada del 13 de febrero de 2019, en violación directa de la Constitución, por desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 29, derecho a impugnar la sentencia condenatoria, y 93 de la Constitución Política, que incorporó en Colombia la figura del bloque de constitucionalidad”. <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Corte-Constitucional-ampara-el-derecho-fundamental-a-la-doble-conformidad-del-ciudadano-Andres-Felipe-Arias-Leiva-8905>

deberes del parlamentario, en cambio, cuando se trata de sesiones en las que se va a decidir (votar), debe ser obligatoria la asistencia.<sup>43</sup>

La función congresal atañe a los deberes políticos y normativos que le compete realizar a cada uno de los integrantes de esa corporación pública, puesto que allí se toman decisiones colectivas mediante el mecanismo de la votación. En el seno de los debates, los congresistas están llamados a expresar su voluntad sobre los asuntos del acontecer político y social del país, expresándose a través de los actos que el cuerpo legislativo emite.

Respecto de la referida causal, conlleva la prohibición de interpretación extensiva o analógica, que impide que el operador jurídico complemente la definición constitucional, ciñéndose a su texto como regla hermenéutica, sin que pueda aplicar normas por analogía, por ser limitaciones al derecho fundamental a ser elegido.

Se deberá dar aplicación al criterio de «interpretación conforme» a la Constitución o a la inaplicación por vía incidental o de excepción, de cualquier disposición que a este respecto se oponga a los principios y normas contenidas en el ordenamiento constitucional<sup>44</sup>, sin perjuicio de la facultad que tiene el juez de dar alcance a las ambigüedades o vacíos que se llegaren a presentar, que en ocasiones derivan del propio lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de este vacío en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad<sup>45</sup>.

Aun cuando la causal tiene origen constitucional, la Ley 5 de 1992 por la cual se expide el reglamento del Congreso, reiteró en el numeral 6 del artículo 296 la misma situación, así: «Artículo 296. Causales. La pérdida de la investidura se produce: [...] 6. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de ley o mociones de censura».

En atención a la posición decantada por la Sala Plena del H. Consejo de Estado, que precisó los requisitos para la configuración de la causal que estamos estudiando, a continuación analizaremos detalladamente cada uno.

---

<sup>43</sup> Gaceta Constitucional n.º 51 del 16 de abril de 1991, p. 27. Nota tomada de la Sentencia Consejo de Estado. Consejero ponente Danilo Rojas. Fecha 1 de agosto de 2017. Demandado: Fabio Mauricio Ochoa Quiñonez, expediente 11001-03-15-000-2014-00529-00(PI).

<sup>44</sup> Consejo de Estado, C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, 5 de marzo de 2018, radicado 11001-03-15-000-2018-00318-00.

<sup>45</sup> Corte Constitucional SU- 053 2015. Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

### 3.2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL DE AUSENTISMO

Después de mostrar el antecedente de esta causal y su tratamiento por parte del Consejo de Estado, nos encontramos con una posición mucho más exigente para el análisis de los elementos que pueden llegar a edificar la pérdida de investidura, pues con mayor rigor a partir de la decisión de la Sala Plena de la corporación judicial, se precisó en la sentencia del 17 de agosto de 2017<sup>46</sup>, que para la configuración de la causal se requería:

- (1) La inasistencia del congresista;
- (2) que la inasistencia ocurra en el mismo periodo de sesiones;
- (3) que las seis (6) sesiones a las que deje de asistir sean reuniones plenarias;
- (4) que en ellas se voten proyectos de ley, de acto legislativo o mociones de censura y
- (5) que la ausencia no esté justificada o no se haya producido por motivos de fuerza mayor.

Una vez recorrida toda esta descripción se podría decretar, sin ninguna duda, la muerte política del congresista por su ausentismo.

Entendiendo lo anterior, nos enfocaremos en cada uno de estos elementos estructuradores de la causal.

#### A. FALTA DE ASISTENCIA DEL CONGRESISTA

Desde el punto de vista semántico, debemos acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el cual señala que no asistir significa no hallarse presente o no estar en el lugar donde se cumple un deber o se desarrolla un trabajo.

Con mucho acierto la Sala 18 Especial de Decisión del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de abril de 2018, precisó que «asistencia no puede ser sinónimo de permanencia sino de presencia» y ello es comprensible, pues como lo indicó la Sala 5 Especial de Decisión, en Sentencia del 7 de junio de 2018:<sup>47</sup>

**Una cosa es asistir y otra registrar asistencia o votar** y que las dos últimas son indicios de que el congresista asistió a las sesiones plenarias, o lo que es lo mismo, que estuvo presente en estas, la

<sup>46</sup> Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 17 de agosto de 2017. Consejero ponente Danilo Rojas Betancourt. Expediente 11001031500020140052900

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala de Decisión Especial de Pérdida de Investidura n.º 5, sentencia del 7 de junio de 2018, rad. 11001-03-15-000-2018-00890-00, Consejero ponente Milton Chaves García.

sentencia de 5 de marzo de 2018, exp 2018-00318-00 precisó que tales hechos indicadores deben estar plenamente probados y, además, deben **valorarse en conjunto con las demás pruebas** que haya en el proceso (énfasis del texto).

Para entender cabalmente lo dicho por el H. Consejo de Estado, debemos precisar el orden de las actividades iniciales que ocurren al interior de una sesión, entendiendo por sesión, el «espacio de tiempo ocupado por una actividad», tal como lo define la Real Academia de la Lengua Española.<sup>48</sup> De acuerdo con la Ley 5ª de 1992, estas son las etapas de una sesión<sup>49</sup>:

- Registro
- Llamado a lista
- Verificación del *quórum*
- Inicio de la sesión
- Lectura del orden del día por parte del Secretario General de la Cámara respectivo.
- Observaciones de los congresistas
- Debate de un proyecto de ley, de acto legislativo, o moción de censura.
- Votación (ordinaria o nominal) de cualquiera de las fases que contribuyen a la formación de leyes o de actos legislativos.
- Siguiendo proyecto a votar o aplazamiento de los que no se alcanzaron a votar
- Anuncio de la fecha para la siguiente sesión plenaria.
- Lectura de los proyectos que se debatirán en la siguiente sesión.

Sobre el registro, el Consejo de Estado ha mencionado que:

El registro de asistencia que se realiza al inicio de cada sesión solo produce efectos jurídicos respecto de la confirmación de la presencia en ella, siempre que permanezca en el recinto de la respectiva Corporación durante las deliberaciones tendientes a la aprobación o desaprobación de los mencionados asuntos, “pero en ningún caso, respecto de la manifestación de voluntad tendiente a hacer público el sentido de su voto, pues para eso el orden del día tiene establecido el momento oportuno<sup>50</sup>.”

---

<sup>48</sup> Sentencia de la Sala Novena Especial de Decisión, 5 de marzo de 2018, expediente 2018-00318-00

<sup>49</sup> Artículos 89 y 91 de la Ley 5ª de 1992.

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 10 de septiembre de 2009, expediente 2009-00201-01, consejera ponente María Claudia Rojas Lasso.

De tal modo que «entre el momento del registro y antes de que se abra la sesión no hay propiamente discusión ni deliberación. La discusión de los asuntos que fueron convocados para la plenaria se abre después de la apertura formal de la sesión, tal como se explicó en la sentencia C-784 de 2014 de la Corte Constitucional»<sup>51</sup>.

El Consejo de Estado ha establecido a través de las diferentes sentencias sobre el particular, una serie de indicios a partir de unos hechos que pueden ayudar a demostrar la asistencia. El análisis jurisprudencial nos permite obtener las siguientes premisas:

- Registrarse es un primer indicio, pero no es definitivo, ya que puede darse el caso de congresistas que se registran y luego se van de la sesión, sin participar ni votar.

El máximo tribunal contencioso administrativo señaló el valor probatorio del registro de asistencia, planteando las siguientes hipótesis:

[E]l alcance del mérito probatorio del registro de asistencia varía según el tipo de voto que haya operado frente al proyecto de acto legislativo, de ley o de moción de censura. Veamos las siguientes hipótesis: a) Si la votación del proyecto operó en modalidad nominal y esta permite constatar el voto del congresista en cuestión, poca o ninguna utilidad presta el registro de asistencia para desvirtuar la presunción de su presencia en la sesión. b) Si ha operado esta misma modalidad de voto, pero, a diferencia de la hipótesis precedente, no se logra establecer por esta vía que el congresista votó, no le bastará a aquel, para acreditar su asistencia a la sesión, con demostrar su inclusión en el registro de asistencia. En tal caso, el congresista **deberá abonar el mérito de esa prueba, con otras que den cuenta de su efectiva comparecencia a la sesión** y de la razón por la que su voto no aparece en el registro de votantes. c) Si el congresista registró su asistencia y la votación fue ordinaria, se presume su presencia en la sesión y la carga probatoria de la inasistencia que se le reproche, recae sobre el accionante. d) **Si en la misma sesión se sometió a votación más de un proyecto, con modalidades de votación diferente, y solo se puede constatar el registro de voto efectivo en una de ellas, la corroboración de la presencia del congresista con el registro de asistencia, conducirá a la inferencia de su asistencia a la sesión**, conforme a una interpretación literal y restrictiva de la causal, en beneficio de los derechos políticos fundamentales. (Se destaca).

---

<sup>51</sup> Sentencia de segunda instancia (7 de mayo de 2019), dentro del proceso de pérdida de investidura, Radicación No 11001031500020180233201

Ahora, en cuanto a no votar no necesariamente implica no haber asistido, pues también existen casos de congresistas que asisten, debaten y deciden salirse para no votar, lo cual puede obedecer a una decisión de bancada para denotar oposición, o a una estrategia para disolver el *quórum*. No obstante lo anterior, este hecho debe quedar consignado en el acta o gaceta de la respectiva sesión.

Así mismo, el Consejo de Estado ha precisado que lo que debe quedar absolutamente claro es que lo que se sanciona es la inasistencia, no el hecho de no haber votado, ya que la falta de votación no conlleva la desinvestidura, pero sí puede constituir un indicio para analizar junto con otras pruebas, la ausencia del congresista.

Ahora bien, cuando se predica la inasistencia, esta se relaciona con las sesiones que tengan una condición especial, ya que la Constitución señala que para que se constituya la causal de pérdida de investidura, dicha ausencia debe darse cuando se voten proyectos de ley, de acto legislativo o de moción de censura. Este aspecto se analizará con detenimiento en la regla atinente al mismo.

En cuanto a la asistencia se desprende que una cosa es que deba ir a una sesión donde “se voten” dichos actos y otra que “deba” obligatoriamente votar, aunque eso sea lo deseable, una decisión de bancada, por ejemplo, puede anular esa posibilidad, sin que allí se configure una ausencia y por ende, la desinvestidura.

Retomando el tema de los indicios se tiene que la Sala 9 Especial de decisión, en sentencia del 5 de mayo de 2018, señaló:

Votar o no votar, incluso asistir o no asistir, si bien son hechos jurídicamente relevantes para el ejercicio adecuado de las funciones del congresista, son, prevalentemente, hechos indicadores de la presencia o ausencia del congresista en la sesión plenaria, pero no se erigen de manera autosuficiente y autónoma en la causal de sanción de desinvestidura regulada por el constituyente.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> El constituyente Abel Rodríguez en el debate que tuvo lugar el 29 de abril de 1991, precisó que la asistencia es obligatoria, pero no la vinculó indefectiblemente con el hecho de votar la totalidad de proyectos enunciados —pp. 31 y 32— «[A]l redactar este articulado, sobre la pérdida de investidura del congresista, es que allí se consigna en el numeral d, como una de las causales, la inasistencia en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias, en las que se voten proyectos de actos legislativo, o de ley, o mociones de censura a los ministros, que desde el punto de vista de la asistencia del congresista, ésta prácticamente se hace obligatoria es para las sesiones en las cuales hay votación, ya sea de un acto legislativo, de una ley, o de una moción de censura; quiere decir esto, que el congresista, por ejemplo, no estaría obligado a asistir puntualmente a las comisiones, y la no asistencia a las comisiones, sería el mecanismo para paralizar el Congreso, porque resulta que todas las leyes, todos los proyectos de actos legislativos, tienen su inicio en la comisión correspondiente [...] o aquí se incluye la asistencia a las comisiones o estaríamos realmente tomando una norma superflua, en la cual el ausentismo parlamentario, que es otro de los grandes vicios de nuestro Congreso, seguiría

En la misma jurisprudencia se indicó:

Así, una vez verificada la prueba indiciaria, obtenida de la relación causal entre el hecho indicador —no votar o no registrar asistencia— y el hecho desconocido que se pretende probar —inasistencia o no estar presente—, el juez tendrá el deber de valorarla en concordancia con las demás pruebas que obren en el plenario, el que haya participado, intervenido, discutido, rechazado o formulado impedimentos, entre muchas otras actuaciones<sup>53</sup>, que suministren el grado de convicción suficiente a este de que el congresista, en realidad, no asistió.

Así pues, el acto de no-votar o de no registrar asistencia no materializa automáticamente en sí mismo en la causal de desinvestidura por inasistencia, pues es un hecho —indicador o indicante— del cual razonablemente, al tenor de las reglas de la sana crítica y la experiencia, se confirma la existencia de otro hecho —indicado— desconocido que interesa a efectos de configurar la causal de pérdida de investidura, cuya relevancia se adquiere en la medida que guarda conexión con otras hipótesis fácticas que, estando demostradas, por ejemplo, no presentó proposiciones, no manifestó impedimentos, no objetó, no participó, etc., permite esclarecer, con un grado de probabilidad más alto, razonable y coherente, la realidad de lo sucedido, esto es, no estuvo presente.

Para citar un ejemplo refirió el siguiente:

[E]l acto de votar constituye también un hecho indicador de la presencia del congresista en la sesión plenaria. Este hecho indicador tiene que estar plenamente demostrado, para lo cual, constituyen plena prueba las actas respectivas publicadas en la

---

vigente [...]». En los debates llevados a cabo el 6 de junio de 1991 se negó a incluir la expresión “comisión” —p. 136— y solo se hizo referencia a reuniones plenarias. Gaceta Constitucional, n.º 51, 16 de abril de 1991 “Informe Ponencia-Estatuto del Congresista”.

<sup>53</sup> Sobre la actividad política de un parlamentario, resulta útil citar lo expuesto por el Secretario General del Senado – Gregorio Eljach Pacheco, al rendir su testimonio, sobre este punto en particular: «desde [la apertura del registro], ellos pueden llegar y pueden registrarse y pueden deliberar y pueden votar y pueden dejar constancia y presentar proposiciones y en general lo hace, hacer todo lo que cabe para las competencias de un congresista activo en el desarrollo de una plenaria, es decir no es simplemente llegar y quedarse ahí para que lo vean sino participar del debate, presentar proposiciones, presentar constancias, intervenir, contradecir al otro en materia política, muchas cosas que revelan su actividad política, hay una de carácter ideológico de cada bancada, con sus propuestas programáticas y hay otras del tipo netamente legislativo sobre el texto de lo que se va a discutir y eventualmente a votar» (C.D. audiencia de testimonios, c.p).

Gaceta de Congreso, documentos éstos que también están amparados por una presunción de autenticidad. A este hecho indicador, el juez de pérdida de investidura tiene que darle un peso o un valor para inferir la asistencia efectiva a la sesión, esto es, puede constituir un indicio leve, grave o necesario y, en todo caso, debe valorarse en conjunto con los demás medios de prueba obrantes en el expediente.

Ahora bien, tal y como se dijo en precedencia, si un congresista se registra pero no vota, ese hecho no necesariamente implica inasistencia, pues puede ocurrir que en la misma sesión intervenga, delibere, contradiga y/o presente proposiciones o adiciones a las mismas; denotando con ello una participación activa, que si bien no se traduce en un voto, sirve para demostrar su asistencia.

De otra parte, la permanencia no necesariamente debe ser a toda la sesión, aunque ese sería el ideal, pero si asiste y vota en la misma sesión, al menos uno de los actos mencionados (proyecto de ley, proyecto de acto legislativo o moción de censura), desvirtuaría la inasistencia.

Así lo ratifica la sentencia del Consejo de Estado emitida el 25 de abril de 2018<sup>54</sup>, al precisar dentro de sus conclusiones que:

5.2. La asistencia del congresista a las sesiones plenarias en las que se voten proyectos de ley, de acto legislativo o mociones de censura, no se cumple solo con el llamado a lista inicial, pues es necesaria su participación en las respectivas votaciones, como quiera que a través de ella se consolida la voluntad del Congreso de la República en el ejercicio del mandato principal que le han delegado los electores; sin embargo, no puede equipararse la palabra asistencia con permanencia sino con presencia, **de donde se deduce que es posible que se presenten ausencias momentáneas que no pueden computarse como inasistencia, cuando con ellas no se desdibuja la función que le ha sido asignada al congresista.** (Resaltado fuera del texto).

Estas interpretaciones se ajustan a los principios universales *pro homine* y *pro libertatis*, pues de las varias posibles se acoge la menos restrictiva al ejercicio de los derechos fundamentales.

---

<sup>54</sup> Medio de control de pérdida de investidura Expediente radicación: 11001-03-15-000-2018-00319-00 Actor: Johann Wolfgang Patiño Cárdenas contra Senadora Claudia López. Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López.

## B. QUE LA INASISTENCIA OCURRA EN EL MISMO PERIODO DE SESIONES

Ya se ha mencionado el significado semántico del término “sesión” y ahora se hace necesario conocer su contenido normativo en el entorno congresal.

En efecto, el artículo 85 de la Ley 5 de 1992, establece que las sesiones del Congreso se dividen en ordinarias, extraordinarias, especiales, permanentes y reservadas.

**Artículo 85. Clases de Sesiones.** Las sesiones de las Cámaras y sus Comisiones son públicas, con las limitaciones establecidas en el presente Reglamento.

Reglamentariamente se dividen en ordinarias, extraordinarias, especiales, permanentes y reservadas.

- **Son sesiones ordinarias**, las que se efectúan por derecho propio durante los días comprendidos entre el 20 de julio y el 16 de diciembre y el 16 de marzo al 20 de junio, gozando las Cámaras de la plenitud de atribuciones constitucionales;

- **Son sesiones extraordinarias**, las que son convocadas por el Presidente de la República, estando en receso constitucional el Congreso y para el ejercicio de atribuciones limitadas;

- **Son sesiones especiales**, las que por derecho propio convoca el Congreso, estando en receso, en virtud de los estados de excepción;

- **Son sesiones permanentes**, las que durante la última media hora de la sesión se decretan para continuar con el orden del día hasta finalizar el día, si fuere el caso; y

- **Son sesiones reservadas, las contempladas en la Constitución**<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup>Artículo 86 de la Carta Política «Sólo serán reservadas las sesiones de las Cámaras y sus Comisiones cuando así ellas lo dispongan, a propuesta de sus Mesas Directivas, o por solicitud de un Ministro o de la quinta parte de sus miembros, y en consideración a la gravedad del asunto que impusiere la reserva. A esta determinación precederá una sesión privada, en la cual exprese el solicitante los motivos en que funda su petición. Formulada la petición de sesión reservada, el Presidente ordenará despejar las barras y concederá la palabra a quien la haya solicitado. Oída la exposición, el Presidente preguntará si la Corporación o Comisión quiere constituirse en sesión reservada. Contestada la pregunta afirmativamente, se declarará abierta la sesión y se observarán los mismos procedimientos de las sesiones públicas. Si se contestare negativamente, en el acta de la sesión pública se dejará constancia del hecho. El Secretario llevará un libro especial y reservado para extender las actas de esta clase de sesiones, y otro para las proposiciones que en ella se presenten. En el acta de la sesión pública sólo se hará mención de haberse constituido la Corporación en sesión reservada. Las actas de las sesiones reservadas se extenderán y serán aprobadas en la misma sesión a que ellas se

Las inasistencias que se cuentan en las respectivas sesiones de un periodo, no son acumulables, es decir, no se pueden sumar inasistencias de un periodo ordinario con otras de un periodo extraordinario. Si se van a contabilizar inasistencias, estas deben tener la cantidad que exige la Constitución, es decir, hasta completar seis (6) y todas ellas en un mismo periodo, de tal manera que se hace imprescindible entender qué significa “periodo”.

Al respecto, el artículo 138 de la Carta Política, en materia de sesiones del Congreso, su denominación y periodicidad, establece:

**Artículo 138. El Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura. El primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio.**

Si por cualquier causa no pudiere reunirse en las fechas indicadas, lo hará tan pronto como fuere posible, dentro de los períodos respectivos.

**También se reunirá el Congreso en sesiones extraordinarias, por convocatoria del Gobierno y durante el tiempo que este señale.**

En el curso de ellas solo podrá ocuparse en los asuntos que el Gobierno someta a su consideración, sin perjuicio de la función de control político que le es propia, la cual podrá ejercer en todo tiempo. (Resaltado fuera del texto).

Discriminado lo anterior, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo<sup>56</sup> aclaró en torno al tema de inasistencias acumulables que:

[...] la Sala reitera lo dicho por la Sala Once Especial de Decisión, en el sentido de que la literalidad de la disposición constitucional **impide acumular las inasistencias de las sesiones ordinarias con las sesiones extraordinarias**, pues se trata de sesiones que el propio artículo 138 superior diferencia tanto en su elemento temporal como en lo referente a la convocatoria, es decir, las ordinarias se realizan por derecho propio mientras que las extraordinarias corresponden al llamamiento del Gobierno Nacional.

---

refieren, a menos que el asunto deba continuar tratándose en otra u otras sesiones similares, caso en el cual el Presidente puede resolver que se deje la aprobación del acta para la sesión siguiente.»

<sup>56</sup> Sala Veintisiete Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia de 21 de junio de 2018. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00781-00.

De igual manera, en razón a la naturaleza sancionatoria del proceso de pérdida de investidura, **la causal solo resulta pasible de análisis bajo un criterio restrictivo sin que sea posible aplicarla extensivamente a situaciones no previstas expresamente por el texto constitucional**<sup>57</sup>. Lo contrario vulneraría el principio de legalidad y por esta vía el derecho fundamental al debido proceso del artículo 29 constitucional.

Ahora bien, **aunque no pueden sumarse las inasistencias de un período de sesiones ordinarias a un período de sesiones extraordinarias para efectos de determinar la pérdida de investidura por la causal analizada, si es posible contabilizar las inasistencias en un mismo período de sesiones, esto es, ordinarias u extraordinarias, de forma tal que si se alcanza el número de seis inasistencias a sesiones plenarias donde se voten proyectos de ley y/o de acto legislativo y/o mociones de censura, en forma independiente en cada uno de ello, el congresista puede perder la investidura.** (Resaltado fuera del texto).

### C. QUE LAS SEIS (6) SESIONES A LAS QUE DEJE DE ASISTIR SEAN REUNIONES PLENARIAS

La **plenaria**, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es una reunión de una corporación, entera, que no le falte nada.<sup>58</sup> En el caso del funcionamiento interno del Senado, existe la plenaria de cada Cámara (Senado y Cámara de Representantes), donde sus miembros ya no laboran en comisiones separadas, constitucionales o accidentales, sino conjuntamente, en un solo cuerpo donde está reunida la totalidad de sus miembros.

Hablamos solo de la plenaria de cada una de las cámaras, que es el órgano decisorio supremo y cumple dos funciones importantes: representativa respecto de la voluntad popular de quienes eligieron como congresistas a los que allí laboran y deliberante, en cuanto a los asuntos que se conocen o tramitan.

Para deliberar o decidir se debe estudiar si hay *quórum*, es decir, el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las corporaciones legislativas para ejercer dichas actividades.

Existen dos clases de ***quórum***:

---

<sup>57</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Radicado 2007-00286 (PI), Consejero ponente Alejandro Ordóñez Maldonado.

<sup>58</sup> Diccionario RAE. <https://dle.rae.es/plenario>

- a) Para deliberar, que equivale al menos a la cuarta (1/4) parte de los miembros de la respectiva corporación, si se trata de plenaria, o de la comisión permanente y
- b) Para decidir, que a su vez puede ser de tres (3) tipos:
- El ordinario que implica la presencia de la mayoría de los *integrantes* de la respectiva corporación, esto es, la mitad más uno o mayoría absoluta;
  - El calificado, que tiene que ver con las dos terceras (2/3) de los *miembros* o mayoría calificada, y el
  - Especial o mayoría especial, que alude a las tres cuartas (3/4) partes de los *integrantes*.<sup>59</sup>

La mayoría simple, con la mayoría de los asistentes, es la utilizada en todas las decisiones que se someten a votación, con excepción de aquellas en las cuales la Constitución exige otro tipo de mayoría; la mayoría absoluta implica la mayoría de los votos de los integrantes del cuerpo colegiado y no solo de los asistentes, esta es la requerida para la aprobación de reformas constitucionales, reglamentos del Congreso, normas sobre el presupuesto y plan de desarrollo, entre otros; los proyectos que requieren de la mayoría calificada implican decisiones que se tomen por los dos tercios (2/3) de los votos de los asistentes o de los miembros, esta es la que se usa para la aprobación o reforma de leyes que concedan amnistías o indultos. La mayoría especial está representada por las tres cuartas (3/4) partes de los votos de los integrantes del cuerpo colegiado y es la exigida para la autorización de viajes de parlamentarios al exterior con dineros de la nación<sup>60</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior vemos que la norma superior contempló un mínimo de **seis inasistencias**, hecho que implica que cuando no se alcanza esa cifra, necesariamente no habrá lugar a la pérdida de investidura. Quien pretenda adelantar la acción de pérdida de investidura por esta causal debe explicar y acreditar ese hecho con suficiencia ante la jurisdicción. Las normas que regulan el tema, contenidas en la Ley 1881 de 2018, preceptúan:

Artículo 5. Cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano, esta deberá formularse por escrito y contener, al menos:

- a) Nombres y apellidos, identificación y domicilio de quien la fórmula;
- b) Nombre del Congresista y su acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional;

<sup>59</sup> <https://www.icpcolombia.org/abc-legislativo>

<sup>60</sup> <https://congresovisible.uniandes.edu.co/democracia/congreso/funciones/leyesy Mayorias/>

c) Invocación de la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura y su debida explicación;

d) La solicitud de práctica de pruebas, si fuere el caso;

e) Dirección del lugar en donde el solicitante recibirá las notificaciones a que haya lugar.

Parágrafo 1. No será necesario formular la solicitud a través de apoderados.

Parágrafo 2. Cuando el solicitante pretenda hacer valer dentro del proceso una prueba pericial, deberá aportar el dictamen con la solicitud.

Artículo 6. La demanda deberá presentarse dentro del término de cinco (5) años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho generador de la causal de pérdida de investidura, so pena de que opere la caducidad. (Resaltado fuera del texto).

El adelantamiento de un proceso por esta causal no es obstáculo para que se inicien otros por los mismos hechos, pero de naturaleza diferente; tal es el caso del proceso ético disciplinario en el que se le cuestiona al congresista la violación del literal c) del artículo 9 de la Ley 1828 de 2017 ante la Comisión de Ética de la Cámara de Representantes o la respectiva ante el Senado, para que en su seno se analice la presunta comisión de la falta contenida en la norma en mención, que al tenor literal preceptúa:

Artículo 9°. Conductas sancionables. Además de las consagradas en la Constitución Política, el Reglamento del Congreso y otras normas especiales, a los Congresistas no les está permitido:

c) Faltar sin justificación a 3 sesiones de Plenaria y/o Comisión, en un mismo período en las que se voten proyectos de Acto Legislativo, de Ley, Mociones de Censura o se realicen debates de control político. (Resaltado fuera del texto).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>61</sup> precisó que los congresistas pueden ser investigados, de acuerdo con el texto constitucional contenido en el artículo 277 y el Decreto Ley 262 de 2002<sup>62</sup>; la facultad para investigar disciplinariamente a los congresistas está en cabeza del Procurador General de la Nación, sin embargo, también podrán ser investigados por la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República solamente cuando se trate de conductas atentatorias de la función congresal, es decir, materias propias del Congreso<sup>63</sup>. Lo anterior sin exclusión de las actuaciones que adelanta el Consejo de Estado dentro de las acciones de pérdida de investidura.

#### **D. QUE EN ELLAS SE VOTEN PROYECTOS DE LEY, DE ACTO LEGISLATIVO O MOCIONES DE CENSURA**

Cuando la norma superior alude a la votación, se hace necesario entender que la que interesa probatoriamente, a efectos de contabilizar presencia o ausencia de un congresista, es la nominal.

Las votaciones en el Congreso pueden ser de naturaleza nominal u ordinaria o secreta, en la primera, el sentido individual del voto de cada congresista queda registrado, bien sea de forma manual o electrónica y por eso en el acta de la respectiva sesión siempre es posible conocer si un determinado senador o representante estuvo presente o no en la sesión durante la votación de un proyecto de ley o de reforma constitucional. En cambio, en la segunda, esa información no queda consignada en el acta, puesto que solo se registra si el proyecto se aprobó o no, por lo que, si el congresista atendió el llamado a lista que se realiza al inicio de cada reunión con el fin de verificar el quórum constitucional<sup>64</sup>, debe presumirse que asistió a toda la sesión, a menos de que exista

---

<sup>61</sup> Consejo de Estado. Consejero ponente Óscar Darío Amaya Navas, fecha 12 de diciembre de 2019, radicado 11001030600020190015900.

<sup>62</sup> Decreto Ley 262 de 2000 “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”.

<sup>63</sup> Ibidem. «Tales como la moralidad pública de la institución, la dignidad y el buen nombre de los congresistas, la función legislativa, la asistencia a las sesiones de las plenarios y comisiones, la presentación de ponencias, las investigaciones de la Comisión de Ética, la organización que realizan las mesas directivas, el cumplimiento de las determinaciones de las bancadas, así como de las sanciones disciplinarias impuestas por estas, la rendición de cuentas frente a las obligaciones y responsabilidades congresionales y el acatamiento de las sanciones impuestas por la mesa directiva».

<sup>64</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 5 de 1992, los presidentes de las respectivas cámaras deben ordenar que al inicio de cada sesión se realice el llamado a lista con el fin de verificar el quórum constitucional. El desconocimiento de esta orden por parte del secretario es causal de mala conducta.

una prueba idónea y confiable que demuestre lo contrario<sup>65</sup>.

Ante la concurrencia en una misma sesión de votaciones ordinarias y nominales, la sentencia del 13 de noviembre de 2019, emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado, dentro del proceso 11001-03-15-000-2018-02405-00, puntualizó:

[L]a votación ordinaria es aquella que se hace en bloque y anónimamente por los congresistas, es decir, la que se aprueba con un golpe sobre el pupitre para dar lugar a lo que coloquialmente se ha llamado “pupitrado”. (...) Este tipo de votación (...) no permite identificar a los congresistas votantes, sin embargo, hay hechos indicadores que ayudan a establecer si ese servidor votó. En este caso, si el congresista atendió el llamado a lista, a falta de otro medio de constatación, resulta forzoso presumir que asistió a toda la sesión. Cuando se registró una votación nominal previa y votó, seguida de una ordinaria, ha de asumirse que en esta última también lo hizo; y lo contrario, si no atendió el llamado a lista o no votó nominalmente antes de una votación ordinaria, hay lugar a suponer que no asistió a toda la plenaria, conclusión que excepcionalmente se desvirtúa, cuando está presente y contesta el llamado a lista pero no vota, pues de tal situación queda registro en el Acta.

Ahora, sobre el presupuesto contenido en la causal respecto de la naturaleza de la sesión en que se produjo la inasistencia, el Consejo de Estado ha concluido que, para efectos de analizar la pérdida de investidura, la palabra «inasistencia», debe articularse con la expresión «en las que se voten», por lo que se hace indispensable determinar qué es lo que se vota y el tipo de votación realizada.

Así las cosas, aunque se ha mencionado que la votación nominal permite establecer con precisión el nombre del votante y la decisión con la que este se manifestó, no se puede desconocer que existen decisiones de bancada que hacen que las personas que la integran tengan que actuar como un ente unificado.

El sistema de bancadas se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, como parte de una reforma política orientada de manera general a fortalecer los partidos políticos y a racionalizar la actividad del Congreso. La reglamentación de este nuevo sistema se hizo mediante la Ley 974 de 2005.

---

<sup>65</sup> Consejo de Estado. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Fallo del 1 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00529-00(PI). Actor: Fabio Mauricio Ochoa Quiñonez. Demandado: Manuel Antonio Carebilla Cuéllar

El Consejo de Estado<sup>66</sup> precisó sobre el particular que esa forma de proceder constituía una expresión válida y democrática del derecho a la oposición al señalar que:

No puede concluirse, entonces, que si un congresista deja de votar un proyecto de ley o acto legislativo o una moción de censura obedeciendo a una posición de bancada, esto es, en ejercicio del derecho de oposición, deba entenderse que no estuvo presente en la sesión. Por el contrario, es dable concluir que asistió a la sesión correspondiente si hay pruebas que lo demuestren, por ejemplo, otras votaciones. Al respecto, la Sala comparte el criterio expuesto en sentencia de 26 de abril de 2018, exp 2018-00780-00 sobre régimen de bancadas [...] La práctica de retirarse del recinto donde se realizan las sesiones plenarias para no votar los proyectos de leyes, actos legislativos o mociones de censura, en desarrollo de las decisiones de bancada, que son obligatorias para los miembros de los partidos políticos, es una práctica parlamentaria permitida y no constituye inasistencia para efectos de la configuración de la causal de pérdida de investidura del artículo 183 numeral 2 de la Constitución Política.

Recapitulando sobre el precepto constitucional contemplado en la norma bajo estudio, vale la pena decir que los límites impuestos tienen sentido frente a la clase de actos que se exigen, en cuanto atañen a los proyectos de ley o de reforma constitucional, e incluso los de control político para analizar mociones de censura; toda vez que a través de estos se proyecta la razón de ser y el funcionamiento mismo del órgano legislativo, de ahí que entorpecer el desarrollo de dicha labor resulte gravemente sancionable con la pérdida de la investidura respecto de quien incurra en esa conducta.

Para comprender la importancia de la votación circunscrita a determinados actos, es preciso estudiar cada uno de estos, así:

**Un proyecto de ley**, en términos generales, es la propuesta de ley presentada ante el órgano legislativo competente y que aún no ha sido aprobada o ratificada por este.

Las personas facultadas para presentar proyectos de ley son:

- Los miembros del Congreso
- El gobierno a través del ministro del ramo
- La Corte Constitucional

---

<sup>66</sup> Consejo de Estado. Sala 5 Especial de Decisión. Consejero ponente: Milton Chavez García. Fallo del 7 de junio de 2018. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00890-00(PI) Actor: Nixon José Torres Cárcamo. Demandado: Álvaro Uribe Vélez.

- La Corte Suprema de Justicia
- El Consejo de Estado
- El Consejo Superior de la Judicatura
- El Consejo Nacional Electoral
- El Procurador General de la Nación
- El Contralor General de la República
- El Defensor del Pueblo
- El 30% de los concejales o diputados electos en el país
- Los ciudadanos en número equivalente al menos, al 5% del censo electoral vigente.

Para que todos los proyectos puedan ser estudiados deben cumplir varios requisitos, entre los que se destacan un título o nombre que los identifique, el articulado y además una exposición de motivos a través de la cual se expliquen las razones y la importancia del proyecto.

Estos actos se configuran a través de varios pasos, a saber:

### **Presentación del proyecto de ley**

Una vez que el proyecto de ley está listo, se entrega el original y dos copias en la Secretaría General del Senado, de la Cámara de Representantes o públicamente en las plenarios. La Secretaría le asigna un número y lo clasifica de acuerdo con la materia, el autor y otros puntos de interés; además el presidente de cada cámara, de acuerdo con el tema, decide cuál comisión constitucional permanente es la que debe estudiar el proyecto para enviarlo a la misma.

Una de las cosas más importantes que hace la Secretaría en este momento es enviar el proyecto de ley a la Imprenta Nacional para la publicación en la Gaceta del Congreso para que así todo el país pueda conocer cuáles son los diferentes proyectos que tiene que estudiar el Congreso.

### **Traslado a comisión y ponencia para primer debate**

Cuando la comisión recibe el proyecto de ley, el presidente de la misma le asigna uno o varios ponentes. Los ponentes son los congresistas encargados de estudiar el proyecto de ley y presentar un informe, denominado ponencia, sobre la conveniencia o no del proyecto, los beneficios que puede traer, las reformas que pueden hacerse para mejorarlo, o también se puede manifestar que el proyecto no debe aprobarse porque es inconveniente o carece de elementos básicos para su trámite.

### **Debate en comisión**

Cuando el informe de ponencia está listo, se publica en la Gaceta del Congreso, después la comisión se reúne para conocerlo y debatir sus inquietudes.

Los informes de ponencia pueden recomendar debatir el proyecto y, en este caso, comienza a discutirse. Si, por el contrario, la ponencia propone archivar el proyecto, la comisión discute esta propuesta, y si la acepta, el proyecto se archiva.

Si un miembro de comisión lo solicita, la discusión del proyecto puede hacerse artículo por artículo y a su vez considerar los cambios que se propongan. En este sentido los congresistas pueden proponer enmiendas, modificaciones, adiciones o supresiones a la totalidad del proyecto o a artículos específicos.

### Ponencia para segundo debate

Una vez que los miembros de la comisión han estudiado y discutido suficientemente el proyecto de ley, este se vota en la misma, y si se aprueba, el presidente de la comisión le asigna uno o varios ponentes para segundo debate, que pueden ser iguales o distintos a los de la primera ponencia. El o los nuevos ponentes son los encargados de revisar una vez más el proyecto y por último elaborar la ponencia para el segundo debate en la plenaria de una u otra cámara.

### Debate en plenaria

Una vez que está lista la ponencia para segundo debate se envía a publicar para su posterior discusión en la plenaria de la respectiva cámara, sea Senado o Cámara de Representantes. El coordinador ponente explica ante la plenaria el proyecto y la ponencia, posteriormente pueden tomar la palabra los congresistas y los ministros para opinar; esto es muy parecido a lo realizado en comisión.

Después de la intervención del ponente comienza la discusión del proyecto en su totalidad o por artículos específicos, si así es solicitado. Durante esta etapa el proyecto puede ser modificado; sin embargo, si los cambios hacen que el proyecto sea muy diferente al primero, la plenaria puede decidir si lo envía nuevamente a la comisión.

### Traslado a la otra cámara

Si el proyecto de ley es aprobado en la plenaria de la corporación donde inició el trámite, el presidente de la misma lo remitirá al presidente de la otra cámara con los antecedentes y todos los documentos necesarios.

En la nueva cámara comienza el proceso de la misma forma que en la cámara anterior; de esta manera el proyecto de ley primero se envía a la misma comisión designada en la otra corporación según el tema y posteriormente a la plenaria. En ambos casos el proyecto se discute de acuerdo con las reglas descritas anteriormente.

## Sanción presidencial

Una vez que cada cámara ha aprobado en dos debates el proyecto de ley, este se envía a la Presidencia de la República para su sanción. La sanción significa ratificación, ya que la rama ejecutiva también lo estudia y si está de acuerdo lo firma o sanciona y lo promulga para que el país entero conozca la nueva ley y la cumpla.

Puede ser que el Presidente considere que el proyecto de ley es inconstitucional o que no esté de acuerdo con el contenido del mismo y en este caso el gobierno puede devolverlo a la cámara donde se originó para su nuevo estudio. Este trámite se conoce como objeción presidencial al proyecto de ley<sup>67</sup>.

**En cuanto a los proyectos de acto legislativo** se puede indicar que estos buscan que por medio de una norma expedida por el Congreso de la República, se reforme, adicione o derogue algún texto de la Constitución Política de Colombia.<sup>68</sup>

- La iniciativa puede provenir mínimo de 10 congresistas, o del gobierno nacional, o del Consejo de Estado, o del Consejo Nacional Electoral o por iniciativa popular: 5% censo electoral, 20% de concejales o diputados.

- Los debates se pueden iniciar en cualquier cámara, se estudian solo en las comisiones primeras. Se debe hacer en una sola legislatura, pasando por dos (2) vueltas: primer periodo 4 debates, segundo periodo 4 debates y conciliación si hubiere.

- La primera vuelta implica la publicación del texto en la Gaceta del Congreso, primer debate ante la comisión primera de la respectiva cámara, segundo debate ante la plenaria, tercer debate en la comisión primera de la otra cámara y cuarto debate ante la plenaria de la misma.

- Al culminar estos pasos, se hace la primera publicación del texto en el Diario Oficial.

- La segunda vuelta repite el proceso anterior

Recordemos que los proyectos de ley y de acto legislativo, si bien conforman una unidad, tienen diversas etapas o componentes, como lo son:

- El informe de ponencia, que es un elemento sustancial en la formación de la voluntad democrática de las cámaras, por cuanto contribuye a que los miembros del pleno de cada célula legislativa conozcan el tema global del proyecto de ley;

<sup>67</sup> [www.camara.gov.co](http://www.camara.gov.co) › secretaria › proyectos-de-ley

<sup>68</sup> <https://moe.org.co/home/doc/Reforma%20Politica/02%20Acto%20legislativo.pdf>

- El articulado, comprendido por la parte dispositiva del proyecto, el cual puede ser modificado durante el trámite legislativo;
- El título, que es otro componente especial del proyecto de ley, ya que no solo lo identifica sino que también define su contenido;
- El informe de conciliación, que sirve para superar las diferencias que surgen de los textos aprobados en una y otra cámara, ya que precisamente los proyectos pueden ser variados en el curso de cada uno de los debates suscitados al interior de las cámaras y
- El informe de objeciones presidenciales, que es la respuesta del órgano legislativo a los reparos que formula el Presidente de la República a los proyectos de ley, bien sea por razones de inconveniencia o de inconstitucionalidad.
- De todo lo expuesto emerge con claridad la importancia de la presencia de los congresistas en cada una de las fases por medio de las cuales un proyecto llega a concretarse, pues no es fácil congregarlos a todos y trabajar temas que se han venido estudiando a lo largo de diferentes sesiones. Cuando uno falta puede llegar a desintegrar el quorum o resultar votando algo que desconoce por no haber estado en las anteriores plenarias donde el tema inició su trámite.

Tan importante es que los congresistas sepan los temas que deben estudiar, que por ello la presidencia de cada célula legislativa anuncia con antelación los proyectos que se incluirán en el orden del día de la siguiente sesión, como lo indica el artículo 160 constitucional:

Artículo 160. Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días.

Durante el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias.

En el informe a la Cámara plena para segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo.

Todo Proyecto de Ley o de Acto Legislativo deberá tener informe de ponencia en la respectiva comisión encargada de tramitarlo, y deberá dársele el curso correspondiente.

Ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. **El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la Presidencia de cada Cámara o Comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación.** (Resaltado fuera del texto).

En la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 1 de junio de 2017<sup>69</sup> se hizo un análisis detallado sobre todas las etapas de formación de un acto, concluyendo:

La diversidad de asuntos a que se ha hecho referencia tiene enorme incidencia a efectos de estudiar si la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183-2 se configura o no, pues conforme a lo dicho, cabe concluir que los congresistas deben asistir a las sesiones plenarias en las que se voten todos ellos, con independencia de que hagan parte o no del mismo proyecto de ley o de acto legislativo. Se insiste en que al igual que el articulado y el título, los informes de ponencia, las proposiciones de archivo, los informes de conciliación y los informes de objeciones presidenciales son parte inescindible del trámite de cualquier proyecto de ley, al punto que si alguno de estos asuntos deja de someterse a votación la iniciativa no podrá convertirse en ley de la República. Lo mismo puede decirse respecto de los proyectos de acto legislativo, pero con la diferencia que ellos no admiten el trámite de objeciones presidenciales.

En el trámite de los proyectos en mención, proyecto de ley o proyecto de acto legislativo, también surgen otras vicisitudes como la modificación del orden del día, la verificación del *quórum*, la declaración de sesión permanente, la gestión de impedimentos y recusaciones y/o el aplazamiento de debates; cuya votación no impacta para el proceso de pérdida de investidura, porque estas situaciones no hacen parte de las etapas de formación de los actos en mención.

---

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D. C., 1 de agosto de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-00529-00(PI). Actor: Fabio Mauricio Ochoa Quiñonez. Demandado: Manuel Antonio Carebilla Cuéllar:

Sobre el trámite de los impedimentos como parte de las discusiones de un proyecto de ley, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, indicó<sup>70</sup>:

**II.4.5.4.- En esa medida, una inasistencia a una sesión en la cual únicamente se hayan votado impedimentos no puede ser contabilizada como una de las inasistencias de que trata el numeral 2° del artículo 183 de la Constitución Política, porque en ella no se están votando proyectos de ley o de actos legislativos, compartiendo, de esta manera, el razonamiento expuesto por la Sala Diecisiete Especial de Decisión de Pérdida de Investidura en la sentencia de 13 de noviembre de 2018<sup>71</sup>, en la medida en que como lo indica en la Sentencia C- 1040 de 2005, proferida por la Corte Constitucional, la tramitación de impedimentos y recusaciones se trata de una cuestión circunstancial e incidental dentro del trámite de leyes y actos legislativos<sup>72</sup>. La Corte Constitucional, en la mencionada decisión judicial, subrayó lo siguiente:**

[...] De donde resulta que cuando el artículo 8 del Acto Legislativo No. 01 de 2003, establece que ningún “proyecto de ley” será sometido a “votación” en sesión diferente a aquélla que previamente se haya anunciado, lo que quiere significar es que el anuncio tan solo resulta exigible para la decisión definitiva mediante la cual se aprueba o no el texto de la ley, y por extensión de los actos legislativos, una vez haya culminado el debate parlamentario y, por ende, se **encuentren debidamente resueltas todas aquellas materias que le resultan circunstanciales, como lo son la tramitación de los impedimentos y las recusaciones**<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de segunda instancia del 16 de septiembre de 2014, rad. 11001-03-24-000-2018-02151-01. Consejero ponente. Roberto Augusto Serrato Valdez.

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecisiete Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Bogotá D.C., 13 de noviembre de 2018. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02405-00(PI). Actor: Leonel Ortiz Solano. Demandado: Raymundo Elías Méndez.

<sup>72</sup> En la precitada sentencia de 13 de noviembre de 2018, se indicó lo siguiente: «[...] La Real Academia Española define incidental como un adjetivo que “sobreviene en algún asunto y tiene alguna relación con él”; o, dicho de una cosa o de un hecho, accesorio, de menor importancia. Y la palabra circunstancial, como un adjetivo que: “implica o denota alguna circunstancia o depende de ella” [...]».

<sup>73</sup> Dispone el artículo 291 de la Ley 5ª de 1992: «Todo senador o representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés». Por su parte, el artículo 294 de la citada ley, determina que: “Quien tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún

En conclusión, a juicio de esta Corporación, la exigencia del último inciso del artículo 160 del Texto Superior, se refiere en exclusiva al anuncio previo de la votación del proyecto, mediante la cual se resuelve la aprobación definitiva de un texto de ley o de reforma constitucional, **sin que pueda llegar a resultar aplicable y menos aún exigible, para la resolución de los impedimentos o de cualquier otra cuestión incidental que se presente durante el desarrollo del proceso legislativo [...]**(Resaltado fuera del texto)

En cuanto a la **moción de censura**, según el artículo 29 de la Ley 5ª de 1992 se entiende como «el acto mediante el cual el Congreso en pleno, y por mayoría absoluta, reprocha la actuación de uno o varios Ministros del Despacho dando lugar a la separación de su cargo», la cual corresponde a las facultades inherentes a cada cámara, al tenor de lo dispuesto en los numerales 8<sup>74</sup> y 9<sup>75</sup> del artículo 135 de la Carta Política.

Artículo 135. Son facultades de cada Cámara:

[...]

8. Citar y requerir a los Ministros, Superintendentes y Directores de Departamentos Administrativos para que concurran a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los Ministros, Superintendentes o Directores de Departamentos Administrativos no concurran, sin excusa aceptada por la respectiva cámara, esta podrá proponer moción de censura [...]

9. Proponer moción de censura respecto de los Ministros, Superintendentes y Directores de Departamentos Administrativos por asuntos relacionados con funciones propias del cargo, o por desatención a los requerimientos y citaciones del Congreso de la República. La moción de censura, si hubiere lugar a ella, deberá proponerla por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva Cámara. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, con audiencia pública del funcionario respectivo.

---

congresista, que no se haya comunicado oportunamente a las Cámaras Legislativas, podrá recusarlo ante ellas. En este evento se dará traslado inmediato del informe a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista de la respectiva Corporación, la cual dispondrá de tres (3) días hábiles para dar a conocer su conclusión, mediante resolución motivada. // La decisión será de obligatorio cumplimiento».

<sup>74</sup> Numeral modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2007.

<sup>75</sup> Numeral modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2007.

Su aprobación requerirá el voto afirmativo de la mitad más uno de los integrantes de la Cámara que la haya propuesto. Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo. Pronunciada una Cámara sobre la moción de censura su decisión inhibe a la otra para pronunciarse sobre la misma. (Resaltado fuera del texto).

Del recorrido realizado se ponen en evidencia las diferentes etapas o tiempos que componen el requisito que la Constitución y la jurisprudencia han definido como “que se voten proyectos de ley, acto legislativo o mociones de censura” para que se configure la causal que se está analizando.

#### **E. QUE LA AUSENCIA NO ESTÉ JUSTIFICADA O NO SE HAYA PRODUCIDO POR MOTIVOS DE FUERZA MAYOR**

En un régimen sancionatorio de carácter subjetivo, siempre será imprescindible el estudio de la culpabilidad, lo que nos sitúa frente al análisis de la voluntad, intención del demandado en la realización u omisión del acto que se le acusa.

Al derecho sancionador le interesa conocer el pensamiento del hombre que actúa transgrediendo una norma y no simplemente juzgarlo por el incumplimiento del deber de manera objetiva y nada más. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado –entendido este en su dimensión normativa– por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su

culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita.<sup>76</sup>

Frente a este asunto debemos tener en cuenta que el análisis del aspecto subjetivo fue todo un avance dentro de la acción de pérdida de investidura, pues en principio el texto constitucional planteaba una responsabilidad objetiva, es decir, el constituyente lo que pretendió fue definir un decálogo claro de los requisitos que debía cumplir un ciudadano que quisiera ser parte del Congreso de la República, así como un amplio catálogo de conductas reprochables; las cuales en caso de incurrir en alguna de ellas, daría lugar a la pérdida de su investidura, no especificó en exigir expresamente que la actuación hubiera sido intencional o negligente o con una 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.

Con la expedición de la Ley 144 de 1994 literal c) del artículo 4º, se empezó a abrir camino a la valoración de la conducta, cuando se introdujo bajo el estandarte del respeto al debido proceso la exigencia impuesta al demandante de presentar la debida explicación de la causal esgrimida en su demanda, pero con lo anterior no se cumplía con la garantía real para el congresista de exigir el análisis subjetivo de su conducta.

Al interior de las altas cortes se empezó a incluir y debatir lo relacionado con la incidencia de la psiquis en el comportamiento reprochado por el congresista, inicialmente fue el Consejo de Estado al analizar la naturaleza de la acción que señaló que se debían incluir pruebas de las circunstancias que encuadraran dentro de las descritas por la Constitución, así como por la presencia de una responsabilidad subjetiva, que implicaba el análisis de las condiciones en las que se incurrió en las conductas que se erigen en las causales de desinvestidura<sup>77</sup>.

Posteriormente, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de conocer una acción de tutela interpuesta contra una sentencia del H. Consejo de Estado donde se había decretado la pérdida de investidura de un parlamentario de manera objetiva, es decir sin realizar juicio de culpabilidad. En esa oportunidad el máximo guardián de la Constitución terminó de decantar el camino que había abierto el Consejo de Estado:

La gravedad de la sanción que se impone, exige que el proceso de pérdida de investidura se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios pro homine, in dubio pro reo, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar

---

<sup>76</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-901 de 2005, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 1º de junio de 2010.

normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, y culpabilidad.

34. Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable.

Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.<sup>78</sup> (subrayado fuera del texto)

Las posturas jurisprudenciales tuvieron eco al interior del poder legislativo, que mediante la expedición de la Ley 1881 de 2018, artículo 1º, dispuso que «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 [...]», apreciamos acá la claridad que antes se echaba de menos, pero no paró allí la evolución de este requisito y con un año de diferencia solamente el legislador hizo más exigente la labor del estudio de la conducta, pues con la Ley 2003 de 2019, en el artículo 4º, se pidió que la culpabilidad generadora de la pérdida de investidura fuera producto de una actuación dolosa o gravemente culposa.

Cabe señalar que la positivización de la norma va de la mano de los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 14.2 y 15.1, que consagran los principios de culpabilidad e irretroactividad de las penas y sanciones, respectivamente, y la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 8.2, que consagra igualmente dichos principios, como lo señalamos anteriormente.

---

<sup>78</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU424/16. Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. Fecha 11 de agosto de 2016. Acciones de tutela instauradas por Noel Ricardo Valencia Giraldo y Héctor Javier Vergara Sierra en contra de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

De lo anterior se desprende con claridad que para que a un congresista se le decrete la muerte política dentro de un proceso de pérdida de investidura, no basta acreditar que se cumple con la inhabilidad o incompatibilidad señalada en la Constitución o la ley (elemento material y temporal), sino que requiere de un análisis adicional respecto del componente subjetivo, es decir que se evalúe la conducta del demandado que permita concluir que se lesionó la dignidad del cargo y el principio de representación.

Para realizar el análisis subjetivo y por ende el juicio de responsabilidad sobre la conducta endilgada al parlamentario, es necesario que el juez tenga en cuenta lo siguiente:

La culpabilidad como categoría dogmática sobre la cual se edifica el juicio de responsabilidad, ha sufrido una evolución<sup>79</sup>, sin embargo, el criterio de culpabilidad, según lo expuesto por el Consejo de Estado<sup>80</sup>, no puede ser otro que el normativo, dado que la Constitución Política y la Ley 5 de 1992, no establecieron para la configuración de las causales la necesidad de verificar su estado volitivo y mucho menos psicológico en sede del criterio culpabilidad. Así las cosas, el estudio del dolo o la culpa grave es preciso efectuarlo con los demás elementos de la causal específica que se esté juzgando, por tanto, para establecer si se configura el elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura se debe verificar:

---

<sup>79</sup> «Una primera concepción de la culpabilidad indicó que debía ser entendida en sentido psicológico, como presupuesto subjetivo junto al cual tienen existencia las consecuencias del delito. El dolo y la imprudencia (culpa) son sus dos especies y, para su configuración, el juez tendría que efectuar un análisis volitivo y cognitivo del sujeto al que se le atribuye la conducta. La segunda tesis de la culpabilidad es la psicológica-normativa que propone, por primera vez, el traslado de la voluntad del sujeto de la culpabilidad al tipo subjetivo, porque constituye el reproche al sujeto de no haber actuado de otro modo.

Con el finalismo en la teoría del derecho punitivo, el dolo y la culpa se radican definitivamente en la acción y, por ende, en el aspecto subjetivo de la tipicidad. En consecuencia, la culpabilidad se normativiza por completo, por lo que en este elemento se estudian la imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

De manera más reciente, con el funcionalismo penal alemán, se propone la sustitución de la culpabilidad por un concepto más general de responsabilidad, en el que se estudia la culpabilidad en sentido normativo –imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de otra conducta– y los fines de la pena, esto es, determinar si el sujeto es merecedor o no de la sanción. Una segunda vertiente del funcionalismo –mucho más normativa– apunta a estudiar la culpabilidad desde un punto de vista eminentemente jurídico, a partir del criterio de fidelidad para el derecho». Consejo de Estado, Sala Plena del Consejo de Estado. Consejera ponente María Adriana Marín. Fecha 19 de febrero de 2019, Expediente 11001-03-15-000-2018-02417-00. Demandado: Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sala Plena del Consejo de Estado. Consejera ponente María Adriana Marín. Fecha 19 de febrero de 2019, Expediente 11001-03-15-000-2018-02417-00. Demandado: Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas

- (i) La imputabilidad: El congresista en pleno ejercicio de sus facultades mentales, es imputable y por ende tiene plena capacidad para comprender y determinarse frente a cada cosa que hace.
- (ii) La exigibilidad de un comportamiento diverso. Se analizan las alternativas que tuvo el demandado para cumplir de forma efectiva su deber de legislar cuándo y cómo le corresponde, a efectos de determinar si el congresista no podía actuar de otra manera distinta, es decir, qué posibilidades existían de actuar de forma diferente frente al reproche endilgado.
- (iii) La conciencia de la ilicitud. El congresista tiene un decálogo de funciones, obligaciones, etcétera y cuando este funcionario quebranta su deber funcional, se habla de ilicitud sustancial y es donde se entra a “confrontar” su acción u omisión con las normas que lo regulan. En consecuencia, el elemento que acá nos ocupa hace referencia al nivel de cognición del sujeto para intuir que incumplir lo anterior es contrario a derecho y por lo tanto, algo injusto.

El Consejo de Estado, señaló que:

Corresponde al Juez de la pérdida de investidura hacer un análisis de la conducta del demandado para determinar si, pese a que se recorrió la descripción del supuesto descrito por el constituyente - configuración de la causal de inhabilidad que es objetivo, existe una razón que permita concluir que no se lesionó la dignidad del cargo y el principio de representación que el constituyente buscó para proteger la estructuración de la causal como constitutiva de la pérdida.<sup>81</sup>

- (iv) La ubicación en cualquiera de las dos categorías de culpabilidad, dolo o culpa.

Ahora bien, adentrándonos en la categoría de la culpabilidad, se tiene el dolo y la culpa. Desde el punto de vista dogmático, el dolo no ofrece mayor dificultad, en nuestro ordenamiento positivo se encuentra la definición en: (i) Código Civil, artículo 63 es «la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro»; (ii) el artículo 22 del Código Penal, Ley 599 de 2000, señala que «La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización», aunque añade que «También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar».

---

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente Alberto Yepes Barreiro, sentencia del 27 de septiembre de 2016. Expediente 2014-03886-00.

Por su parte, la Corte Constitucional manifestó que «si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión»<sup>82</sup> se entendía realizada con dolo. Por lo anterior, el examen de la culpabilidad bajo esta modalidad se compone de dos presupuestos, que conjugados ofrecen al fallador los elementos necesarios para establecer su presencia en el proceder típico que resulta del cotejo entre disposición normativa y supuesto fáctico censurado:

Por un lado, un presupuesto de naturaleza cognitiva que propende por establecer, en grado de certeza –habida cuenta del carácter sancionatorio de este proceso–, el conocimiento del demandado de los hechos constitutivos que estructuran la causal de despojo de la investidura de congresista, cuya valoración se efectuará desde su significación social, pues exigir su conocimiento jurídico haría inane esta fase del juicio.

Es decir que, el congresista conocía que con el comportamiento por él desarrollado incurría en indebida destinación de dineros públicos [...] lo cual si bien resulta de Perogrullo para quienes precisamente se encargan de hacer las normas puede, eventualmente, considerar alguna particular circunstancia debidamente probada que exima de tal supuesto.

Por otro lado, el juicio de culpabilidad supone el análisis de un presupuesto volitivo, pues no basta con que el demandado conozca o haya podido conocer los ingredientes normativos de la causal que conlleva la desinvestidura; se requiere, igualmente, que este se decida a ejecutar la conducta proscrita, bajo el entendido de que el régimen de la pérdida de investidura castiga acciones y no simples deseos.

No obstante, la voluntad de ejecución que se censura aquí no corresponde simplemente a aquella en que la realización de la descripción típica se busca de forma directa por el accionado (dolo), evento en el cual no existirían dudas en relación con el querer anti-normativo de este, sino también la afrenta que al régimen de la pérdida de investidura causado de manera indirecta con la actuación desplegada por el demandado (culpa).

Bajo este último supuesto, la cristalización del motivo de desarraigo de la investidura de congresista es la consecuencia colateral de la voluntad del parlamentario objeto de este trámite, a pesar de que,

---

<sup>82</sup> Corte Constitucional SU-424 de 2016. Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

prima facie, su comportamiento no estaba dirigido a contrariar de forma evidente ese subsistema jurídico.<sup>83</sup>

De allí que el juez que conozca del proceso de pérdida de investidura deberá centrar el análisis de la presunta conducta dolosa del investigado revisando el presupuesto cognitivo y el juicio de culpabilidad.

Por su parte, la **culpa** dentro del contexto del proceso de pérdida de investidura, requiere adentrarse en otras normatividades diferentes a las leyes que la rigen. Enlazando un poco lo dicho hasta el momento, esta acción ha tenido un importante giro en pro de los derechos del investigado, por cuanto actualmente se está en presencia de un régimen subjetivo que incluyó la culpa como calificación de la conducta analizada a nivel normativo.

Fue con la expedición de la Ley 1881 de 2018, donde se dispuso que la conducta para ser sancionable debía ser “dolosa o culposa” y fue modificada por la Ley 2003 de 2019, que introdujo la calificación de “gravemente culposa” sin embargo, en ningún caso entró a definir el concepto de culpa, razón por la cual se debe acudir a una remisión normativa para obtener el concepto aplicable en la materia de estudio.

Lo primero es acudir a la propia Ley 1881 de 2018 que señala que en los aspectos no reglados en la ley se acudirá al CPACA, aunque la codificación hace referencia a temas procesales y no se ocupa de la culpa, por cuanto son asuntos ajenos a su materia; así, atendiendo la naturaleza de la acción de pérdida de investidura, se deberá acudir al Código Disciplinario Único para encontrar su definición, la cual se encuentra en el artículo 44, parágrafo: «habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones», norma que fue replicada en la Ley 1952 de 2019, nuevo Código Disciplinario<sup>84</sup>.

Es en materia disciplinaria donde se encuentran los grados de intensidad de la conducta culposa, pues no puede perderse de vista que la ley vigente exige que la acción sea calificada como gravemente culposa (Ley 2003 de 2019). El ordenamiento procesal penal no trae esa graduación. En materia civil se encuentra la culpa clasificada en grave, leve y levísima<sup>85</sup>, equiparando la culpa grave al dolo, a la negligencia grave, concepto que no puede ser equivalente en materia disciplinaria.

---

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Aclaración de voto consejera Lucy Janntte Bermúdez Bermúdez. Expediente 2019-01602.

<sup>84</sup> Artículo 29.

<sup>85</sup> Artículo 63: «Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa

Así las cosas, al parlamentario se le debe exigir más allá del comportamiento que debe tener cualquier ciudadano, por la responsabilidad en él depositada, que el hecho de la postulación misma implica un mayor grado de diligencia. En la Constitución Política, artículo 133, se dispone que «deberán actuar consultando la justicia y el bien común», siendo que cada uno de ellos “es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura».

Finalmente, resta precisar que no solo habrá culpa gravísima cuando se compruebe una desatención elemental, como lo señala la primera parte de la definición que trae la norma disciplinaria, también se considerará reprochable y será objeto de pérdida de investidura el parlamentario que actuó con “culpa grave” es decir, cuando se pruebe dentro del proceso que no actuó con el cuidado necesario que debe tener cualquier persona del común.

Para justificar su comportamiento, los congresistas se pueden valer de las excusas que la Ley 5 de 1992 consagra como situaciones válidas que se reputan como eximentes de responsabilidad.<sup>86</sup>

Dicha norma contempló que:

Artículo 90. Excusas Aceptables. Son excusas que permiten justificar las ausencias de los Congresistas a las sesiones, además del caso fortuito, la fuerza mayor en los siguientes eventos:

1. La incapacidad física debidamente comprobada.
2. El cumplimiento de una comisión oficial fuera de la sede del Congreso.
3. La autorización expresada por la Mesa Directiva o el Presidente de la respectiva Corporación, en los casos indicados en el presente Reglamento.

Parágrafo. Las excusas por inasistencia serán enviadas a la Comisión de acreditación documental de la respectiva Cámara, en los términos dispuestos por el artículo 60 de este Reglamento. Su dictamen será presentado a la Mesa Directiva la cual adoptará la decisión final, de conformidad con la Constitución y la ley.

---

leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.»

<sup>86</sup> Podemos considerarlos como condiciones de excepción o de refutación que pueden hacer descartar o rechazar la conclusión justificada. TOULMIN, Stephen. La forma de los argumentos. Editorial Marcial Pons, 2019. P. 130.

Si bien es cierto la norma plantea los eventos excusables, es a partir de la realidad fáctica y del desarrollo jurisprudencial que se ha decantado el tema.

El artículo 271 de la Ley orgánica señala que la falta de asistencia de los congresistas a las sesiones, sin excusa válida, genera la no causación de salarios y prestaciones, sin perjuicio de la pérdida de investidura, si hubiere lugar a ello, para lo cual se debe surtir un trámite.

Como podemos ver, la norma se refiere a la “falta de asistencia” es decir en el evento en que el congresista NO asista a la plenaria citada, situación diferente a los casos en que asiste pero se retira con posterioridad. De acuerdo con el Consejo de Estado:

[En] sentencia del 27 de marzo de 2019, la Sala Plena unificó el criterio, en el sentido de que no existe vacío normativo, respecto del trámite de las incapacidades para justificar tanto la inasistencia como el retiro de los congresistas de las sesiones plenarias. Sin embargo, precisó que existen diferencias entre: (i) el procedimiento interno que se adelanta en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República para el trámite de las excusas, la declaratoria de inasistencia y los descuentos por nómina, y (ii) el trámite del proceso judicial de pérdida de investidura, por la causal del artículo 183-2 CP.<sup>87</sup>

Es deber del congresista, ante su inasistencia, enviar la excusa a través del Secretario General de la Cámara respectiva a la comisión legal de acreditación documental de la célula legislativa, lo que implica entregar y no guardarse para sí, la justificación o soporte con el que cuenta; con posterioridad la comisión enviará el dictamen a la mesa directiva referente a lo presentado, la cual tomará la decisión final.

Cada cámara reguló el procedimiento para el trámite de las excusas presentadas por los congresistas que, pese a haber asistido, se retiran de la plenaria, tenemos en tal sentido la Resolución 655 de 2011 para la Cámara de Representantes y la 132 de 2014 para el Senado.

Los secretarios generales de cada una de estas células legislativas deben presentar ante la respectiva comisión legal de acreditación documental, la certificación de la realización de cada sesión, así como la relación de asistencia de los congresistas y de los que tienen excusas con sus soportes, todo esto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la conclusión de la plenaria, con el objeto de que en dicha comisión se efectúe la validación.

---

<sup>87</sup> Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de segunda instancia emitida el 7 de mayo de 2019, Radicación No 11001031500020180233201.

La Directiva N° 1 de 2014, expedida por la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, conminó al Secretario General de la misma a emplear todos los medios a su alcance para pedirle a los congresistas los soportes o justificaciones de sus inasistencias.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha estudiado lo referente a las “excusas” presentadas por los congresistas, para (i) evitar el descuento en nómina (declaratoria de inasistencia) y las presentadas (ii) dentro de los procesos de pérdida de investidura, concluyendo que para este último caso:

[R]ige el principio de libertad probatoria, esto es, que cualquier medio de prueba puede ser utilizado para acreditar los hechos y circunstancias que son objeto de debate, siempre que se respeten las garantías constitucionales y los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, y que, de todos modos, corresponde al Consejo de Estado, en cada caso, evaluar si las pruebas permiten comprobar debidamente la incapacidad del congresista [...] Esta Corporación ha indicado que según el principio de libertad probatoria<sup>88</sup>: « [...] la parte está autorizada a hacer uso de cualquiera de los medios de prueba previstos en dicha normativa e incluso, de cualquier otro innominado que tenga la potencialidad de dar fe sobre el acaecimiento del hecho. Sin embargo, en algunas ocasiones, para privilegiar derechos o intereses superiores, la ley prohíbe el uso de algunos de ellos dentro de determinados procesos judiciales [...]»<sup>89</sup>.

Tenemos claro entonces que para comprobar la justificación de la ausencia de los congresistas, dentro del proceso de la pérdida de investidura no se establece un medio probatorio especial, pues podrá acreditarlo, bien sea con los medios probatorios establecidos en el CGP o cualquier otro que no se encuentre previsto en la norma, bajo la égida del principio de libertad probatoria:

[El] juez contencioso administrativo debe, en los términos del artículo 176 del CGP, evaluar la totalidad de las pruebas en conjunto bajo la persuasión racional y exponer razonadamente el mérito que les asigna, por lo que tampoco puede entenderse que el hecho de haber surtido el trámite previsto en dichos actos administrativos y aportar los documentos allí indicados, en sí mismo, permita señalar que en

---

<sup>88</sup> TARUFFO, Michel. Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. “Este es también conocido como el principio inclusivo de relevancia que en el proceso equivale a la regla epistémica fundamental según la cual todas las informaciones útiles para averiguar la verdad de un enunciado deben poder ser utilizadas”. Editorial Marcial Pons. 2010. P. 87

<sup>89</sup> Ibidem P. 100.

todos los casos, la incapacidad se encuentre debidamente comprobada.

II.5.6.43.- Será esta jurisdicción, en cada caso concreto, atendiendo el principio de libertad probatoria y la libre apreciación de la prueba mediante la persuasión racional<sup>90</sup>, la que deberá evaluar si las pruebas allegadas al expediente, cualquiera que ellas sean, permiten comprobar debidamente la incapacidad física de un congresista.<sup>91</sup>

Finalmente, vale la pena señalar que las “excusas aceptables” no solo hacen referencia a temas de “incapacidad física”, sino que también incluyen comisiones oficiales o autorizaciones de la mesa directiva, lo que supone la necesidad de hacer un análisis de cada uno de los anteriores eventos previstos en la Ley Orgánica, Ley 5 de 1992.

### 3.3. CAUSALES DE EXCULPACIÓN

#### A. CASO FORTUITO Y/O FUERZA MAYOR

El artículo 64 del Código Civil, señala que estos fenómenos constituyen « [...] el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etcétera [...]».

La Ley 95 de 1890, por medio de la cual se aclararon varias normas civiles mantuvo la definición. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es una circunstancia que no puede preverse o resistirse y, por ende, exime del cumplimiento de la obligación.<sup>92</sup>

Al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa se empezó a distinguir los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito<sup>93</sup> para finalmente ser decantados por la Corte Constitucional, al concluir que:

---

<sup>90</sup> “ Cuando la decisión se fundamenta en una averiguación verdadera de los hechos, es decir la correspondencia de las narraciones procesales con la realidad de las circunstancias que describen, estamos encaminados en busca de la decisión justa o en decidir la verdad, y es por esta vía del principio inclusivo conjugado con la persuasión racional de la prueba que la alcanzaremos. Para profundizar. Simplemente la verdad” Michele Taruffo. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2010.

<sup>91</sup> Ibidem

<sup>92</sup> [www.Rae.es](http://www.Rae.es)

<sup>93</sup> Puede consultarse: Sentencia del 29 de enero de 1993, expediente 7365, consejero ponente Juan de Dios Montes Hernández, Sentencia proferida el 16 de marzo de 2000, expediente 11.670, consejero ponente Alíer Eduardo Hernández Enríquez en Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 12423, consejera ponente María Elena Giraldo Gómez

[...] la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.<sup>94</sup>

En suma, se puede decir que la **fuerza mayor** se trata de situaciones imprevisibles o irresistibles y extrañas o externas a la voluntad del congresista.

- Se dice es **imprevisible**, en tanto el sujeto estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias, porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia. La Corte Suprema de Justicia explica el hecho imprevisible «como aquel que dentro de las circunstancias normales de la vida, **no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia**»<sup>95</sup>

- Es **irresistible** cuando se torna **de difícil cumplimiento pese a la conducta prudente** adoptada por el sujeto. Se trata de un verdadero obstáculo insuperable.

- Es **extraño o exterior** cuando no puede invocarlo quien ha contribuido con su conducta a la realización del hecho alegado. Implica que ese acontecimiento no puede ser imputable a la persona, porque esta no lo ha provocado por su culpa, de modo que la causa del daño le es ajena<sup>96</sup>.

Sobre este último elemento la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional coinciden en señalar que la exterioridad se concreta en que el acontecimiento o circunstancia que se invoca como causa extraña, también debe resultarle ajeno jurídicamente, esto es, que quien lo alega **no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma**, porque el hecho estuvo **fuera de su acción y por ende no tiene el deber jurídico de responder**<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Corte Constitucional, SU 449 de 2016, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Fecha 22 de agosto de 2016.

<sup>95</sup> Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de noviembre de 1989, citada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 501 de 2015.

<sup>96</sup> Sala de Casación civil, rad 76622-3103-0012009-00201-01, sentencia del 28 de abril de 2014.

<sup>97</sup> También se puede leer, en la sentencia del 27 de febrero de 2004, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que «[...] [la] imprevisibilidad del caso fortuito es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad; si tal acontecimiento es frecuente, y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito porque el obligado razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de

En cuanto al caso fortuito, son situaciones que, además de ser imprevisibles e irresistibles, tienen su causa en factores internos e inherentes a quien lo padece, a diferencia de la exterioridad que se predica de la fuerza mayor, que usualmente se sitúa en el ámbito de eventos de la naturaleza o que escapan al control de la voluntad de quien lo padece, en razón de factores casuales o de naturaleza de riesgo, como el que compra un billete de lotería y se la gana<sup>98</sup>.

Cuando se examina esta causal de eximente de responsabilidad, no es necesario realizar un análisis del elemento volitivo o cognitivo, puesto que el operador jurídico no mira la imputación subjetiva como se ha señalado precedentemente, sino comprueba el hecho externo que tuvo la virtualidad de marcar la conducta del congresista.

Recientemente el Consejo de Estado abordó el tema de la fuerza mayor como causal de exoneración en materia de pérdida de investidura, el supuesto fáctico consistió en que un congresista recién electo no tomó posesión del cargo en razón a que días antes había sido privado de la libertad, el problema jurídico consistió en el análisis de la privación de la libertad de un congresista como ocurrencia del fenómeno de la fuerza mayor que excluía la configuración de la causal de pérdida de investidura.

Lo primero que hizo el Consejo de Estado fue recordar sus posturas anteriores, inicialmente había concluido que la detención preventiva no era constitutiva de fuerza mayor en la medida en que el proceso penal y su detención no le fuera extraño o ajeno al congresista, es decir se debía analizar la conducta del accionado, si era voluntaria y previsible<sup>99</sup>

Posteriormente cambió su postura aceptándolo como causante de fuerza mayor, entendiendo que era una situación que no podía resistir el congresista, tratándose de una orden judicial (irresistible), era imprevisible en el sentido de que su actividad ordinaria era ser congresista y no había elemento alguno del que pudiese desprenderse que podría ser detenido y por último, que era ajena o extraña por

---

un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Pero, además, el hecho de que se trata debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relleva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente.»

<sup>98</sup> Consejo de Estado, aclaración de voto. Consejera Lucy Jannette Bermúdez Bermúdez. Expediente 2019- 01602

<sup>99</sup> Se puede consultar, Consejo de Estado y Servicio Civil, concepto 902. Fecha 7 de noviembre de 1996 o Sentencia Sala Plena AC 7715, fecha 13 de julio de 1999.

cuanto el proceso penal no fue producto de su voluntad<sup>100</sup>; sostener lo contrario implicaría desconocer la presunción de inocencia y el debido proceso, puesto que no había decisión judicial que declarara la responsabilidad del congresista, atendiendo la garantía de una interpretación pro homine o pro persona<sup>101</sup>. No podía perderse de vista que la detención preventiva era una medida para asegurar la comparecencia al proceso, sin que ello implicara un juicio previo de su eventual responsabilidad. Así lo señaló el Consejo de Estado:

[...] la Sala considera que como la finalidad de la causal invocada es sancionar la ruptura voluntaria del compromiso del congresista frente al pueblo que representa, **no es viable concluir que por el solo hecho de que la persona sea privada de su libertad por una medida de aseguramiento o detención preventiva, en el trámite un proceso penal o solicitud de extradición, dicha situación es indefectiblemente imputable para efectos de la causal de pérdida de investidura. Una conclusión de tal magnitud, solo puede sustentarse con la sentencia penal condenatoria proferida por el juez competente.**

En efecto, sostener en forma generalizada que, por el solo hecho de la captura y vinculación penal, existe dolo o culpa del agente, o que se desvirtúa el elemento de la exterioridad en la causal de fuerza mayor, sería desconocer el principio de presunción de su inocencia. Este principio es medular en todo proceso penal y en general del sancionatorio, que tiene un profundo arraigo en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, que hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 93 de la Constitución, así:

- (i) La Declaración Universal de los Derechos Humanos regula en su artículo 11 que «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».
- (ii) La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 8.º que «toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]».

<sup>100</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 17 de octubre de 2000, AC 11760.

<sup>101</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 23 de abril 2001, AC 12591.

- (iii) El artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.»<sup>102</sup>

Por lo tanto, señala el Consejo de Estado, que con la privación de la libertad no se puede concluir a priori la responsabilidad del congresista, así como tampoco el juez de lo contencioso puede invadir la órbita del juez penal para determinar la responsabilidad o no del investigado. Para el caso que estudió la privación de la libertad fue como consecuencia de una solicitud de extradición realizada por otro Estado, dentro del marco de la cooperación judicial internacional, solicitud que tampoco constituye un prejuizamiento o un evento para desvirtuar la presunción de inocencia de la persona requerida.

Concluyó el Consejo de Estado que «La privación de la libertad por orden de captura con fines de extradición a un congresista sí configura el elemento de exterioridad o ajenidad de la conducta exigido para configurar fuerza mayor, que excluye la configuración de la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo en los términos del numeral 3 y parágrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia.»<sup>103</sup>

## **B. LA INCAPACIDAD FÍSICA DEBIDAMENTE COMPROBADA**

Tanto la Ley 5 de 1992 como los actos administrativos de las corporaciones legislativas contemplan esta posibilidad exculpatoria.

El Consejo de Estado ha entendido la incapacidad así:

[...] precisar el alcance de la expresión «[...] incapacidad física debidamente comprobada [...]». El diccionario de la Real Academia (sic) la Lengua Española, luego de definir el concepto de incapacidad, se refiere al de incapacidad laboral, señalando que es «[...] una situación de enfermedad o de padecimiento físico o psíquico que impide a una persona, de manera transitoria o definitiva, realizar una actividad profesional y que normalmente da derecho a una prestación de la seguridad social [...]»<sup>104</sup>

Ahora bien, es menester recordar que dentro de nuestro sistema de seguridad social, régimen contributivo, el reconocimiento de una incapacidad, licencia de maternidad, etcétera, se deberá realizar por el empleador a través de las entidades promotoras de

<sup>102</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, Expediente 11001-03-15-000-2018-03883-01 (PI 1881-2019) cuyo demandado fue el Congresista: Seuxis Paucias Hernández Solarte

<sup>103</sup> Ibidem

<sup>104</sup> Consejo de Estado, Sala Plena. Consejero ponente Roberto Augusto Serrato Valdez. Fecha 27 de marzo de 2019. Radicado 11001-03-15-000-2018-02151-01.

salud, en atención a la información otorgada por el trabajador<sup>105</sup>. Puede ocurrir el caso que le sea otorgada una incapacidad por parte de un profesional de la salud no adscrito o perteneciente a la entidad promotora de salud, en cuyo evento se podrá realizar un trámite de transcripción, con todo el rigor técnico y médico<sup>106</sup>.

La carga que tiene el trabajador (congresista) es la de aportar a su empleador (secretarías de la Cámara de Representantes y del Senado de la República) la constancia para que sea este quien realice el trámite respectivo ante la entidad promotora de salud<sup>107</sup>. Hasta ahí parecería ser claro, sin embargo, tanto el Senado como la Cámara de Representantes, como ya lo señalamos con anterioridad, regularon lo referente al “procedimiento” que se debe surtir para acreditar la eximente y en el cual no vamos a ahondar.

Pero ¿qué ocurre cuando un congresista NO asiste o se RETIRA de una plenaria argumentando una incapacidad física?

Aun cuando ya lo hemos señalado, debemos tener en cuenta la diferencia entre no asistir a las sesiones y retirarse de las mismas. En sentencia del 28 de febrero de 2020<sup>108</sup>, se definió que «por no asistencia a las sesiones se ha entendido la inasistencia total, esto es, la ausencia a la totalidad de la sesión, no a parte de ella. Téngase en cuenta que esa fue precisamente la ratio decidendi de la sentencia del 13 de junio de 2018. Luego, si el congresista asiste a una parte de la sesión no se configura la causal de pérdida de investidura», en contraposición al retiro, que se genera al asistir a parte de ella, como por ejemplo está presente en el llamado a lista, pero luego se ausenta del salón congresal.

Así las cosas, puede ocurrir que, bien sea que el congresista NO asista a la sesión citada argumentando una incapacidad médica o que, asistiendo a ella, durante su trámite se vea obligado a retirarse en razón de su estado de salud.

---

<sup>105</sup> Ver Ley 100 de 1993, Decreto Ley 019 de 2012.

<sup>106</sup> Consejo de Estado, Sala Plena. Consejero ponente Roberto Augusto Serrato Valdez. Fecha 27 de marzo de 2019. Radicado 11001-03-15-000-2018-02151-01. «Cabe resaltar que no existe una disposición legal que regule de forma expresa lo que constituye la transcripción de incapacidades, no obstante, se ha entendido el mismo como “[...] aquel trámite en virtud del cual la EPS traslada al formato oficial de la entidad el certificado expedido por el odontólogo o médico en ejercicio legal de su profesión, pero no autorizado por la Entidad Promotora de Salud para hacerlo [...]”»

<sup>107</sup> Ibídem. «La transcripción de las incapacidades, siguiendo el precitado artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, es un asunto que le compete al empleador».

<sup>108</sup> Sala Veinticuatro Especial de Decisión, magistrado ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez, rad. 11001-03-15-000-2019-04144-00, demandado: Miguel Ángel Pinto Hernández.

Inicialmente la postura del H. Consejo de Estado consistió en señalar que existía un vacío en la regulación, dado que al revisar el contenido de las resoluciones 0665 de 2011 y 132 de 2014, hacían referencia a los eventos en los cuales el congresista NO asistía a la plenaria amparándose en una incapacidad médica, mas no al caso de retirarse de la misma, cuando se registra en la sesión, pero posteriormente se retira y no participa en la misma<sup>109</sup> razón por la cual se exhortó a la corporación para que regulara dicho aspecto.

Posteriormente, la alta corporación consideró que no existía vacío normativo alguno tratándose de las excusas presentadas por los congresistas para los retiros por motivos de salud, de esta forma:

[P]ara el evento del retiro del congresista de la sesión debe ser aplicada la reglamentación existente para los casos de ausencias, contenido en las resoluciones 0665 de 2011 y 132 de 2014 (...) Para los eventos en los que se justifique un retiro de una sesión con una incapacidad médica, la misma deberá ser expedida por la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliado el congresista o, en su defecto, podrá ser trascrita por aquellas o por los médicos de las respectivas cámaras y, las mismas deberán surtir el procedimiento que se encuentra previsto en las resoluciones precitadas.<sup>110</sup>

Distinguiendo dos escenarios: (i) trámite de las incapacidades para determinar eventuales descuentos en nómina e (ii) incapacidades presentadas dentro de un proceso de pérdida de investidura.

Advirtió que las incapacidades médicas presentadas dentro del trámite de un proceso de pérdida de investidura, en las cuales no se hubiese agotado el procedimiento de las resoluciones 0665 de 2011 y 132 de 2014 podrían ser valoradas por el operador jurídico, por cuanto impera el principio de libertad probatoria «[...] la parte está autorizada a hacer uso de cualquiera de los medios de prueba previstos en dicha normativa e incluso, de cualquier otro innominado que tenga la potencialidad de dar fe sobre el acaecimiento del hecho. Sin embargo, en algunas ocasiones, para privilegiar derechos o intereses superiores, la ley prohíbe el uso de algunos de ellos dentro de determinados procesos judiciales [...]».<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Consejo De Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Cuatro Especial De Decisión De Pérdida De Investidura. Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto. Bogotá D.C., 27 de agosto de 2018. Radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01757-00(Pi). Actor: Johann Wolfgang Patiño Cárdenas. Demandado: Mario Alberto Castaño Pérez.

<sup>110</sup> Consejo de Estado, Sala Plena. Consejero ponente Roberto Augusto Serrato Valdez. Fecha 27 de marzo de 2019. Radicado 11001-03-15-000-2018-02151-01

<sup>111</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá, D.C., 24 de febrero de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00099-02(49777)A. Actor: Jinna Edelmira

Para el máximo tribunal contencioso administrativo, la transcripción de la incapacidad es un acto ajeno a la simple y llana existencia de una incapacidad, pues lo que importa es que se certifique la enfermedad del congresista, por el médico que sea, contrario a lo requerido para efecto de realizar descuento en nómina. La corporación exaltó la labor que tiene el operador jurídico de analizar en conjunto el material probatorio bajo las premisas de libertad probatoria<sup>112</sup>:

Pero inclusive, en este evento, el juez contencioso administrativo debe, en los términos del artículo 176 del CGP, evaluar la totalidad de las pruebas en conjunto bajo la persuasión racional y exponer razonadamente el mérito que les asigna, por lo que tampoco puede entenderse que el hecho de haber surtido el trámite previsto en dichos actos administrativos y aportar los documentos allí indicados, en sí mismo, permita señalar que en todos los casos, la incapacidad se encuentre debidamente comprobada.

II.5.6.43.- Será esta jurisdicción, en cada caso concreto, atendiendo el principio de libertad probatoria y la libre apreciación de la prueba mediante la persuasión racional, la que deberá evaluar si las pruebas allegadas al expediente, cualquiera que ellas sean, permiten comprobar debidamente la incapacidad física de un congresista<sup>113</sup>.

---

Ramírez Pérez y otros. Demandado: Bogotá D.C.-Secretaría de Educación y otro. Referencia: Acción de reparación directa.

<sup>112</sup> Posición reiterada recientemente por el Consejo de Estado, Sala Cuarta, Fecha 11 de mayo de 2020. C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermudez. Expediente 2019-01602: «[...] con las excusas médicas reseñadas en las tablas ilustradas en precedencia [...] en tanto contienen incapacidades que coinciden con las fechas en las que se llevaron a cabo las sesiones plenarias acusadas, las cuales, salvo la de 19 de septiembre de 2017, fueron allegadas al expediente por la respectiva Jefe de Bienestar Social y Urgencias Médicas, fueron confrontadas en inspección judicial con los archivos del Congreso de la República y del consultorio particular en donde reposaban y, además, fueron reconocidas por los galenos que las suscribieron en ambos escenarios, lo cual, a la luz de la jurisprudencia expuesta en acápites anteriores resulta suficiente para justificar la inasistencia del señor [...] Frente a la incapacidad de 19 de septiembre de 2017, conviene aclarar que la Jefe de Bienestar Social y Urgencias Médicas de la Cámara de Representantes no reportó novedades médicas en esa fecha. Sin embargo, en la inspección judicial del 9 de agosto de 2019 el médico particular del demandado exhibió soportes de la atención que le dispensó el día de la plenaria en cuestión y de la incapacidad médica por 3 días que le fue concedida. Aunque el accionado no hubiese allegado dichos documentos al Congreso de la República para que surtiera el trámite administrativo pertinente, lo cierto es que la incapacidad existe y, al provenir de profesional idóneo, tiene el potencial de enervar la inasistencia examinada como supuesto de la pérdida de investidura.»

<sup>113</sup> Consejo de Estado, Sala Plena. Consejero ponente Roberto Augusto Serrato Valdez. Fecha 27 de marzo de 2019. Radicado 11001-03-15-000-2018-02151-01

De todo lo anteriormente señalado se deriva que el congresista NO está relevado de agotar el trámite señalado en las resoluciones 0665 de 2011 y 132 de 2014 (Cámara de Representantes y Senado respectivamente) con miras al reconocimiento de un eventual descuento en nómina por incapacidad o licencia, pero en materia probatoria dentro de un proceso de pérdida de investidura por la causal de ausentismo parlamentario, rige el principio de libertad probatoria, lo cual implica que se deberán allegar al proceso todos los soportes que den cuenta de la “incapacidad física” alegada como eximente de responsabilidad al ausentarse de la plenaria o no comparecer a ella, indistintamente de los medios probatorios señalados en el CGP e independiente de si agotó o no el procedimiento interno al interior de la respectiva cámara. Será el Juez quien realizará un minucioso análisis probatorio para exponer razonadamente su postura frente a cada caso sometido a estudio.

### C. **EL CUMPLIMIENTO DE UNA COMISIÓN OFICIAL FUERA DE LA SEDE DEL CONGRESO**

Dentro de las atribuciones de la mesa directiva de cada cámara se encuentra la facultad de «autorizar comisiones oficiales de Congresistas fuera de la sede del Congreso, siempre que no impliquen utilización de dineros del Erario Público» numeral 8 del artículo 41 de la Ley 5 de 1992. Al finalizar el cumplimiento de dicha comisión el congresista deberá rendir un informe.

Para entender mejor estas figuras administrativas, el artículo 3 de la Ley 5 de 1992 señala: «Artículo 3o. Fuentes de interpretación. Cuando en el presente reglamento no se encuentre disposición aplicable, se acudirá a las normas que regulen casos, materias o procedimientos semejantes y, en su defecto, la jurisprudencia y la doctrina constitucional».

Por eso, en ese sentido se acude al Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, que sobre el particular indica:

**ARTÍCULO 2.2.5.5.25 Comisión de servicio.** La comisión de servicios se puede conferir al interior o al exterior del país, no constituye forma de provisión de empleos, se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

Esta comisión hace parte de los deberes de todo empleado, por tanto, no puede rehusarse a su cumplimiento.

**ARTÍCULO 2.2.5.5.26 Duración de la comisión de servicios.** Las comisiones al exterior, se conferirán por el término estrictamente

necesario para el cumplimiento de su objeto, más uno de ida y otro de regreso, salvo en los casos en que quien autoriza la comisión, considere que éstos no son suficientes para el desplazamiento al sitio donde deba cumplirse y su regreso al país, en cuyo caso podrá autorizar el término mínimo que considere necesario.

La comisión de servicios al interior se otorgará hasta por el término de treinta (30) días hábiles, prorrogable por razones del servicio y por una sola vez hasta por treinta (30) días hábiles más.

No estará sujeta al término antes señalado la comisión de servicio que se otorgue para cumplir funciones de inspección o vigilancia y las que por su naturaleza exijan necesariamente una duración mayor, a juicio del nominador.

Queda prohibida toda comisión de servicio de carácter permanente.

Así las cosas, lo mínimo que se espera es que quien la gestione entregue los soportes que sustentan dicha comisión para que la mesa directiva, en ejercicio de su facultad discrecional, apruebe o impruebe la solicitud.

#### **D. LA AUTORIZACIÓN EXPRESADA POR LA MESA DIRECTIVA O EL PRESIDENTE DE LA RESPECTIVA CORPORACIÓN, EN LOS CASOS INDICADOS EN EL REGLAMENTO**

Para que opere esta autorización, el requisito mínimo es presentar la solicitud de permiso, que es una situación administrativa, como bien lo señalan las normas alusivas al tema, particularmente el Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, al preceptuar:

**ARTÍCULO 2.2.5.5.1 Situaciones administrativas.** El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:

1. En servicio activo.
2. En licencia.
3. **En permiso.**
4. En comisión.
5. En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo.
6. Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones.
7. En periodo de prueba en empleos de carrera.
8. En vacaciones.
9. Descanso compensado. (Se destaca)

Al respecto se han presentado debates acerca de la justificación de los permisos, y sobre el particular la posición de la Procuraduría General de la Nación y particularmente de la Primera Delegada ante el Consejo de Estado es que si bien es cierto constituye un derecho que permite que los servidores públicos se separen temporalmente de las funciones de su cargo para atender situaciones de orden personal o familiar, con goce de sueldo, incluso hasta por tres (3) días, también lo es que su concesión debe al menos cumplir con dos requisitos, a saber:

- 1) Que la situación se encuentre justificada y
- 2) Que el superior inmediato o el competente para hacerlo, lo autorice

El Decreto 1083 de 2015 sobre la materia señala:

Artículo 2.2.5.5.17 Permiso remunerado. El empleado puede solicitar por escrito permiso remunerado hasta por tres (3) días hábiles cuando medie justa causa. Corresponde al nominador o a su delegado la facultad de autorizar o negar los permisos.

Cuando la causa del permiso sea una calamidad doméstica el empleado deberá informar inmediatamente la situación y, una vez se reincorpore al ejercicio de sus funciones, justificar ante el nominador o su delegado el motivo que la originó con los soportes necesarios para demostrarla, quien determinará si existió mérito suficiente para la ausencia laboral. De no existir mérito suficiente se procederá a descontar los salarios por el día o días no laborados.

Parágrafo. Cuando un Ministro o Director de Departamento Administrativo deba salir del país en fines de semana o días festivos y no medie una situación administrativa, deberá solicitar previamente el respectivo permiso remunerado y se procederá al nombramiento de un Ministro o Director encargado.

Sobre el mismo asunto, el Departamento Administrativo de la Función Pública<sup>114</sup> en el Concepto 61111 de 2015 precisó que conforme las disposiciones citadas, los empleados públicos que debían atender el cumplimiento de citas médicas podían hacer uso del derecho a obtener permisos, puntualizando que el mismo sería concedido por el jefe del organismo o su delegado, quien debería evaluar la viabilidad de autorizarlo o negarlo.

---

<sup>114</sup> <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=63437>

Esta valoración obedece al análisis en torno a la justa causa que se invoque y cabe decir que las normas no señalan qué eventos constituyen una justa causa, ni tampoco el número de permisos que se pueden conceder a un empleado, dejando en cabeza del jefe del organismo o su delegado la competencia para analizar y decidir en cada caso lo pertinente.

El objetivo del permiso remunerado es que el empleado pueda separarse temporalmente de las funciones a su cargo para atender situaciones de orden personal o familiar que se encuentren justificadas, por consiguiente, el Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, permite otorgar en el año hasta tres (3) días, siempre que concurren las dos condiciones señaladas en la norma, es decir, que haya justa causa y que el jefe del organismo los autorice.

Ahora bien, el Consejo de Estado recientemente al analizar los permisos como causal de exculpación, ha señalado que no cualquier motivo resulta justificable para solicitar y autorizar el retiro, así:

[...] a pesar de existir formalmente la certificación, esta no cumpla con los presupuestos necesarios para que tenga validez como justificación del ausentismo parlamentario, pues **no cualquier motivo, aún refrendado por la Mesa Directiva, puede entenderse como suficiente para apartarse del deber que tiene el congresista de participar de la sesión plenaria en la que se voten proyectos de acto legislativo, proyectos de ley o mociones de censura**, dado que esto es de la esencia de la función atribuida a tales servidores y, por ende, la sustracción de ese deber solo es excusable cuando se pondera con la atención de otros<sup>115</sup> –bien sean propios de su actividad parlamentario o propios de la situación personal del congresista– con la entidad suficiente para desplazar el reputado deber de asistencia, al abrigo de la cláusula general de competencia de la que goza la Mesa Directiva<sup>116</sup> de las situaciones específicas demarcadas en el ordenamiento jurídico.

Algunas de tales situaciones exculpatorias tienen amplio desarrollo legal y jurisprudencial y otras, simplemente, encuadran dentro del marco general que debe evaluar el juzgador de la pérdida de investidura en cada situación particular. Empero, en todo caso, debe mediar un motivo válido y suficiente frente a la autorización de retiro de la Mesa Directiva.<sup>117</sup>

<sup>115</sup> Sala Veinticuatro Especial de Decisión, magistrado ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez, 28 de febrero de 2020, rad. 11001-03-15-000-2019-04144-00, demandado: Miguel Ángel Pinto Hernández.

<sup>116</sup> *Ibíd.*

<sup>117</sup> Consejo de Estado, Sala Cuarta, Fecha 11 de mayo de 2020. Consejera ponente Lucy Jeannette Bermudez. Expediente 2019-01602.

La Procuraduría General de la Nación ha indicado a lo largo de los conceptos presentados ante el Consejo de Estado que no significa que la petición del permiso tenga que ahondar en los motivos por los cuales se solicita el mismo, ni que se tenga que hacer una exposición exhaustiva de la situación para que lo otorguen, sino que al menos se brinde una explicación necesaria que sirva de sustento a fin de que, en el marco de la facultad discrecional, el superior evalúe la posibilidad de concederlo.

Ciertamente la obtención de los permisos hace parte de los derechos de todo servidor público, pero como todo derecho tiene un límite y no se puede abusar del mismo o ejercerlo de manera caprichosa.

De otra parte, la concesión de un permiso obedece al ejercicio de una facultad discrecional que, como bien es sabido, no es sinónimo de arbitrariedad y debe hacerse responsablemente, ante todo, con miras a procurar el buen servicio público, de tal manera que si el permiso no trae al menos una explicación, difícilmente el competente para autorizarlo podría ejercer esta potestad, pues no tendría ningún elemento de juicio que le permitiera ponderar si la causa es justa o si obedece a un asunto baladí.

En tratándose de un permiso de tres (3) o más días, es claro que esta autorización solo puede concederla la totalidad de la mesa directiva de la respectiva cámara o el presidente de la misma.

Según el artículo 40 de la Ley 5 de 1992, la mesa directiva se compondrá por un presidente y dos vicepresidentes, elegidos separadamente para un período de un año y a partir del 20 de julio. Ello implica que el secretario general de la cámara respectiva no tiene las atribuciones para conceder las autorizaciones que predica la ley.

De otra parte, el numeral 3 del artículo 90 de la Ley 5 de 1992, que es el que estamos desarrollando, fue a su vez reglamentado en la Resolución 665 de 2011, que opera para la Cámara de Representantes, porque en la Resolución alusiva al Senado, es decir, la Resolución 132 de 2014, no contempla dicha reglamentación.

En los artículos 6 y 9 de la Resolución 665 de 2011, se consideran los eventos ante los cuales se debe acudir a la mesa directiva para pedir el permiso que requiere de su autorización. Estas situaciones son:

- Atender eventos y reuniones relacionados con la circunscripción electoral que representa el congresista en la corporación.
- Atender eventos y reuniones propios del ejercicio de su condición, que incluyen reuniones y convocatorias de las bancadas del respectivo congresista.
- Permisos de hasta (3) días.

En los artículos 7 y 8 se establece otro tipo de permisos y allí no se precisa si es necesaria la autorización de la mesa directiva o de su presidente, o si puede hacerlo cualquier otro miembro de la mesa en cuestión.

Estos eventos son:

- El permiso por la grave calamidad doméstica y
- La licencia por luto

Abordaremos cada uno de los eventos referidos así:

- Para atender eventos y reuniones relacionados con la circunscripción electoral que representa en la corporación.

La norma en comento no contempla mayor desarrollo sobre el particular, salvo que en esos eventos se requiere la autorización de la mesa directiva o del presidente de la misma.

En ese orden de ideas, lo lógico sería privilegiar las sesiones plenarias por encima de cualquier otra actividad que se pueda atender el resto de los días de la semana, a menos que sea absolutamente imprescindible hacerlo en un horario concurrente con la sesión. Esto porque, sin duda, la actividad legislativa es prioritaria, es la labor para la cual fue elegido y por tanto la debe honrar con su presencia.

- Eventos y reuniones propios del ejercicio de su condición de congresista, que incluyen las de su bancada

Las actividades propias de la actividad congresal que pueden colisionar con las plenarias, están referidas a las que los congresistas desarrollan en el marco de sus competencias al interior de las comisiones a las que pertenecen.

No puede ocurrir que se convoque a sesiones simultáneas entre las comisiones constitucionales permanentes y las sesiones plenarias, de acuerdo con la Ley 5ª de 1992, artículo 93: «Prohibición de Sesiones Simultáneas. Las **Comisiones Permanentes** tendrán sesiones en horas que no coincidan con las plenarias, con las características que señala el presente Reglamento.» (Se destaca). Razón por la cual no podría existir colisión de deberes, dada la taxatividad de la norma frente a comisiones accidentales, legales o especiales, pues frente a este tipo de comisiones no aplica la restricción, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> Corte Constitucional C-298: «Pretender que por vía de la analogía o la jurisprudencia constitucional, este Tribunal Constitucional extienda una restricción sobre el funcionamiento de las Comisiones Accidentales de Mediación, va en detrimento del principio democrático, de la naturaleza accidental de las mismas y de las competencias de esta Corporación, toda vez que corresponde al legislador orgánico, dentro de su libre configuración, definir los parámetros y restricciones legislativas sobre la organización y el funcionamiento de las distintas clases de comisiones que integran el Congreso de la República. En otras palabras, cuando el legislador prevé enunciados de carácter taxativo y/o restrictivo, no corresponde al intérprete realizar aplicaciones analógicas de las mismas, menos aun cuando

Este artículo se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 83 de la misma normatividad, que al tenor literal señala:

Artículo 83. Día, hora y duración. Todos los días de la semana, durante el período de sesiones, son hábiles para las reuniones de las Cámaras Legislativas y sus Comisiones, de acuerdo con el horario que señalen las respectivas Mesas Directivas.

[...]

**Las sesiones de las Comisiones se verificarán en horas distintas de las plenarias de la Cámara respectiva. (Se destaca).**

Las normas citadas tienen su fundamento en el artículo 40 de la Carta Constitucional, que contempla el derecho que tiene todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control político, lo cual se materializa en el derecho a elegir sus representantes conforme sus necesidades e intereses. Es por ello que los miembros del Congreso, elegidos como “representación del pueblo soberano” deben acatar el mandato dado, concurriendo al ejercicio de la labor legislativa con el máximo rigor y responsabilidad, lo cual implica la obligación que en ellos recaer de hacer parte de todos los debates, sesiones convocadas, realizar intervenciones, presentar proyectos de ley, ponencias, solicitar citaciones de control político a funcionarios, ejercer sus funciones electorales, judiciales, votar, entre otras, como lo señaló la H. Corte Constitucional:

[...] Ahora bien, sin perjuicio de las reglas sobre quórum y mayorías que buscan racionalizar y hacer más eficiente el ejercicio de tales funciones, es evidente que para que la participación a través de los representantes electos resulte efectiva no basta que éstos puedan acudir a algunas, a varias, ni siquiera a la mayoría de las sesiones en las cuales el órgano legislativo ejerza sus funciones, sino que es preciso que cada uno de ellos pueda concurrir a todas esas reuniones. [...] Cada sesión a la que un congresista no pueda asistir, como ocurre si a la misma hora tiene otra citación, es un espacio de participación frustrado, tanto para él como para sus electores.<sup>119</sup>

---

la hermenéutica jurídica enseña que si el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal.»

<sup>119</sup> Corte Constitucional C 740 de 2013: «[...] Ahora bien, más allá de estas importantes razones, existen otras consideraciones adicionales que también sustentan la comentada prohibición de simultaneidad en las sesiones de comisiones y plenaria. Una de ellas tiene que ver con el hecho de que la inasistencia reiterada a estas últimas puede llegar a configurar una causal de pérdida de investidura, de conformidad con el numeral 2° del artículo 183 del texto superior. En esta medida la asistencia a cada una de tales sesiones es un deber, pero también un derecho de los parlamentarios, en cuanto con ese acto cumplen con la carga cuya desatención daría lugar a una sanción de tanta repercusión como esta. De allí que la prohibición de que las comisiones y las plenarias sesionen a un mismo tiempo sea también una

De acuerdo con lo expuesto, el funcionamiento interno del Congreso debe propender por que los parlamentarios acudan a la totalidad de sesiones convocadas, razón por la cual no debe existir simultaneidad en citaciones entre comisiones y plenarias, pues se pondría en riesgo el derecho de representación de todos los ciudadanos y la democracia.

De otra parte, se tiene que con frecuencia los congresistas aluden asuntos parlamentarios, pero no discriminan cuáles. A veces se limitan a aducir y/o probar que a la hora de la plenaria se encontraban en alguna entidad pública realizando alguna gestión de la citada naturaleza. Sin embargo, el H. Consejo de Estado ha manifestado que muy pocos eventos deben estar por encima de la función legislativa y de control político para la que fueron electos<sup>120</sup>.

Todo esto para enfatizar la importancia de las sesiones sobre cualquier otra actividad de tipo congresal.

En este punto vale la pena distinguir que, a juicio del ministerio público, a manera de ejemplo y sin pretender presentar una lista taxativa, se podría aducir que las actividades congresales se diferencian de las netamente legislativas, en tanto estas últimas están referidas a las acciones íntimamente relacionadas con ese ejercicio,

---

salvaguada para que los congresistas puedan siempre concurrir a todas las sesiones plenarias que fueren convocadas y para que puedan continuar ejerciendo la importante misión para la cual fueron elegidos por el pueblo.

[...] esta Corte consideraría una circunstancia irregular y contraria a los principios democráticos, pues esa contingencia solo debería depender de la voluntad política de las cámaras, determinada a partir del debate y la argumentación de sus integrantes, y no de casualidades evitables, e incluso manipulables, como las que pueden resultar de la simultánea citación de dos sesiones parlamentarias».

<sup>120</sup> Consejo de Estado. Sala Plena. Proceso 11001-03-15-000-2018-02405-00: «[...] En el caso concreto, como ya se indicó, no hay una razón que justifique la inasistencia de Raymundo Elías Méndez Bechara a la sesión del 30 de noviembre de 2014, porque si bien se corroboró que ingresó al Ministerio de Hacienda cuando transcurría la sesión plenaria, esa circunstancia no era imprevisible, irresistible o externa, de hecho, dependía de su propia y exclusiva voluntad asistir al **Ministerio de Hacienda o quedarse en la Plenaria**, como en efecto lo asumió al dejar abandonada su función constitucional.

[...] La certificación del Ministerio de Hacienda indica que ingresó a sus oficinas a las 4.03 p.m., es decir, que contestó el llamado a lista y como era su costumbre se salió de la sesión y no regresó más a la plenaria, pese a que esta duró hasta las 9.26 de la noche.

Los eventos descritos en lugar de justificar su inasistencia develan la conducta repetida y el modus operandi del ex congresista Méndez Bechara, de “disfrazar su ausentismo parlamentario” contestando el llamado a lista para luego abandonar la sesión plenaria donde se debatirían los proyectos puestos a su consideración de manera anticipada, lo cual es preocupante **para la sociedad, pues si tal era su conducta en tanto sesiones plenarias relevantes por los temas que se trataban, entonces ¿cómo sería su ejercicio frente a las demás sesiones?**».

como votar, presentar ponencias de proyectos de ley o de actos legislativos, constituirse en autores o coautores de los proyectos, presentar oposiciones, etcétera, mientras que las de tipo congresal<sup>121</sup>, más bien se refieren a aquellas actuaciones que no contribuyen a la formación de una ley o de un acto legislativo pero ocupan el tiempo y atención de los congresistas, en tanto ellos deben:

a) Realizar control político, b) Presentar impedimentos y sustraerse de conflictos de interés cuando haya lugar, c) Desarrollar actividades que se ejecutan en ejercicio de las funciones jurisdiccionales, electorales, administrativas o de protocolo; c) Atender a las personas, agremiaciones, entidades y/o autoridades que tengan relación con un tema respecto del cual gestarán una iniciativa legislativa, pues deben instruirse ampliamente para la toma de decisiones en procura de la presentación de un proyecto de ley, ya que la elaboración y exposición de un asunto de esta naturaleza implica el documentarse con suficiencia para legislar con responsabilidad y finalmente d) Las señaladas por vía de referencia en la Resolución interna de la Cámara de Representantes N° 665 de 2011<sup>122</sup>, que en su artículo 6, indica que la mesa directiva de la respectiva corporación es la llamada a autorizar las excusas de los congresistas cuando estos solicitan permisos para acudir a los eventos y reuniones relacionados con la circunscripción electoral que les concierne, así como para ir a las reuniones y convocatorias de las bancadas a las cuales pertenecen.

Respecto de las comisiones oficiales que la ley prevé como eximente para asistir a las sesiones del Congreso, las cuales pueden cumplirse fuera del recinto o del país, pero que de una manera u otra están ligadas al ejercicio legislativo y político, también pueden corresponder a eventos que son importantes, necesarios, estratégicos o convenientes para el ejercicio legislativo del cuerpo colegiado, como pueden ser los actos protocolarios en los que se atienden misiones extranjeras, eventos académicos o donde se imponen honores; todos estos deben contar con autorización de la mesa directiva del Senado o de la Cámara<sup>123</sup>.

Respecto de las excusas que presenta un congresista para retirarse del recinto cuando ya se encuentra abierta la sesión plenaria en la que se votan proyectos de ley, actos legislativos o mociones de censura, responde más bien a la naturaleza de un permiso de retiro que<sup>124</sup>, para el caso del Senado de la República, no tiene un trámite reglamentario específico, pues la Resolución 132 de 2014 expedida por la Mesa Directiva del Senado nada señaló al respecto y referente a la Cámara en la Resolución 665 de 2011 señaló las situaciones como anteriormente lo citamos.

---

<sup>121</sup> Numerales 4, 5, 6 y 8 del artículo 6 de la Ley 5 de 1992.

<sup>122</sup> Por la cual se reglamenta el procedimiento para la declaración de inasistencia injustificada de los representantes a la Cámara a las sesiones de la corporación y su correspondiente descuento por nómina.

<sup>123</sup> Consejo de Estado, Sala Plena fecha 21 de junio de 2018, Consejera Dra. Rocío Araujo Oñate. Radicación 11001-03-15-000-2018-00781-00.

<sup>124</sup> *Ibidem* op cit.

En el caso de las reuniones o convocatorias de la bancada a la que pertenece un congresista, se tiene que mediante la circular N° 2 del 15 de abril de 2015, la Mesa Directiva de la Comisión Legal de Acreditación Documental, precisó que para aducir la invitación a una reunión de esta índole, el representante a la Cámara estaba en la obligación no solo de adjuntar la invitación sino también el certificado de asistencia.

- Permisos de hasta (3) días.

Este tema ya fue abordado al inicio del capítulo. La norma que lo contempla exige que se trate de una justa causa<sup>125</sup> y que esté debidamente soportada. Al respecto basta señalar que la justa causa debe revisarse conforme la función ejemplar que desempeña un congresista, razón por la cual se debería analizar con mayor rigor cuando se valore y conceda el permiso, dada la investidura que ostenta el parlamentario.

- Permiso por la grave calamidad doméstica

Sobre la grave calamidad doméstica el artículo 7 de la Resolución 665 de 2011, indicó que estaba referida a:

Eventos familiares o personales que por su gravedad debidamente acreditada y por su imprevisibilidad, imponen al Representante a la Cámara la necesidad de ausentarse de sus labores para atender tales eventualidades.

Se consideran eventos de grave calamidad doméstica aquellos que recaigan sobre el cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil.

Respecto de esta hipótesis se pueden identificar varios aspectos a tener en cuenta a la hora de valorar si se configura una calamidad doméstica y son situaciones cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en las cuales puedan verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo o de su grupo familiar.<sup>126</sup>

<sup>125</sup> YOUNES MORENO, Diego. 2001 Derecho Administrativo laboral. Temis Novena edición Bogotá «[...] es necesario que exista “justa causa” para que se pueda conceder el permiso. La expresión “justa causa” puede comprender diversas situaciones que el empleado solicitante expone al funcionario competente, para que éste las valore y conceda el permiso cuando consideré que se configura la “justa causa” Anotamos que el concepto de “justa causa” no puede reducirse, como comúnmente se piensa, a las calamidades domésticas».

<sup>126</sup> Corte Constitucional en Sentencia C - 930/2009: «como por ejemplo una grave afectación de la salud o la integridad física de un familiar cercano -hijo, hija, padre, madre, hermano, cónyuge o compañero-, el secuestro o la desaparición del mismo, una afectación seria de la vivienda del trabajador o de su familia por caso fortuito o fuerza mayor, como incendio,

- La licencia por luto

El artículo 8 de la Resolución 665 de 2011, puntualizó que esto operaba ante el fallecimiento del cónyuge, compañero o compañera permanente, o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, anotando que en esos eventos se podrían conceder hasta cinco (5) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1280 de 2009, siendo perentorio demostrar el deceso dentro de los 30 días siguientes al acontecimiento.

Para dar mayor claridad respecto de los grados en que opera esta licencia, hay que señalar que solo se concede ante la muerte de padres, hijos, hermanos, abuelos, nietos, cónyuge o compañero permanente y suegros. No opera en relación con tíos, primos, cuñados, novias, bisnietos ni bisabuelos<sup>127</sup>.

Ante la muerte de varios familiares, el Departamento Administrativo de la Función Pública puntualizó que «**el servidor tendrá derecho a que por cada uno de ellos se le conceda la respectiva licencia por luto**». <sup>128</sup>

La Ley 1635 de 2013 sobre este tópico indicó:

Artículo 1o. Conceder a los Servidores Públicos en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y segundo civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles.

La justificación de la ausencia del empleado deberá presentarse ante la jefatura de personal correspondiente dentro de los 30 días siguientes a la ocurrencia del hecho, para lo cual se adjuntarán:

1. Copia del Certificado de Defunción expedido por la autoridad competente.
2. En caso de parentesco por consanguinidad, además, copia del Certificado de Registro Civil en donde se constate la relación vinculante entre el empleado y el difunto.

---

inundación o terremoto, para citar algunos ejemplos. Todas estas situaciones, u otras similares, pueden comprometer la vigencia de derechos fundamentales de los afectados, o irrogarles un grave dolor moral, y los obligan a atender prioritariamente la situación o la emergencia personal o familiar, por lo cual no están en condiciones de continuar la relación laboral prestando su servicio personal, existiendo un imperativo de rango constitucional para suspender el contrato de trabajo.»

<sup>127</sup> Concepto 1200000- 248135 del 18 de diciembre de 2015, el Ministerio de Trabajo indicó que: «Si bien es obligación del empleador dar esta licencia de grave calamidad doméstica de la cual se puede hacer uso en caso de muerte de los parientes excluidos de la licencia de luto, es necesario que el trabajador solicite dicha licencia por un término razonable, pues el empleador podría limitarla al tiempo necesario para asistir a la velación y entierro o cremación».

<sup>128</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 93491, 04/05/18

3. En caso de relación cónyuge, además, copia del Certificado de Matrimonio Civil o Religioso.
4. En caso de compañera o compañero permanente, además, declaración que haga el servidor público ante la autoridad, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento, donde se manifieste la convivencia que tenían, según la normatividad vigente.
5. En caso de parentesco por afinidad, además, copia del Certificado de Matrimonio Civil o Religioso, si se trata de cónyuges, o por declaración que haga el servidor público ante la autoridad, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad del juramento, si se trata de compañeros permanentes, y copia del Registro Civil en la que conste la relación del cónyuge, compañero o compañera permanente con el difunto.
6. En caso de parentesco civil, además, copia del Registro Civil donde conste el parentesco con el adoptado.

De otro lado, “La ley no dispuso expresamente cuál es el tiempo en que debe ser otorgada dicha licencia, pero por el objetivo perseguido, debe ser inmediata una vez el empleador conoce de la solicitud del trabajador, esto es así porque en este tipo de circunstancia se requiere la presencia inmediata del trabajador, ya que el fallecimiento de una persona exige una serie de ritualidades que se inician inmediatamente después del fallecimiento. Una licencia por luto luego de sucedidas las exequias del familiar fallecido no cumple con su objetivo, y por tanto se reitera que esta debe ser otorgada oportunamente.”<sup>129</sup>

- Otros eventos

Dado que los congresistas no solo están obligados a asistir sino a votar, existen otras circunstancias que de alguna manera los exoneran de votar en sesiones plenarias, estas son:

- Objeción de conciencia y decisión de bancada
- Impedimentos
- Conflicto de interés
- Objeción de conciencia y decisión de bancada:

La objeción de conciencia va de la mano con el derecho de libertad de conciencia, el respeto a los derechos individuales básicos<sup>130</sup>. En tratándose del régimen de

<sup>129</sup> Gerencie.com Licencia remunerada por luto. 2020 [https://www.gerencie.com/licencia-remunerada-por-luto.html#Duracion\\_de\\_la\\_licencia\\_por\\_luto](https://www.gerencie.com/licencia-remunerada-por-luto.html#Duracion_de_la_licencia_por_luto)

<sup>130</sup> Corte Constitucional SU 108 de 2016 «El reconocimiento a la objeción de conciencia se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la libertad de conciencia y no se constituye en una evasión al ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, toda sociedad democrática debe estar interesada en el respeto de los derechos individuales de cada uno de

bancadas, se considera como una limitación al derecho de votar individualmente los asuntos de conciencia definidos por el propio partido o movimiento.<sup>131</sup>

También puede ocurrir que como bancada se opte por el camino de la oposición, representada en la abstención del voto o retiro motivado del recinto legislativo, lo cual se considera como una práctica parlamentaria, racional, responsable y justificada y una forma de ejercer el control político, según lo ha señalado el Consejo de Estado:

El sistema de bancadas introduce, pues, un cambio respecto de los protagonistas del juego político, pues ya no los son los integrantes de las corporaciones públicas **individualmente considerados**, sino los partidos y movimientos políticos a través de sus bancadas, los que están llamados a fortalecerse mediante la actuación cohesionada y disciplinada de sus miembros, como que es ella –la bancada- la llamada, en primer lugar, a determinar si ejerce ese derecho a la oposición, dentro de los que se encuentran estrategias parlamentarias como las que se han mencionado en esta sentencia.<sup>132</sup>

Por traer un ejemplo, lo ocurrido en el trámite del Acto Legislativo No. 02 de 2004, que aprobó la reelección presidencial, donde los congresistas de la oposición entraron con tapabocas y la Corte Constitucional consideró perfectamente válido, al plantear que «Sin embargo, aun cuando se trató de un acto simbólico de protesta legítima, no tenía la virtualidad de suspender la realización del debate, al igual que, en términos generales, cualquier forma de expresión formal de oposición a un determinado proyecto de ley o de acto legislativo durante su debate parlamentario, por parte de los Congresistas que no los comparten, no trae como consecuencia la suspensión de su trámite.»<sup>133</sup>

Finalmente se debe realizar una diferenciación entre la conducta individual, aislada, negligente, traducida en la inasistencia o la no votación, según se trate, de una conducta colectiva de trascendencia política. Lo que castiga la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183.2 de la Constitución es la primera conducta, no la segunda<sup>134</sup>.

---

los ciudadanos. No se trata de hacer prevalecer el interés de uno o unos pocos frente a muchos o la inmensa mayoría. Es un problema de calidad democrática y respeto a los derechos individuales básicos: cuando el Estado admite la objeción de conciencia de un particular, está potenciando en beneficio de toda la sociedad ese valor fundamental.»

<sup>131</sup> Corte Constitucional sentencia C 589 de 2006.

<sup>132</sup> Consejo de Estado. Sala trece Especial de pérdida de investidura Fecha 26 de abril de 2018.

<sup>133</sup> Corte Constitucional C 1041 del 2005

<sup>134</sup> Consejo de Estado. Sala trece Especial de pérdida de investidura Fecha 26 de abril de 2018.

- Impedimentos y conflicto de interés

En la Ley 5 de 1992, se estableció lo referente a conflictos de interés e impedimentos, norma que fue modificada a través de la Ley 2003 de 2019, definiendo lo primero como “una situación donde la discusión o votación de un proyecto de ley o acto legislativo o artículo, pueda resultar en un beneficio particular, actual y directo a favor del congresista”<sup>135</sup>, igualmente señaló los casos cuando hay un beneficio particular, actual o directo de los congresistas:

- a) Beneficio particular: aquel que otorga un privilegio o genera ganancias o crea indemnizaciones económicas o elimina obligaciones a favor del congresista de las que no gozan el resto de los ciudadanos. Modifique normas que afecten investigaciones penales, disciplinarias, fiscales o administrativas a las que se encuentre formalmente vinculado.
- b) Beneficio actual: aquel que efectivamente se configura en las circunstancias presentes y existentes al momento en el que el congresista participa de la decisión
- c) Beneficio directo: aquel que se produzca de forma específica respecto del congresista, de su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

También la nueva norma da claridad en el sentido de señalar cuándo se considera que NO existe conflicto de intereses, por ejemplo cuando se discuta un asunto donde su interés se fusione con el de sus electores por ser una norma general, cuando se discutan normas de carácter particular de un sector donde el congresista tenga interés pero no genere beneficio alguno, entre otros eventos.

Dicha ley trae un aspecto novedoso y es la definición del conflicto de interés moral como aquel que presentan los congresistas cuando por razones de conciencia se quieran apartar de la discusión y votación del proyecto.

Aun cuando la Ley 5ª en su artículo 287 tenía previsto el libro registro de intereses privados, donde el congresista debía consignar toda la información de su actividad privada, con la nueva ley se ordena digitalizarla y que sea de fácil consulta y acceso, según lo dispone el artículo 2 de la Ley 2003 de 2019, que deberá contener:

- Actividades económicas: incluyendo su participación en cualquier tipo de sociedad, fundación, asociación u organización, con o sin ánimo de lucro, nacional o extranjera.
- Cualquier afiliación remunerada o no remunerada a cargos directivos en el año inmediatamente anterior a la elección.
- Pertenencia y participación en juntas o consejos directivos en el año inmediatamente anterior a la elección.

<sup>135</sup> Artículo 286 de la Ley 2003 de 2019.

- Una declaración sumaria de la información que sea susceptible de generar conflicto de intereses respecto de su cónyuge o compañero permanente y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (padres, hijos, hermanos), primero de afinidad y primero civil, sin que sea obligatorio especificar a qué pariente corresponde cada interés.
- Copia del informe de ingresos y gastos consignado en el aplicativo "cuentas claras" de la campaña por la que fue elegido.

Frente a la declaratoria de impedimento, la nueva ley dispuso que el autor del proyecto y el ponente presentarán en el cuerpo de la exposición de motivos un acápite que describa las circunstancias o eventos que podrían generar un conflicto de interés para la discusión y votación del proyecto y así los otros congresistas cuando estudien el proyecto determinen la viabilidad del conflicto declarado. También reguló lo relacionado con la declaración del conflicto por parte de otros congresistas, ver artículo 3º de la Ley 2003 de 2019.

Se conserva lo relacionado con el efecto del impedimento tal y como estaba regulado en el artículo 293 de la Ley 5ª, que implica que se excusará de votar el congresista. De las normas transcritas se observan dos aspectos: conflictos de interés contra recusación, los cuales están íntimamente relacionados, pues el primero hace referencia con un interés directo del congresista en la decisión que se vaya a someter a su conocimiento o votación, lo que genera que manifieste a la corporación que se encuentra impedido para participar y en caso de ser aceptado deba retirarse del recinto mientras se debate el asunto<sup>136</sup>. Respecto de la recusación se configura al momento en que el congresista guarda silencio de su interés y transgrede el deber de conducta, por cuanto otro puede alertar tal comportamiento recusándolo<sup>137</sup>.

Con la expedición de la nueva ley parecería que temas presentados en el Congreso, como la tramitación del proyecto de ley sobre medidas administrativas y judiciales en favor de las víctimas del conflicto armado, hoy conocido como "Ley de Víctimas", donde de un modo directo o indirecto los miembros del Senado podían ser considerados como tal, no volverían a ocurrir este tipo de conflictos, por cuanto el artículo 286 de la ley 5ª, modificado por la referida ley, esclarece que lo que prima para hablar de conflicto es si tiene un interés particular, actual y directo<sup>138</sup>.

<sup>136</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de abril de 2008, Rad. 1.883. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

<sup>137</sup> Ver Consejo de Estado, sentencia 19 de marzo de 1996.

<sup>138</sup> El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, Concepto del 21 de octubre de 2010 (Rad. 2042). Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra, se pronunció sobre el asunto, concluyendo; «[...] en estos casos no cabe la figura de conflicto de intereses, pues a pesar de que un congresista podría convertirse en destinatario de alguna de las disposiciones legales, tal hecho no obedece a que la ley busque favorecerlo directa, exclusiva y especialmente.»

También el Consejo de Estado<sup>139</sup> se había tenido que ocupar de supuestos conflictos de intereses cuando se presentaban discusiones parlamentarias sobre iniciativas o proposiciones relacionadas con organismos, corporaciones judiciales, autoridades administrativas, etcétera, ante las cuales cursaran procesos o investigaciones en contra de los congresistas o de sus parientes, ejemplo elección de Contralor General, al respecto la nueva regulación señala que no existirá conflicto de intereses.

Con la nueva ley se pretende poner fin a un comportamiento muchas veces objeto de abuso por parte de los parlamentarios y es el relacionado con los impedimentos y recusaciones, toda vez que el legislador en esta oportunidad trato de ser más explícito en los eventos en los cuales se generaría el conflicto de intereses.

#### 4. CONCLUSIONES

Luego de realizar todo un recorrido respecto de la acción de pérdida de investidura, su evolución y la causal específica de ausentismo parlamentario, nos resta presentar este último aparte a modo concluyente.

Lo primero es resaltar que no estamos frente a una acción ordinaria que se tramita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aquí vamos más allá, estamos ante un juicio ético-político que cualquier ciudadano activa dentro del marco de su derecho fundamental de elegir y ser elegido, en virtud del artículo 40 de la Constitución, constituye una herramienta no solo para salvaguardar el derecho en comento sino obliga a que el recinto parlamentario esté compuesto por ciudadanos probos, íntegros, responsables, acuciosos en razón de las especiales y delicadas funciones que le fueron confiadas.

Es por ello que si al sujeto pasivo de esta acción se le encuentra responsable de infringir la normatividad, la sanción que se le impone se traduce en la MUERTE POLÍTICA y queda «inhabilitado hacia el futuro y de forma permanente para volver a formar parte del Congreso»<sup>140</sup> siendo el peor castigo que puede recibir un ciudadano que tiene la vocación de representar los intereses del pueblo, que sean los propios electores quienes demanden la remoción del fuero otorgado mediante el voto depositado en las urnas y es que la pérdida de investidura resulta el mecanismo prístino por excelencia para censurar un comportamiento de un congresista que

---

<sup>139</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de noviembre de 2016. Rad. 2015-01333-01 (PI). Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. También se puede revisar la sentencia del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de octubre de 2015. Rad. 2014-03169-00. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve

<sup>140</sup> BRITO RUIZ, Fernando. La pérdida de investidura de los Congresistas. Estudio Jurisprudencial. Procuraduría General de la Nación, 1ª. Edición. Bogotá: Imprenta Nacional, 2004.

actuó por fuera de normas que lo rigen, o que no enalteció el mandato conferido por el elector y contrario sensu prefirió desatender sus obligaciones, mostrar apatía o regirse por intereses personales u oscuros.

La causal de ausentismo es un reproche por la desidia e irresponsabilidad con la que puede llegar a actuar un parlamentario, pues es en él en quien recae la función no solo legislativa sino de realizar control político a las instituciones de las otras ramas del poder público. Si el congresista no cumple con el mandato conferido está en riesgo el sistema de pesos y contra pesos del Estado Social de Derecho colombiano.

La pérdida de investidura por la causal segunda del artículo 183, así como respecto de las demás causales contenidas en la norma superior, es una acción disciplinaria jurisdiccional que persigue la preservación de la dignidad congresal a fin de depurar conductas indecorosas que riñen con el prestigio que deben ostentar los miembros de la rama legislativa del poder público, y con las que lesionarían la representación política que encarnan, así como los principios de legalidad y transparencia que debe regir el marco de acción de todo servidor público en nuestro país.

Las actuales normas procesales y el desarrollo jurisprudencial sobre la materia han permitido que la causal 2ª del artículo 183 de la Constitución Nacional sea cada vez mas diáfana en su aplicación, esclareciendo temas tan trascendentales como el non bis in ídem, el agotamiento de la jurisdicción cuando se presentan dos demandas por los mismo hechos y bajo la misma causal, el respeto al debido proceso, la libertad probatoria, el concepto de período legislativo, la imposibilidad de no poder sumar inasistencias de un período ordinario con otras de un período extraordinario, los eximientes para tener justificada la ausencia, aun cuando quedan temas pendientes por desarrollar por el legislador, como lo referente a la doble conformidad ante sentencias condenatorias en segunda instancia.

Aspectos tan importantes como el hecho de censurar la conducta del parlamentario que ingresa a la plenaria, responde el llamado a lista y luego se ausenta sin participar en las deliberaciones y no votar sin justificación alguna, donde el hecho de registrarse en la plenaria generalmente no sirve como plena prueba de la permanencia en la sesión, a menos que todas las votaciones del día en que se cumplió con el registro hayan sido de carácter ordinario y no nominal. Resaltando por parte del Consejo de Estado que el no registro no es el punto álgido de la materia, como tampoco el no votar, sino el hecho de no asistir, toda vez que la falta votación no conlleva la desinvestidura, aunque constituya un indicio para analizar, junto con otras pruebas, para determinar la ausencia del congresista.

Otro tema que llama la atención es la evolución que ha sufrido la figura en comentario para llegar a que la pérdida de investidura supone realizar un juicio de responsabilidad subjetiva, analizando la conducta del sujeto. Esto ha permitido que la conducta desplegada por el parlamentario pueda tener justificaciones válidas, las cuales deberán hacer parte del mundo probatorio que tiene a disposición el juez al momento

de fallar la solicitud de pérdida de investidura, bajo la égida de la libertad probatoria, escenario diferente a las pruebas y trámite que deba surtir el parlamentario frente a las mesas directivas a las que pertenece.

Aunque se admita la libertad probatoria no se puede desconocer que los sujetos procesales tienen el deber de asumir las cargas probatorias que les compete, con rigor y probidad; pues si bien es cierto que los demandantes tienen el legítimo derecho de exigir que sus representantes en el Congreso cumplan con rectitud la misión que se les encomendó como legisladores y los demandados se encuentran en la obligación de sustentar fehacientemente su conducta ante la justicia, también lo es que las oportunidades probatorias en los procesos de pérdida de investidura se circunscriben a la presentación y contestación de la demanda; aunado a la única posibilidad de petición de pruebas que tiene el ministerio público en este momento procesal, en su labor de intervención y en defensa del interés general y del mantenimiento del orden jurídico.

A lo largo de las discusiones jurídicas en torno a la causal de ausentismo parlamentario, tuvimos la oportunidad de evidenciar que no cualquier motivo alegado por el congresista para ausentarse, lo exculpa, puesto que prima la obligación de responder a la confianza depositada por su elector cumpliendo con la labor legislativa, que implica asistir, participar y votar.

Debe tenerse claro que el congresista por su acción u omisión puede estar incurso no solo dentro de un proceso de pérdida de investidura, sino también estar abocado a un juicio ético a instancias de la comisión de ética correspondiente y sin que con esto se desconozca el principio del *non bis in ídem*.

Finalmente, este trabajo busca llamar la atención tanto de los parlamentarios como de sus electores, frente a que la acción de pérdida de investidura está al alcance de todos para que la función moralizadora que ella inspira se refleje depurando el Congreso, enviando al ostracismo político a quienes no han tomado con decoro su función de representantes de la comunidad.

## II. ESTUDIO SOBRE LA CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN DE TOPES DE GASTOS DE CAMPAÑAS POLÍTICAS.

Por: Carlos José Holguín Molina  
Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado

### 1. PLANTEAMIENTO Y RELEVANCIA POLÍTICA, SOCIAL Y JURÍDICA DEL TEMA

Ha sido particular preocupación del Procurador General Fernando Carrillo Florez, el tema relacionado con el saneamiento de las costumbres políticas y particularmente la relación entre dineros y campañas políticas, de allí las múltiples intervenciones preventivas y disciplinarias que durante la presente gestión se han desarrollado para advertir sobre las consecuencias que dichas actividades puedan tener, entre las cuales están las disciplinarias mismas e igualmente la sanción de tipo jurisdiccional como lo es la pérdida de investidura (muerte política) establecida en la Constitución de 1.991, en cuyos procesos el ministerio público ha venido interviniendo de manera muy activa y fiel en la defensa de los postulados de moralidad pública, pluralidad política y transparencia en los procesos electorales como valor supremo de la democracia, lo cual se ha visto reflejado en muchas de nuestras intervenciones en los procesos de pérdida de investidura que se surten al interior del Consejo de Estado.

No hay duda de que los temas de corrupción administrativa con los que frecuentemente nos vemos sorprendidos los colombianos, tienen una intrínseca relación con el proceso electoral en el país y más específicamente con la forma de financiar las campañas políticas, las circunstancias de pobreza de muchas de nuestras comunidades, en donde se vende el voto a cambio de un mercado o de una suma de dinero y el clientelismo mismo que tiene diversas expresiones, ha llevado a que los costos de las campañas políticas lleguen a cifras exorbitantes. De otro lado, la presencia avasalladora del narcotráfico y de grupos ilegales en amplias zonas de nuestra geografía imponiendo candidatos, bien con la intimidación de las armas, o con el poder corruptor del dinero, hacen aún más gravosa y perniciosa la relación entre política y dinero.

Para empeorar el panorama, el sistema de financiamiento público de campañas políticas ha estado de espaldas a esta realidad, un sistema mixto de financiación, que deja prácticamente en manos del financiamiento privado la actividad de las campañas políticas, con un sistema perverso de financiamiento estatal que consiste básicamente en la reposición de gastos por voto válido, han terminado no solo por empeorar el

panorama sino por impulsar el financiamiento privado con todos los inconvenientes que el mismo conlleva.

Si bien es cierto, desde la Ley 130 de 1994 que estableció el sistema mixto de financiación, se han venido haciendo esfuerzos por transparentar el financiamiento de las campañas políticas, la verdad es que los resultados en la materia han sido muy pobres, y a pesar de que se reconoce la importancia del financiamiento estatal, como lo ha señalado incluso la Corte Constitucional en la sentencia C-141 de 2010, en que estableció que el financiamiento estatal de las campañas políticas tiene **como propósito fundamental garantizar la transparencia electoral que guarda una relación estrecha con la fuente de los recursos, la rendición de cuentas sobre ellos y el pluralismo político, que se garantiza con la financiación pública y el “tope máximo de ingresos y gastos”**, los esfuerzos por lograr un eficiente y efectivo sistema de financiación estatal han sido más bien pobres y timoratos.

El sistema de financiamiento estatal se basa fundamentalmente en la reposición de gastos por voto válido, el cual no es realmente un sistema de financiación sino, como su nombre mismo lo dice, de reposición de parte de lo ya gastado, es ex post, o sea que no ayuda realmente a solventar los gastos de la campaña, sino a reponer una parte de lo que se gastó, adicionalmente le da más a quien más votos tuvo, que generalmente es quien más dinero tuvo, con lo cual se desincentiva la participación política en especial de los jóvenes y las minorías, y finalmente, el monto de la reposición es evidentemente muy inferior a los gastos en que se incurre para la consecución de los votos.

Esta falencia se pretendió remediar mediante el Acto Legislativo 01 de 2009 que extendió el anticipo para gastos electorales (establecido desde 2005 para las elecciones presidenciales), a todas las demás elecciones uninominales o colegiadas, pero una vez más se quedó corta en sus propósitos, pues dicho anticipo no se prevé para los candidatos sino para los partidos, que a su vez deben constituir pólizas o garantías otorgadas por entidades financieras, lo cual en muchas ocasiones resulta difícil de conseguir, y luego se cruzan con los dineros de la reposición de gastos, lo cual termina llevando en la práctica casi que al mismo sistema de reposición.

De tal manera que las dificultades y limitaciones del sistema de financiamiento público de las campañas electorales, sumado a la realidad fiscal del país que hace inviable un sistema puramente de financiamiento estatal, nos lleva a la inexorable conclusión de que la presencia de dineros privados, buenos o malos, dentro de las campañas políticas seguirá siendo una constante en nuestro sistema político quién sabe por cuántos años más, por lo que no queda más que fortalecer y hacer eficiente el sistema de controles y sanciones en materia de financiamiento a la espera y con la confianza de que los organismos de control hagan una encomiable labor en la aplicación de estos controles, de allí la importancia de la sanción de la muerte política y la pérdida de la curul para el partido político cuando se configure la causal de pérdida de investidura que es objeto de este estudio, la violación a los toques de gastos de las campañas políticas.

Limitar el monto de los recursos en una campaña política, tanto de los ingresos como de los egresos, ha sido algo que sin lugar a dudas sirve para transparentar el proceso electoral y por sobre todo para lograr unos estándares de igualdad en las reglas de juego y evitar, así en la práctica poco se haya logrado, que sea el factor dinero el determinante final del proceso electoral. Por eso desde 2005 ya la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005 indicó: «Los topes máximos de gastos en campañas políticas constituyen una medida que persigue varios objetivos dentro del contexto de los regímenes democráticos. **Uno de ellos es reducir las disparidades de recursos entre los partidos, movimientos o grupos, favoreciendo con ello la igualdad electoral. Otro es controlar los aportes privados y con ello la corrupción que puedan aparejar.»**

El **Acto Legislativo No 1 de 2003**, cuyo propósito fue la reforma política en Colombia soportada sobre tres grandes pilares: el fortalecimiento de los partidos políticos, el fortalecimiento de la oposición y la **financiación transparente de la política**, estableció un sistema mixto de financiamiento de las campañas políticas, es decir pública y privada, y a su vez la posibilidad de limitar los gastos de las campañas y por ende la sanción por vulnerar este tope, la cual quedó consagrada en el **inciso 7° del artículo 109 de la Constitución Política de Colombia**, el cual indica: «[...] Para las elecciones que se celebren a partir del presente Acto Legislativo, la violación de los **topes máximos de financiación de las campañas**, debidamente comprobadas será sancionada con la **pérdida de investidura** o del cargo». Y le encomendó a la ley reglamentar los efectos de la violación a este precepto.

La **Ley 1475 de 2011**, en su artículo 24 estableció en cabeza del Consejo Nacional Electoral la función de **fijar el monto máximo de gastos** de las campañas electorales, y el artículo 26<sup>141</sup> que regula la pérdida del cargo por violación de los límites del monto de gastos, estableció la diferencia entre la consecuencia de **pérdida de investidura** para quienes incurran en esta falta en cabeza de los miembros de corporaciones públicas (congresistas, concejales y diputados) y **pérdida del cargo** (alcaldes y gobernadores).

Es una causal posterior a la Constitución del 91 que creó la figura de la pérdida de investidura (**corresponde a una acción nueva que solo aparece hasta el año 2003**), no estaba inicialmente considerada en el artículo 183 que estableció las causales de pérdida de investidura de los congresistas.

---

<sup>141</sup> Artículo 26. «La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales, se sancionará con la pérdida del cargo, así: 1. En el caso de candidatos elegidos a corporaciones públicas se seguirá el procedimiento de pérdida de investidura definido en la Constitución y la ley [...]».

Conforme con la sentencia de la Corte Constitucional C-490 de 23 de junio de 2011, al igual, como lo consideró el Consejo de Estado mediante el fallo de segunda instancia proferido el 22 de octubre de 2019<sup>142</sup>, que es objeto de este estudio, esta causal busca **garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia e igualdad en materia electoral y de pluralismo político** en las campañas electorales.

Igualmente, la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo del 16 de mayo 2019<sup>143</sup>, proferido dentro del proceso de nulidad electoral, indicó que **la corrupción en las prácticas electorales** afecta gravemente **valores democráticos y principios constitucionales, como el derecho a elegir libremente y el derecho a elegir y ser elegido sin coacción alguna**, afectando directamente la democracia del país.

Es así como la Sala Plena del Consejo de Estado en la decisión del 3 de abril de 2018<sup>144</sup> consideró que es de **tal importancia el tema económico en la financiación de las campañas políticas y el respeto de los límites de gastos**, que la regulación que de ello se haga tiene reserva de ley estatutaria. Además, se trata de un escenario que ha sido objeto de estudio en el marco de la **política criminal electoral**, al punto que, mediante la **Ley 1864 del 17 de agosto de 2017**, se introdujo al ordenamiento penal el tipo penal denominado "**Violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales**".

Se ha entendido por parte del Consejo de Estado que este mecanismo de control que sanciona las **prácticas corruptas en materia electoral** encaja plenamente dentro del bloque de constitucionalidad, del cual hacen parte, entre otros, la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción**, que obligan al Estado colombiano a adoptar medidas necesarias para prevenir, detectar y disuadir la corrupción.

Es así como, en criterio de la Procuraduría General de la Nación, el estudio, profundización y análisis de casos concretos relacionados con esta causal de pérdida de investidura, es de la mayor importancia y trascendencia en la lucha por la moralización de las prácticas políticas, por el ejercicio transparente y pulcro del debate electoral y por lograr un equilibrio e igualdad de oportunidades en estos procesos, pues el tope del financiamiento de las campañas políticas se constituye en

---

<sup>142</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez, medio de control pérdida de investidura, número único de radicación: 110010315000201801294 01.

<sup>143</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia proferida el 16 de mayo de 2018; acción de nulidad electoral identificado con el número único de radicación: 11001032800020180008400, demandada Aida Merlano Rebolledo, demandante Procuraduría General de la Nación; Consejero Ponente, doctor CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO.

<sup>144</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia proferida el 3 de abril de 2018; proceso identificado con el número único de radicación: 110010313000201700328-00; Consejera Ponente, doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

una garantía de todos esos valores. De allí, la necesidad de poder avanzar en la construcción de experiencias y prácticas que permitan la realización cierta de este control, y que además garanticen la efectiva imposición de la sanción prevista en la ley cuando se desconozca la normatividad declarada al respecto, lo anterior, al ser evidente que la violación de los topes de gastos de campañas políticas, sin lugar a dudas lleva aparejada la corrupción electoral como la compra de votos.

Por ello, el propósito del presente estudio es poner en conocimiento de la comunidad la experiencia obtenida a partir de la intervención del ministerio público en el proceso identificado con número único de radicación **110010315000201801294** mediante el cual se demandó la pérdida de investidura de la entonces senadora electa por el Partido Conservador Aída Merlano Rebolledo, invocando la causal de violación de los topes establecidos para gastos en la campaña al Senado de la Republica del año 2018. Proceso que correspondió a la Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado intervenir en calidad de ministerio público en primera instancia que, luego de analizar el material probatorio obrante en el expediente, solicitó acceder a la pretensión invocada y en consecuencia se decretara la pérdida de investidura, petición que fue acogida mediante el fallo de primera instancia proferido el 3 de septiembre de 2018 y confirmado en la segunda instancia mediante sentencia del día 22 de octubre de 2019, con lo cual se marcó un importante precedente en esta causal de pérdida de investidura, que no obstante su importancia como ya lo hemos indicado, ha sido muy poco utilizada y menos aún exitosa, no obstante las muchísimas evidencias de cómo se violan de manera impune y rutinaria los topes de gastos de las campañas políticas en cada proceso electoral.

## **2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN DE LOS TOPES DE GASTOS DE LAS CAMPAÑAS POLÍTICAS**

Sobre el histórico de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la solicitud de pérdida de investidura existen dos trabajos importantes: el libro “Pérdida de Investidura de Congresistas 1991-2017” y el documento llamado “Pérdida de Investidura de Congresistas - Garantía de la Doble Instancia”, ambos publicados por el Consejo de Estado. En los documentos mencionados, el Consejo de Estado hizo una compilación de fichas jurisprudenciales de todos los fallos de pérdida de investidura emitidos por la corporación desde 1991 hasta 2019. Estas compilaciones fueron ordenadas por causales, dedicando un apartado especial a los fallos relacionados con violación de topes de financiamiento. Vistas las características de estos trabajos y al provenir de una fuente confiable, el presente escrito se basa principalmente en la información aportada por estos documentos. En todo caso, para los años 2018 hasta la actualidad para algunos temas fue necesario recurrir a la consulta directa en el sistema de búsqueda de jurisprudencia del Consejo de Estado, porque los documentos base no aportaban todos los datos.

## 2.1. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO

Con base en la anterior fuente, solo existen dos casos donde el Consejo de Estado ha examinado de fondo la pérdida de investidura de congresistas por violación de topes de financiamiento (art. 109 C.P.) o gastos de campaña (art. 26, Ley 1475):

Radicación	Congresista demandado	Período congresista	Fecha fallos	Decisión
11001-03-15-000-2015-00102	Marco Sergio Rodríguez Merchán	Representante 2010-2014	23-02-2016	Niega
11001-03-15-000-2018-01294	Aída Merlano Rebolledo	Representante 2014-2018 Senadora electa 2018-2022	1era inst. 03-09-2018	Accede
			2da inst. 29-10-2019	Accede

Frente a estos casos se concluye que el Consejo de Estado ha admitido como pruebas documentos que van más allá del informe de gastos de campaña presentado al Consejo Nacional Electoral (CNE). No obstante, impone al demandante la carga de probar el monto de los gastos en exceso, en caso de que haya diferencia entre el informe y la financiación o gastos reales de la campaña. No ha acudido a facultades de oficio para complementar las pruebas que aporta el demandante. Esto es un indicativo de que en este proceso la tendencia es a dar más prevalencia al principio de justicia rogada, y muy seguramente en atención a las consideraciones de que este en un proceso que por su carácter altamente sancionatorio (muerte política) debe ser al máximo garantista y estarse más a lo que resulte beneficioso al demandado, dejando por entero la carga probatoria al demandante.

También se examinaron múltiples solicitudes de pérdida de investidura (cerca de 50 en total) sobre las que no hubo decisión de fondo, que fueron rechazadas o inadmitidas. No se pudo establecer cuáles de estas solicitudes versaban sobre la causal de violación de topes de financiamiento o gastos de campaña, porque la mayoría de los autos no lo dicen y los que sí decían la causal no estaban relacionados con la que nos interesaba. Sin embargo, a partir de los autos estudiados se puede inferir de forma razonable, que la falta del informe al CNE no ha sido un obstáculo para la admisión de la solicitud de pérdida de investidura.

La mayoría de estos rechazos se debió a que los demandantes no acreditaron alguno de los requisitos del art. 4 de la Ley 144 de 1994, en especial la condición de congresista con documento proveniente de la Organización Electoral Nacional. No obstante, existen providencias que reivindicán la realización del derecho sustancial sobre el procesal admitiendo otros medios probatorios, la verdad es que la mayoría de

autos rechazan aplicando el art. 4 de la Ley 144 de 1994 como una tarifa legal. Esta situación apoya la tesis de que en los casos de pérdida de investidura el Consejo de Estado se ha cuidado de no transgredir fácilmente el principio de justicia rogada y garantista de los derechos del procesado.

## **2.2. ELEMENTOS RELEVANTES DE LOS 2 CASOS DONDE EL CONSEJO DE ESTADO EXAMINÓ DE FONDO SOLICITUDES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR LA CAUSAL DE VIOLACIÓN DE TOPES DE FINANCIAMIENTO**

### **2.2.1. ELEMENTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA DEL 23 DE FEBRERO DE 2016, SOLICITUD DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA CONTRA EL CONGRESISTA MARCO SERGIO RODRÍGUEZ MERCHÁN**

#### **A. ANTECEDENTES**

Este fue el primer caso donde el Consejo de Estado examinó de fondo una solicitud de pérdida de investidura por violación de topes de financiamiento con base en el artículo 109 de la Constitución.

El señor Marco Sergio Rodríguez Merchán fue elegido como Representante a la Cámara para el período 2010-2014 por el departamento de Vichada. La demanda se basó en que «[...] 'al parecer', en el informe de ingresos y gastos presentado por el Representante Rodríguez Merchán, no se incluyó el valor de los patrocinios a los eventos culturales y folclóricos que realizó durante su campaña en el Departamento del Vichada durante el año 2013, ni el valor de todas las donaciones y aportes que recibió su campaña». En la demanda se hizo una estimación de los gastos por concepto de estos eventos y donaciones no incluidos en el informe, que arrojó como resultado \$1.556'548.000.

En la respuesta a la demanda el apoderado del representante señaló que «[...] la presunta violación de los topes a la que alude la solicitante, se basó en apreciaciones subjetivas pues, no corresponden a certificaciones, dictámenes de algún perito o, revisión de los informes contables de la campaña».

#### **B. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA**

El Consejo de Estado decidió negar las pretensiones del actor en la solicitud de pérdida de investidura bajo el siguiente fundamento:

Es de anotar que para proceder a imponer la sanción de pérdida de investidura la infracción debe estar “debidamente comprobada”. Esta carga probatoria corresponde al solicitante de la pérdida de investidura y, las pruebas conducentes serán esencialmente documentales, pues todos los gastos en los que incurra una campaña

electoral deben quedar registrados y, contar con el respectivo soporte.

En efecto, para probar la ocurrencia de esta causal, es necesario que el o la solicitante aporte los documentos soportes de dichos gastos, tales como facturas, contratos, cuentas de cobro y, demás pruebas que conduzcan al juez a la convicción de que en la campaña de que se trate se incurrió en gastos superiores a los topes antes mencionados, de lo contrario, ante la ausencia de material probatorio, no es posible afirmar que un candidato violó los topes de financiamiento de su campaña.

De esta manera, la configuración de la causal exige que la persona a quien se imputa la conducta prohibida haya excedido el monto de gastos en los que podía incurrir en su campaña electoral y, que dicho exceso esté debidamente probado.

A contrario sensu, no se estructura esta causal si la infracción no ocurrió o si las pruebas decretadas y practicadas son insuficientes para demostrar que el congresista incurrió en la falta que se le imputa.

Bajo este panorama, es claro que en el caso concreto no se acreditó la causal de pérdida de investidura endilgada, pues del análisis del material probatorio allegado al expediente y realizado en el acápite inmediatamente anterior, la Sala encuentra que no existe mérito para decretar la pérdida de investidura del demandado, razón por la cual se negará la solicitud que en ese sentido elevó la ciudadana Luisa Fernanda Escobar y así se decretará en la parte resolutive de esta providencia.

El caso tuvo un salvamento parcial de voto de la magistrada Stella Conto Díaz:

Aunque comparto la decisión en el sentido de denegar la solicitud de pérdida de investidura y estoy de acuerdo con la fundamentación que trae el fallo, encuentro que en la parte resolutive de la misma ha debido compulsarse copias a las autoridades competentes, por cuanto hay expensas que no fueron incluidas en el informe de ingresos y gastos de la campaña electoral del hoy representante a la Cámara Marco Sergio Rodríguez Merchán. Esto es así porque en tanto obra prueba de que se realizaron diversos eventos públicos, el rubro correspondiente aparece en ceros, de donde resulta indispensable que, acorde con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 144 de 1994, se compulsen copias de modo que la entidad competente establezca si incluidas dichas sumas – de las que, se itera, se prescindió en el informe de ingresos y gastos de la campaña

electoral, visible en el folio 51 de la providencia-, en efecto se respetaron los topes fijados por el ordenamiento jurídico. Por último, discrepo de la manera como la providencia mayoritaria le restó valor probatorio a las fotografías, en la medida en que sostuvo que las mismas equivalen a documentos representativos indirectos que por sí solos ‘no sirven para probar la existencia de lo que en ellos se plasma, dice, narra o cuenta’ (...). Finalmente debo insistir en que la compulsas de copias, a al que me referí en la primera parte del presente salvamento, no es algo facultativo de las autoridades judiciales; constituye **una obligación** establecida por el ordenamiento jurídico y su cumplimiento resulta ineludible.

### C. ANÁLISIS

A partir de lo anterior se extrae que el Consejo de Estado consideró que el informe de gastos al Congreso no es la única prueba admisible para acreditar la violación de los topes de financiamiento de campaña. Se admiten pruebas contables, dictámenes, certificaciones y demás elementos materiales que puedan demostrar la causal. Sin embargo, impone una importante carga probatoria al demandante a la hora de demostrar la causal. Nótese que, si damos crédito al salvamento de voto, en este caso se logró probar que el congresista celebró varios eventos en su campaña, aunque en el informe de gastos al Congreso no incluyó ningún valor por este concepto. Así, habían elementos para considerar que algunos gastos ciertamente no fueron relacionados en el informe, incluso si se hubiere tratado de una donación, ese valor debió haber quedado establecido allí. No obstante el demandante haber probado este punto, para el Consejo de Estado no bastó y le impuso la carga de probar también el monto de dichos gastos no incluidos.

Teniendo en cuenta que probablemente se supo que faltó incluir unos gastos ¿por qué no pedir de oficio pruebas tendientes a establecer su monto o, en su defecto, compulsar las copias a la entidad competente en los términos del artículo 13 de la Ley 144 de 1994, tal como lo propone el salvamento de voto? La respuesta a esta pregunta seguramente podría ser la consideración garantista que se le ha dado al proceso de pérdida de investidura, pero ello nos lleva inexorablemente a la pregunta de si se cumplió debidamente con la labor probatoria, que no es exclusiva del demandante, aún en procesos sancionatorios, pues la función probatoria no es otra que encontrar la verdad sobre los hechos sometidos a consideración del juez, por lo que quedará siempre la duda, más aún con lo expuesto en el salvamento de voto, de si se obró de manera correcta en materia tan delicada como el financiamiento de las campañas políticas.

## **2.2.2. ELEMENTOS RELEVANTES DE LAS SENTENCIAS DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 2018 Y 29 DE OCTUBRE DE 2019, SOLICITUD DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA CONTRA LA CONGRESISTA AÍDA MERLANO REBOLLEDO**

En el presente capítulo no haremos un análisis detallado de este fallo, que se desarrollará más detalladamente en el capítulo 6, sin embargo, para continuar con el análisis jurisprudencial baste por ahora con exponer lo siguiente.

El Consejo de Estado tuvo en cuenta para examinar la posible violación de los topes de financiamiento, documentos diferentes al informe de gastos que debía presentarse al CNE. Este proceder se facilitó en parte porque la congresista no allegó el informe de gastos. Este hecho no solo advertía sobre la posible ocurrencia de irregularidades, sino que hacía necesario recurrir a otras pruebas para probar la causal y también ayudaron los documentos recaudados por la Fiscalía. A partir de esto era posible hacer una estimación de los valores invertidos en la campaña política. Este hecho es importante si se compara con el antecedente de la Sentencia del 23 de febrero de 2016 (demandado Marco Sergio Rodríguez Merchán) porque a diferencia de aquel, en este sí había elementos que permitían estimar los valores invertidos en la campaña política.

Como lo analizaremos más adelante, en este caso se flexibilizaron un poco las consideraciones sobre la carga probatoria en cabeza del demandante, lo cual, de haberse tratado con el mismo rigorismo del caso anteriormente analizado, hubiera hecho imposible la prosperidad de la pérdida de investidura. Bástenos por ahora saber que aquí el magistrado ponente solicitó el traslado de las pruebas que tenía la Fiscalía dándoles pleno valor probatorio, que a la postre permitió establecer la violación al tope de gastos de campaña de la entonces candidata.

## **2.2.3. SOLICITUDES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA INADMITIDAS O RECHAZADAS DONDE SE INVOCÓ LA CAUSAL DE VIOLACIÓN DE TOPES DE FINANCIAMIENTO**

### **A. TRABAJO REALIZADO**

Esta búsqueda consistió en examinar las decisiones del Consejo de Estado donde se hubiere inadmitido o rechazado la solicitud de pérdida de investidura por la causal de violación de topes de financiamiento. Se examinará si el hecho de no aportar el informe de gastos al Congreso ha sido la razón en uno u otro sentido.

Se limitaron las fechas de búsqueda entre el 3 de julio de 2003 y febrero de 2020. Lo anterior en tanto que la causal de pérdida de investidura por violación de topes de financiamiento tuvo su origen en el Acto Legislativo 01 de 2003, que modificó el artículo 109 de la Constitución. Este Acto Legislativo fue publicado en el diario oficial el 3 de julio de 2003. Por su parte, la causal de pérdida de investidura por violación al límite del monto de gastos de campaña tuvo su origen en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011.

## B. RESULTADOS DEL TRABAJO

Una vez realizada la búsqueda se encontraron algunas dificultades. Una de ellas es que algunos autos de rechazo o inadmisión no están publicados y la otra es que muchos de los autos no aportan suficiente información. Especialmente no especifican cuál fue la causal invocada por el ciudadano.

No obstante lo anterior, la mayoría de los autos de rechazo de solicitudes de pérdida de investidura revisados tuvieron como fundamento que no se acreditó la calidad de congresista del demandado. La ley prácticamente está imponiendo una tarifa legal a los demandantes a la hora de acreditar la calidad de congresista y los demandantes no han sido diligentes con esta gestión. Para llamar la atención sobre el asunto se cita el auto del 4 de febrero de 2009, radicación 2009-00044, que consideró que ni aún la certificación del subsecretario general del Senado era prueba idónea, como sí lo es la certificación emitida por la autoridad electoral, es decir el Consejo Nacional Electoral.

Como ya se dijo, la gran mayoría de los autos que rechazan las solicitudes de pérdida de investidura en el período estudiado tienen este fundamento. Sin embargo, puede decirse que al interior del Consejo de Estado hay controversia sobre este tema, ya que ha habido fallos que consideran que, en aras de la realización de la justicia, no se debe imponer la certificación de la organización nacional electoral como tarifa legal.

Al respecto, se destaca el auto del 10 de mayo de 2018, radicación 25000-23-42-000-2017-04040-01(PI), C.P. Oswaldo Giraldo López:

(v) Aunque para la Sala la citada certificación no fue expedida por la autoridad competente, pues no proviene de la Organización Nacional Electoral y en el evento de tener origen en el Concejo del Municipio de El Colegio debía ser emitida por el Secretario de la Corporación no por su Presidente, en todo caso el Tribunal de instancia tenía la posibilidad de solicitar ante la autoridad electoral la prueba idónea que le permitiera determinar si el demandado funge o no como concejal tal como lo indica la accionante, pues no puede perderse de vista que estamos frente a una acción pública y por ende asociada de manera directa con el interés general.<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> Sobre el particular la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación] en sentencia del 28 de marzo de 2017. Expediente radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI). M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas recordó lo siguiente: «[...] Se ha sostenido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que la acción de pérdida de investidura es un instrumento para efectivizar el marco jurídico, democrático y participativo del Estado colombiano, trazado desde el mismo preámbulo de la Constitución. Es, además, una acción pública de raigambre constitucional [...]».

Frente a la posibilidad de tener en cuenta otros medios de prueba, la Sala ha dicho:<sup>146</sup>

[...] En ese orden, otros documentos públicos pueden servir para ese mismo fin, como en efecto lo son las actas de escrutinio donde se indica la votación obtenida por cada candidato y quiénes de ellos resultaron elegidos; la certificación de la autoridad electoral donde haga constar que determinada persona fue elegida para el cargo de elección popular de que se trate; la certificación del Secretario de la respectiva corporación, en este caso, del concejo municipal, sobre la ocupación o desempeño de cargo de concejal por alguna persona, así como copia auténtica del acta de toma de posesión de dicha dignidad. Así las cosas, la acreditación que se exige en el artículo 4º, literal b), de la Ley 144 de 1994, en cuanto señala que cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano, ésta deberá formularse por escrito y contener, al menos “Nombre del Congresista y su acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional”, no puede tomarse de manera literal o restrictiva, en el sentido de que esa acreditación sólo pueda darse mediante la credencial o por la organización electoral, sino como un requisito susceptible de cumplir con cualquier prueba idónea, como las atrás anotadas.[...] (se destaca)

En el mismo sentido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación ha explicado:<sup>147</sup>

[...] el artículo 4, literal b) de la Ley 144 de 1994 indica, entre los requisitos que debe contener la demanda de pérdida de la investidura, el de “la acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional.

Pese a la claridad de este texto, no se puede concluir que el único medio de prueba para certificar dicha calidad sea una específica certificación originada en la organización electoral, por cuanto existen otros documentos para demostrar dicha condición, en tanto esta no está sujeta a una tarifa legal de prueba. (...)

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por ende, deja en claro que la demostración de la calidad de congresista en los procesos

---

<sup>146</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 8 de julio de 2010. Expediente radicación número: 76001-23-31-000-2009-00764-01 (PI). C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

<sup>147</sup> Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de septiembre de 2016. Expediente radicación número: 11001-03-15-000-2014-03886-00(PI). C.P. Alberto Yepes Barreiro.

de pérdida de la investidura i) no está sometida a una tarifa legal de prueba, por tanto, en los procesos de esta naturaleza la certificación a que se refiere el artículo 4, literal b), de la Ley 144 de 1994 no es la única prueba para probar dicha posición y ii) si en la contestación de la demanda de pérdida de investidura no se cuestiona esa circunstancia y se responden los fundamentos de la misma, ha de entenderse que la calidad de congresista no requería ser probada, dado que la parte demandada la tiene por cierta. [...].

Acorde con lo anotado, no es de recibo lo afirmado por el a quo, pues exigir tal rigurosidad en una acción de naturaleza pública como es la pérdida de investidura va en contravía del acceso a la administración de justicia, ritualidad que en todo caso puede superarse mediante las facultades oficiosas que le asisten al juez.

### C. CONCLUSIÓN SOBRE LOS AUTOS DE RECHAZO DE SOLICITUDES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Ahora bien, entrando en el tema que interesa para este estudio, podemos decir que no hay evidencia de que la falta del informe de gastos de campaña que se presenta ante el Congreso se haya constituido en una causal de rechazo de la solicitud de pérdida de investidura. Los rechazos estudiados indican que su ocurrencia se debe a que en la mayoría de los casos los demandantes no cumplen con los requisitos del artículo 4 de la Ley 144 de 1994, ajenos al informe de gastos. Desde este punto de vista, la falta de este documento no podría estimarse como un obstáculo en la etapa de admisión de la demanda sino cuando se procede al estudio de fondo de la solicitud.

## 3. TRATAMIENTO DEL TEMA EN OTRAS LEGISLACIONES

### 3.1. TOPES DE FINANCIACIÓN EN PROCESOS DEMOCRÁTICOS: DERECHO COMPARADO

La doctrina de los diferentes países ha propuesto diferentes modelos y sistemas de financiación de los procesos democráticos. Históricamente, una de las primeras regulaciones a las campañas electorales se dio en el siglo XIX en Inglaterra, con el *Corrupt and Illegal Practices Prevention Act* de 1883. Luego, entre los años 1960 y 1970, la regulación de la financiación se generalizó en las democracias occidentales<sup>148</sup>.

Como puede advertirse, históricamente desde épocas muy tempranas la financiación exclusivamente privada y sin límites trae consigo preocupaciones frente a los desequilibrios y distorsiones que puede generar en las democracias, situación que

<sup>148</sup> MACAYA, Ariana. “La regulación del proceso electoral en Francia: entre política y derecho”. En Revista Derecho Electoral – Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica. ISSN: 1659-2069, núm. 15, enero a junio. (2013), pág. 114.

llevó a la propuesta de que se incluyeran topes a los aportes privados, además de aportes de financiación pública en los procesos democráticos, con el fin de fortalecerlos y no hacerlos tan vulnerables a los poderes económicos privados.

En el momento actual los diferentes países han adoptado prácticamente dos sistemas de financiación: el público y el privado. Actualmente, la mayoría de los estudiosos en la materia concuerdan en que para el funcionamiento saludable de las democracias se deben establecer sistemas de financiación mixtos que combinen los aportes públicos y privados, determinando que a estos últimos se les establezcan límites a las contribuciones. Ahora bien, en los detalles de cómo debe funcionar cada modelo mixto no es fácil encontrar un consenso, no solo por diferencias entre autores, sino también porque la forma como deben implementarse los detalles de cada modelo depende de las características propias de cada país donde se pretenda implementar.

En este orden de ideas, en la actualidad, en la práctica en múltiples países con funcionamiento de una democracia se han establecido sistemas mixtos de financiamiento a los partidos políticos y a los procesos electorales, sin que esto signifique que las propuestas de modelos puros estén en desuso, tal como se vio en Italia en el año 2013, país en el que se propuso desmontar los aportes públicos a los partidos políticos<sup>149</sup>.

### 3.2. ESPAÑA

Entrando en la regulación específica de algunos países, podemos decir que en España la financiación de los procesos democráticos se encuentra regulada principalmente por dos normas: por la Ley Orgánica del Régimen Electoral General LOREG, sobre regulación de financiación de gastos electorales y por la Ley Orgánica 8/2007, del 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos. En general puede decirse que en estos dos regímenes se acoge un régimen mixto de financiación que consiste en combinar la financiación pública con la financiación privada, esta última sometida a topes de gastos o contribuciones<sup>150</sup>. Es necesario señalar que en España la financiación pública de los partidos políticos tiene la característica de contribuir a su funcionamiento y no simplemente al aspecto de las campañas políticas en épocas de elecciones<sup>151</sup>.

Para el autor Óscar Sánchez Muñoz<sup>152</sup>, en España, aunque en la constitución no existen normas que expresamente se refieran al tema de la financiación de los procesos electorales o partidos políticos, la presencia de ciertas normas

---

<sup>149</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar (2013). “La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate”. En Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743, núm. 99, septiembre-diciembre. (2013), pág. 166.

<sup>150</sup> *Ibíd*, p. 166.

<sup>151</sup> *Ibíd*em, p. 169.

<sup>152</sup> *Ibíd*em, p. 165.

constitucionales impediría la adopción de sistemas de financiación exclusivamente públicos o exclusivamente privados.

Así mismo, en cuanto al establecimiento de topes de financiación privada considera el autor que normas como las establecidas en los artículos 1, 2, 6, 9, 16, 22, 23 de la Constitución española marcan una pauta para determinar que la financiación de las iniciativas de los partidos políticos y procesos electorales deba tener topes, en la medida en que normas como estas garantizan la igualdad, que en procesos electorales se transmite en la capacidad de influencia potencialmente igual entre los electores, la competencia en igualdad de condiciones en el sentido de que no se presenten ventajas entre partidos con un origen antidemocrático (que sea el dinero y no las propuestas las que marquen el competencia).

También se garantiza la libre elección, que en los procesos a los que hacemos referencia se traduce en la ausencia de influencias antidemocráticas en los electores, además de la transparencia en las fuentes de financiación para que los electores tomen la decisión a sabiendas de quiénes apoyan económicamente las propuestas políticas.

Debe señalarse que el sistema electoral español ha recibido amplias críticas, dentro de las cuales se encuentra una que resulta familiar con el asunto objeto de estudio: el Tribunal de Cuentas, que es el ente de control encargado de verificar que no se sobrepasen los topes de financiación de los partidos políticos y procesos electorales, al hacer la investigación no puede extenderse más allá de las mismas cuentas que presentan los partidos políticos. Para el autor Sánchez Muñoz, esto impide que se pueda realizar una auténtica labor investigadora por parte del Tribunal de Cuentas<sup>153</sup>.

### 3.3. CANADÁ

De otra parte, en Canadá también se ha establecido un sistema mixto que combina los aportes públicos con aportes privados sometidos a topes de financiación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hecho énfasis en que la garantía de igualdad de oportunidades entre los competidores electorales y la igualdad de los ciudadanos para influir en las decisiones políticas justifican establecer límites a las aportaciones privadas, así como la implementación de sistemas de financiación pública. Importantes decisiones en esta materia se han adoptado en los casos *Libman vs Quebec* (1997)<sup>154</sup> y *Harper vs Canadá* (2004)<sup>155</sup>, decisiones en las que se advierte una justificación de un sistema mixto con la limitación a los aportes privados<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, pág. 174.

<sup>154</sup> 3 Supreme Court Reports 569.

<sup>155</sup> 1 Supreme Court Reports 827.

<sup>156</sup> SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar (2013). "La financiación de los partidos políticos en España: ideas para un debate". En *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, núm. 99, septiembre-diciembre. (2013).

### 3.4. ESTADOS UNIDOS

De otra parte, Estados Unidos es un ejemplo muy particular en el panorama mundial de la regulación de la financiación de campañas electorales. En Estados Unidos se contempla la posibilidad de financiar las campañas con dineros públicos, pero solo puede ejercerse a costa de renunciar al acceso de recursos privados. Por lo anterior, los candidatos que tienen serias aspiraciones a ser elegidos en la práctica prefieren no hacer uso de la posibilidad de financiar su campaña con aportes públicos y optan por recibir exclusivamente contribuciones particulares.

Ahora bien, el sistema de Estados Unidos permite en la práctica que estos aportes con contribuciones particulares no tengan límites a los topes de financiamiento. En efecto, si bien los partidos políticos tienen limitaciones en cuanto a la recepción de contribuciones privadas para campañas políticas, ello no impide que en la práctica los movimientos políticos no puedan acceder a recursos ilimitados a través de los *political actions comitees* - PAC, que no son partidos políticos en sí mismos. Inicialmente, a través de la decisión *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* de 1990, las actuaciones de los *political actions comitees* también se encontraban sometidas a control.

Sin embargo, propugnando por la libertad de expresión, a través de la polémica decisión de la Suprema Corte del 2010, *Citizen United v. Federal Election Commission* se cambió este precedente. Esta postura se ha mantenido, tal como se advierte en decisiones como la del 25 de junio de 2012, *American tradition partnership v. Montana*<sup>157</sup>. Quizás esta situación particular de Estados Unidos se deba al hecho de su tradición fuertemente libertaria, unida a las licencias que posiblemente pueda permitir su posición particular en la economía global.

En otras palabras, Estados Unidos es un país con unas condiciones económicas muy particulares que hacen difícil tomarlo como parámetro de referencia para otras naciones. En todo caso, es claro que el sistema de elección democrática de Estados Unidos ha sido sometido en los últimos años a importantes críticas, como han sido las persistentes sospechas de la influencia de países extranjeros en las elecciones de presidente. Tal vez un estudio más a fondo de esta situación especial pueda arrojar luces sobre el funcionamiento de las democracias sin el control a las contribuciones de particulares, pero tal tarea excede las proporciones de este estudio.

---

<sup>157</sup> MACAYA, Ariana. “La regulación del proceso electoral en Francia: entre política y derecho”. En Revista Derecho Electoral – Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica. ISSN: 1659-2069, núm. 15, enero a junio. (2013), pág. 126.

### 3.5. FRANCIA

Por su parte, el caso de Francia es muy diferente al de Estados Unidos. Francia se caracteriza por un fuerte control a la financiación de las campañas electorales políticas. Sea lo primero señalar que en Francia se adopta un sistema mixto de financiación con aportes públicos y privados. No obstante, las contribuciones particulares se encuentran fuertemente limitadas, toda vez que se prohíbe toda clase de financiamiento proveniente de extranjeros o de personas jurídicas (sean nacionales o extranjeras). Así, solo las personas naturales que sean ciudadanos franceses pueden hacer aportes de naturaleza privada a las campañas políticas, que se encuentran limitados a 4600 euros por persona y por elección, a través del artículo L52-8 del Código Electoral Francés.

De otra parte, para la vigilancia de los dineros se establece que el candidato debe nombrar a una persona natural o jurídica que administre los dineros de la campaña, que exista una única cuenta destinada a recibir todos los aportes de la campaña, sean de naturaleza pública o privada y que todos los movimientos sean certificados por un contador público. Con ello se busca facilitar la vigilancia de la financiación de la campaña política. La justificación para una fuerte regulación por parte de Francia se ha establecido en la necesidad de garantizar la transparencia de la vida política, la igualdad entre los candidatos, prevenir la corrupción y privatización de la democracia y el mantenimiento de la independencia de Francia<sup>158</sup>.

La autora Ariana Macaya considera que los problemas que ha generado este tipo de regulación es que, en primer lugar, resulta compleja de comprender para los candidatos y los propios electores y se establecía una estricta sanción que implicaba la pérdida del cargo al que se aspiraba, situación que generaba problemas porque aún las infracciones menores generaban esta drástica consecuencia, en una lógica del todo o nada. Luego, se establecieron graduaciones a las sanciones, situación que es criticada porque ha generado una mayor tolerancia frente a los movimientos políticos grandes, en detrimento de aquellos de menor tamaño.

### 3.6. MÉXICO

En México también se adoptó un sistema mixto de financiación de los partidos políticos con aportes públicos y privados, estos últimos sometidos a topes de financiamiento. La financiación pública fue adoptada por regulación constitucional a partir de 1986. Es importante mencionar que en México la financiación pública comprende tanto los gastos de funcionamiento de los partidos políticos como los gastos en campañas electorales. Cada uno de estos aspectos recibe una regulación propia. Por su parte, la financiación privada solo fue regulada hasta el año 2008, en el que se impusieron normas sobre mecanismos de información, supervisión, sanción y topes de financiamiento. Ahora bien, el sistema mexicano reporta varias dificultades.

---

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 127.

La primera de ellas es que se basa primordialmente en mecanismos directos de verificación de cumplimiento de requisitos de rendición de cuentas por parte del candidato o partido político controlado. En otras palabras, el control de la financiación y gastos de los partidos políticos que es realizado por el Instituto Federal Electoral en la mayoría de los casos solo cuenta con la información que aportan los mismos partidos, situación que hace difícil detectar las infracciones cuando es el mismo vigilado quien pretende ocultar la información.

No obstante, ello no significa que el Instituto Federal Electoral no pueda ejercer una mayor investigación sobre la veracidad de las cuentas que presentan los partidos, acudiendo a investigaciones que realicen otras instituciones públicas de ese país, o tratando de verificar la información a través de la circularidad con los particulares que intervienen en las transacciones reportadas. Otro problema que tiene este país es que se torna dificultoso distinguir entre los gastos de funcionamiento de los partidos políticos y los gastos de campaña por el mismo diseño legislativo.

Así, esta laguna ha sido aprovechada para hacer pasar los gastos a conveniencia entre uno y otro rubro sin que resulte sencillo identificarlos. Sin embargo, el mayor problema que reporta este país es que la legislación electoral, en caso de violación de los topes de financiación provenientes de aportes privados, establece solo sanciones pecuniarias. Esta consecuencia jurídica se torna inocua teniendo en cuenta que, en palabras del autor Fernando Agíss Bitar<sup>159</sup>:

Como está diseñado actualmente el marco normativo, el método para disuadir conductas es a través de la imposición de sanciones, que desde una perspectiva histórica poco ha servido. Ello se debe fundamentalmente al hecho de que las sanciones no impactan ni en las preferencias electorales ni en los resultados de la elección, ya que por un lado los electores conocen de las infracciones después de los comicios y, por el otro, independientemente de la gravedad de la falta, el resultado electoral permanece inalterable, como sucedería si algún candidato federal rebasara el tope de gastos de campaña.

---

<sup>159</sup> AGÍSS BITAR, Fernando. *Fiscalización de los recursos de los partidos políticos : una reflexión sobre la aplicación efectiva de las normas de fiscalización*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008. Pág. 41.

### 3.7. ALGUNOS PUNTOS DESTACADOS DE AMÉRICA LATINA EN GENERAL

De otra parte, puede señalarse que en un estudio de derecho comparado publicado por el Instituto Federal Electoral de México y la Organización de los Estados Americanos, realizado por el autor Carlos Navarro Fierro<sup>160</sup>, se comparó 19 países de América Latina para determinar las capacidades de sus órganos de control electoral para fiscalizar y controlar a los partidos políticos. Para hacer la comparación se consideraron variables como la obligación de rendir informes periódicos, los informes de campaña, las facultades del órgano de control, el grado de publicidad que se le debe dar a la información interna de los partidos y las sanciones contempladas en cada sistema.

Luego de hacer esta comparación se determinó que en Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Guatemala y Panamá se establecía un control laxo sobre la actividad electoral, mientras que en países como Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana había un control medio. Argentina, Brasil, Chile, México y Puerto Rico tendrían lo que se denominó un control integral. Por último, habría dos sistemas desregulados en El Salvador y Uruguay.

A pesar de la variedad de este diagnóstico, el autor Alonso Lujambio<sup>161</sup>, no obstante lo dicho en este estudio, señala su preocupación porque en las democracias de América Latina se carece de suficientes elementos para controlar los gastos de los partidos políticos, tanto los ordinarios como los de campaña. Señala que, en general, se ha dado una preponderancia a los instrumentos de control directos, que consisten en revisar las cuentas que los mismos partidos políticos aportan sobre sus movimientos financieros, situación que torna dificultoso detectar las ocultaciones que puedan presentarse cuando los partidos y los aportantes actúan conjuntamente por fuera de las normas electorales que controlan los gastos de campaña.

Observa con preocupación el autor que por lo general los órganos de control no cuentan con poderosos instrumentos de investigación de irregularidades denunciadas, carencias en la monitorización de gastos, problemas por no tener la publicidad como referencia de gastos no declarados. Para el autor, es importante fortalecer en especial las facultades de investigación de los órganos de control, esto es, que se pueda ir más allá de los informes y cuentas que presentan los mismos partidos políticos.

---

<sup>160</sup> NAVARRO FIERRO, Carlos (2005). *Regímenes de financiamiento y fiscalización y garantías de contienda electoral*. México: Instituto Federal Electoral y Organización de los Estados Americanos.

<sup>161</sup> Lujambio, Alonso (2007). *La fiscalización de los gastos de los partidos políticos*. En "Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina". México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica y otros. Págs. 821 y siguientes.

En particular, el autor señala que es muy difícil garantizar el control a los topes de gastos exclusivamente a través de instrumentos directos de fiscalización. En este sentido, destaca la importancia de que el control se extienda también sobre la publicidad, con el fin de inferir indirectamente gastos no declarados en las rendiciones de cuentas. El autor señala que en América Latina solo 8 países contemplan normas de control sobre la publicidad, que serían Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua y Perú.

Ahora, sobre otro tipo de problemas relacionados con el control directo, menciona los problemas que se presentan en Brasil para la fiscalización de estos recursos, debido a que el tope de las contribuciones privadas se determina con base en los ingresos del contribuyente, situación que hace casi imposible operativamente para los órganos de control estar mirando uno a uno la situación financiera del contribuyente para determinar si se incumplieron o no las normas sobre topes de gastos.

También el autor encuentra paradójico que en 13 países se prohíban las contribuciones de fuentes extranjeras, en 11 se prohíban las contribuciones de dependencias públicas y en 9 de fuentes anónimas, pues es imposible determinar cuándo los dineros provienen de fuentes prohibidas sin investigar más a fondo las cuentas que presentan los mismos partidos políticos o investigados. A lo anterior debe sumarse una reflexión sobre los recursos de fuentes ilegales como el narcotráfico, que es un asunto que preocupa especialmente en América Latina. En otras palabras, si la fuente de los recursos es prohibida, difícilmente un partido o movimiento político lo va a confesar abiertamente en sus estados de cuentas. Al exponer esta idea, señala que solo en Ecuador y Brasil los órganos de control cuentan con la importante atribución de solicitar información depositada en el sistema bancario. También señala que en algunas situaciones excepcionales en México y Costa Rica se pudo acceder a esta información.

### 3.8. CONCLUSIÓN

De todo lo anterior se infiere que en el derecho comparado se presenta una preocupación general con pequeños matices sobre los aportes privados al funcionamiento de los partidos y las campañas electorales, en la medida en que gran parte de los países establecen topes de gastos frente a las contribuciones privadas. Además, se observa que en muchos países también se presenta la problemática consistente en que los órganos de control no pueden o no van más allá de los informes de gastos que presentan los partidos políticos y candidatos que están siendo controlados, con la correspondiente crítica al hecho de que solo a través de mecanismos de control directos difícilmente se pueden detectar las infracciones a las leyes electorales, problema que se acentúa aún más cuando se trata de corroborar que no se superen los topes de gastos en los países donde las contribuciones privadas están sujetas a este control.

## 4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA Y REGULACIÓN LEGAL DE LA CAUSAL POR VIOLACIÓN AL TOPE DE GASTOS DE LAS CAMPAÑAS POLÍTICAS

### 4.1. NATURALEZA DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

La naturaleza jurídica de la pérdida de investidura radica en ser una sanción disciplinaria independiente de la penal, con el propósito de preservar que solo personas de una alta dignidad y componente ético integren el órgano legislativo y que en razón de esta elección popular ostentan una investidura y así deben mantener un comportamiento consecuente con esta, dada la función política y social que desempeñan.

La Corte Constitucional (C-319 de 1994, magistrado ponente Hernando Hernández Vergara) al respecto tiene el siguiente concepto: «En efecto, en sentir de esta Corte, por razón de su naturaleza y de los fines que la inspiran, la pérdida de la investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que culmina con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la trasgresión al código de conducta intachable que los congresistas deben observar por razón del inapreciable valor social y político de la investidura que ostentan.»

### 4.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

En el artículo 13 del Acto Legislativo 1 de 1979, reformativo de la Constitución, se estableció la pérdida de investidura del congresista y se señalaron como sus causales la infracción al régimen de incompatibilidades y de conflictos de interés y faltar en un periodo legislativo anual, sin causa justificada, a ocho sesiones plenarias en que se votaran proyectos de actos legislativos o de ley y fue atribuida la competencia para decretarla al Consejo de Estado.

A partir de 1991, y más concretamente con la Ley 144 de 1994, la institución de pérdida de investidura empieza a hacer carrera dentro de lo que se conoce como acciones públicas de control social. Teniendo en cuenta su reciente creación y reglamentación, se convierte en una institución que ha generado todo tipo de reacciones dentro de diversos sectores de la vida nacional, que la ven, de un lado, como un mecanismo para mejorar y depurar las costumbres políticas y del otro, como un instrumento que puede resultar injusto debido a su propia naturaleza, si se tiene en cuenta que la pérdida de la investidura es una sanción vitalicia y no permite la gradualidad de la sanción.

Esta figura trae intrínsecamente un control social que puede ser ejercido directamente por cualquier ciudadano con el ánimo de hacer más exigente, transparente y honesta la labor de un congresista, el cual está investido de poder real por parte del pueblo para orientar el futuro del país y de sus conciudadanos. Su

aplicabilidad ha tenido una mayor incidencia durante los últimos dos años donde se ha podido determinar la culpabilidad de algunos congresistas a la luz de las bondades de esta figura de especial concepción por parte del legislador que, a diferencia de cualquier otra acción, solo tenía hasta el 2018 una instancia.

No se puede desconocer que al interior del mismo órgano legislativo se han producido ajustes importantes a esta figura de pérdida de investidura, ampliando los alcances y manteniendo la rigurosidad con que nació; sin embargo, en el seno de estos debates han quedado temas sin el análisis suficiente que no han permitido conjugar e incorporar algunos principios universales del derecho como son el de legalidad, doble instancia, proporcionalidad de la pena, entre otros, para hacer que esta sanción sea más efectiva y justa para las partes que intervienen en ella.

#### 4.2.1. CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

La figura de la pérdida de investidura tiene consagración constitucional, es en la norma superior donde encontramos la posibilidad de que los congresistas pierdan su investidura y se establecen las causales, sin perjuicio de que mediante actos legislativos se hayan adicionado posteriormente otras, como la que comprende el actual estudio. Igualmente, es la Constitución la que estableció en su artículo 179 numeral 4, la muerte política que caracteriza a esta figura, al establecer la pérdida de investidura como una causal permanente de inhabilidad para ser elegido congresista y el régimen departamental y municipal extendieron esta inhabilidad para las elecciones locales.

Los artículos 183 y 184 de la Constitución señalan al respecto:

Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
2. La inasistencia, en un mismo periodo de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de actos legislativos, de ley o mociones de censura.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

PARAGRAFO. - Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.”

Artículo 184. La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.

También hay que tener en cuenta como causales adicionales las contenidas en el artículo 110 de la constitución, que le son aplicables en la medida en que los congresistas son considerados servidores públicos. El artículo 110 de la Constitución preceptúa: «ARTÍCULO 110. Se prohíbe a quienes desempeñen funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros que hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de investidura.»

Esta aplicación adicional como causal de pérdida de investidura se basa en que los congresistas son servidores públicos, como lo dice el artículo 123 de Constitución «Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas [...]» los cuales desempeñan funciones públicas como tales. Se considera el concepto servidores públicos el género y congresistas la especie, ya que al incluir como servidores públicos a los miembros de las corporaciones públicas representativas, se supera la tradicional dificultad doctrinaria para encuadrarlos en una categoría jurídica determinada, ya que su clasificación como “trabajadores oficiales” chocaba con la lógica del sistema constitucional. Es decir que en adelante pertenecen a un género básico, pero, además, conforman una especie o categoría particular de servidores, con identidad y régimen propios.

Posteriormente, el Congreso se dio su propio reglamento mediante la Ley 5ª de 1992 en su artículo 296, el cual dice:

Causales. La pérdida de investidura se produce:

1. Por violación del régimen de inhabilidades.
2. Por violación del régimen de incompatibilidades.
3. Por violación al régimen de conflicto de intereses.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobadas.
6. La inasistencia, en un mismo periodo de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de actos legislativos, de ley o mociones de censura.
7. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

PAR. 1º - Las dos últimas causales no tendrán aplicación cuando, medie fuerza mayor.

PAR: 2º - Para proceder en los ordinales 4º y 5º de este artículo se requerirá previa sentencia penal condenatoria.

#### 4.2.2. ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2003

Paralelo al referendo cursado en el Congreso de la República en 2003, se aprobó el Acto Legislativo 1 de 2003, el cual modificó el artículo 109 de la Constitución Política e introduce una nueva causal de pérdida de investidura que a la letra dice: «Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, **la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo.** La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto [...]»

Una vez más se prueba con esta reforma constitucional, el interés que ha existido por parte de los miembros de esta corporación por crear nuevas causales de pérdida de investidura que permitan un mayor control ciudadano sobre la labor legislativa de los integrantes del Congreso.

#### 4.2.3. LEY 1475 DE 2011 “POR LA CUAL SE ADOPTAN REGLAS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS, DE LOS PROCESOS ELECTORALES Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”

La Ley estatutaria 1475 de 2011 introduce importantes reformas al régimen de partidos y movimientos políticos establecido por la Ley 130 de 1994. La reforma está dirigida a hacer que las organizaciones políticas se organicen democráticamente y ajusten sus estatutos internos a principios de participación, igualdad, pluralismo, equidad e igualdad de género, transparencia y moralidad, dentro de lo cual el tema del financiamiento de las campañas políticas, entendiéndose por ello no solo los ingresos, sino también los gastos y todo lo referente a la administración de los mismos, prohibiciones y responsabilidades resultantes de ello, fue minuciosamente desarrollado mediante dicha ley.

La Ley pretende garantizar que:

1. Las organizaciones políticas sean más representativas e incluyentes, mediante adecuados mecanismos democráticos internos y la reglamentación de las consultas internas o interpartidistas.
2. Las estructuras partidistas sean más responsables frente a las actuaciones de sus miembros y candidatos, estableciendo responsabilidades y regímenes de sanciones para los partidos y sus directivas.
3. Existan mayores niveles de transparencia en el manejo de los recursos y en el ejercicio político, a través de una nueva reglamentación sobre el financiamiento de campañas electorales y rendición de cuentas.

En relación con la violación de los topes o límites de ingresos y gastos de las campañas electorales, establece:

### CAPÍTULO III. RÉGIMEN SANCIONATORIO

ARTÍCULO 8o. RESPONSABILIDAD DE LOS PARTIDOS. Los partidos y movimientos políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o **financiación**, así como por las conductas de sus directivos consideradas como faltas en el artículo 10 de la presente ley.”

ARTÍCULO 10. FALTAS. Constituyen faltas sancionables las siguientes acciones u omisiones imputables a los directivos de los partidos y movimientos políticos:

[...]

3. Permitir la financiación de la organización y/o la de las campañas electorales, con fuentes de financiación prohibidas.

**4. Violar o tolerar que se violen los topes o límites de ingresos y gastos de las campañas electorales.**

[...]

### CAPÍTULO II. DE LA FINANCIACIÓN DE LAS CAMPAÑAS ELECTORALES.

ARTÍCULO 20. FUENTES DE FINANCIACIÓN. Los candidatos de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos inscritos a cargos o corporaciones de elección popular, podrán acudir a las siguientes fuentes para la financiación de sus campañas electorales:

1. Los recursos propios de origen privado que los partidos y movimientos políticos destinen para el financiamiento de las campañas en las que participen.

2. Los créditos o aportes que provengan del patrimonio de los candidatos, de sus cónyuges o de sus compañeros permanentes, o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad.

3. Las contribuciones, donaciones y créditos, en dinero o en especie, que realicen los particulares.

4. Los créditos obtenidos en entidades financieras legalmente autorizadas.

5. Los ingresos originados en actos públicos, publicaciones y/o cualquier otra actividad lucrativa del partido o movimiento.

6. La financiación estatal, de acuerdo con las reglas previstas en esta ley.

ARTÍCULO 21. DE LA FINANCIACIÓN ESTATAL PARA LAS CAMPAÑAS ELECTORALES. Los partidos y movimientos políticos y grupos de ciudadanos que inscriban candidatos, tendrán derecho a

financiación estatal de las correspondientes campañas electorales, mediante el sistema de reposición de gastos por votos válidos obtenidos, siempre que obtengan el siguiente porcentaje de votación:

En las elecciones para corporaciones públicas tendrán derecho a financiación estatal, cuando la lista obtenga el cincuenta (50%) o más del umbral determinado para la respectiva corporación.

En las elecciones para gobernadores y alcaldes, cuando el candidato obtenga el cuatro por ciento (4%) o más del total de votos válidos depositados en la respectiva elección.

La financiación estatal de las campañas electorales incluirá los gastos realizados por los partidos y movimientos políticos y/o los candidatos.

PARÁGRAFO. El valor de reposición por voto válido obtenido por cada candidato o lista será incrementado anualmente por el Consejo Nacional Electoral teniendo en cuenta los costos reales de las campañas en cada circunscripción. Para efectos del cumplimiento de esta disposición, el Consejo Nacional Electoral con el apoyo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberá realizar periódicamente los estudios que correspondan.

ARTÍCULO 24. LÍMITES AL MONTO DE GASTOS. **Los límites de gastos de las campañas electorales a los distintos cargos y corporaciones de elección popular serán fijados por el Consejo Nacional Electoral** en el mes de enero de cada año, teniendo en cuenta los costos reales de las campañas, el correspondiente censo electoral y la apropiación presupuestal para la financiación estatal de las mismas.

Para efectos del cumplimiento de esta disposición, el Consejo Nacional Electoral con el apoyo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberá realizar periódicamente los estudios que correspondan con el objeto de garantizar que los límites al monto de gastos fijados reflejen el valor real de las campañas electorales.

El monto máximo de gastos se fijará por cada candidato a cargo uninominal o por lista de candidatos a corporaciones de elección popular. **En el caso de listas con voto preferente el monto máximo de gastos por cada uno de los integrantes de la lista será el resultado de dividir el monto máximo de gastos de la lista por el número de candidatos inscritos.** El Consejo Nacional Electoral señalará, adicionalmente, el monto máximo que cada partido o movimiento con personería jurídica puede invertir en la campaña electoral institucional a favor de sus candidatos o listas.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la presente ley, el Consejo Nacional Electoral y el

Ministerio de Hacienda realizarán el estudio base para la actualización de los costos reales de las campañas.

**ARTÍCULO 25. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS Y PRESENTACIÓN DE INFORMES.** Los recursos de las campañas electorales cuyo monto máximo de gastos sea superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales originados en fuentes de financiación privada serán administrados por los gerentes de campaña designados por los candidatos a los cargos uninominales y a las corporaciones públicas cuando se trate de listas con voto preferente. En los casos de listas cerradas el gerente será designado de común acuerdo por los candidatos o, en su defecto, por el partido, movimiento o comité promotor del grupo significativo de ciudadanos.

[...]

El Consejo Nacional Electoral **reglamentará el procedimiento para la presentación de informes de ingresos y gastos de las campañas**, en el que establecerá las obligaciones y responsabilidades individuales de los partidos, movimientos, candidatos o gerentes, el cual permitirá reconocer la financiación estatal total o parcialmente de acuerdo con los informes presentados. El procedimiento establecido deberá permitir determinar la responsabilidad que corresponde a cada uno de los obligados a presentar los informes, en caso de incumplimiento de sus obligaciones individuales.

Los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos presentarán ante el Consejo Nacional Electoral los informes consolidados de ingresos y gastos de las campañas electorales en las que hubiere participado dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la votación. Los gerentes de campaña y candidatos deberán presentar ante el respectivo partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos los informes individuales de ingresos y gastos de sus campañas dentro del mes siguiente a la fecha de la votación.

**PARÁGRAFO 1o.** Los informes que corresponde presentar a los partidos y movimientos políticos ante el Consejo Nacional Electoral se elaborarán con base en los informes parciales que les presenten los gerentes y/o candidatos, de conformidad con la reglamentación a que se refiere el artículo anterior. Dichos informes incluirán el manejo dado a los anticipos y los demás gastos realizados con cargo a los recursos propios.

**PARÁGRAFO 2o.** Los partidos políticos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos, designarán un grupo de auditores, garantizando el cubrimiento de las diferentes jurisdicciones, que se

encargarán de certificar, durante la campaña, que las normas dispuestas en el presente artículo se cumplan.

**ARTÍCULO 26. PÉRDIDA DEL CARGO POR VIOLACIÓN DE LOS LÍMITES AL MONTO DE GASTOS.** La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales, se sancionará con la pérdida del cargo, así:

1. **En el caso de candidatos elegidos a corporaciones públicas se seguirá el procedimiento de pérdida de investidura definido en la Constitución y la ley.**

2. En el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el procedimiento para declarar la nulidad de la elección. En este caso el término de caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos.

Una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo.

#### **4.2.4. SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL C-490 DEL 23 DE JUNIO DE 2011**

Mediante la cual la Corte Constitucional realizó la revisión automática de constitucionalidad del Proyecto de Ley estatutaria No. 190/10 Senado - 092/10 Cámara, “por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones” (Posterior Ley 1475 de 2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en los artículos 153 y 241, numeral 8, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, en relación con la pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos establecido en el Artículo 26 del proyecto de la Ley Estatutaria, realizó el siguiente análisis:

84. El inciso séptimo del artículo 109 de la Constitución Política consagra que “[p]ara las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los toques máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto”. (Resalta la Sala)

A partir de este precepto constitucional se derivan las siguientes implicaciones normativas: (i) que la violación de los toques máximos de

financiación de las campañas, que haya sido debidamente comprobada, acarreará la sanción de la pérdida de la investidura o del cargo; y (ii) que mediante ley podrán determinarse otras sanciones por violación de los mandatos constitucionales contenidos en el artículo 109 Superior.

El fallo hace inicialmente un recuento de pronunciamientos que ya previamente había realizado la Corte Constitucional respecto de las sanciones y la nueva causal de pérdida de investidura introducida desde el Acto Legislativo 1 de 2003 y continúa.

85. El tema relativo a las sanciones por la violación de topes o límites de gastos o financiación de las campañas políticas y electorales, ha merecido algunos pronunciamientos por parte de esta Corporación.

85.1 Este asunto fue estudiado por esta Corporación en la sentencia C-1153 de 2005, en la que se planteó:

“la Corte considera apropiado que se ordene la devolución total o parcial de los dineros de la campaña en caso de superación de topes, obviamente, entendida dicha facultad sancionatoria dentro de los límites proporcionales, pues no podría considerarse que la superación de los topes en niveles menores produzca la obligación de devolver todos los aportes hechos.

[...]

En efecto, **siendo la sanción más severa de cuantas consagra el artículo en mención, es entendible y razonable que el candidato elegido a la presidencia sólo pueda ser objeto de pérdida del cargo por afrenta gravísima contra el régimen de la financiación de las campañas.** Aunque, como es lógico, el Congreso determinará la gravedad de la falta, el principio de proporcionalidad impone que la sanción allí prevista no sea aplicada sino por agresiones de magnitud significativa contra el régimen de financiación de campañas” (negrillas de la Sala).

85.2. De otra parte, en la sentencia C-141 de 2010, la Corte precisó que el establecimiento de sanciones para el candidato o el partido político debido al incumplimiento respecto del monto de recursos de una campaña electoral o del deber de rendir cuentas o balances al término de las elecciones, es válido constitucionalmente y se origina en la concreción del principio de transparencia.

A este respecto dijo la Corte: “[E]l principio de transparencia en materia electoral apunta al establecimiento de instrumentos encaminados a determinar con precisión el origen, la destinación, al igual que el monto de los recursos económicos que soportan una

determinada campaña electoral. De allí que las diversas legislaciones establezcan el deber de rendir cuentas o balances al término de las elecciones, e igualmente, prevean diversas sanciones, bien sean para el candidato o partido político, que incumplan tal deber o que superen los montos máximos autorizados.”

Así mismo, la Corte consideró en ese pronunciamiento, que el establecimiento de sanciones se deriva **del deber de cumplir con unos montos máximos de gastos para las campañas electorales**, lo cual a su vez se encuentra estatuido, como se indicó en apartado anterior, **para garantizar el principio de igualdad y pluralismo político en las campañas políticas y electorales**.

86. Con fundamento en lo expuesto, concluye la Sala que el artículo bajo estudio, en tanto prevé sanciones por incumplimiento de los montos máximos de gastos en las campañas es plenamente constitucional por las siguientes razones:

86.1. El artículo 26 del Proyecto regula lo concerniente a la posibilidad de sanción con pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos: (i) para los candidatos elegidos a corporaciones públicas, de conformidad con los procedimientos establecidos por la Constitución y la ley; (ii) para los alcaldes y gobernadores, a través del procedimiento para declarar la nulidad de la elección previsto por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y la fijación del término de caducidad contado a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos; y (iii) dispone la obligación por parte del CNE, una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, de presentar ante la autoridad competente, la correspondiente solicitud de pérdida del cargo.

86.2. Estas medidas se ajustan plenamente a lo dispuesto por el inciso séptimo del artículo 109 de la Constitución Política que consagra expresamente que (i) la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, que haya sido debidamente comprobada, acarreará la sanción de la pérdida de la investidura o del cargo; y (ii) mediante ley, podrán determinarse otras sanciones por violación de los mandatos constitucionales contenidos en el artículo 109 Superior.

Por tanto, las sanciones estatuidas por el Legislador debido a la violación del límite al monto de gastos autorizados por la ley, constituye para la Corte un claro desarrollo del expreso mando constitucional, contenido en el artículo 109 Superior. En todo caso,

estas sanciones, deberán adoptarse con plena garantía de los principios, valores y derechos constitucionales, tales como el respeto del debido proceso, entre otros derechos, así como ser razonables y proporcionales. Encuentra la Sala que en este caso, estos criterios constitucionales para la imposición de sanciones se encuentran plenamente salvaguardados, ya que la norma prevé que las sanciones se impondrán (i) de conformidad con los procedimientos establecidos por la Constitución y la ley para los candidatos elegidos a corporaciones públicas; (ii) de acuerdo con el procedimiento contencioso administrativo respectivo para el caso de los alcaldes y gobernadores; y (iii) que se iniciarán a través de la solicitud de pérdida del cargo que deberá presentar el Consejo Nacional Electoral, una vez haya sido establecida la violación de los límites al monto de gastos.

86.3. Finalmente, encuentra la Sala que esta disposición se ajusta plenamente a las reglas jurisprudenciales que sobre la imposición de sanciones por la violación de topes o límites de gastos o financiación de las campañas políticas y electorales, ha desarrollado esta Corporación, en cuanto (i) ha avalado la constitucionalidad de sanciones que van desde la devolución total o parcial de los dineros de la campaña, hasta las más graves, **tales como la pérdida de la investidura** o del cargo; (ii) ha aclarado que estas sanciones se pueden imponer tanto al candidato como al partido; y (iii) se encuentran dirigidas a garantizar los principios de transparencia y de moralidad pública en el manejo de la financiación de las campañas electorales.

Por consiguiente, con base en las razones expuestas, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 26 del Proyecto de Ley Estatutaria. (Destacados nuestros).

La Constitución de 1991, en el artículo 109, tuvo en consideración los costos que demanda cualquier campaña electoral para aspirar a un cargo de elección popular y también de los riesgos de aportes ilegales que pueden penetrar a las mismas y por ello, estableció unas restricciones en materia de financiación de dichas justas y en tal sentido determinó reglas para: (i) indicar quiénes podrían financiar las campañas; (ii) de qué forma el Estado aportaría para subvencionar esos gastos; (iii) la fijación de topes o límites de gastos para dichas campañas electorales y (iv) las sanciones por violar esos topes de financiación. Pues bien, la regulación de las limitaciones anteriores quedó finalmente determinada en la Ley 1475 de 2011.

De este modo y en lo que concierne con los topes de financiación de campañas, se tiene que es al Consejo Nacional Electoral, al que corresponde en enero de cada año y mediante acto administrativo, determinar cuál es el límite máximo de gastos en el que

puede incurrir un candidato a un cargo de elección popular para asumir los gastos de su aspiración. Ahora bien, la autoridad electoral debe sustentar la fijación de ese tope o límite de gasto con base en un estudio que debe corresponder necesariamente con el costo real de las campañas electorales. Pues bien, será entonces ese tope, dependiendo del cargo de elección popular al que se aspira (congresista, alcalde, concejal, etcétera) el que determinará el alcance de la prohibición constitucional de no superar ese techo de financiación.

Ahora bien, es importante aclarar que la prohibición de superar los topes de financiación de las campañas electorales y las sanciones previstas por desatenderla, no solo resultan aplicables a los candidatos a las corporaciones públicas como el Congreso de la República (senadores y representantes a la Cámara), las asambleas departamentales o los concejos municipales, sino que también se extienden a los gobernadores y alcaldes, quienes igualmente pueden perder su empleo si exceden los límites fijados por la autoridad electoral.

De otro lado, la pérdida de investidura es un breve proceso judicial que puede iniciar cualquier persona, sin contar con abogado, que se tramita ante el Consejo de Estado, tratándose de demandas en contra de los congresistas, o ante los tribunales administrativos, en el caso de diputados o concejales, en el que se les juzga y, si se les halla culpables de superar el tope de financiación, se verán abocados a la pérdida intemporal del derecho político a aspirar a cargos de elección popular, conocida comúnmente como la “muerte política”. Lo anterior significa que a quien se le decreta la pérdida de investidura no podrá jamás aspirar a un cargo de elección popular, que es una pena perpetua.

En este orden de ideas, si se comprueba que un candidato que es elegido a un cargo de elección popular superó el tope de financiación de campañas, con base en los límites fijados por el Consejo Nacional Electoral, puede verse sometido a la pérdida de investidura, si es miembro de una corporación pública como congresista, diputado o concejal, o a la pérdida del empleo público, tratándose de gobernadores y de alcaldes. Ahora bien, solo para los primeros se generará la muerte política, esto es, no poder aspirar jamás a un cargo de elección popular.

#### **4.2.5. LEY 1881 DE 2018 “POR LA CUAL SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO DE PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS, SE CONSAGRA LA DOBLE INSTANCIA, EL TÉRMINO DE CADUCIDAD, ENTRE OTRAS DISPOSICIONES”**

Se trata de la doble instancia para el proceso de pérdida de investidura que, hasta ahora, era de una sola instancia. Es decir que, en su caso, las decisiones tomadas por las altas cortes no tenían posibilidad de apelación, lo cual dio pie a discusiones sobre una posible violación a las garantías que constituyen el derecho fundamental al debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la norma superior.

El Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el artículo 186 de la Constitución Política de 1991, parece ser la base jurídica de la implementación legal de la nueva norma. Esto porque en la reforma anotada se creó para aforados una segunda instancia constitucional en materia penal y tenía poco sentido seguir manteniendo la única instancia para el proceso de pérdida de investidura. Por lo tanto, la Ley 1881 de 2018, si bien mantiene las causales de pérdida de investidura, transforma el procedimiento ante el Consejo de Estado de única a doble instancia, la primera de ellas que se surte ante la Sala Especial de Decisión de Pérdida de Investidura y la segunda ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

La Ley 1881 de 2018 ajusta el ordenamiento jurídico colombiano a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen la doble instancia como una garantía judicial en todos los procesos. Que esto se haya realizado parece apenas lógico dentro del desarrollo de un bloque de constitucionalidad, donde los tratados internacionales tienen la misma validez del ordenamiento jurídico interno, armonizados, claro está, dentro de los principios constitucionales del país establecidos en la Asamblea Constituyente y posteriormente analizados y sustentados por el ejercicio hermenéutico de la Corte Constitucional, organismo encargado de la interpretación y defensa de la Constitución de 1991.

#### **4.2.6. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Si bien es cierto la figura de la pérdida de investidura tiene consagración constitucional y es considerada una acción de tal carácter, ha tenido múltiples desarrollos legales como lo hemos expuesto y, comoquiera que el trámite procesal de la misma le ha sido asignado a la jurisdicción contencioso administrativo, encontramos que se encuentra consagrada dentro del capítulo de medios de control previsto en el CPACA:

Artículo 143. Pérdida de investidura.- A solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano y por las causas establecidas en la Constitución, se podrá demandar la pérdida de investidura de congresistas.

Igualmente, la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental, del Concejo Municipal, o de la junta administradora local, así como cualquier ciudadano, podrá pedir la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles.

## 5. CARACTERÍSTICAS JURISPRUDENCIALES DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA: ELEMENTOS DE LA MISMA

La Corte Constitucional<sup>162</sup> señaló que la pérdida de investidura es una acción pública de carácter sancionatorio prevista en la Constitución y la ley, que tiene como finalidad castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas consideradas reprochables por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia 254A /2012<sup>163</sup> del 29 de marzo de 2012, sentó la definición de la acción de pérdida de investidura, indicando:

La pérdida de investidura es una sanción de carácter disciplinario de características especiales que la distinguen de otros regímenes de responsabilidad de los servidores públicos, así como también, de los procesos penales, electorales, de responsabilidad fiscal, e incluso del proceso disciplinario realizado por la administración pública. En este sentido, esta Corporación ha señalado en reiterada jurisprudencia la especial naturaleza de esta acción: “Sobre la naturaleza de esta figura la jurisprudencia constitucional ha señalado que se trata de “un verdadero juicio de responsabilidad política que culmina con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario” por la trasgresión del estricto código de conducta previsto para los miembros de las corporaciones representativas. Consiste por lo tanto en un proceso jurisdiccional, de carácter sancionatorio, el cual culmina –en el caso que se comprueba la trasgresión de una de las causales legalmente previstas- con la imposición de una sanción que constituye una sanción equiparable, por sus efectos y gravedad, a la destitución de los altos funcionarios públicos”. Similar postura tiene el Consejo de Estado, el cual también ha resaltado el carácter punitivo disciplinario especial de la pérdida de investidura: “Como se ha dicho en varias ocasiones, la acción de pérdida de investidura es una acción de tipo punitivo, especial, de carácter disciplinario que tiene por objeto general el de favorecer la legitimidad del Congreso de la República mediante la finalidad específica de sancionar conductas contrarias a la transparencia, a la probidad y a la imparcialidad en que pudieran en un momento dado incurrir los congresistas.

<sup>162</sup> Sentencia SU-426 de 2016, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>163</sup> Expediente D-8676, magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 144 de 1994.

Lo anterior fue concretado mediante la sentencia SU-424 de 2016, en la que la Corte Constitucional sostuvo que el proceso de pérdida de investidura se adelanta en virtud del ius puniendi estatal, y por ende, la sanción que conlleva afecta de forma definitiva el derecho a ser elegido y a participar en la conformación del poder político, razón por la cual le son aplicables los principios que gobiernan los procesos sancionatorio y penal, esto es, legalidad, debido proceso, pro homine, in dubio pro reo, favorabilidad, culpabilidad, presunción de inocencia y non bis in ídem, de modo que el juicio de responsabilidad que realiza el juez de lo contencioso administrativo no puede ser de carácter objetivo, ya que exige el análisis de la conducta del afectado desde el punto de vista del dolo o la culpa.

Por su parte, el Consejo de Estado ha establecido que en materia de pérdida de investidura las conductas sancionables deben estar plenamente determinadas en la Constitución Política o en la ley, con el objeto de excluir cualquier tipo de arbitrariedad en la aplicación de los supuestos fácticos y normativos que realice el juez, quien deberá estar siempre sometido al espectro conductual fijado por la literalidad de la prohibición o circunstancia causante de la pérdida de investidura.

Es así como en el proceso de pérdida de investidura se deben aplicar las garantías constitucionales del **debido proceso**, en particular en cuanto se refiere a la observancia de los principios pro homine, in dubio pro reo, de legalidad, que implica que las causales son taxativas, de interpretación restrictiva y no hay lugar a aplicar normas por analogía, **razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad**. Lo anterior, según lo establecido por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de marzo de 2010<sup>164</sup>.

Al respecto es importante resaltar que el juicio de responsabilidad que se realiza en el marco de la pérdida de investidura no puede ser considerado de ninguna manera como un juicio de responsabilidad objetiva; por el contrario, conforme con la jurisprudencia de las altas cortes<sup>165</sup>, una vez verificada la configuración del elemento objetivo de tipicidad se debe proceder al estudio del elemento subjetivo que comprende el juicio de culpabilidad<sup>166</sup>.

No obstante lo anterior es importante resaltar el papel que cumple para la democracia en nuestro Estado constitucional de derecho, la función electoral, principalmente como parte esencial de esta **la financiación de las campañas electorales**, por lo tanto, en esta clase de procesos de carácter sancionatorio y principalmente cuando se invocan como sustento de las pretensiones las causales dispuestas en los artículos

<sup>164</sup> Número único de radicación 110010315000200900198-00(PI).

<sup>165</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU 424 de 2016.

<sup>166</sup> En criterio de la Corte Constitucional «[...] atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión [...]».

109, inciso séptimo<sup>167</sup>, de la Constitución Política y 26<sup>168</sup> de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011<sup>169</sup>, que se refiere a la «[...] violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada [...] y [...] pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos [...]», exigen un cierto rigorismo probatorio, al tratarse de hechos que afectan directamente valores de la democracia, como la transparencia electoral, la pluralidad e igualdad respecto de la participación en política, entre otros. Por ello, en los procesos sancionatorios como los de desinvestidura, la actividad probatoria no solo compete a los extremos procesales, sino que también, como en los demás procesos adelantados ante el contencioso administrativo, se despliega de manera oficiosa al considerarse necesaria.

De allí la importancia precisamente del proceso aquí analizado, pues en este se realizó un verdadero esfuerzo probatorio por parte del magistrado ponente y a petición, como se verá más adelante, de la intervención realizada por el ministerio público, no dejando la carga probatoria solo en cabeza del demandante.

En este contexto es importante resaltar que dadas las características propias del proceso sancionatorio de desinvestidura y ante todo la finalidad de proteger la democracia como eje fundamental del Estado constitucional y social de derecho, la actividad oficiosa por parte del juez natural es sumamente importante, máxime cuando de esta depende nutrir probatoriamente un proceso, permitiendo así que la decisión final se fundamente en hechos probados y no en simples suposiciones, o a que queden en la impunidad conductas reprobables por no hacer una debida labor probatoria.

<sup>167</sup> «[...] ARTICULO 109. <Artículo modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Estado concurrirá a la financiación política y electoral de los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley. [...] Para las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto [...]».

<sup>168</sup> «[...] ARTÍCULO 26. PÉRDIDA DEL CARGO POR VIOLACIÓN DE LOS LÍMITES AL MONTO DE GASTOS. La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales, se sancionará con la pérdida del cargo, así:

1. En el caso de candidatos elegidos a corporaciones públicas se seguirá el procedimiento de pérdida de investidura definido en la Constitución y la ley.
2. En el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el procedimiento para declarar la nulidad de la elección. En este caso el término de caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos.

Una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo [...]».

<sup>169</sup> “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

## 6. ANÁLISIS CASO CONCRETO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN A LOS TOPES DE GASTOS DE CAMPAÑAS POLÍTICAS: PROCESO NO. 110010315000201801294

### 6.1. SOLICITUD DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA: CAUSAL INVOCADA

El señor Elvis Alberto López Sánchez, actuando en nombre propio y en su condición de abogado, ejerció el medio de control de pérdida de investidura establecido en el artículo 143 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 183 de la Constitución Política, en contra de la señora Aída Merlano Rebolledo, elegida para el período legislativo 2014 – 2018, como Representante a la Cámara avalada por el partido Conservador colombiano por la circunscripción de Atlántico, y actualmente al participar en los comicios electorales del 11 de marzo de 2018 como candidata al Senado por la misma colectividad política, resultando electa con una votación equivalente de 73.250 sufragios a su favor.

Fundamentó las pretensiones de la demanda en la causal prevista en el inciso 7° del artículo 109 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo No 1 del 2009, el cual indica: «[...] Para las elecciones que se celebren a partir del presente Acto Legislativo, la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobadas será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo». La anterior norma tiene concordancia con la Ley 1475 de 2011, artículo 26 que regula la pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos, que estipula: «La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales, se sancionará con la pérdida del cargo, así: 1. En el caso de candidatos elegidos a corporaciones públicas se seguirá el procedimiento de pérdida de investidura definido en la Constitución y la ley [...]».

Al respecto, mencionó el actor que la señora Aída Merlano Rebolledo tenía para su campaña al Senado de la República un presupuesto desbordante de seis mil doscientos sesenta y ocho millones novecientos treinta mil pesos m/l, según informe de prensa rendido por la Fiscalía, de los cuales en el registro de allanamiento realizado el 11 de marzo de la presente anualidad, la Fiscalía General de la Nación encontró doscientos sesenta y ocho millones novecientos treinta mil pesos m/l en efectivo, guardados en un cuarto de su sede de campaña.

Por lo anterior, concluyó el solicitante que la señora Aída Merlano Rebolledo superó de forma exorbitante el tope permitido de gastos fijado para los candidatos al Senado, mediante la Resolución No 2796 del 8 de noviembre de 2017 proferida por el Consejo Nacional Electoral, de ochocientos ochenta y cuatro millones ciento treinta y dos mil sesenta y tres pesos con catorce M/L.

## 6.2. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mediante concepto del ministerio público No 124 del 16 de agosto de 2018, se solicitó decretar la pérdida de investidura de la señora Aída Merlano Rebolledo, en calidad de senadora de la República electa para el período legislativo 2018 – 2022, al encontrar debidamente configurada la causal invocada por el actor y prevista en el artículo 109 de la Constitución Política, con el material probatorio obrante, al cual se solicitó darle plena validez dentro del expediente, pues si bien no habían sido aportadas por el demandante, si habían sido pruebas recaudadas en debida forma por la Fiscalía, y aunque hacían parte de un proceso penal, en el cual, apenas estaban siendo controvertidas, ello no era razón para subestimarlas o negarles valor probatorio, siempre que se cumpliera con los requisitos de la prueba trasladada y que se garantizara el principio de contradicción de la misma en este proceso, adicionalmente concurrían los demás elementos necesarios para la configuración de la causal.

Se encontró en el expediente debidamente probada la calidad de congresista que ostentaba la demandada, en el momento de la radicación de la demanda de pérdida de investidura, de acuerdo con la certificación expedida por el Secretario General del Congreso, así como también la suspensión del cargo ordenada por el Procurador General de la Nación dentro del proceso disciplinario que se adelantó en su contra, la cual fue impuesta mediante la Resolución No 0682 del 09 de abril de 2018<sup>170</sup>.

Igualmente, luego de hacer un análisis detallado a cada una de las piezas probatorias allegadas al expediente y recaudadas mediante la diligencia de allanamiento que se adelantó el 11 de marzo de 2018, durante el registro efectuado al Comando Central de la Campaña al Senado de la señora Aída Merlano Rebolledo, determinó este despacho del ministerio público que la inversión efectuada hasta ese momento en la campaña al Senado de la República de la demandada ascendía al valor de mil seiscientos sesenta y siete millones ochocientos cincuenta y tres mil ochocientos pesos (\$1.667.853.800); suma que supera evidentemente el tope máximo permitido mediante la Resolución 2797 del 8 de noviembre de 2017, por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral estableció el tope máximo de financiamiento de las campañas al Senado de la República.

Por supuesto que esa labor probatoria no fue tarea sencilla, pues fue muchísimo el material probatorio incautado durante la diligencia, más de 30 cajas con pruebas documentales, por lo que se tuvo que hacer un análisis casi que documento por documento, primero para establecer a qué tipo de gastos hacía referencia, si era suficientemente descriptivo del gasto y de su monto, pues algunos documentos resultaban confusos o no tenían clara la indicación a qué tipo de gasto correspondía, y segundo determinar si el gasto que constaba en el documento podía ser constitutivo de un gasto de campaña electoral, pues en nuestro ordenamiento jurídico no existe una enumeración taxativa de cuáles son dichos gastos, más allá de unos formatos que

---

<sup>170</sup> Certificación del Congreso de la República, del 07 de mayo de 2018.

el CNE ha establecido para efectos de rendición de cuentas, de tal suerte que fue con base en dichos formularios como fuimos depurando la amplísima documentación allegada al expediente, para determinar con certeza la cifra de gastos indicada anteriormente.

Como podremos ver a lo largo de este estudio, ninguna de las cifras establecidas como gastos de campaña ni por el ministerio público ni por el fallo de primera y segunda instancia, coincide en los montos, incluso el de la Sala Plena está muy por encima de la cifra establecida por la Delegada lo cual llama la atención sobre la necesidad de que se establezca con mayor precisión por parte del CNE cuáles son dichos gastos y cómo deben los mismos soportarse.

No obstante lo anterior, lo cierto es que sí se pudo determinar a ciencia cierta luego de una exhaustiva labor de depuración<sup>171</sup>, que los gastos de la campaña excedieron el tope fijado por el Consejo Nacional Electoral para la campaña al Senado de 2018.

Asimismo, se evidenció el no cumplimiento del deber legal que le asiste a la demandada al no haber presentado el informe individual de ingresos y gastos de su campaña al Senado, situación que compone un indicio más de la superación de los topes, además de constituir una transgresión al principio de transparencia electoral, pues el rendir un informe detallado del financiamiento de la campaña es un elemento central para poder garantizar dicha transparencia. Aspectos que incluso hoy en día tienen consecuencias penales establecidas en la Ley 1864 de 2017, por tanto, la rendición de cuentas no es algo accesorio o secundario, sino el centro mismo de la garantía de transparencia electoral, el cual no se puede pasar por alto.

En este sentido el ministerio público advirtió que en materia de violación de topes de campaña, el informe de gastos presentado por el candidato **no puede ser la prueba reina de la vulneración de topes**, como hasta el momento de manera errónea, o al menos ingenua, lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia, pues dicha presentación de cuentas es fácilmente maleable, al ser un documento que proviene del mismo implicado, siendo bastante improbable que el mismo se constituya en una autoincriminación.

Por cuanto generalmente son informes maquillados, que no representan la realidad financiera de la campaña, esa es una deficiencia grande de nuestra ley electoral que ojalá sea pronto corregida, de allí que para probar la vulneración de topes de campaña, necesario es acudir a otras fuentes probatorias que permitan confrontar la realidad del informe de gastos, lo cual resulta inocuo si se le da valor de plena prueba al informe

---

<sup>171</sup> Para mayor comprensión ver Concepto 124 del 16 de agosto de 2018 de la Procuraduría 4ta Delegada ante el Consejo de Estado. Páginas 18 a 31.

de gastos, como sucedió en reciente fallo del Consejo de Estado en proceso de pérdida de investidura con radicado No **11001031500020150102 00**<sup>172</sup>.

En el presente caso, no obstante que no se aportó el informe de gastos como prueba, pues este nunca fue presentado por la demandada, sí se contaba con un amplísimo material probatorio que daba cuenta clara de los gastos de la campaña y que ofrecían total confiabilidad, pues no eran meras conjeturas o fotografías de redes sociales o informes de terceros, o testigos de oídas, ni siquiera presenciales, sino ni más ni menos que la documentación financiera, los contratos, recibos de caja, etcétera, encontrados en la propia sede de campaña de la candidata el mismo día de los comicios mediante diligencia de allanamiento realizada por la Fiscalía, previa labor de inteligencia y seguimiento de varios días, mantenidos en debida cadena de custodia por el propia Fiscalía General de la Republica.

Sobre este particular, es interesante la interpretación que la Sala hace en el juicio de segunda instancia sobre la ausencia de dicho informe de gastos, pues sostiene que aun en el supuesto de haberlo presentado, dicho informe hubiera resultado irrelevante como medio de defensa, pues no podía menos que registrar los gastos mismos encontrados en el allanamiento.

Conforme las consideraciones realizadas, la Procuraduría General de la Nación en su función de garantizar la eficacia del derecho de acción y en representación de los intereses de la sociedad, al encontrar la causal de pérdida de investidura invocada, acreditada dentro del plenario, y al no requerir autoridad distinta, judicial o administrativa, que haya realizado con antelación la verificación de los supuestos que la configuran, por lo que no está condicionada a que el Consejo Nacional Electoral concluya a través de un acto administrativo que se violaron los montos máximos de financiación de campañas, sumado a la no presentación del informe de gastos financieros por parte de la campaña, como consta en el formulario 5B, solicitó la prosperidad de las pretensiones invocadas por el demandante.

### **6.3. LABOR PROBATORIA OFICIOSA DEL CONSEJERO PONENTE EN PRIMERA INSTANCIA.**

En este punto es importante resaltar la labor probatoria de oficio realizada por el consejero ponente en primera instancia Dr. Carlos Alberto Zambrano, quien en uso de sus facultades desplegó la actividad probatoria oficiosa al considerar necesario nutrirlo un poco más en cuanto a las medidas establecidas por la normatividad aplicable frente a la administración de los recursos de las campañas electorales, lo que conlleva a la obligatoriedad en la presentación de informes por parte de los candidatos respecto a los dineros que ingresan a su campaña, la suma invertida y el destino que se

---

<sup>172</sup> Sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sala Plena Conejera Ponente Dra. Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez, del 23 de febrero de 2016, demandante Luisa Fernanda Escobar García, demandado Marco Sergio Rodríguez Merchán

les da, lo anterior, conforme lo establecido en el artículo 25 (inciso final y párrafo 1) de la Ley 1475 de 2011.

En atención a lo ordenado por el magistrado ponente, al expediente se aportó oficio CNE-FNFP-2114 suscrito el 31 de mayo de 2018 por el Asesor del Fondo de Financiación Política del Consejo Nacional Electoral, mediante el cual informa que: «i) una vez verificado el software aplicativo “Cuentas Claras” en relación con la campaña electoral al Congreso de la República de la señora Aida Merlano Rebolledo [...] no registra información alguna en relación con el informe Individual de Ingresos y Gastos de la Campaña de la citada candidata [...]»; y ii) el auditor interno del partido que avaló la candidatura de la demandada certificó que la señora Aída Merlano Rebolledo no cumplió «[...] con lo establecido en la respectiva normativa vigente, en relación a la presentación [del informe de rendición de cuentas conforme lo establecido en la Resolución núm. 3097 de 2013 del Consejo Nacional Electoral] a través del aplicativo y en forma física [...]». Como anexo, se allega la copia del “dictamen al informe integral de ingresos y gastos presentado ante el Fondo Nacional de Financiación Política” por el partido que avaló a la demandada y copia simple de los formularios 5B y 7-1B donde se evidencia la no presentación del informe supra.

La anterior prueba fue determinante para la decisión final que se adoptó dentro del proceso de pérdida de investidura adelantado, especialmente para determinar que la demandada no solo tenía conocimiento de los movimientos financieros realizados por su campaña política de cara a los comicios del 11 de marzo de 2018, en los que aspiraba, en representación del partido Conservador colombiano, a obtener una curul al Senado de la República, toda vez que la prueba documental en la que constan tales movimientos fue encontrada, precisamente, en su sede política, sino que, además, su renuencia injustificada a rendir el informe de ingresos y gastos de campaña, el incumplimiento del deber de nombrar el gerente de la misma, la omisión en la apertura de una cuenta bancaria para el manejo de los recursos y la falta de registro de los asientos contables en el "Módulo de Ingresos y Gastos" evidencian el propósito de ocultar el flujo de gastos de su campaña.

Por lo que, mediante fallo de primera instancia se concluyó que tal comportamiento quebranta la voluntad de los electores y debilita la democracia, en la medida en que la violación de los toques máximos de financiación por el excesivo gasto de las campañas produce un fuerte desequilibrio frente a candidatos que no cuentan con mayores recursos y que, por obvias razones, se encuentran en condiciones de desventaja ante el electorado.

De esta manera, y gracias a las probanzas que oficiosamente se decretaron en el proceso de desinvestidura analizado, se logró demostrar sin duda alguna, que la campaña política de la señora Aída Merlano Rebolledo al Senado de la República, para el período 2018 - 2022, vulneró los toques máximos de financiación electoral y ello se produjo con su aquiescencia, lo cual denotó un claro propósito de quebrantar el ordenamiento legal y con ello obtener un provecho para garantizar su elección al

Congreso de la República, como en efecto ocurrió, y sin que se demostrara causal de exoneración de responsabilidad, se profirió decisión el 3 de septiembre de 2018, decretando la pérdida de investidura, conforme el séptimo inciso del artículo 109 de la Constitución Política y el artículo 26, numeral 1 de la Ley 1475 de 2011, fallo que se confirmó en segunda instancia el 22 de octubre de 2019.

#### 6.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Veintitrés Especial de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado, mediante sentencia de 3 de septiembre de 2018, decretó «[...] la pérdida del cargo o investidura, como Senadora elegida, para el período constitucional 2018 – 2022, de la señora Aida Merlano Rebolledo [...]», con fundamento en la causal prevista en los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475, argumentando su decisión en que:

- Se encontró probado que la demandada recibió el aval de un partido político y que fue inscrita en la lista de 100 aspirantes de dicha colectividad, bajo la modalidad de voto preferente, para las elecciones al Senado de la República que se realizaron el 11 de marzo de 2018, para el período constitucional 2018 – 2022. Asimismo, consideró que, conforme con el artículo 24 de la Ley 1475 y el 1° de la Resolución número 2796 de 2017:

[...] ochenta y ocho mil cuatrocientos trece millones doscientos dieciséis mil trescientos catorce pesos (\$88.413.216.314) es el monto máximo de gastos de las campañas de cada una de las listas de candidatos inscritos al Senado de la República en la circunscripción nacional ordinaria, para el período constitucional 2018 – 2022, y que [...] teniendo en cuenta que [...] el partido conservador avaló e inscribió una lista de 100 candidatos a dicha Corporación, en la modalidad de voto preferente, es claro que ochocientos ochenta y cuatro millones ciento treinta y dos mil ciento sesenta y tres pesos con diez centavos (\$884.132.163,10) es el monto máximo de gastos que cada uno de ellos podía invertir en su campaña política, para los comicios electorales del 11 de marzo de 2018.

- Procedió posteriormente a la valoración de, entre otras, la prueba documental remitida por la Fiscalía General de la Nación, que corresponde a las pruebas obtenidas en la diligencia de allanamiento realizada el 11 de marzo de 2018, en la sede de la campaña de la demandada, ubicada en el Barrio El Golf del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, y concluyó que «[...] la campaña política [...] gastó, según la prueba documental acabada de referir, **cuando menos, \$1.730.052.356**, suma que no incluye los \$261.441.000 en efectivo que fueron encontrados por las autoridades el día en que se produjo el allanamiento a su sede de campaña, pues tal suma de dinero no alcanzó a ser gastada». En ese orden de ideas, concluyó que la campaña política de

la demandada superó el monto máximo de gastos fijado por la ley y que, en consecuencia, se configuraba el elemento objetivo de la causal de desinvestidura.

- **En relación con el elemento subjetivo**, señaló que: i) las pruebas allegadas al proceso fueron encontradas en la sede de campaña política de la demandada durante la diligencia de allanamiento realizada por la Fiscalía General de la Nación; en ese orden, concluye que la demandada estaba al tanto de lo que allí ocurría; ii) la demandada omitió, sin justificación alguna, presentar el informe individual de ingresos y gastos de su campaña política al Senado de la República para el período constitucional 2018 - 2022 y iii) el comportamiento de la demandada es reprochable desde todo punto de vista en la medida en que la violación de los topes máximos de financiación, por el excesivo gasto de las campañas, produce un fuerte desequilibrio frente a candidatos que no cuentan con mayores recursos y que se encuentran en condiciones de desventaja ante el electorado.

El Consejo de Estado decidió acceder a las pretensiones del actor en la solicitud de pérdida de investidura en primera instancia bajo el siguiente fundamento:

Las sumas acabadas de relacionar corresponden, principalmente, a retiros de cajeros electrónicos, pagos en efectivo y consignaciones bancarias realizadas a distintas personas, de modo que se desconoce el concepto exacto de tales operaciones; sin embargo, existen varios indicios, no desvirtuados por la demandada, que llevan a la Sala al convencimiento de que dichos montos corresponden a gastos realizados por la campaña de la señora Aida Merlano Rebolledo de cara a las elecciones al Senado de la República, para el período constitucional 2018 - 2022.

En efecto: i) la prueba documental en la que constan las referidas sumas de dinero fue encontrada en la sede de la campaña de la demandada, durante el allanamiento practicado por la Fiscalía, ii) la señora Merlano Rebolledo guardó silencio, no aportó prueba alguna al proceso y, por consiguiente, no controvertió el caudal probatorio que milita en el expediente, ni las imputaciones formuladas en su contra en torno a que su campaña al Senado de la República 2018 - 2022 sobrepasó abiertamente los topes de financiación electoral, iii) la demandada, como se verá adelante, omitió, sin justificación alguna, rendir el informe individual de ingresos y gastos de su campaña política al Senado de la República y iv) la Fiscalía General de la Nación practicó un allanamiento a la sede de su campaña, porque tenía información precisa conforme a la cual ese lugar estaba siendo utilizado presuntamente para la compra de votos, al punto que, como se vio, las autoridades encontraron allí elevadas sumas de dinero en efectivo, abundante prueba documental, material alusivo a las citadas elecciones del 11 de marzo de 2018 y se produjo la captura

de 5 personas, quienes, según dijo el organismo acusador, estarían comprometidas en dicha actividad ilícita (ver cd).

Resulta claro, entonces, que la campaña política de la señora Aida Merlano Rebolledo al Senado de la República, para el período constitucional 2018 - 2022, gastó, según la prueba documental acabada de referir, cuando menos, \$1.730.052.356, suma que no incluye los \$261.441.000 en efectivo que fueron encontrados por las autoridades el día en que se produjo el allanamiento a su sede de campaña, pues tal suma de dinero no alcanzó a ser gastada.

En consecuencia, para la Sala se encuentra demostrado, con los ya citados paquetes 1 a 33 atrás mencionados, que dicha campaña política superó el monto máximo de gastos fijado por la ley, esto es, \$884.132.163,10.

[...]

Pues bien, como puede verse, la demandada no sólo tenía conocimiento de los movimientos financieros realizados por su campaña política de cara a los comicios del 11 de marzo de 2018, en los que aspiraba -en representación del partido conservador colombiano- a obtener una curul al Senado de la República, toda vez que la prueba documental en la que constan tales movimientos fue encontrada, precisamente, en su sede política, sino que, además, su renuencia injustificada a rendir el informe de ingresos y gastos de campaña, el incumplimiento del deber de nombrar el gerente de la misma, la omisión en la apertura de una cuenta bancaria (para el manejo de los recursos) y la falta de registro de los asientos contables en el “Módulo de Ingresos y Gastos” evidencian el propósito de ocultar el flujo de gastos de su campaña.

No de otra manera se explica el hecho de que la demandada hubiera incumplido injustificadamente un mandato legal, como lo es la obligación de todo candidato de rendir su respectivo informe de ingresos y gastos de campaña, máxime teniendo en cuenta que la firma auditora Jahv McGregor S.A.S. le brindó capacitación, asesoría y acompañamiento permanente en el proceso de rendición de tales informes ante el Consejo Nacional Electoral y le pidió, insistentemente, que cumpliera con ese deber, pues, de lo contrario, se podía ver avocada a posibles sanciones (páginas 17 y 18); sin embargo, la señora Merlano Rebolledo no sólo hizo caso omiso de ello, sino que, además, no justificó dicho proceder.

- Bajo el anterior análisis, concluyó que «[...] las pruebas valoradas permiten establecer, sin duda, que la campaña política de la señora Aida Merlano Rebolledo al

Senado de la República, para el período 2018 – 2022, vulneró los toques máximos de financiación electoral y que ello se produjo con su aquiescencia, lo cual denota un claro propósito de quebrantar el ordenamiento legal y con ello obtener un provecho para garantizar su elección al Congreso de la República, como en efecto ocurrió [...]».

## 6.5. RECURSO DE APELACIÓN

Mediante apoderado judicial, la parte demandada, con memorial radicado el 18 de septiembre de 2018, ante la Secretaría General del Consejo de Estado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por la Sala Veintitrés Especial de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado, en primera instancia.

Posteriormente, mediante memoriales denominados sustentación recurso de apelación<sup>173</sup> y adición sustentación recurso de apelación<sup>174</sup>, radicados respectivamente el 26 y 27 de septiembre de 2018 ante la Secretaría General del Consejo de Estado, de un lado solicitó la nulidad de la actuación en primera instancia y del otro, sustentó el recurso de apelación contra la misma decisión, indicando:

- La parte demandada solicitó que se declare la nulidad de la actuación con fundamento en cuatro argumentos, a saber: i) por investigarse a una persona que padece de trastornos siquiátricos; ii) por desconocerse el principio de publicidad; iii) nulidad del traslado de los elementos materiales probatorios que sirvieron de sustento para la declaratoria de pérdida de investidura, por desconocimiento de los principios de publicidad, contradicción y defensa y iv) nulidad originada en el artículo 29 de la Constitución Política.
- La parte demandada, en el escrito denominado adición sustentación recurso de apelación” de 27 de septiembre de 2018, solicitó que «[...] [e]n caso de no prosperar las nulidades propuestas [...] se revoque la sentencia de primera instancia del 3 de septiembre de 2018, en donde se declaró la pérdida de investidura de la senadora elegida, para el periodo constitucional 2018 – 2022, señora Aída Merlano Rebolledo y en su lugar se absuelva de los cargos formulados, pues como se ha demostrado la misma actuó amparada en la causal de justificación (fuerza mayor) y su comportamiento está desprovisto de dolo y culpa [...]» (destacado fuera de texto).
- Argumentó que la omisión en que incurrió está justificada por una “fuerza mayor” debido a que «[...] toda la información relacionada con los gastos de financiación electoral de la Campaña política al Senado de la República para el periodo constitucional 2018 – 2022 de la señora Aida Merlano Rebolledo, fue incautada por la Fiscalía 17 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de la ciudad de Barranquilla Atlántico, el día 11 de marzo de 2018, así como el hecho de que

<sup>173</sup> Fls. 233 a 257.

<sup>174</sup> Fls. 258 a 266.

se capturara al Gerente y Contador de la Campaña desde esa misma fecha, sin tener la posibilidad física de poder presentar los aludidos informes y demás explicaciones que el H. Consejo de Estado ha reclamado en la sentencia [...]».

- La actividad que se le reclama no es un asunto de su exclusivo resorte sino del personal por ella contratado para esos menesteres porque se trata de documentos especializados que debe rendir su contador y gerente de campaña. Reitera que esos sujetos se encuentran privados de la libertad y los documentos o soportes fueron decomisados por la Fiscalía General de la Nación. En este orden de ideas, la parte demandada cuestiona: i) ¿de qué manera podía cumplir con su obligación de rendir los informes que se le reclaman no realizó si desde el mismo día de la elección, 11 de marzo de 2018, ya no los tenía en su poder? y ii) ¿cómo podría solicitar prórrogas o aplazamientos para la presentación de los informes si se encontraba privada de la libertad desde el 9 de abril de 2018?
- Indicó que la situación de fuerza mayor a que se vio expuesta la congresista demandada fue imprevisible e irresistible y le impidió cumplir con la entrega de los informes tanto al Consejo Nacional Electoral como al partido político en el cual milita y, entre otros, indicar el nombre del gerente de campaña.
- Conforme con la Ley 1881, se establece que el estudio de la pérdida de investidura debe contener el elemento subjetivo de dolo o culpa y que no se encuentra demostrado que la demandada haya vulnerado los topes máximos de financiación electoral de su campaña porque no ha tenido la oportunidad de dar explicaciones, aportar documentos, registros y libros contables. Señala, además, que no se puede afirmar que la demandada tenía conocimiento de que su campaña había vulnerado los topes máximos, si se tiene en cuenta que el manejo de dichos dineros estaba delegado en su gerente de campaña y en su contador y que «[...] deducir o presumir que ella sabía que se habían superado los tomes (sic) y quiso que eso sucediera, es una afirmación que no tiene soporte probatorio [...]».
- Finalmente, señaló que «[...] tampoco podría devenir la existencia de algún grado de “culpa”, pues frente a lo imposible e irresistible, como ya se analizó en párrafos superiores, no hay forma de señalar que [...] actuó con falta de diligencia o cuidado en la falta de presentación de sus informes, registros y demás aspectos que se le reprochan en la sentencia que se impugna [...]».

### 6.5.1. AUTO DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2018, QUE RESOLVIÓ SOLICITUD DE NULIDAD PRESENTADA POR EL APODERADO DE LA DEMANDADA

Además de presentar apelación al fallo que decretó la pérdida de investidura, el apoderado del extremo demandado solicitó se **declarara la nulidad de la actuación surtida dentro del trámite procesal**, invocando como sustento de su petición: i) que la demandada padecía de trastornos psiquiátricos; ii) que dentro del trámite procesal se desconoció el principio de publicidad y además solicitó iii) la nulidad del traslado de los elementos materiales probatorios que sirvieron de sustento para la declaratoria de pérdida de investidura, invocando un desconocimiento de los principios de publicidad, contradicción y defensa.

Posteriormente, el apoderado de la demandada presentó escrito aparte denominado adición sustentación recurso de apelación, solicitando al despacho de segunda instancia declarara la nulidad del fallo de primera instancia, argumentando que esta decisión desconoció el derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 Superior y 133 numeral 8 del Código General del Proceso.

#### A. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El ministerio público, mediante la Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, que actuó en segunda instancia, solicitó la nulidad de la petición elevada por el apoderado de la demandada. Al respecto, argumentó:

El dictamen médico que realizó el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses permite concluir con certeza que la demandada no estaba ni está imposibilitada para ejercer su defensa ni mucho menos se encontraba incapacitada mentalmente para designar un abogado que la representara en el proceso de pérdida de investidura que nos ocupa. Por lo tanto, advirtió frente a esta situación que no se le había vulnerado su derecho de contradicción y de defensa. Asimismo, que al revisar el expediente observó que la Secretaría General del Consejo de Estado le notificó personalmente el auto admisorio de la demanda el 15 de mayo de 2018, en la cárcel nacional de mujeres el Buen Pastor, por lo que la demandada tenía conocimiento del proceso de desinvestidura iniciado en su contra.

Agregó que, de existir alguna deficiencia en la notificación de las providencias proferidas en el proceso, no se encontraba probado que esta afectara una garantía fundamental o desconocido las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, dado que las decisiones que pretende atacar el apoderado de la demandada son de trámite y estas deben ser notificadas por estado y no personalmente.

Por último, señaló que las pruebas fueron decretadas y practicadas en debida forma, las cuales además fueron objeto de contradicción entre las partes procesales.

## B. DECISIÓN

El magistrado Hernando Sánchez Sánchez, en segunda instancia resolvió la solicitud de nulidad alegada por el apoderado del extremo demandado, mediante auto del 19 de diciembre de 2018, negando las peticiones, argumentando su decisión, conforme las siguientes consideraciones:

En cuanto al argumento alegado por el apoderado de la demandada, solicitando la nulidad debido a que presuntamente la señora Aída Merlano Rebolledo **padecía trastornos psiquiátricos**, encontró la Sala mediante el informe rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que contrario a la solicitud elevada por el apoderado de la demandada, **esta mantiene un juicio de realidad que le permite comprender, dar explicaciones, expresar sus expectativas e interpretaciones acerca de la condición legal en la que se encuentra inmersa y, en consecuencia, conserva su capacidad mental para comparecer ante las autoridades judiciales, rendir testimonio e, incluso, realizar actos que comprometan su responsabilidad como establecer preacuerdos.**

Adicionalmente, advirtió que a pesar de que la demandada no se pronunció durante la primera instancia, ni otorgó poder para el ejercicio de su defensa técnica, esta situación no puede ser considerada como un indicio de la situación psiquiátrica alegada en el escrito de nulidad, dado que la ley permite que los congresistas puedan actuar en el proceso **sin necesidad de apoderado judicial, por lo que no es necesario se designe apoderado judicial, y de otro lado, la defensa pasiva o silenciosa ha sido reconocida como un mecanismo de defensa judicial en el trámite de los procesos sancionatorios.**

Conforme lo anterior, concluyó que no se configura la causal de nulidad invocada por la parte demandada en la medida en que la notificación del auto admisorio de la demanda se realizó con apego a la ley y que, según la prueba documental valorada, se pudo comprobar que la demandada al momento en que se notificó personalmente de dicho auto conservaba sus capacidades mentales.

Respecto del argumento presentado por el jurista en defensa de la demandada, indicando que **dentro del trámite procesal se desconoció el principio de publicidad**, encontró que cada una de las decisiones proferidas dentro del trámite procesal, el 29 de mayo, 13 de junio, 4 y 24 de julio y 9 de agosto de 2018, se notificaron conforme lo establecido en el artículo 201 de la Ley 1437 y en consecuencia no se configura la causal alegada por la parte demandada.

Asimismo, resaltó que la Secretaría General notificó por estado las providencias mencionadas supra y, además remitió algunas comunicaciones a la dirección electrónica de la demandada y a su dirección en la ciudad de Barranquilla, Atlántico, circunstancias que no afectan los derechos fundamentales de la demandada ni la

notificación realizada en legal forma de las providencias objeto de examen en el caso sub examine.

En cuanto a la nulidad alegada por el traslado de los elementos materiales probatorios que sirvieron de sustento para la declaratoria de pérdida de investidura, por desconocimiento de los principios de publicidad, contradicción y defensa, contemplada en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso, la Sala desestimó este sustento, precisando que el auto admisorio de la demanda y las providencias proferidas los días el 29 de mayo, 13 de junio, 4 y 24 de julio y 9 de agosto de 2018, se notificaron en debida forma, garantizando a la parte demandada sus derechos fundamentales, en especial los del debido proceso, contradicción y defensa.

Frente a la solicitud de nulidad invocada con sustento en el artículo 29 de la Constitución Política, encontró que esta no está llamada a prosperar, debido a que no se configura la causal de nulidad constitucional alegada por la parte demandada, atendiendo que: i) la parte demandada tenía conocimiento sobre el proceso que se adelanta en su contra en la medida en que el auto admisorio le fue notificado personalmente; ii) las pruebas fueron decretadas mediante providencias debidamente notificadas y contra las cuales no se interpuso recurso alguno; iii) las pruebas fueron aportadas al proceso y practicadas dentro de la oportunidad legal correspondiente, esto es, en la etapa probatoria y iv) la parte demandada pudo controvertir las pruebas recaudadas mediante los mecanismos judiciales que la ley pone a su disposición, específicamente dentro del término de fijación en lista ordenado en la providencia proferida el 24 de julio de 2018, cuestión que no ocurrió.

Por lo anterior, se concluyó que a la parte demandada se le respetaron sus derechos fundamentales en relación con las pruebas aportadas al proceso y, en consecuencia, no se configura la causal de nulidad constitucional alegada por la parte demandada.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, procedió la Sala a negar la solicitud de nulidad presentada, ya que no se configuran las causales de nulidad establecidas en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso y en el artículo 29 de la Constitución Política.

#### **6.5.2. LAS PROVIDENCIAS DE 5 DE ABRIL DE 2019 QUE RESOLVIERON EL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA LA PROVIDENCIA QUE NEGÓ LA SOLICITUD DE NULIDAD Y LA SOLICITUD DE COMPLEMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN Y DE “PRUEBA SOBREVINIENTE”**

El despacho sustanciador, en segunda instancia, mediante dos providencias proferidas el 5 de abril de 2019, dispuso, de un lado «[...] **IMPRIMIR** al recurso de súplica interpuesto por la parte demandada contra la providencia proferida el 19 de diciembre de 2018 [que resolvió la solicitud de nulidad] el trámite del recurso de reposición [...] y [...] **NO REPONER** la providencia proferida el 19 de diciembre de 2018

[...]»<sup>175</sup>. De otro lado, en relación con el memorial presentado el 12 de febrero de 2019, dispuso: i) «[...] **RECHAZAR POR EXTEMPORÁNEA** la “complementación” de la “ADICIÓN SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN [...] ii) [...] **NEGAR** el decreto y la práctica de las pruebas aportadas por la parte demandada en el memorial presentado el 12 de febrero de 2019 [...]»; iii) decretar, de oficio, un total de cuatro pruebas; iv) incorporar al proceso las pruebas decretadas de oficio que habían sido aportadas y requerir a la Fiscalía 197 Seccional para la Protección a Mecanismos de Participación Democrática de la Dirección Especializada contra la Violación a los Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación para que remitiera la prueba decretada; v) ordenar a la Secretaría que surtiera el traslado de las pruebas decretadas y vi) resolver una solicitud formulada por la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia.

### 6.5.3. EL RECURSO DE SÚPLICA CONTRA LA PROVIDENCIA DE 5 DE ABRIL DE 2019, QUE RESOLVIÓ LA SOLICITUD PRESENTADA EL 12 DE FEBRERO DE 2019: SU TRÁMITE Y DECISIÓN

La parte demandada, mediante memorial del 11 de abril de 2019, interpuso recurso de súplica contra la providencia del 5 de abril de 2019, el cual fue resuelto una vez surtido el traslado del recurso y mediante providencia de 30 de abril de 2019 dispuso: «[...] **RECHAZAR POR IMPROCEDENTE** el recurso de súplica presentado por el apoderado especial de la congresista acusada [...]» y ordenó «[...] **DEVOLVER EL EXPEDIENTE** al Consejero de Estado sustanciador del proceso para que continúe su trámite [...]».

---

<sup>175</sup> En la providencia se reiteró que: i) para la fecha en que se realizó la notificación personal del auto admisorio de la demanda en el caso *sub examine*, y con posterioridad a esa fecha, la demandada «[...] conservaba sus capacidades mentales para comparecer ante autoridades judiciales [...]»; ii) las providencias proferidas los días 29 de mayo, 13 de junio, 4 y 24 de julio y 9 de agosto de 2018 se notificaron en debida forma, por estado, salvo la proferida el 9 de agosto de 2018 que también se notificó en forma personal; iii) el argumento relacionado con el incumplimiento de la regla jurisprudencial establecida en la sentencia T-897A proferida el 2 de noviembre de 2006 y la obligación de notificar en forma personal las providencias a personas privadas de la libertad correspondía a un argumento nuevo que no fue expuesto en la solicitud de nulidad presentada por la parte demandada en los memoriales denominados “sustentación recurso de apelación” y “adición sustentación recurso de apelación” y, en consecuencia, el recurso de reposición no es la oportunidad para formular este tipo de reparos; iv) los fundamentos de la sentencia T-897A de 2006 no son aplicables al caso *sub examine* y, v) en todo caso, cualquier irregularidad derivada de las presuntas indebidas notificaciones de las providencias proferidas los días 29 de mayo, 13 de junio, 4 y 24 de julio de 2018 se encontraría saneada porque la parte demandada actuó en el proceso sin proponerlas y, además, no presentó la solicitud en forma oportuna.

## 6.6. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA SEGUNDA INSTANCIA

A la Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado le correspondió por sorteo las labores de ministerio público ante dicha instancia, siendo así presentó concepto mediante el cual solicitó se confirme la sentencia de primera instancia mediante la cual se dispuso la desinvestidura de la congresista, para lo cual reiteró los argumentos esgrimidos desde un comienzo por parte del ministerio público en la primera instancia y reforzó algunas consideraciones, siendo las siguientes las que tuvo en cuenta el fallo de segunda instancia<sup>176</sup>:

42. La prueba que fundamenta la sentencia proferida, en primera instancia, cumplió la contradicción en el proceso al que estaba destinada porque se surtió el traslado mediante la providencia proferida el 24 de julio de 2018; y que la prueba se obtuvo con el cumplimiento de los requisitos de ley porque' la SIJIN, como autoridad que llevó a cabo el allanamiento de la sede política de la demandada, solicitó a la Fiscalía 17 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Barranquilla la autorización para practicar la diligencia y esta se le otorgó.

43. Los 33 paquetes que contenía la información de los movimientos contables que se realizaron en la sede de campaña que fueron obtenidos en la diligencia de allanamiento eran susceptibles de valoración probatoria, como ocurrió en la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2018, agregando que los argumentos expuestos por la parte demandada en el recurso de apelación no están orientados a desvirtuar o cuestionar dichos documentos.

44. En relación con la omisión de la demandada en cuanto a la presentación del informe individual de ingresos y gastos, asegura que si bien es cierto que los gerentes de campaña y candidatos deben diligenciar los informes individuales y presentarlos ante los respectivos partidos, movimientos políticos, movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, dentro del mes siguiente a la fecha de votación, "{...} no es menos cierto que la omisión de tal deber, en el sub judice, demuestre, si o no, que la congresista haya violado los topes de gastos de campaña fijados para el debate legislativo de 2018, por cuanto dicho informe no es el único medio de prueba del que se dispone en el expediente para acreditar los gastos de la campaña, en la medida en que el citado informe es exigido de cara a la normatividad (sic) que regula los procedimientos de administración y manejo de los recursos de campaña fijados por el

---

<sup>176</sup> Fallo Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 22 de octubre de 2019. Núm. único de radicación: 11001031500020180129401, páginas 16,17 y 18.

Consejo Nacional Electoral, mas no necesariamente, en lo que concierne al caso bajo estudio, por cuanto en la legislación procesal hay libertad probatoria, siempre y cuando el acervo se valore bajo los criterios de la sana critica [...].

45. En el proceso obran como pruebas válidas, entre otras, la documentación que fue objeto del registro y allanamiento, realizado en la sede de la campaña de la demandada el 11 de marzo de 2018. Al respecto, señala que los documentos corresponden a la información sobre gastos de financiación electoral de la campaña política de la señora Merlano Rebolledo: cuestión que, afirma, fue aceptada por la parte demandada en el escrito de adición de la apelación presentada el 27 de septiembre de 2018. Por ello, considera que la documentación decomisada refleja la realidad económica de la campaña para el Senado de la República de la demandada y, en consecuencia, se trata de una prueba que debe ser valorada para efectos de resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2018.

46. Respecto de la configuración del elemento subjetivo, que "{...} no es cierto que la labor de administrar los recursos y presentar los informes de ingresos y gastos corresponda únicamente a los asesores especializados contratados por la accionada, pues es claro que la candidata al Senado de la República no era una convidada de piedra en tan relevante tema, por el contrario, estaba llamada a realizar un papel preponderante en la vigilancia y control de los recursos, en especial en que los gastos no superaran el límite establecido por el CNE [.. p, en los términos del inciso 5.o del artículo 25 de la Ley 1475. De ahí que, según señala [...] la demandada tenía la responsabilidad de exigir permanentemente a sus colaboradores (gerente - contador) reportes de la situación financiera, con el ánimo de mantener un control eficaz sobre los gastos a fin de no exceder el tope, tarea que no desarrolló a cabalidad la accionada [...]

47. La omisión en la presentación del informe de ingresos y gastos no fue la única en que incurrió la demandada sino que, además, incumplió: i) la obligación de reportar sobre la designación y aceptación del gerente y contador de campaña; ii) el plazo máximo de rendición de cuentas; ;iii) la obligación de dar apertura a la cuenta única en una entidad financiera, para el manejo de los recursos de la campaña; iv) la obligación de registro de los asientos contables en el aplicativo "CUENTAS CLARAS", módulo "libro de ingresos y gastos" a más tardar dentro de los 8 días siguientes al día en el cual se hubieren efectuado las operaciones; v) la obligatoriedad del uso de la

herramienta electrónica "CUENTAS CLARAS", como mecanismo para la rendición del informe de ingresos y gastos y su presentación a través del software y en medio físico al partido conservador; irregularidades que, según señala el Ministerio Público, se hallan sustentadas en el informe de auditoría rendido por la firma Jahv McGregorSAS.

48. Todas las obligaciones anteriores no eran desconocidas por la demandada porque el Consejo Nacional Electoral publicó y difundió el documento denominado "INSTRUCTIVO ELECCIONES DE CONGRESO 2018" en el que dio a conocer los procedimientos y normativa aplicable a la financiación de las campañas electorales.

49. El argumento según el cual la demandada estaba imposibilitada para rendir el informe de ingresos y gastos porque la documentación financiera había sido allanada no corresponde con la realidad porque la demandada no se encontraba privada de la libertad para la fecha de la diligencia, es decir, el 11 de marzo de 2018; lo anterior teniendo en cuenta que la privación de la libertad ocurrió hasta el 19 de abril de esa misma anualidad. Por ello, el Ministerio Público solicita tener en consideración que la demandada tuvo 38 días para enviar el informe o, en su defecto, exponer las razones de su incumplimiento.

## 6.7. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Inicialmente estudió la posibilidad de que se estuviera presentando la excepción de cosa juzgada y advirtió la Sala Plena del Consejo de Estado que, en el caso sub examine, la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 16 de mayo de 2019 en el proceso de nulidad electoral identificado con el número único de radicación 110010328000201800084-00, declaró que «[...] la nulidad [...] parcial de la Resolución 1596 del 19 de julio de 2018 y del formulario E-26SEN, en lo que respecta a la declaratoria de elección de la señora Aida Merlano Rebolledo como senadora de la República para el periodo 2018-2022 [...]» y ordenó cancelar la credencial que la acredita como congresista.

En la señalada providencia determinó que el problema jurídico a resolver estaba orientado a establecer si el acto de elección se había proferido «[...] con violación de las normas en que debía fundarse y si su expedición fue irregular [...]» i) por vulnerar los artículos 40, numeral 1º y 258 de la Constitución Política, sobre los derechos de elegir, ser elegido y al voto libre de coacción y en forma secreta y ii) 27, numeral 2º de la Ley 1475, sobre financiación prohibida.

Bajo este análisis, concluyó que en el caso sub examine, la conducta invocada como fundamento de la demanda está relacionada con la violación de los toques máximos de financiación y de los límites al monto de gastos de la campaña electoral al Senado de la República, para el periodo constitucional 2018 - 2022; es decir, se trata de una

conducta diferente a la que fue objeto de pronunciamiento en la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 16 de mayo de 2019, por lo que, la Sala concluye que no se configura la excepción de cosa juzgada.

### 6.7.1. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS: CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL

Una vez analizadas las pruebas, la Sala Plena estableció que en el plenario se encuentra probada la calidad de congresista de la demandada, considerando entonces que concurre el primer elemento de la causal de desinvestidura.

En cuanto a la **violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos de la campaña electoral**, consideró que: i) el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución número 2796 de 2017, fijó en ochenta y ocho mil cuatrocientos trece millones doscientos dieciséis mil trescientos catorce pesos M/cte. (\$88.413'216.314,00) el monto máximo de gastos de las campañas de cada una de las listas de candidatos que se inscriban al Senado de la República en la circunscripción nacional ordinaria para las elecciones de 2018 y que ii) el partido Conservador colombiano avaló e inscribió una lista de 100 candidatos al Senado de la República, para el periodo constitucional 2018 – 2022, bajo la modalidad de voto preferente. La Sala Plena considera que el monto máximo de gastos de cada uno de los candidatos que integra la lista avalada e inscrita por el partido Conservador colombiano para las elecciones al Senado de la República que se realizaron el 11 de marzo de 2018 es de ochocientos ochenta y cuatro millones ciento treinta y dos mil ciento sesenta y tres pesos con catorce centavos M/cte (\$884'132.163,14).

**Frente a los gastos de la campaña electoral de la demandada**, indicó que de las pruebas aportadas al plenario se puede establecer:

1. La demandada tenía su sede principal de campaña política al Senado de la República, para el periodo constitucional 2018 – 2022, en el inmueble ubicado en la Carrera 64 # 81B – 72 del Barrio El Golf del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla – en adelante, el Inmueble ubicado en el Barrio El Golf -.
2. El 9 de marzo de 2018, en el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, se realizó un informe en el cual se dejó constancia de que una fuente humana informó que en un inmueble ubicado en el Barrio El Golf, donde funciona la sede de campaña de la señora Aida Merlano Rebolledo, se estaba realizando una actividad ilícita<sup>177</sup>. Para efectos de verificar la información proporcionada se asignó a miembros de la policía judicial adscritos a la Unidad Investigativa Contra el Crimen Organizado, como responsables del análisis de la información suministrada.

---

<sup>177</sup> Cfr. Orden de allanamiento y registro, retención de correspondencia – interceptación de comunicaciones visible a folios 522 a 525 del expediente.

3. La Unidad Investigativa contra el Crimen Organizado, el 10 de marzo de 2018 solicitó a la Fiscalía 17 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, autorización para realizar una diligencia de allanamiento y registro al inmueble del barrio El Golf<sup>178</sup>. Según consta en los documentos remitidos, en especial, la orden de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, la Fiscalía 17 autorizó el allanamiento y registro al Inmueble el 11 de marzo de 2018<sup>179</sup>.

4. Se realizó el allanamiento del inmueble y el registro de varios lugares ubicados en él; en la diligencia se encontraron y registraron hallazgos; se realizaron entrevistas a las personas que fueron encontradas en el inmueble y se realizaron unas capturas<sup>180</sup>.

5. En la diligencia se registró e incautaron, en síntesis: i) altas sumas de dinero en efectivo; ii) 4 armas de fuego y cartuchos de varios calibres; iii) contraseñas y material electoral; iv) celulares, computadores, discos duros y discos compactos; v) cajas de seguridad; vi) lectores de códigos de barras; vii) máquinas contadoras de billetes; viii) publicidad alusiva a la campaña de la señora Aida Merlano Rebolledo al Senado de la República; ix) libretas de cobro; x) recibos de caja; xi) lista de pagos de altas sumas de dinero; xii) certificados electorales; xiii) listados de votantes identificados por nombre, cédula y número de celular; xiv) comprobantes de retiro de dinero de cajeros electrónicos; xv) contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a constituir otras sedes de campaña; xvi) hojas de vida; xvii) actas de entrega de dinero a líderes zonales e instructivos para estos y xviii) facturas y talonarios. Todo lo anterior quedó registrado en las actas de la diligencia, en álbumes fotográficos y en un informe elaborado por el analista del caso.

6. Posterior a la diligencia de registro y allanamiento, se realizaron las audiencias de control posterior del allanamiento y registro y legalización de captura ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de garantías, los días 13, 14 y 15 de marzo de 2018. El juzgado legalizó el allanamiento y registro del inmueble *supra* e igualmente legalizó la captura de algunas personas; asimismo, se efectuó la audiencia de formulación de imputación de las personas capturadas.

7. La Fiscalía en atención a la solicitud oficiosa del magistrado ponente remitió con destino a este proceso una copia electrónica de un documento<sup>181</sup> cuyo objeto fue el de realizar un inventario de los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenida en el allanamiento que tuvo lugar el 11 de marzo de 2018.

---

<sup>178</sup> Ibidem cita anterior.

<sup>179</sup> Cfr. Orden de allanamiento y registro, retención de correspondencia – interceptación de comunicaciones visible a folios 522 a 525 del expediente.

<sup>180</sup> Cfr. Documentos referenciado en los párrafos 141 y 142 de esta providencia y documento reservado referenciado en el párrafo 149.9 de esta providencia.

<sup>181</sup> Cfr. Documento reservado referenciado en los párrafos 149.1 y 149.10 de esta providencia

De las pruebas analizadas, identificó la Sala:

- **Gastos de la campaña electoral por concepto de publicidad (documentos reservados dentro del proceso)**<sup>182</sup>: En suma, la Sala Plena observó que, a título de publicidad, se acreditaron gastos de la campaña electoral de la demandada por valor de **quinientos ochenta y cuatro millones de pesos M/cte. (\$584,000.000,00)**.
- **Pago a líderes sociales o coordinadores de la campaña (documentos reservados dentro del proceso)**.<sup>183</sup> En suma, la Sala Plena observó que, a título de pago a líderes sociales o coordinadores de la campaña electoral de la demandada, se acreditaron gastos por valor de **cuatro mil trece millones seiscientos treinta y un mil pesos M/cte. (\$4.013'631.000,00)**.
- **Gastos por concepto de arrendamiento de bienes inmuebles para ser utilizados los días 10 y 11 de marzo de 2018 (documentos reservados dentro del proceso)**. En suma, la Sala Plena observó que, a título de arrendamiento de inmuebles para ser utilizados durante las elecciones, se acreditaron gastos por valor de **veintidós millones novecientos treinta y siete mil quinientos pesos M/cte. (\$22'937.500,00)**.
- **Otros gastos de la campaña electoral (documentos reservados dentro del proceso)**. En suma, la Sala Plena observó que, a título de otros gastos de la campaña electoral *supra*, se acreditaron gastos por valor de **ciento setenta y tres millones novecientos noventa y cuatro mil trescientos noventa pesos M/cte. (\$173'994.390,00)**.

De lo anterior, concluyó que los documentos probatorios decretados y practicados en el proceso acreditan los gastos en que incurrió la campaña electoral de la demandada a título publicitario; alquiler de buses para desplazamiento, presumiblemente de votantes; contratos de arrendamiento para ser utilizados como sedes de campaña durante los días 10 y 11 de marzo de 2018 y algunos relacionados con gastos de reuniones o integraciones, presumiblemente con el objeto de realizar actos de campaña, entre otros.

Asimismo, llamó la atención de la Sala Plena que en algunos documentos consta que la campaña electoral de la demandada realizó el pago de altas sumas de dinero a líderes sociales o a coordinadores de campaña con el objeto de lograr, a través de ellos, recaudar votos con el objeto de lograr un resultado determinado el día de la elección.

---

<sup>182</sup> Teniendo en cuenta que los documentos fueron remitidos por la Fiscalía 197 Seccional para la Protección a Mecanismos de Participación Democrática de la Dirección Especializada Contra la Violación a los Derechos Humanos y que se informó sobre la reserva de los mismos, en los términos de los artículos 323 y 330 de la Ley 600. Asimismo, no se ha informado sobre el levantamiento de la reserva del documento.

<sup>183</sup> *Ibidem* cita 106.

Así las cosas, precisó que la campaña de Aída Merlano Rebolledo incurrió en los siguientes gastos: i) a título de publicidad, se acreditaron gastos de la campaña electoral de la demandada por valor de quinientos ochenta y cuatro millones de pesos M/cte. (\$584,000.000,00); ii) a título de pago a líderes sociales o coordinadores de la campaña electoral de la demandada, se acreditaron gastos por valor de cuatro mil trece millones seiscientos treinta y un mil pesos M/cte. (\$4.013'631.000,00); iii) a título de arrendamiento de inmuebles para ser utilizados durante las elecciones, se acreditaron gastos por valor de veintidós millones novecientos treinta y siete mil quinientos pesos M/cte. (\$22'937.500,00); y iv) a título de otros gastos de la campaña electoral *supra*, se acreditaron pagos por valor de ciento setenta y tres millones novecientos noventa y cuatro mil trescientos noventa pesos M/cte. (\$173'994.390,00).

De lo anterior, la sumatoria de los montos contenidos en las pruebas enunciadas en los párrafos anteriores permite concluir que la campaña electoral al Senado de la República de la demandada incurrió en **gastos superiores a los cuatro mil millones de pesos, moneda corriente. En consecuencia, encontró acreditada la violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos que, en el caso *sub examine*, se encontraba en ochocientos ochenta y cuatro millones ciento treinta y dos mil ciento sesenta y tres pesos con catorce centavos M/cte. (\$884'132.163,14).**

Al respecto enfatizó que la parte demandada no logró desvirtuar, a través de otro medio de prueba, la eficacia probatoria de los documentos contables y no contables antes referidos, que contienen información sobre los gastos de su campaña electoral para el Senado de la República, periodo constitucional 2018 - 2022.

- En cuanto a la prueba de allanamiento y registro que permitió el recaudo probatorio en el caso concreto; precisó la Sala **que no encontró irregularidades que afecten las diligencias, máxime que las mismas fueron objeto de control posterior de legalidad los días 13, 14 y 15 de marzo de 2018**, oportunidad en la cual el juzgado impartió la correspondiente legalidad y las declaró ajustadas a la Constitución Política y a la ley.
- Con fundamento en las anteriores consideraciones, concluyó que la campaña electoral al Senado de la República de la demandada, para el período constitucional 2018 - 2022, incurrió en gastos superiores al monto permitido por la Constitución Política y la ley en la medida en que los gastos probados fueron superiores al límite del monto de gastos establecido por el Consejo Nacional Electoral; en consecuencia, la Sala Plena considera que en el caso *sub examine* **se configuró el elemento objetivo de la causal de desinstitución por violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos.**

## 6.7.2. ANÁLISIS DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE CULPABILIDAD EN LAS SOLICITUDES DE DESINVESTIDURA

Recordó la Sala que el estudio del elemento subjetivo requiere el análisis del dolo y la culpa, entendido el primero como la **intención positiva de lesionar un interés jurídico**; entretanto, la segunda atañe a un concepto que está ligado a la **diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad**.

La Sala Plena enunció que la parte demandada manifestó que su situación se encuentra amparada en una circunstancia de fuerza mayor y que su comportamiento está desprovisto de dolo o culpa. Específicamente señaló que: i) no pudo rendir el informe de gastos de su campaña electoral porque, de un lado, la información y soportes de los gastos de su campaña electoral fueron incautados por la Fiscalía 17 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Barranquilla, el día 11 de marzo de 2018, en la diligencia de registro y allanamiento mencionada y, del otro, que el gerente y contador de su campaña fueron objeto de medida de aseguramiento desde esa misma fecha; ii) que la actividad que se le reclama no es un asunto de su exclusivo resorte sino del personal que contrató para esos menesteres porque se trata de documentos especializados. Agrega que el manejo de esos dineros estaba delegado en su gerente de campaña y en su contador; iii) que la demandada se encuentra privada de la libertad y iv) que la situación de fuerza mayor a que se vio expuesta es imprevisible e irresistible, lo cual le impidió cumplir con la entrega de los informes, tanto al Consejo Nacional Electoral como al partido político en el cual milita.

La Sala estableció que los argumentos expuestos por la defensa no eran de recibo, en atención a que la configuración del elemento subjetivo se estudia en relación con la conducta que reprocha el ordenamiento jurídico y que constituye causal de desinvestidura en los términos del inciso séptimo del artículo 109 de la Constitución Política y el artículo 26 de la Ley 1475, en este caso, la violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos. La configuración o no de una situación de fuerza mayor que impidió a la demandada el cumplimiento de la obligación de presentar el informe de gastos de su campaña electoral no tiene la potencia para eximirla de responsabilidad **puesto que se encontró probado, más allá de toda duda razonable, que la campaña electoral de la demandada violó el límite al monto de gastos establecido por el Consejo Nacional Electoral para las elecciones al Senado de la República**. En ese orden de ideas, la Sala Plena entendió que, si la demandada hubiere presentado el informe tantas veces mencionado, este no podía haber reflejado nada diferente a lo ya probado, es decir gastos superiores al límite establecido por la ley.

Enunció la Sala que **el deber de diligencia implica, entre otras cosas, que los candidatos deben adoptar las medidas necesarias, estrictas y contundentes con el objeto de garantizar el respeto de esos límites y precaver, al interior de su campaña, la violación de las normas sobre financiación electoral**. Asimismo, esas medidas se

justifican porque: i) salvo algunas excepciones<sup>184</sup>, la campaña electoral gira en torno al candidato y su programa; ii) los candidatos direccionan la campaña electoral y, en consecuencia, **son garantes del cumplimiento de las normas y principios democráticos establecidos en la Constitución, la ley y el reglamento**; iii) en los términos del artículo 25 de la ley 1475, el candidato es el encargado de designar a un gerente de campaña de su confianza quien administrará los recursos de la campaña electoral<sup>185</sup>; iv) en los términos de los artículos 25 *ejusdem* y 7 de la Resolución número 330 del 30 de mayo de 2007 del Consejo Nacional Electoral, el candidato es responsable de presentar el informe de ingresos y gastos de su campaña individual y v) la infracción de los límites financieros de la campaña electoral establecidos por los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 se refleja en la persona del candidato porque, como lo explicó esta corporación en la sentencia del 3 de abril de 2018 *supra* «[...] es apenas natural que si el instrumento empleado es opuesto a la legalidad, también lo será la finalidad lograda a través de este [...]»<sup>186</sup>.

Consideró la Sala que la demandada incumplió las circulares números 1 y 6 del partido Conservador colombiano que establecen: i) la obligación de los candidatos de suministrar al partido político los formatos de designación y aceptación del gerente y el contador de la campaña y ii) la obligación de reportar la información correspondiente dentro del plazo máximo de rendición de cuentas. Incumplimiento que fue advertido por el partido político, a través de la firma auditora JAHV McGregor S.A.S., mediante comunicación del 12 de abril de 2018<sup>187</sup>.

Por lo anterior, la Sala Plena consideró que, en el caso *sub examine*, se allegaron pruebas que permiten concluir que la demandada tenía conocimiento sobre la ilicitud de su conducta. Además, las omisiones de nombrar formalmente al gerente de la campaña y la falta de registro de los asientos contables en el “Módulo de Ingresos y Gastos”, conforme con el artículo tercero de la Resolución número 3097 de 2013, evidencian el propósito de ocultar un flujo de gastos contrario a la Constitución y a la ley, presumiblemente con el objeto de facilitar su elección como Senadora de la República, durante el periodo constitucional 2018 - 2022, atentando con ello contra los principios de igualdad, transparencia electoral y pluralismo político, que deben regir los certámenes electorales.

---

<sup>184</sup> Algunas campañas no giran en torno a un candidato. Véase, por ejemplo, las campañas que surgen en el marco de los plebiscitos y consultas populares.

<sup>185</sup> «[...] Los recursos de las campañas electorales cuyo monto máximo de gastos sea superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales originados en fuentes de financiación privada serán administrados por los gerentes de campaña designados por los candidatos a los cargos uninominales y a las corporaciones públicas cuando se trate de listas con voto preferente [...]».

<sup>186</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia proferida el 3 de abril de 2018; proceso identificado con el número único de radicación: 110010313000201700328-00; Consejera Ponente, doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>187</sup> Folios 117 y 118 del expediente.

Resaltó que no obra prueba en el expediente que permita determinar que la demandada obró con el cuidado requerido y que adoptó las medidas necesarias, estrictas y contundentes con el objeto de evitar la violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos en su campaña electoral, que impida el reproche subjetivo de su conducta.

**De esta manera, por las razones anteriores, la Sala Plena concluyó que, en el caso *sub examine*, se encuentra acreditado el elemento subjetivo de la conducta consistente en la violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos.**

A través de sentencia de segunda instancia del 29 de octubre de 2019, el Consejo de Estado decidió confirmar la decisión de primera instancia que accedió a la solicitud de pérdida de investidura. De esta decisión se extraen los siguientes apartes:

La Sala Plena observa que: i) a título de publicidad, se acreditaron gastos de la campaña electoral de la demandada por valor de quinientos ochenta y cuatro millones de pesos M/cte. (\$584,000.000,00); ii) a título de pago a líderes sociales o coordinadores de la campaña electoral de la demandada, se acreditaron gastos por valor de cuatro mil trece millones seiscientos treinta y un mil pesos M/cte. (\$4.013'631.000,00); iii) a título de arrendamiento de inmuebles para ser utilizados durante las elecciones, se acreditaron gastos por valor de veintidós millones novecientos treinta y siete mil quinientos pesos M/cte. (\$22'937.500,00); y iv) a título de otros gastos de la campaña electoral supra, se acreditaron pagos por valor de ciento setenta y tres millones novecientos noventa y cuatro mil trescientos noventa pesos M/cte. (\$173'994.390,00).

La sumatoria de los montos contenidos en las pruebas enunciadas en los párrafos anteriores permite a la Sala Plena concluir que la campaña electoral al Senado de la República de la demandada incurrió en **gastos superiores a los cuatro mil millones de pesos, moneda corriente.**

En consecuencia, se encuentra acreditada la violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos que, en el caso *sub examine*, se encontraba en ochocientos ochenta y cuatro millones ciento treinta y dos mil ciento sesenta y tres pesos con catorce centavos, M/cte. (\$884'132.163,14).

Es importante resaltar que la parte demandada no logró desvirtuar, a través de otro medio de prueba, la eficacia probatoria de los documentos contables y no contables antes referidos, que contienen

información sobre los gastos de su campaña electoral para el Senado de la República, periodo constitucional 2018 – 2022.

Asimismo, es importante resaltar que cualquier irregularidad sobre los hallazgos dieciséis, dieciocho y diecinueve no tiene la suficiente potencia como para afectar las pruebas que fundamentan la presente decisión y que fueron citadas en párrafos anteriores en la medida en que, conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en el marco de la llamada “[...] doctrina de la manzana contaminada en el cesto de frutas [...]”, “[...] la presencia de una prueba ilícita en el proceso no contamina inexorablemente el resto del material probatorio y tampoco necesariamente todas las pruebas que de alguna u otra forma tengan nexos con aquella [...]”; es decir, la corrupción de las pruebas procesales por causa de una prueba ilícita no es automática.

[...]

En el caso sub examine, ninguna de las pruebas que acreditan gastos de campaña – indicadas supra – ostentan un vínculo o nexo con las pruebas referenciadas en los hallazgos dieciséis, dieciocho y diecinueve supra; en consecuencia, el argumento planteado por la parte demandada no tiene vocación de prosperidad.

[...]

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se encuentra acreditado que la campaña electoral al Senado de la República de la demandada, para el período constitucional 2018 – 2022, incurrió en gastos superiores al monto permitido por la Constitución Política y la ley en la medida en que los gastos probados fueron superiores al límite del monto de gastos establecido por el Consejo Nacional Electoral; en consecuencia, la Sala Plena considera que en el caso sub examine se configuró el elemento objetivo de la causal de desinvestidura por violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos.

[...]

La Sala Plena considera igualmente que, en el caso sub examine, se allegaron pruebas que permiten concluir que la demandada tenía conocimiento sobre la ilicitud de su conducta. Además, las omisiones de nombrar formalmente al gerente de la campaña y la falta de registro de los asientos contables en el “Módulo de Ingresos y

Gastos”, conforme con el artículo tercero de la Resolución núm. 3097 de 2013, evidencian el propósito de ocultar un flujo de gastos contrario a la Constitución y a la ley, presumiblemente con el objeto de facilitar su elección como Senadora de la República, durante el periodo constitucional 2018 – 2022, atentando con ello contra los principios de igualdad, transparencia electoral y pluralismo político, que deben regir los certámenes electorales.

Tampoco hay prueba en el expediente que permita determinar que la demandada obró con el cuidado requerido y que adoptó las medidas necesarias, estrictas y contundentes con el objeto de evitar la violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos en su campaña electoral, que impida el reproche subjetivo de su conducta.

Por las razones anteriores, la Sala Plena considera que, en el caso sub examine, se encuentra acreditado el elemento subjetivo de la conducta consistente en la violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos.

Así las cosas, al encontrarse probada la configuración de los elementos objetivo y subjetivo en el estudio de la conducta de la demandada frente a la causal de pérdida de investidura prevista en el inciso séptimo del artículo 109 de la Constitución Política y el artículo 26 de la Ley 1475: la Sala Plena procedió a confirmar la sentencia apelada en cuanto decretó la pérdida de investidura de la señora Merlano Rebolledo.

## 7. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN

Sin lugar a dudas, el proceso aquí analizado deja importantes lecciones y establece un muy importante precedente sobre la financiación de las campañas políticas y particularmente la violación del límite de los gastos.

Si bien es cierto la defensa acudió a diferentes estrategias iniciando por una solicitud de nulidad del proceso debido a una supuesta incapacidad mental en la cual se encontraba la demandada y por una indebida notificación de algunas de las providencias de la primera instancia, siendo todo ello debidamente desvirtuado en la segunda instancia, lo relevante del caso es la forma como se construyó el acervo probatorio, y digo que se construyó, porque ciertamente no fue aportado ni en la presentación de la demanda ni en actuaciones posteriores por parte del demandante, como tradicionalmente se ha esperado en estos procesos. La prueba fue el resultado de un proceso constructivo, prácticamente de oficio a lo largo de la primera instancia y luego revisado y refrendado en la segunda instancia por parte de la Sala Plena.

Como lo indicamos inicialmente, el demandante se limitó a referir unas informaciones de prensa que daban cuenta de un allanamiento realizado el mismo día de la elección

en la sede de campaña de una de las casas políticas más emblemáticas del Atlántico, cuyo candidato al Senado era la entonces Representante a la Cámara Aída Merlano Rebolledo. Por supuesto que la noticia no era de poca monta, pues los personajes involucrados y lo allí hallado despertó las alamas y fue noticia ampliamente difundida, pero se requería de una labor probatoria proactiva para que la causal se pudiera configurar, pues la sola información de prensa, como suele suceder, era imprecisa o insuficiente.

No estuvo tampoco desprovista de cuestionamientos la labor oficiosa del magistrado, pues en concepto de algunos, además obviamente de la defensa, las pruebas recaudadas en el allanamiento hacían parte de un proceso penal, en el cual para la fecha del fallo de primera instancia, no habían sido aún controvertidas y por supuesto no existía un fallo en dicho proceso, sin embargo esos cuestionamientos fueron debidamente resueltos en la segunda instancia al reiterarse que se cumplió con todos y cada uno de los elementos necesarios de la prueba trasladada, que se dio oportunidad de oposición dentro del proceso de pérdida de investidura, más allá que la demandada no lo hubiera querido ejercer en la primera instancia, que se garantizó la cadena de custodia de la prueba y que las audiencias de legalización del allanamiento llevadas a cabo le daban plena validez.

Por ello hemos destacado desde un primer momento la importancia de realizar en estos procesos una labor probatoria oficiosa, pues dejar la totalidad de la carga probatoria en cabeza del demandante, en temas tan complejos, es lo que ha dado al traste con muchísimas solicitudes de pérdida de investidura por esta causal. Como lo hemos podido observar a lo largo del proceso, la labor probatoria de oficio adelantada de manera diligente y obsecuente por el magistrado ponente en la primera instancia, no constituyó nulidad de ningún tipo, ni implicó la vulneración o desconocimiento de garantía alguna, ni de los principios característicos del proceso de pérdida de investidura, como se pudo comprobar a la postre.

A continuación, haremos una relación de los elementos más relevantes en la configuración tanto del elemento objetivo como subjetivo del proceso de pérdida de investidura en el caso analizado.

### **7.1. EL ELEMENTO OBJETIVO: EL MONTO EFECTIVO DE GASTOS REALIZADOS**

Se ha considerado de manera tradicional que la **prueba reina es el informe de gastos de campaña** que se debe presentar un mes después de la elección ante el CNE, lo cual comoquiera que es una prueba que proviene directamente del demandado, deja dudas sobre la idoneidad de la misma, de allí la importancia de aceptar con igual valor otros medios probatorios.

**Una excesiva carga probatoria al demandante** en el sentido en que es este el que debe aportar documentos fidedignos de gastos de la campaña, los **meramente indiciarios**

**son desestimados**, sin que se haga uso de las facultades probatorias officiosas del juez, ha sido una posición desafortunada por su excesivo rigorismo.

Es de anotar que para proceder a imponer la sanción de pérdida de investidura la infracción debe estar “debidamente comprobada”. **Esta carga probatoria corresponde al solicitante de la pérdida de investidura y, las pruebas conducentes serán esencialmente documentales**, pues todos los gastos en los que incurra una campaña electoral **deben quedar registrados y, contar con el respectivo soporte**.

En efecto, para probar la ocurrencia de esta causal, es necesario que el o la solicitante aporte los **documentos soportes de dichos gastos, tales como facturas, contratos, cuentas de cobro** y, demás pruebas que conduzcan al juez a la convicción de que en la campaña de que se trate se incurrió en gastos superiores a los topes antes mencionados, de lo contrario, ante la ausencia de material probatorio, no es posible afirmar que un candidato violó los topes de financiamiento de su campaña.<sup>188</sup>

En el proceso que intervenimos el demandante en esta ocasión aportó como pruebas **informes periodísticos** que deban cuenta del allanamiento y registro realizado el 11 de marzo de 2018 en la sede de campaña de la demandada y **declaraciones del Fiscal General** de la época según las cuales en dicho allanamiento se había encontrado evidencia de compra de votos y gastos de campaña por más de \$6.000 millones de pesos.

El magistrado ponente hizo una verdadera labor investigativa solicitando varias pruebas, entre ellas el traslado del material probatorio obtenido por la Fiscalía. Se **argumentó por parte del ministerio público** que las pruebas trasladadas por la Fiscalía de la diligencia de allanamiento de la sede de campaña de la congresista investigada, en la que se recolectó altísimo número de evidencia documental, más de 4.000 documentos de distintas clases, información que fue agrupada en 35 cajas, con los respectivos protocolos de cadena de custodia, constituían plena prueba, pues, **aunque no hubieren sido controvertidas en el proceso penal**, la prueba trasladada tenía plena validez por cuanto se había recolectado en una diligencia de allanamiento y registro que había cumplido con todos los requisitos propios del mismo y se había legalizado mediante audiencia de control posterior de legalidad, y lo más importante, se había garantizado **el derecho de contradicción** pues se había corrido traslado de la misma a la parte afectada. Tesis que fue acogida en la primera instancia por la sala de decisión especial el día 18 septiembre de 2018.

---

<sup>188</sup> Proceso No 11001-03-15-000-2015-00102 contra Marco Sergio Rodríguez Merchán, Representante  
2010-2014 fallo del 23-02-2016 Niega

Tanto la Corte Constitucional<sup>189</sup> como la Sala Plena del Consejo de Estado en la decisión de segunda instancia del 22 de octubre de 2019, consideraron que lo importante de la prueba trasladada es que se haya garantizado **el derecho de contradicción**, bien sea dentro del proceso primigenio de donde se traslada, o bien en **el proceso al que es trasladada**.

Resulta relevante la falta de claridad sobre lo que se considera gasto electoral, pues luego de analizar el material probatorio al **ministerio público le dio una cifra de \$1.667.000**, en primera instancia la **Sala de Decisión Especial determinó un valor de \$1.730.000** y en la segunda instancia la **Sala Plena determinó un valor de más de \$ 4.000 millones**.

## 7.2. EL ELEMENTO SUBJETIVO: LA CONCRECIÓN DEL DOLO O LA CULPA GRAVE

En concepto del ministerio público y que igualmente es acogido por el magistrado ponente en el fallo de primera instancia, este elemento está constituido por el dolo, por la actuación de la misma candidata en cuanto a la falta de sus deberes de rendición de cuentas y otros. Así lo dijo el magistrado Carlos Alberto Zambrano:

Pues bien, como puede verse, la demandada no sólo tenía conocimiento de los movimientos financieros realizados por su campaña política de cara a los comicios del 11 de marzo de 2018, en los que aspiraba -en representación del partido conservador colombiano- a obtener una curul al Senado de la República, toda vez que la prueba documental en la que constan tales movimientos fue encontrada, precisamente, en su sede política, sino que, además, su renuencia injustificada a rendir el informe de ingresos y gastos de campaña, el incumplimiento del deber de nombrar el gerente de la misma, la omisión en la apertura de una cuenta bancaria (para el manejo de los recursos) y la falta de registro de los asientos contables en el "Módulo de Ingresos y Gastos" evidencian el propósito de ocultar el flujo de gastos de su campaña.

En segunda instancia se argumentó por parte de la defensa que al haber sido privada de la libertad la congresista, su contador y su gerente, se hizo imposible la rendición de cuentas, constituyendo esto un eximente de responsabilidad por **fuerza mayor**, sobre lo cual la Sala Plena consideró este argumento irrelevante, pues de haber podido hacer la rendición de cuentas, no hubiera podido hacer menos que evidenciar lo que se pudo probar en materia de gastos de campaña, además de que esta falta no fue la única, sino que desde el desarrollo de la campaña misma, se verificó el incumplimiento injustificado de ciertos deberes propios del candidato, como subir la información en el aplicativo de gastos dispuesto para ello por la autoridad electoral, además de que por

---

<sup>189</sup> Corte Constitucional, sentencia T-204 de 28 de mayo de 2018; magistrado ponente Alejandro Linares Cantillo

su condición previa de congresista ya tenía conocimiento de estos procesos, de la fijación de los topes máximos de gastos y no se evidenció ni se probó durante el proceso que hubiera desplegado las acciones y el cuidado necesario para el cumplimiento de estos imperativos legales.

Sobre esto dijo la Sala Plena:

[...] corresponde al candidato adoptar las medidas necesarias, estrictas y contundentes con el objeto de garantizar: i) el respeto de esos límites; y, de esta manera, ii) de los principios de transparencia e igualdad en materia electoral y de pluralismo político en las campañas electorales.

Tampoco hay prueba en el expediente que permita determinar que la demandada obró con el cuidado requerido y que adoptó las medidas necesarias, estrictas y contundentes con el objeto de evitar la violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos en su campaña electoral, que impida el reproche subjetivo de su conducta.

## **8. SALVAMENTOS Y ACLARACIONES DE VOTO: CONSIDERACIONES.**

Ciertamente el fallo de segunda instancia no estuvo exento de debate y de una amplia disertación por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado, lo cual no es de extrañar dada la relevancia del tema y lo novedoso del procedimiento en aspectos tales como el probatorio, de allí que se hayan presentado las siguientes consideraciones:

### **8.1. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ: ACLARACIÓN DE VOTO**

Pese a estar de acuerdo con la decisión adoptada en la sentencia del 22 de octubre de 2019, por la que se confirmó la providencia del 3 de septiembre de 2018, mediante la cual se decretó la pérdida de investidura, aclaró su voto en cuanto a las siguientes consideraciones de la mayoría:

- En la argumentación de la providencia se efectuaron algunas afirmaciones respecto de la conducta prohibida del artículo 109 de la Constitución Política, las que podrían tener dificultades frente a los fundamentos mínimos en que se debe soportar cualquier expresión del derecho sancionador, cuando este tenga como característica principal el ser un régimen de responsabilidad subjetiva.
- El juicio de responsabilidad subjetiva e individual debe predicarse no respecto de una «campaña electoral», cuya reprochabilidad podría asimilarse con la que

en otros escenarios se le hace a una persona jurídica<sup>190</sup>, sino a la conducta en sí misma atribuible al congresista, para que sobre ella puedan desarrollarse las categorías dogmáticas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en las que también se debe soportar el proceso de pérdida de investidura.

- No es que la campaña electoral de la entonces congresista haya violado los topes de financiación y gastos y que adicional a ello se encontraran las pruebas de la culpabilidad de la congresista. Lo sucedido es mucho más que eso: Aída Merlano Rebolledo violó, a través de su campaña electoral, los topes de financiación, cuya conducta individual y subjetiva, debidamente acreditada, resultó ser típica, antijurídica y culpable conforme lo descrito en el artículo 109 de la Constitución Política.
- Efectuó observación en cuanto al concepto de dolo, respecto del cual se dijo que era la intención positiva de lesionar un interés jurídico. La intención es una circunstancia interna especial de la conducta que solo tiene sentido si se materializa externamente. Por ello, argumentó que la sola intención como concepto de dolo puede ser insuficiente. De otra parte, la referida intención (aspecto interno) o la voluntad (aspecto externo) no siempre ocurren y, aun así, por un variado número de razones se mantiene la necesidad de una imputación dolosa.

## 8.2. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE: ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque manifestó compartir la decisión que se tomó en la providencia del 22 de octubre de 2019, confirmatoria de la sentencia del 3 de septiembre de 2018, proferida por la Sala N°. 23 Especial de Decisión del Consejo de Estado, que accedió a la solicitud de desinvestidura, aclaró su voto, manifestando:

Según la sentencia, la pérdida de investidura tiene un “propósito ético”. Aunque el derecho positivo tiene una indiscutible base ética, el control judicial a cargo del Consejo de Estado no tiene otra finalidad que el imperio de la ley. Seguridad jurídica que es, en sí misma, la razón ética del derecho.

Consideró que los fundamentos jurídicos 71 a 76 del fallo escapan a las razones estrictamente necesarias para resolver la controversia y, por lo mismo, constituye un *obiter dictum*, tal como lo señaló en la aclaración de voto Rad. N°. 25000-23-15-000-2002-02704-01/18.

---

<sup>190</sup> Es lo que sucede en otros países en donde existe un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (*verbi gratia*, España), o incluso aquí en Colombia en lo que respecta a expresiones del derecho administrativo sancionador, con temas de competencia desleal, por ejemplo, conforme a lo dispuesto en la Ley 256 de 1996.

### 8.3. MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ: SALVAMENTO DE VOTO

Manifestó apartarse de la decisión adoptada, en tanto consideró que: i) la causal de pérdida de investidura invocada en la demanda no comprende la financiación de las campañas electorales mediante conductas constitutivas de delitos; ii) en la sentencia se realizó una inadecuada valoración de los medios de prueba obrantes en el proceso; y iii) no se efectuó en debida forma el estudio de la culpabilidad de la demanda. Lo cual sustentó de la siguiente forma:

En cuanto a la **causal de pérdida de investidura invocada en la demanda no comprende la financiación de las campañas electorales mediante conductas constitutivas de delito**, argumentó no considerar que la conducta imputada en el sub judice a la demandada -consistente en la violación de los topes de financiación de la campaña electoral por los gastos derivados de la compra de votos- se pueda subsumir en la causal de pérdida de investidura consagrada en el artículo 109 de la CP, porque la compra de votos se adecua al tipo penal de «corrupción al sufragante» tipificado en el artículo 390 del Código Penal.

Al respecto, consideró que no se podía decretar la pérdida de investidura de la demandada por haber violado los topes de financiación de campañas electorales, debido a que dicha causal no podía comprender los «gastos» en los que incurrió Aida Merlano Rebolledo para la compra de votos, indicando que, en materia sancionatoria se viola el principio de tipicidad cuando una conducta se adecúa a determinado tipo y se encuadra en otra. Si la conducta que se enrostra es un delito y no simplemente consiste en gastar más de lo permitido (que son dos cosas evidentemente distintas), el Juzgador debe imputar aquella que de manera especial contiene la conducta sancionable (cometer un delito) y aplicarla; ello implicaba, en este caso, que mientras no se contara con una sentencia penal de condena no podía declararse la pérdida de investidura por la causal imputada a la Demandada.

Sobre el particular y con el debido respeto a las argumentaciones esgrimidas por el honorable magistrado, debemos indicar que tanto para la época en que se realizó la valoración del acervo probatorio como para la del fallo mismo, tanto de primera como de segunda instancia, si bien la entonces congresista estaba siendo procesada penalmente por el delito de corrupción al sufragante, por el cual a la postre fue condenada, nunca se sostuvo ni por parte del demandante ni menos del ministerio público, que la violación del tope de gastos de campaña tuviera como antecedente la comisión del delito mencionado, pues la valoración probatoria se realizó solo en función de lo hallado en la diligencia de allanamiento, que como ya se ha dicho, era un abundante material probatorio que daba cuenta de múltiples gastos realizados

durante la campaña política, lo cual es suficiente para que se pueda configurar la causal de violación de tope de gastos, sin que en manera alguna sea requisito previo que ello este tipificado como delito alguno.

También fundamentó el salvamento de voto sobre una serie de consideraciones en relación con la valoración probatoria, sobre lo cual dijo:

1. Consideró que en la sentencia no se realizó una adecuada valoración de los medios de convicción obrantes en el expediente.
2. Aunque en el fallo se alude a la existencia de evidencias claras de que la demandada Merlano incurrió en gastos de campaña por encima de los topes fijados por el Consejo Nacional Electoral, advirtió que en este se echa de menos un análisis probatorio, realizado y expuesto conforme con las normas procesales, que sustente tal conclusión.
3. En el fallo se exponen conclusiones probatorias y se citan las fuentes de prueba que las fundamentan, con lo cual, consideró que, no se cumple con la exigencia legal de fundar las decisiones judiciales en pruebas, la cual incluye la obligación del exponer las consideraciones que permitan deducir porqué se estiman probados los hechos en los cuales se sustenta la decisión que se adopta.
4. Estableció que un análisis individual y en conjunto de los medios probatorios obrantes en el expediente, realizado conforme con las reglas de la sana crítica, con clara exposición de las razones por las cuáles se arriba a las conclusiones probatorias adoptadas, habría permitido determinar con mayor claridad y contundencia si, en este caso concreto, podían imputársele a la demandada los hechos que se tienen como demostrados en el fallo.
5. Además manifestó que se aparta de las apreciaciones realizadas por la Sala sobre la valoración de las pruebas obtenidas en el allanamiento realizado en la sede de la campaña electoral de la demanda.
6. Contrariamente a lo sostenido por la Sala, estimó que la totalidad de las pruebas recaudadas en dicha diligencia eran ilícitas ya que en esta los agentes de policía implantaron algunas evidencias, irregularidad que afectó todo el acervo probatorio, sin que se pueda predicar la existencia de fuentes independientes.

El magistrado disidente de la decisión mayoritaria expone diversos cuestionamientos a la labor probatoria realizada por la Sala Plena, pero no da mayores luces sobre los motivos de su disenso, al menos en la argumentación que consta en el expediente. Como ya se ha explicado, la valoración de la prueba resultó primero de la conducencia y pertinencia de la misma, comoquiera que fue el material hallado en la misma sede de campaña y demostrativo de múltiples gastos realizados en desarrollo de la misma y que nunca fueron controvertidos por la demandada, más allá de los argumentos que motivaron la solicitud de nulidad del proceso, los cuales fueron debidamente desestimados, segundo, cumplió con todos los requisitos propios de la prueba

trasladada y con los de legalización del allanamiento, por lo que no se entiende con claridad los reparos a la labor probatoria.

Compra el magistrado la tesis expuesta por la defensa de unas supuestas pruebas implantadas por la policía que aparecieron en unos videos en el curso de la segunda instancia, lo cual contaminaría todas las demás pruebas, sobre lo cual debemos indicar que además de lo expuesto por la Sala Plena sobre ese tópico, nunca se supo con certeza de dónde salieron los videos que supuestamente dan cuenta de dicha implantación de pruebas, ¿cómo se obtuvieron?, ¿cuál fue la cadena de custodia?, ni tampoco se tuvo conocimiento, al menos hasta el fallo de segunda instancia, que los mismos hubieren sido objeto de alguna investigación oficial o pronunciamiento por parte de los órganos de investigación, por lo que siempre se consideraron por parte del ministerio público como pruebas espurias, a las cuales la Sala restó total valor.

Finalmente, cuestionó en su salvamento de voto el inadecuado estudio de la culpabilidad de la demandada por considerar que no es dable acudir a las normas que regulan la culpa en el Código Civil para definir el elemento de la culpabilidad exigido en los juicios de pérdida de investidura, ya que se trata de conceptos diferentes que no pueden ser asimilados.

#### 8.4. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ: SALVAMENTO DE VOTO

Indicó como argumento para apartarse del voto mayoritario, que considera que la congresista demandada no incurrió en la causal de pérdida de investidura por “violación de los topes máximos de financiación de las campañas”, toda vez que para el consejero no son equiparables los conceptos de financiación de las campañas electorales y los gastos máximos de las campañas, al respecto indicó que la financiación representa los recursos públicos que son aportados por el Estado para sufragar las campañas electorales y los gastos son el monto máximo permitido para costear una campaña electoral, concepto en el que se encuentra incluido el financiamiento estatal.

De este modo advirtió que la solicitud de pérdida de investidura debió ser analizada bajo los estrictos términos del artículo 109 de la Constitución, advirtiendo que no se logró demostrar que la congresista demandada superara los topes máximos permitidos de **financiación estatal**, por lo que debió negarse las pretensiones de la demanda, precisando que de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 1475 la violación de los límites al monto de los gastos de las campañas electorales se sanciona con la pérdida del cargo, mas no con la pérdida de investidura.

Sobre este particular dijo la Sala Plena que es importante anotar que de acuerdo con el análisis normativo y semántico de la expresión “**financiamiento**” contenido en el artículo 109 de la Constitución, se debe entender que este implica tanto los aportes que se reciben como el **gasto**, y así lo entendió la Corte Constitucional que en la

sentencia C-490 de 23 de junio de 2011, consideró que el artículo 26 de la Ley 1475, que establece la causal de desinvestidura por «[...] violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales [...]» norma que utiliza la acepción gasto, lo que **constituía un desarrollo del artículo 109 de la Constitución Política**. Ese pronunciamiento de la Corte otorga un alcance tanto a la norma legal como a la norma constitucional que **permite concluir** que el artículo 109 ibidem, en armonía con el artículo 26 de la Ley 1475, castiga con la pérdida de investidura **tanto al candidato** que en su campaña electoral **viola los topes máximos de financiación**, entendido como aporte, **como también al candidato que en su campaña electoral viola los límites al monto de gastos; es decir, financiación entendida como gasto**.

Recordemos, como lo expusimos al hacer el análisis de la Ley 1475, que estableció dos sanciones diferentes para la violación al tope de gastos de campañas políticas dependiendo de quién es la persona transgresora, de tal suerte que si es candidato a un cargo uninominal, gobernador o alcalde, la sanción es la pérdida del cargo, pero si es candidato al Congreso de la Republica, la sanción es la pérdida de investidura, conforme el procedimiento establecido para ello, de modo que no deja de sorprender la interpretación dada por el magistrado Ramírez, pues el artículo 109 de la Constitución hay que entenderlo en armonía con la ley estatutaria que lo desarrolla, es decir la Ley 1475.

La verdad no puede entenderse de otra forma, pues lo contrario haría **inocua** la disposición constitucional de pérdida de investidura y no habría como castigar lo que es más censurable y recurrente, que es violar los topes de los gastos, pues la violación del tope de financiamiento, más aun el estatal, como lo menciona el magistrado disidente de la decisión mayoritaria, no se entiende cómo se podría dar, pues siendo una asignación de recursos que hace el Estado, que es uniforme para todos los partidos políticos según la representación que los mismos tengan, no es claro cómo se daría la situación fáctica, y de darse, cómo podría endilgarse responsabilidad al candidato por dolo o culpa gravísimas.

## 9. CONCLUSIÓN FINAL

El propósito del presente estudio no fue otro que dejar una alerta y ser una herramienta disuasiva para la clase política, por los efectos sancionatorios que puede acarrear la violación impune del tope de gastos en las campañas políticas, la relación inescindible entre financiación de la política y corrupción administrativa, lleva a la Procuraduría General de la Nación a dejar un mensaje contundente en el sentido de que la violación de dichos topes, es de tal gravedad que puede acarrear la mayor de las sanciones, como es la muerte política.

Son dos las conclusiones que merece especial atención de lo que en dicha sentencia estableció el Consejo de Estado, y que sería bueno se replicaran ampliamente, pues ello debe servir para que los políticos no sigan creyendo que los ríos de dineros con

que se compran elecciones en Colombia podrán seguir siendo escondidos en informes maquillados de gastos de campaña, de los que nadie se percata, o bien por incompetencia, o bien por aquello de que el papel puede con todo, o con el falso sofisma de que las finanzas de la campaña son asuntos del gerente en lo que el candidato, por estar dedicado a conseguir votos, poco se entera.

Pues bien, en esta ocasión el Consejo de Estado, sin poder contar con la rendición de cuentas que errónea e ingenuamente se ha considerado la prueba reina para determinar la violación de topes de financiación, acogió la tesis expuesta por la Procuraduría al darle pleno valor probatorio a los hallazgos resultantes de un allanamiento realizado a la sede de dicha campaña el 11 de marzo de 2.018, mismo día en que se celebraban elecciones. Una fuente humana alertó a la Fiscalía sobre lo que todos sabían pero nadie decía, que en dicha sede se estaban comprando votos y en una acción rápida y eficiente se logró incautar material probatorio con lo que a la postre el Consejo de Estado estableció gastos probados por más de \$4.000 millones de pesos, cuando el tope era de \$840 millones.

Claro que no fue tarea fácil, pues no faltaron argumentos que por todo lado trataron de deslegitimar el valor probatorio de estos elementos; que el valor de la prueba trasladada; que el principio de contradicción; que no se había dictado sentencia penal; que se rompió la cadena de custodia; que si las pruebas no habían sido contradichas en el proceso penal no podían oponerse en el administrativo, ante lo cual argumentamos no solo la procedencia procesal sino la imperiosa necesidad moral y ética de valorarlas como una forma de poder ser eficientes en la lucha contra la corrupción política.

Por fortuna, el Consejo de Estado estableció que siempre que el allanamiento sea ordenado por fiscal competente, que se realice la posterior diligencia de legalización por juez competente y que se surta debidamente el traslado de la prueba con la correspondiente garantía de contradicción, como efectivamente se hizo en el caso, la prueba será válida para los fines de probar la violación de los topes de financiación de campañas políticas, con lo que se estableció un importante precedente judicial sobre la materia, pues amplió y flexibilizó significativamente el acervo probatorio para demostrar la violación de topes de financiación, lo cual en lo sucesivo hará mucho más compleja y arriesgada esta práctica ya que el candidato no podrá con un simple informe adulterado y acomodado de gastos burlar la pérdida de investidura.

Una segunda conclusión que podemos sacar del presente estudio, es referente a la consideración de la culpabilidad del candidato, pues, como es sabido, la pérdida de investidura es una responsabilidad subjetiva que implica la demostración del actuar doloso o gravemente culposo, de lo que fácilmente se desmontaban argumentando que todo lo financiero era asunto del gerente, en ese sentido la Sala Plena indicó: **«corresponde al candidato adoptar las medidas necesarias, estrictas y contundentes con el objeto de garantizar: i) el respeto de esos límites; y, de esta manera, ii) de los principios de transparencia e igualdad en materia electoral y de pluralismo político**

**en las campañas electorales»,** de tal suerte que sin cambiar el régimen de responsabilidad subjetiva por uno objetivo, la simple argumentación de que el manejo de las finanzas de la campaña no era su responsabilidad, ya no le servirá para eludir las consecuencias, pues de acuerdo con este precedente tendrán que demostrar en lo sucesivo que adoptaron las medidas necesarias, estrictas y contundentes para evitar la violación de los topes de financiamiento.

De modo que confiamos que este fallo, del cual reiteramos es importante su difusión, no tanto por el castigo que impone a un polémico personaje de la política, como por lo que representa hacia el futuro, sea una herramienta disuasiva que ayude a combatir ese terrible mal de los ríos desbordados de dineros en las campañas políticas.

### III. EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS: NUEVO DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN ALTAS CORTES Y CONVENCIONALIDAD

Por: Iván Darío Gómez Lee

Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa

#### 1. INTRODUCCIÓN

Entre las actividades que han desviado la legitimidad y el ejercicio de la investidura de los congresistas está el tráfico de influencias, valga decir indebido, porque en principio los legisladores influyen de varias maneras en el devenir de la actividad de las instituciones y en la vida de los ciudadanos, no siendo en todos los casos repudiable y punible la influencia que puede ser usada válidamente como logro para obtener el apoyo popular de los electores. Ejemplo de ello puede ser el lobby o cabildeo para lograr que se apruebe una ley, la gestión ante el gobierno para que este ejecute las leyes de inversiones y obras con prontitud y la eficiencia gubernamental en la región de donde es oriundo el congresista; estas actividades legítimas incluyen un largo etcétera.

Hay un espectro de casos en el que la incidencia del legislador, como figura prominente de la sociedad, no puede execrarse *a priori*, aunque todas esas actividades distintas al debate parlamentario resulten aprovechadas luego para aumentar el número de adeptos. Eso hace parte de la democracia, el tema es que ese accionar se mantenga siempre entre los límites de la ley y conforme a estándares éticos y se tenga certeza sobre la sanción y seguridad jurídica en cuanto a las garantías, en el evento de sobrepasarlas.

Pero, que el ejercicio de la noble e importante actividad congresal, que incluye hablar por los intereses nacionales y regionales, se convierta en una fuente de enriquecimiento o en un despreciable tráfico de favores *do ut des*, en una suerte de inaceptable cruce de intereses públicos y privados, sí que resulta una grave anomalía ética, tanto que pasa a convertirse en una afrenta contra la legitimidad del Congreso. Por esto, es fundamental que se investiguen y sancionen aquellas conductas que hacen parte de las corruptelas, repudiables en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, como se verá a continuación.

El presente artículo tiene por objeto destacar la autonomía de la dogmática aplicable a las causales de pérdida de investidura, en especial la de tráfico de influencias debidamente comprobada, expresa en el artículo 183, numeral 5 de la Constitución Política de Colombia (CP), a partir de la sentencia del 21 de junio de 2017, dictada contra el ex congresista Edgar Alexander Cipriano Moreno, una vez el Consejo de Estado comprobó que el parlamentario exigió dinero a ciertos ciudadanos para

conseguirles cargos públicos, gestión que lograría gracias al poder de sus supuestas influencias sobre otros servidores públicos. En este proceso emitió un concepto, como agente del ministerio público, el autor de este estudio<sup>191</sup>.

En general, tanto el Código Penal como el Código Disciplinario y el derecho convencional castigan a todos los servidores públicos que incurran en ese tipo de conductas. Lo interesante del régimen jurídico colombiano estriba en contar, además, con la pérdida de investidura, que es una acción pública de nivel constitucional mediante la cual se sancionan las malas prácticas de los congresistas con una suerte de expulsión definitiva de la vida política de quien sea hallado culpable de esas conductas<sup>192</sup>. Por disposición de la Ley 617 de 2000 se extendió la aplicación de esa acción a diputados y concejales.

Entre las causales de pérdida de investidura se encuentra el *tráfico de influencias*. A su vez, la Ley 1881 de 2018 establece el procedimiento y debido proceso para aplicar mediante solicitud de cualquier ciudadano, este medio de control también previsto en el artículo 143 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). En esa norma se indica que se podrá pedir la pérdida de investidura de congresistas, diputados, concejales y ediles. Este marco jurídico ofrece el estándar de garantías previsto en la Convención Americana para los Derechos Humanos<sup>193</sup>.

A partir de lo expuesto se expondrá lo siguiente: primero, el análisis del caso del señor Cipriano Moreno y el cambio jurisprudencial que implicó esa sentencia por parte del

---

<sup>191</sup> Este trabajo contó con los aportes de la Doctora Diana Vega, asesora de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa y de Laura Castillo quien es sustanciadora de la misma Procuraduría.

<sup>192</sup> “5.1 Como se analizó en este estudio, Colombia estructuró, a partir de la Constitución de 1991, un sistema de responsabilidad disciplinaria garantista, del cual deviene una actuación dual que asegura el control jurisdiccional de las decisiones sancionatorias que profieren órganos de control autónomos de creación constitucional. Así, el SRD en la dimensión normativa de la Carta Política se ajusta a los estándares del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 5.7 Una interpretación sistemática del artículo 23.2 de la CAHD y de la Constitución Política, en el marco del bloque de constitucionalidad, admite que una autoridad judicial (no penal) pueda restringir derechos políticos siempre y cuando se observe el estándar internacional del derecho fundamental al debido proceso”. Gómez Lee, Iván Darío. *Sistema de responsabilidad disciplinaria en Colombia: El falso dilema de la tensión entre el respeto del derecho constitucional y convencional al debido proceso y la efectividad de la lucha contra la corrupción*. Bogotá: Instituto de estudios del Ministerio Público. 2019, p. 74, 75. El 19 de agosto de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos notifica al Estado colombiano la condena por la destitución del exalcalde de Bogotá D.C. Gustavo Petro. Los efectos de la decisión son para el proceso disciplinario y esa sentencia no aborda ningún aspecto de la pérdida de investidura.

<sup>193</sup> La Ley 1881 de 2018 deroga en su integridad la Ley 144 de 1994, primera norma que se expide para darle desarrollo al marco constitucional en la materia. A su vez, la Ley 1881 de 2018 es modificada por la Ley 2003 de 2019.

Consejo de Estado. Segundo, los aportes de la Procuraduría General de la Nación en la intervención realizada en ese proceso, los cuales fueron acogidos por la Sala de Decisión del Consejo de Estado. Tercero, en forma de análisis comparado, lo atinente al derecho penal y convencional que expone la Corte Suprema de Justicia sobre el delito de tráfico indebido de influencias, que es la concepción, si se quiere, paralela.

A su vez, se estudiarán los criterios esenciales de la naturaleza de la acción pública de pérdida de investidura en clave de la sentencia aludida. Se cumple así el objetivo de conceptualización en convencionalidad. Finalmente, se arribará a la conclusión central, que consiste en la autonomía que ha ganado la pérdida de investidura como mecanismo para controlar la conducta de congresistas y altos servidores del Estado de elección popular. Es por lo tanto un instrumento que contribuye al ejercicio con el mayor decoro de la función de los congresistas y de los servidores de elección popular. Por lo tanto, cuando incurran en conductas constitutivas de actos de corrupción procederá la remoción del cargo y la inhabilidad general.

## 2. ANÁLISIS DEL CASO: SENTENCIA DE SALA PLENA DE 21 DE JUNIO DE 2017

Ref.:	Expediente No. 11001 0315 000 2016 01503 00
Actor:	IVÁN RAFAEL ACOSTA GUILLÉN
Demandado:	ÉDGAR ALEXÁNDER CIPRIANO MORENO
Acción:	Pérdida de Investidura
Consejero	Carlos Enrique Moreno Rubio

El ciudadano Iván Rafael Acosta Guillén, en ejercicio del mecanismo de control de pérdida de investidura presentó demanda en contra del señor Edgar Alexander Cipriano Moreno, representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Guainía para el período constitucional 2014 a 2018. El cargo contra el congresista fue el de tráfico de influencias.

El actor señaló que el señor Cipriano Moreno fue elegido representante a la Cámara por el departamento del Guainía, en nombre del partido Alianza Social Independiente (ASI). Así mismo, aseguró que, desde su elección al Congreso de la República, el señor Cipriano Moreno realizó una serie de conductas que configuran tráfico de influencias, incurriendo así en la causal de pérdida de investidura establecida en el artículo 183 de la Constitución Política.

Adicionalmente, manifestó que en varias oportunidades el señor Cipriano ofreció vincular a la señora Eulalia Chacón Flórez, quien se desempeñaba como personera municipal de Landázuri, Santander, en el SENA regional Inírida, en la dirección

departamental del DPS o en los consulados de Manaus en Brasil o de San Fernando de Atabapo, Venezuela, a cambio de dinero.

Sostuvo que lo mismo sucedió respecto de los señores Walter Adrián Ruiz Céspedes y Erwin Avellaneda Duarte, a quienes les ofreció su intermediación para vincularlos como funcionarios en el SENA regional, la dirección departamental del DPS o en los mismos consulados de Manaus y San Fernando de Atabapo a cambio de sumas de dinero. Agregó que aproximadamente en octubre de 2014, el señor Cipriano Moreno recibió en efectivo la suma de veinte millones de pesos por el ofrecimiento realizado a dichas personas, la cual fue entregada en su oficina del Congreso de la República. Concluyó que, para la misma época, los señores Avellaneda Duarte y Ruiz Céspedes le entregaron en la oficina del edificio nuevo del Congreso la suma de dos (2) millones de pesos, correspondiente a lo cobrado a la señora Chacón Flórez para que le apartara el cargo de cónsul en San Fernando de Atabapo.

En sentencia de Sala Plena el Consejo de Estado decidió condenar al demandado a perder la investidura tras la siguiente conclusión: «Concluye la Sala que la conducta llevada a cabo por el representante a la Cámara Cipriano Moreno configuró el tráfico de influencias, debidamente comprobado, pues utilizó su calidad de congresista para desplegar una actuación irregular y reprochable dirigida a gestionar el nombramiento en unos cargos en entidades públicas a cambio de un beneficio económico para su provecho personal.»<sup>194</sup>

## 2.1. APORTES REALIZADOS POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN SU INTERVENCIÓN

El Consejo de Estado había fijado en una sentencia anterior del 1 de noviembre de 2016, los cuatro elementos para configurar la causal de tráfico de influencias en materia de pérdida de investidura, los cuales no necesariamente coinciden con los del tipo penal previsto en el artículo 411 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal. El Consejo de Estado sobre el tráfico de influencias señaló<sup>195</sup>:

[...] la Sala a partir de la Jurisprudencia suficientemente decantada en cuanto a la demarcación conceptual del tráfico de influencias dentro de la acción de pérdida de investidura, se permite reiterar, los cuatro elementos que deberán aparecer demostrados de forma suficiente y concurrente en el proceso, para efectos de configurar la referida causal, así:

<sup>194</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de junio de 2017. Rad. 11001-03-15-000-2016-01503-00. CP. Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>195</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 1 de noviembre de 2016. Rad. 11001-03-15-000-2015-01571-00. CP. María Elizabeth García González.

“a) Que la persona que ejerce la influencia ostente o haya ostentado la calidad de congresista de la República, la cual se adquiere a partir de la posesión en el cargo”,<sup>196</sup>

b) Que se invoque esa calidad o condición ante el servidor público<sup>197</sup>, ejerciéndose en todo caso un influjo síquico sobre éste, sin tener en consideración el orden jerárquico existente entre ambos;

“c) Que se reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con las salvedades o excepciones contempladas en la Ley 5ª de 1992, en cuanto a las gestiones de los congresistas en favor de sus regiones”;<sup>198</sup> y

d) Que el beneficio pretendido por el congresista provenga de un asunto que el servidor público se encuentre conociendo o haya de conocer<sup>199</sup>.

La tesis propuesta por la Procuraduría General de la Nación en la intervención realizada en el proceso de pérdida de investidura del señor Cipriano Moreno constituye un aporte al derecho administrativo y a la pérdida de investidura, toda vez que modifica algunas reglas y subreglas que desde la jurisprudencia anterior se venían aplicando. Lo que se establece ahora es un estándar de valoración de los indicios y las pruebas que llevan a concluir que un servidor público, en este caso un congresista, puede incurrir en tráfico de influencias por haber ejercido la conducta que en este caso se comprobó en contra del demandado, conducta que en materia de pérdida de investidura no coincide necesariamente con el tipo penal denominado tráfico de influencias de servidor público<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de febrero de 2012. Rad. 2011-00497. CP. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 6 de mayo de 2014. Rad. 2013-00865. CP. Enrique Gil Botero. Sentencia del 21 de junio de 2016. Rad. 2013-01258-00. CP. María Elizabeth García González.

<sup>197</sup> *Ibidem*.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de junio de 2017. Rad. 11001-03-15-000-2016-01503-00. CP. Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>200</sup> Ante la sentencia que será analizada en el estudio, en un trabajo de investigación sobre la pérdida de investidura se puede apreciar que la regla y subreglas que se construyeron desde la jurisprudencia para esta causal difieren del nuevo sentido que da el caso que ocupa este estudio. A continuación, se citan los enunciados de tales reglas y subreglas: “A. Aplicación de la regla: 1. Se concreta cuando aparece demostrado que el congresista intervino para que un contrato que debía celebrar el Congreso, le fuera adjudicado a una persona. 2. No opera si no se demuestra que el congresista interpuso alguna clase de influencia para conseguir un resultado específico. 3. No se configura si no se demuestra que el congresista intervino de alguna manera para que se nombraran personas en la entidad, o si no aparece probado que interpuso sus oficios para tal fin. 4. Se requiere comprobar que la intervención indebida se

A continuación se expone el análisis jurídico del concepto de la Procuraduría General de la Nación en el proceso ya mencionado:

## 2.2. ANÁLISIS JURÍDICO Y APOORTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN A LA SENTENCIA

El numeral 5 del artículo 183 de la Constitución Política prescribe que el tráfico de influencias debidamente comprobado es causal de pérdida de investidura, que es la sanción más severa que se puede imponer en Colombia en contra de los derechos políticos de los ciudadanos, por cuanto implica la *muerte política* de quien es objeto de dicha sanción. En efecto, decretada la pérdida de investidura el sancionado no podrá ser elegido congresista nunca más. Vale la pena destacar que el numeral 5 del artículo 183 no habla del tráfico “indebido” de influencias, característica esta que sí figura en el artículo 411 del Código Penal, lo que no significa que no deba ser “indebido”. Es decir, el tráfico de influencias como causal de pérdida de investidura previsto en la norma constitucional mencionada, también es indebido, por lo tanto, no debe hacerse.

La naturaleza jurídica de la acción pública de pérdida de investidura no ha sido un tema pacífico. Se planteó que era una especie de juicio o control político ciudadano, lo cual desconocía que los juicios políticos recaen propiamente sobre los ministros del gabinete, que son responsables de las políticas públicas y que deben dar cuenta del resultado de las mismas ante el Congreso de la República, órgano encargado de ejercerlos mediante la moción de censura y los respectivos debates, según lo previsto en el artículo 135 de la Constitución Política.

El Consejo de Estado adoptó una postura diferente y se inclinó por afirmar que la pérdida de investidura es una institución sancionatoria encaminada a deducir una responsabilidad ética para mantener altos parámetros morales en el ejercicio de la función parlamentaria, con el fin de dignificar el Congreso y la democracia propiamente dicha. La Sala Plena de esa corporación, en sentencia del 30 de junio de 2015, sostuvo<sup>201</sup>:

---

realizó y la misma debe agotarse ante una entidad pública. B. Subreglas: 1. Se debe demostrar que el congresista intervino para que un proyecto de ley fuera incluido en la gaceta del Congreso, atribuyendo su trámite a una persona que no forma parte del Congreso. 2. No hay lugar a la sanción cuando el congresista interviene para que el gobierno expida un decreto que reglamenta una ley. 3. La causal por tráfico de influencias no tiene definición legal. 4. Un caso especial. El numeral 10 del artículo 268 de la Constitución. No aparece demostrado que el congresista intervino para que nombraran unos funcionarios en la Contraloría General de la República”. Brito Ruiz, Fernando. Quintero González Leonel. Fernández, John James. La pérdida de investidura de congresistas, diputados, concejales, miembros de las juntas administradoras locales y ediles. 2ª ed. Bogotá: Leyer. Universidad Libre de Colombia, 2007.

<sup>201</sup> La transcripción conserva las citas originales de pie de página.

La pérdida de investidura de los congresistas, se ha definido como un juicio<sup>202</sup> o proceso jurisdiccional sancionatorio, pues hace parte del *jus puniendi* del Estado.

De carácter ético<sup>203</sup>, en tanto las causales ideadas por el Constituyente son un código específico de conducta, que tiene por objeto reprochar y sancionar a los representantes del pueblo en y por razón de la dignidad del cargo que ejercen, a partir de la defraudación del principio de representación política que deviene por razón exclusiva y directa del mandato que genera el voto popular<sup>204</sup>.

Las conductas tipificadas como causales de pérdida de investidura, previstas en el artículo 183 de la Carta, deben ser examinadas a la luz de los fines de esta acción judicial o medio de control *sui generis*. En especial, las causales que pretenden proscribir y desterrar comportamientos carentes de valor, inmorales e incluso delictuales, que han sido frecuentes, lamentablemente, en los cuerpos legislativos de Colombia, las cuales son autónomas frente al derecho penal o disciplinario común, hasta el punto de resultar improcedente alegar la excepción de prejudicialidad para suspender el de pérdida de investidura mientras se concluyen los procesos penales o disciplinarios. Además, las causales no necesariamente deben ser implementadas con los mismos estándares aplicados a los delitos o a las faltas disciplinarias comunes que engloban o describen conductas similares a las previstas en la lista de causales de pérdida de investidura.

En la sustentación de la posición adoptada por el Consejo de Estado en relación con la causal de *tráfico de influencias debidamente comprobado* se ha visto con claridad la autonomía de la acción de pérdida de investidura, en salvaguarda de los fines y propósitos de la institución.

## 2.3. APORTES DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS ALTAS CORTES

### 2.3.1. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia ha fijado pautas jurisprudenciales para interpretar y aplicar el delito de tráfico indebido de influencias previsto en el artículo 411 del Código Penal. En sentencia del 23 de agosto de 2017, SP-128462017 (46484), reiteró los elementos constitutivos de ese punible, así:

---

<sup>202</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-1159 del 04 de diciembre de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>203</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 21 de agosto de 2012. Rad.110010315000201100254-00. CP. Hernán Andrade Rincón.

<sup>204</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de junio de 2017. Rad. 11001-03-15-000-2016-01503-00. CP. Carlos Enrique Moreno Rubio.

- Que el sujeto sea un servidor público.
- Que dicho servidor haga uso indebido de influencias derivadas del ejercicio de su cargo o función.
- El uso indebido de la influencia puede darse en provecho del servidor que la ejerce o de un tercero.
- La utilización indebida de la influencia debe tener como propósito obtener un beneficio de parte de otro servidor público sobre un asunto que este conozca o vaya a conocer.

Para la Corte Suprema de Justicia la influencia ejercida debe ser idónea en cuanto debe ser cierta y real, con el poder suficiente para llegar a influir en el ánimo del otro, casi al punto de ser tal la presión del *influyente* que se convierta en una especie de abuso de poder.

La Corte destaca todos los elementos de la responsabilidad penal, a saber: tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad, para poder condenar en debida forma a un servidor público acusado de tráfico indebido de influencias.

Como se verá más adelante, el rigor exigido por la Corte Suprema de Justicia para la configuración del delito en cuestión, no es igual al aplicado por el Consejo de Estado para imponer la sanción de pérdida de investidura. Esta última corporación, teniendo en cuenta los fines y propósitos de la figura instituida por el Constituyente de 1991, ha reivindicado la autonomía de esta acción o medio de control, al punto de crear elementos propios para que se configure un caso reprochable de tráfico de influencias a partir de hechos en los que se evidencie la intención en ese sentido, así no se demuestre si al final dicha influencia rindió o no frutos. El Consejo de Estado ha fijado un marco más severo, y con justa razón, para examinar las conductas de los congresistas que, aprovechándose de su destacada posición, “venden” la ilusión de que podrán conseguir de otros agentes del Estado cargos públicos u otras ventajas en favor de adeptos o seguidores, a quienes, además, les exigen dinero u otras dádivas como retribución.

### 2.3.2. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

En la sentencia del 21 de junio de 2017, el Consejo de Estado decretó la pérdida de investidura del congresista Édgar Cipriano Moreno. En esa providencia se expuso que no era necesaria la identificación plena de los servidores públicos sobre los que habría de recaer el tráfico de influencias reprochado por la Constitución, ni era indispensable que se consumara la gestión final o el resultado de la conducta reputada como tráfico de influencias, incluida la demostración del beneficio específico obtenido por el congresista.

En ese caso se demostró que el señor Cipriano se había comprometido a gestionar el nombramiento de ciertos ciudadanos en cargos gubernamentales, incluidos los de su propio despacho o Unidad de Trabajo Legislativo UTL, a cambio de dinero. Se probó

también que alcanzó a recibir la coima por interpuestas personas. sin embargo, no se probó que el congresista hubiese hecho la gestión. Es decir que la operación irregular e indigna del servidor público se quedó en la mitad. El acusado, prevalido de ser congresista, es decir, “influyente”, y ante la necesidad y la credibilidad de sus seguidores y adeptos, les prometió cargos públicos a cambio de dinero. De hecho, recibió las sumas de dinero pero no se comprobó que hubiese “gestionado” cargo alguno.

La Procuraduría General de la Nación en su intervención solicitó que se decretara la pérdida de investidura del señor Édgar Alexander Cipriano Moreno, a pesar de no existir prueba de la gestión o diligencia ante los nominadores.

En el concepto rendido ante la Sala Plena del Consejo de Estado la Procuraduría, a partir del estudio de las pruebas que se recaudaron, en especial los testimonios de las víctimas de las dádivas exigidas por el congresista y ciertos documentos, concluyó que el parlamentario acusado incurrió en la causal de tráfico de influencias, por cuanto, debido a su destacada posición de representante del pueblo, hizo creer a las víctimas que tenía “influencia” ante los funcionarios nominadores para lograr que estos le dieran las canonjías que a bien pidiera, como eran los cargos públicos a quienes optaron por pagar la pretendida “influencia” del congresista. De ahí que para resaltar lo esencial de la conducta reprochable del congresista, la Procuraduría se preguntara:

**b) ¿EN QUÉ CONSISTIÓ EL EJERCICIO INDEBIDO DE INFLUENCIAS?** *En hacer creer a los ciudadanos WALTER ADRIÁN RUIZ CÉSPEDES y EULALIA CHACÓN FLÓREZ que gracias a su investidura de congresista tenía la capacidad de gestionar nombramientos ante entidades públicas, generando una expectativa en ellos y la credibilidad de que eso iba a suceder (entidades como el DPS, el ICBF y la propia UTL de la Cámara de Representantes).*

En la sentencia que decretó la pérdida de investidura del señor Cipriano Moreno, en efecto, el Consejo de Estado estuvo de acuerdo en que las pruebas arrojaron un resultado adverso para el acusado, pues este, sin duda, creó en los ciudadanos adeptos a su causa la confianza de que él sería el gestor para la obtención de cargos públicos, pero no un gestor cualquiera sino uno pagado, como un comisionista o traficante de lo público, conducta indigna de un congresista.

Así discurrió la sala plena del Consejo de Estado en este asunto:

Frente al despliegue de esta conducta, comparte la Sala la conclusión a la cual llegó el agente del Ministerio Público en su intervención y en alegato presentado al final de la audiencia pública, según el cual el representante Cipriano Moreno, en ejercicio de su investidura, generó en los citados ciudadanos un convencimiento sobre la

capacidad de gestionar aquellos nombramientos ante las entidades públicas.

En estas condiciones, estima la Sala que es clara la invocación de la condición de congresista hecha por el demandado para solicitar el aporte económico a cambio de conseguir los cargos públicos que podía ofrecer como intermediario ante los gobiernos nacional y seccional<sup>205</sup>.

Es decir que, sin duda, la sanción impuesta al señor Cipriano Moreno por tráfico de influencias está en total consonancia con los fines de la pérdida de investidura. La misma subraya el carácter autónomo de la causal y la acción y transmite el mensaje de que toda tratativa incorrecta de los congresistas debe ser sancionada, máxime cuando pretendan sacar provecho indebido de la posición influyente que naturalmente ostentan por ser representantes del pueblo y baluartes de la democracia, paradigmas que no deben mancharse con conductas como las que se analizaron en la sentencia de 21 de junio de 2017.

#### 2.4. CONCEPTUALIZACIÓN EN CONVENCIONALIDAD

Un punto de partida necesario en el estudio del concepto presentado por la Procuraduría General de la Nación en el proceso de pérdida de investidura del señor Edgar Alexander Cipriano Moreno, es la conceptualización que en el derecho penal colombiano se ha dado al tipo penal de tráfico de influencias, igualmente aquella que se deriva de la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción<sup>206</sup> y la Convención Interamericana en contra de la Corrupción<sup>207</sup>. Ello sumado al estándar probatorio que ha fijado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para emitir una condena por ese delito y finalmente definir en el caso particular del señor Cipriano la posible comisión de otros adicionales.

Lo anterior teniendo en cuenta lo expuesto sobre el tráfico de influencias en la normatividad nacional e internacional vigente, así como en diversos textos jurídicos que acuden a esta figura<sup>208</sup>. Esta cuestión ha desencadenado estudios académicos y otros realizados por los operadores jurídicos, teniendo en cuenta además su trascendencia en el marco constitutivo de la corrupción. Por ende, es menester

<sup>205</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de junio de 2017. Rad. 11001-03-15-000-2016-01503-00. Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>206</sup> Convención de las Naciones Unidas contra de la Corrupción de 31 de octubre de 2003. Aprobada en Colombia por la Ley 970 de 2005 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-172 de 2006.

<sup>207</sup> Convención Interamericana contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996. Aprobada en Colombia por la Ley 412 de 1997 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-397 de 1998.

<sup>208</sup> CANCINO, Antonio José. Delitos contra la administración pública en: Lecciones de derecho penal. Parte Especial. 2ª ed.. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 145.

contrastar los planteamientos en torno a la naturaleza y aplicación en el ámbito de la jurisdicción penal en lo concerniente a los tipos penales y en la de lo contencioso administrativo para la pérdida de investidura. Ello garantizará un análisis más amplio del tema.

Para verificar el objetivo previamente ilustrado se requiere plasmar la normativa de carácter internacional, es decir, analizar la convencionalidad constatando las convenciones proferidas por órganos internacionales que han establecido un acercamiento a la definición o conceptualización del tráfico de influencias. Esto por cuanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción plantea una serie de conductas que se encuadran en un acto de corrupción, el tráfico de influencias es descrito y mencionado en el artículo 18 de la mencionada convención puntualizado en dos modalidades<sup>209</sup>. Así pues, el parámetro que se establece en el respectivo artículo radica en una consideración que plantea las Naciones Unidas para la correspondiente tipificación de aquellas conductas como delito en cada Estado parte, porque se espera que los respectivos eviten los actos atentatorios contra su administración con el fin de salvaguardar la integridad colectiva del Estado y sus particulares.

De forma simultánea, la Convención Interamericana contra la Corrupción ilustra diversos comportamientos que cataloga como actos de corrupción y se puede observar que, si bien es cierto no establece el tráfico de influencias de forma literal, sí contrapone conductas descriptivas que podrían de alguna forma adecuarse al concepto desarrollado de tráfico de influencias, toda vez que, analizando los comportamientos descritos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, estos se asemejan a los actos de corrupción descritos en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

De conformidad con lo mencionado, para unificar las conductas de las dos convenciones mencionadas y poder conceptualizar el tráfico de influencias en materia de pérdida de investidura, se plasmarán los elementos adyacentes de cada uno. En primer lugar, se esbozan las siguientes conductas contempladas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, respectivamente:

- a. La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la

---

<sup>209</sup> «[...] b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones pública.» Art. VI. Convención Interamericana contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996. Aprobada en Colombia por la Ley 412 de 1997 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-397 de 1998.

persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;

b. La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.<sup>210</sup>

De otro lado,

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.<sup>211</sup>

En la Convención de las Naciones Unidas se establece el elemento de la influencia como factor característico de la figura abordada, mientras que en la Convención Interamericana, las conductas establecidas se amplían, dejando una brecha interpretativa.

El punto de encuentro radica en razón a un servidor público, quien es el sujeto que despliega la acción favorable para el otro individuo en consonancia con su cargo o función, cuestión que según se evidencia es un impulso para ejercer el poderío o influencia sobre otros. Cabe resaltar que lo expuesto en este punto es una aproximación de lo que debería tipificarse en cada Estado, haciendo alusión a los

---

<sup>210</sup> Convención de las Naciones Unidas contra de la Corrupción de 31 de octubre de 2003. Aprobada en Colombia por la Ley 970 de 2005 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-172 de 2006.

<sup>211</sup> Convención Interamericana contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996. Aprobada en Colombia por la Ley 412 de 1997 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-397 de 1998.

elementos esenciales en la estructuración del tipo penal, sin embargo, las conductas y los componentes pueden variar de acuerdo con la modalidad que se impetre.

En un primer acercamiento en relación con la construcción o conceptualización del tráfico de influencias, puede señalarse que este es un acto de corrupción que contravía la correcta administración pública entorpeciendo los objetivos colectivos de un Estado, a través de la influencia del servidor público como herramienta para favorecer los intereses de la persona sórdida o de un tercero.

En Colombia, concretamente, está tipificado el delito de tráfico de influencias en la Ley 599 de 2000, Código Penal, en los artículos 411 y 411-A, concurriendo así dos modalidades de ese delito; en las respectivas normas se trae a colación la influencia como elemento determinante que lo naturaliza y cataloga. La más característica es el tráfico de influencias de servidor público, teniendo en cuenta que el presente, tiene como sujeto al servidor público que ejerce la influencia sobre otro servidor con el propósito de que este último realice cuestiones o gestiones encaminadas a favorecer al primero o a un tercero. En diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, como las citadas a continuación, se evidencia el alcance pragmático y ambivalente de este tipo penal, pues pretende ser de aquellos que requieren remitirse a otra fuente para el entendimiento de sus elementos.

La Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos ha debido analizar el significado del vocablo influencia para sentar límites y parámetros en concordancia con el tipo penal respectivo, debido a que se ha reiterado por la misma corporación que no toda influencia es constitutiva del delito que lleva su nombre. Incluso en este punto se puede dilucidar una contradicción o discrepancia entre lo plasmado en el Código Penal y en la jurisprudencia colombiana con lo referido en la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción, dado que, atendiendo las conductas simplificadas en la respectiva convención, se evidencia que la influencia arraigada en esta puede ser real o supuesta, cuestión que no se configura en la legislación colombiana ni en los pronunciamientos de los operadores jurídicos vía jurisprudencia<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup> «Las características de la influencia, en concreto, se contraen a lo siguiente: (i) debe ser cierta y real su existencia, con la entidad y potencialidad suficiente para llegar a influir en el otro, que trascienda en un verdadero abuso de poder de ahí que la influencia simulada, falsa o mentirosa, no haya quedado penalizada en este tipo, obedeciendo esto a un principio lógico, pues no se puede abusar de lo que no se tiene; (ii) no cualquier influencia es delictiva, debe ser utilizada indebidamente; (iii) lo indebido, como elemento normativo del tipo, es aquello que no está conforme con los parámetros de conducta de los servidores públicos precisados por la Constitución, la ley o los reglamentos a través de regulaciones concretas o los que imponen los principios que gobiernan la administración pública. Además de lo indebido en la utilización de la influencia, la conducta del influenciador adquiere relevancia penal con el simple acto de anteponer o presentar la condición de servidor público derivado del ejercicio del cargo o de la función o con ocasión del mismo, sin que importe el impacto o consecuencias en el destinatario, ubicando el delito en aquellos denominados de mera conducta, en tanto que no

En esta última se expresa la idoneidad de la acción desplegada, es decir que la influencia desarrollada por el servidor público debe ser real o verdadera para que se estructure el delito; si es falsa, supuesta o aparente, la acción no es idónea por cuanto no se presentaría el delito de tráfico de influencias, pues como expresa la jurisprudencia, no se puede ejercer poderío si realmente no se tiene. No obstante, en el marco de la convencionalidad no sucede lo mismo, puesto que en los actos determinados menciona que la influencia puede ser real o supuesta, es decir, la tesis enmarcada en la jurisprudencia nacional estaría sufriendo un decaimiento sistemático con contradicciones en el aspecto normativo internacional.

Ha realizado también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia planteamientos que pueden enmarcarse en un aparente tráfico de influencias, pero según la tipicidad de los referentes algunos actos se enmarcan en otro tipo penal; es una cuestión paradójica debido a que, si se sigue el lineamiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la influencia supuesta ejercida debería tornarse como tráfico de influencias y no como en Colombia se ahonda, pues, en el pertinente se hace referencia a la influencia falsa o supuesta en el tipo penal de estafa agravada por el numeral 3<sup>213</sup>. Esto supondría una alteración sustancial en el entendido que, mientras la utilización indebida de influencias reales coarta y afecta el bien jurídico tutelado de la administración pública, la influencia supuesta o falsa usada por el sujeto para obtener provecho económico en contraprestación de favores que se piensa el sujeto puede realizar, perturba el patrimonio económico<sup>214</sup>.

Para sintetizar, el concepto de tráfico de influencias puede comportar varias aristas dependiendo de la normativa que se exponga, sin embargo, coexiste una unificación en relación con que este indudablemente es un acto de corrupción determinado en las convenciones internacionales, el cual propende por la utilización de una influencia por

---

se requiere la consecución del resultado, esto es, el éxito en la gestión del influenciado o la aceptación del requerimiento por parte de este, basta que se despliegue el acto de la indebida influencia para consumir el delito.» Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Juzgamiento. Sentencia del 27 de octubre de 2014. Rad. 34.282.

<sup>213</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de octubre de 2005. Rad. 19.845. MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

<sup>214</sup> «En cuanto al ingrediente normativo “indebidamente”, busca proteger el bien jurídico de la administración pública de interferencias ajenas que debiliten la confianza que los ciudadanos deben tener en sus servidores públicos, afectándose por la influencia indebida, la objetividad, transparencia, eficacia de la función pública. Que no se sobreponga el interés individual sobre el general, ese será el criterio diferenciador entre una influencia indebida y la debida, podrá entonces afirmarse que siempre que con la influencia se busque un beneficio de parte del servidor o de un tercero será indebida, pero cuando la influencia sea por jerarquía, en búsqueda de proteger un interés general será influencia debida, caso en el cual la acción carecerá de ese carácter indebido que exige la norma.» LOMBANA VILLALBA, Jaime A. Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario, 2014, p. 501.

quien disponga de aquella, más concretamente, un servidor público o quien ejerza funciones públicas, realizando la respectiva conducta de forma irregular, contrariando los parámetros de los objetivos de la administración pública y el deber ser de su actuación. Lo anterior en razón de lograr un beneficio por parte del servidor público influenciado, bien sea en interés propio o de un tercero.

En materia probatoria se establece en relación con el tipo penal de tráfico de influencias, la característica de ser de mera conducta, dado que la jurisprudencia ha reiterado que no es necesario que se logre el objetivo inicial por el cual se decidió hacer un uso indebido de la influencia, sino que solamente se debe probar el desarrollo de la indebida influencia independiente de lograr o no el resultado<sup>215</sup>. Por ende, se extrae también el estándar probatorio de la estafa agravada por el numeral 3, teniendo en cuenta que el respectivo tipo penal constituye una variación contundente en la conceptualización del tráfico de influencias, en el entendido que así el comportamiento esté tipificado en el Código Penal colombiano en otro grupo de conductas no propias del delito de tráfico de influencias, se puede evidenciar en el margen conceptual y normativo internacional que podría constatar una arista del tráfico de influencias.

A partir de lo expuesto, es menester concretar su análisis de forma sucinta, en aras de esclarecer y ampliar el estudio subyacente, por cuanto que para que se configure la estafa agravada por el numeral 3, se debe demostrar que efectivamente el patrimonio económico de la persona a quien se mantuvo en error salió del correspondiente y fue entregada al sujeto que desplegó la conducta tipificada<sup>216</sup>.

<sup>215</sup> «[...] el tipo penal de tráfico de influencias no requiere para su estructuración de remuneración o lucro, pues indistintamente que se reciba o no un beneficio económico, el comportamiento delictivo se consume en el mismo instante en que se utiliza indebidamente la influencia. Ahora, cuando por la influencia se recibe el dinero como pago, compensación o remuneración de la ilícita gestión, se genera, además, una afrenta autónoma e independiente al interés tutelado». Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Juzgamiento. Sentencia del 27 de octubre de 2014. Rad. 34.282. MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

<sup>216</sup> «El tráfico de influencias se configura actualmente, entonces, por la utilización indebida de las influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función pública; y la estafa agravada por la sola invocación de influencias reales o simuladas con la finalidad de engañar y obtener un aprovechamiento económico ilícito. En otras palabras, en el primer caso la intervención del servidor público ante el funcionario que conozca o haya de conocer del asunto es condición para que se estructure el tipo penal, mientras que en el segundo esa intervención se promete falsamente, constituyéndose Principales tipologías de corrupción en Colombia 14 Tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y otros delitos en el mecanismo que induce o mantiene al otro en error y lo mueve a desprenderse de su patrimonio. “Puede suceder, no obstante, que el particular ofrezca ejercer una influencia indebida ante un servidor público a cambio de una utilidad y en verdad lo haga. En tal caso, si se tiene en cuenta que solo puede incurrir en tráfico de influencias el servidor público y que no se produjo engaño, ninguno de los delitos comentados habría tenido ocurrencia. Y si la gestión prometida y cumplida no incluyó el ofrecimiento de dinero u otra utilidad al funcionario, evento en el cual se presentaría cohecho por dar u ofrecer (art. 407 del C.P. de 2000), y el particular no se encuentra en las

### 3. CONCLUSIONES

- A- El tráfico indebido de influencias es un delito cuya aplicación práctica a las situaciones de hecho que ameriten ser catalogadas así, exige el rigor propio del derecho penal que, como derecho punitivo reclama siempre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Se precisa que en la sentencia debe acreditarse con suficiencia los datos empíricos de cada uno de esos componentes a partir de la conducta por juzgar y todas las circunstancias de hecho adicionales, necesarias para proferir una condena.
- B- El tráfico de influencias debidamente comprobado es una causal de pérdida de investidura, herramienta que pertenece al derecho punitivo constitucional, en el sentido de estar impuesto directamente por la Constitución Política de 1991. Este régimen ha ido cobrando autonomía y ha generado su propia dogmática a partir de la naturaleza, propósitos y fines de la acción pública de pérdida de investidura, sin desprestigiar el trípede de elementos para colegir la responsabilidad penal.
- C- El Consejo de Estado ha creado un esquema doctrinario severo para estructurar la conducta de tráfico de influencias por el medio de control de pérdida de investidura que, sin duda alguna, dignifica la función pública, lo que le da sentido claro a la lucha que el Constituyente de 1991 encabezó contra las prácticas antiéticas e ilegales de los congresistas, todo en aras de una democracia limpia, creíble y esperanzadora.
- D- El aporte conceptual de la Procuraduría que acoge la sala de decisión del Consejo de Estado, como se analizó, modifica las reglas y subreglas que había fijado la jurisprudencia y que es referenciada en trabajos académicos que se habían realizado con anterioridad, con el liderazgo del profesor Fernando Brito. Bajo la nueva estructura argumentativa los congresistas, diputados o concejales que utilicen el cargo para realizar tráfico de influencias real o simulado, como en el caso analizado del señor Cipriano, correspondiente al servidor público que hacía creer que podía manipular los nombramientos en las entidades del Estado, se harán acreedores a la sanción de pérdida de investidura.
- E- Se demostró la autonomía de una interpretación razonable y justificada que resulta aplicable a la causal de pérdida de investidura (artículo.183, numeral 5, CP), en especial, la de tráfico de influencias y una vez el Consejo de Estado comprobó que el congresista exigió dinero a ciertos ciudadanos para

---

circunstancias del artículo 432 ibidem (utilización de influencias derivadas del ejercicio de un cargo público desempeñado en el año inmediatamente anterior), esa conducta no sería delictiva de cara a la legislación vigente». Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de octubre de 2005. Rad. 19.845. MP. Yesid Ramírez Bastidas.

conseguirles cargos públicos, gestión que lograría gracias al poder de sus supuestas influencias sobre otros servidores públicos, es evidente entonces la autonomía que ha ido ganando la pérdida de investidura.

- F- El tráfico de influencias es una conducta que se sanciona en el Código Penal, el Código Disciplinario y en tratados internacionales que hacen parte de la convencionalidad, lo propio ocurre en el ámbito de sancionatorio ético que se manifiesta en la pérdida de investidura. Todos estos instrumentos castigan a los servidores públicos que incurran en aquella. Lo importante del régimen jurídico colombiano es que la última sentencia del Consejo de Estado, la cual se analizó en la respectiva materia, se acerca al estándar del derecho penal y convencional esbozado en este aporte.
- G- En materia de convencionalidad se hace una aproximación a las convenciones de lucha contra la corrupción y a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en materia penal, lo cual refuerza la seguridad jurídica del régimen nacional en pérdida de investidura y demuestra su autonomía e importancia para garantizar la ética en el cumplimiento de la función de los congresistas.

## IV. LA NO POSESIÓN EN EL CARGO COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Por: María Isabel Posada Corpas  
Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado

*«El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de investidura».*  
Asamblea Nacional Constituyente

Antecedentes importantes, algunos más sonados que otros, nos llevan a estudiar la causal de pérdida de investidura por la no toma de posesión del cargo, que lo hace aún más interesante cuando no es mucha la literatura que se tiene sobre el particular. De allí la importancia de poder contribuir con este escrito para los estudiosos de estos temas.

Sobre el artículo 183 de nuestra Constitución que contempla las causales de pérdida de investidura de los congresistas, ha resaltado el Consejo de Estado<sup>217</sup>:

60. El artículo 183 de la Constitución Política enlista diferentes supuestos de faltas gravísimas que atentan contra la dignidad del cargo de congresista y que, aunque muy diferentes entre sí, se sancionan drásticamente con la misma medida. Sin embargo, la proporcionalidad con la que se sancionan no impide que esos supuestos fácticos puedan ser clasificados, para efectos de analizar los distintos bienes e intereses jurídicos que se pretenden proteger con cada una de las causales que originan la pérdida de investidura.

61. Así, algunos de esos supuestos están constituidos por hechos que atentan contra la dignidad del ejercicio de poder, porque desconocen abiertamente los principios rectores de la función pública y administrativa, verbigracia la moralidad, la transparencia, la defensa del patrimonio público, entre otros, como en los casos de violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y del conflicto de

---

<sup>217</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, consejero ponente: Alberto Montaña Plata, 14 de junio de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2018-02615-00(PI), actor: Daniel Silva Orrego y otro, demandado: Luciano Marín Arango.

intereses; la indebida destinación de los dineros públicos y el tráfico de influencias. Supuestos fácticos que tienen que ver con hechos fraudulentos, de corrupción política.

62. En otro grupo, se encuentra el incumplimiento de los deberes, que se corresponden con la inasistencia a la posesión, o a determinado número de sesiones plenarias. Sobre estas dos causales existe un tratamiento diferencial, toda vez que, es posible refutar el incumplimiento de sus deberes por medio de razones de fuerza mayor, en ejercicio de la democracia participativa y en la eficacia de las demás garantías fundamentales, cuando su reconocimiento no deslegitima la representación democrática.

63. En efecto, ocupa un lugar pacífico en la jurisprudencia el entendimiento en el sentido de que la inasistencia del congresista elegido a la posesión del cargo, sin que medien razones de fuerza mayor, defrauda la confianza depositada por el elector, porque el incumplimiento del deber de posesionarse rompe el pacto político entre el votante y el elegido, y entonces se quebrantan el derecho fundamental a elegir y la legitimidad de la democracia representativa<sup>218</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

“(...) este tipo de previsiones hace referencia al compromiso que adquiere el representante con sus electores y con la institución, razón por la que debe posesionarse cuando se instala la Corporación de la que hará parte. Lo anterior, debido a que la posesión vincula jurídicamente al representante con sus deberes y, por tanto no tomar posesión en los términos que establece la Constitución y la Ley genera la pérdida de la confianza de los electores en el candidato y correlativamente el incumplimiento de las promesas electorales, lo cual debe acarrear una sanción de orden político que restablezca el pacto político quebrantado.

En este sentido, la Corte en sentencia C-247 de 1995 precisó: “resulta claro que el congresista **contrae un compromiso con sus electores** y con la institución, por lo cual debe posesionarse cuando se instalan las cámaras. La posesión lo vincula jurídicamente con sus deberes, sus derechos y sus altas responsabilidades institucionales”<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-632 de 2017.

<sup>219</sup> Ibidem. Cita de la sentencia cuyo aparte se transcribe.

Sobre las causales de pérdida de investidura, ha resaltado el Consejo de Estado<sup>220</sup>:

**La institución de la pérdida de investidura no contempla graduación alguna ni frente a las causales ni frente a las sanciones. Todas las causales son lo suficientemente graves para imponer la pena consistente en la pérdida definitiva del derecho a continuar ostentando la investidura y a volver a ser elegido como miembro de una corporación de elección popular.**

**De ese modo, la Constitución envía un mensaje claro: la dignidad de ser representante del pueblo es un valor tan alto y delicado que cualquiera de las causales de pérdida de investidura es suficiente para expulsar definitivamente de la vida política a quien resulte responsable de la afectación de la dignidad del Congreso, por incurrir en alguna de las conductas previstas como causal de pérdida de investidura.**

[...]

**Los miembros de las corporaciones públicas deben mantener incólume la dignidad que ostentan como representantes del pueblo. Eso es valioso para la democracia representativa. En efecto, el carácter de los representantes del pueblo, su comportamiento ético, es definitivo pues de ellos se espera, más que un conocimiento especializado en determinados temas, los más altos criterios de decencia, pulcritud, rectitud y honestidad.**

Entrando directamente en el estudio de la no posesión como causal de pérdida de la investidura es pertinente hacer referencia al numeral 3° del artículo 183 de nuestra Carta Política, que reza:

**ARTICULO 183. Los congresistas perderán su investidura:**

[...]

**3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.**

---

<sup>220</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión, consejera Ponente: María Adriana Marín (E), febrero 20 de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-00, demandante: Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, demandado: Seuxis Paucias Hernández Solarte.

[...]

PARAGRAFO. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.<sup>221</sup>

Esta disposición fue replicada en el artículo 296 de la Ley 5ª de 1992 “*Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*”, como sigue:

ARTÍCULO 296. CAUSALES. La pérdida de la investidura se produce:

[...]

7. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

PARÁGRAFO 1o. Las dos últimas causales no tendrán aplicación, cuando medie fuerza mayor.<sup>222</sup>

Recordemos que el día 20 de julio de cada cuatro años el Presidente de la República instala las sesiones del Congreso y acto seguido se procede a tomar posesión de los congresistas que han sido electos para el referido período constitucional.

Señala al efecto el artículo 17 de la Ley 5ª de 1992 “*Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*”:

ARTÍCULO 17. POSESIÓN DE LOS CONGRESISTAS. Posteriormente, el Presidente de la Junta Preparatoria tomará el juramento de rigor a los Congresistas presentes. Con ello se cumplirá el acto de la posesión como requisito previo para el desempeño de sus funciones y se contestará afirmativamente a la siguiente pregunta:

Invocando la protección de Dios, ¿juráis sostener y defender la Constitución y las leyes de la República, y desempeñar fielmente los deberes del cargo?

---

<sup>221</sup> La causal segunda del mencionado artículo 183 es del siguiente tenor literal: «2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.»

<sup>222</sup> La otra causal es la contenida en el numeral 6º del citado artículo 296 que reza: «6. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de ley o mociones de censura.»

Este juramento se entenderá prestado para todo el período constitucional. Quienes con posterioridad se incorporen al Congreso, deberán posesionarse ante el Presidente de la Cámara respectiva para asumir el ejercicio de sus funciones.

Este requisito de posesión tiene su fundamento en el inciso segundo del artículo 122 de la Constitución, según el cual «Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.»

De lo anterior han surgido discusiones sobre el momento mismo en que el ciudadano electo asume la investidura de congresista, esto es, si es requisito *sine qua non* haberse posesionado previamente. La discusión cobra más fuerza si se considera la literalidad del inciso 3 del artículo 183 de nuestra Constitución, en consonancia con el inciso segundo del artículo 122 *ibídem*. ¿Es decir, se requiere de la posesión para adquirir la investidura de congresista? O lo que es lo mismo, si aún no se ha posesionado el ciudadano, ¿cómo puede considerársele congresista?

En este punto es interesante traer a colación lo manifestado el 29 de mayo de 2019 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, Radicación 55395, en relación con el fuero de Seuxis Paucias Hernández Solarte, más conocido como Jesús Santrich, como sigue:

Para resolver el problema, la Sala encuentra que el acto solemne de la posesión no es un requisito indispensable para que SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE tenga el fuero constitucional como congresista. Tan solo basta que ostente la investidura como tal, que es lo que sucede en este caso.

[...]

**3.3.** Los congresistas tienen investidura incluso antes de la posesión en su cargo.

Lo anterior se desprende lógicamente del numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política:

Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

[...] 13. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

Por "investidura" se entiende la acción de «conferir una dignidad o cargo importante» o el «carácter que se adquiere con [...] ciertos

cargos o dignidades». Es decir, la investidura como congresista corresponde a la misma condición, cargo o calidad de tal (ya sea senador o representante a la Cámara).

**3.4.** La investidura de congresista de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE le fue reconocida en la Resolución 1597 de 19 de julio de 2018 por la autoridad competente para ello: el Consejo Nacional Electoral.

En la misma línea se pronunció el Consejo de Estado en reciente fallo:

Adicionalmente, el señor Luciano Marín Arango tiene la condición de congresista aun cuando no se haya posesionado de su cargo. En efecto, el artículo 183 de la Constitución Política prevé que los sujetos susceptibles de perder la investidura son los Congresistas.<sup>223</sup>

Vale la pena adentrarse entonces en el concepto propio de la posesión. Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 5 de septiembre de 2018, C.P. Dr. Germán Bula Escobar, al atender una consulta formulada por el Ministerio del Interior, señaló:

Sobre la naturaleza jurídica de la posesión, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha manifestado que no constituye un acto administrativo sino una solemnidad para que los servidores públicos ejerzan el cargo para el que han sido nombrados, designados o elegidos.

De las normas y de la jurisprudencia citadas se sigue que nadie puede posesionarse de un cargo para el cual no ha sido nombrado, elegido, llamado o, en general, designado previamente por la autoridad competente, pues lógica y cronológicamente dicho acto jurídico debe preceder a la posesión.

En consecuencia, la posesión es una diligencia solemne en la que el servidor público elegido, nombrado, llamado o, en general, designado para ejercer un cargo, jura formalmente cumplir con la Constitución Política, la ley, los reglamentos, las funciones y los deberes del respectivo cargo.

---

<sup>223</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, consejero ponente: Alberto Montaña Plata, 14 de junio de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2018-02615-00(PI), actor: Daniel Silva Orrego y Otro, demandado: Luciano Marín Arango.

Y al referirse a la posesión de los congresistas indicó:

Como se sabe, los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa, entre ellos los Congresistas, representan al pueblo y son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura. (Art. 133 CP), de allí que su posesión para desempeñar sus funciones revista una solemnidad especial.

[...]

Dada la alta investidura que ostentan, la posesión de los congresistas es una ceremonia solemne, establecida de manera detallada en el Reglamento del Congreso, la cual deberá tener lugar al momento de la sesión inaugural del Congreso de la República el 20 de julio cada cuatro años.

Es tal la solemnidad que la Constitución y la ley le otorgan a la posesión de los congresistas, que por ello han determinado que su omisión, bajo los determinantes de rigor, significa la pérdida de investidura.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU-501 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán (E), manifestó:

60. Sobre la causal 3ª, relativa a la pérdida de la investidura por la no posesión oportuna en el cargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que este tipo de provisiones hacen referencia al compromiso que adquiere el representante con sus electores y con la institución, razón por la que debe posesionarse cuando se instala la corporación de la que hará parte. Lo anterior, debido a que la posesión vincula jurídicamente al representante con sus deberes, sus derechos y sus altas responsabilidades institucionales.<sup>224</sup>

61. Adicionalmente, el Consejo de Estado<sup>225</sup> ha explicado la necesidad de distinguir entre el momento en el que se adquiere la investidura y el momento en el que inicia el ejercicio de las funciones del cargo. La investidura se adquiere como consecuencia del resultado del escrutinio general y con base en el cual las autoridades competentes hacen la declaratoria de elección y expiden las

<sup>224</sup> Cfr. Sentencia C-247 de 1995, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo. Cita de la sentencia cuyo aparte se transcribe.

<sup>225</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1135 del 22 de julio de 1998, consejero ponente Cesar Hoyos Salazar. Cita de la sentencia cuyo aparte se transcribe.

credenciales correspondientes. Por su parte, el desempeño de las funciones públicas asignadas, implica la toma previa de la posesión en el cargo, mediante el juramento en los términos que señala la ley.<sup>226</sup>

En la misma providencia resaltó esa alta corporación, en relación con un concejal electo que no tomó posesión, el análisis que aplica plenamente para los congresistas:

93. En efecto, como se señaló en los fundamentos de esta providencia, el Consejo de Estado ha explicado<sup>227</sup> la diferencia existente entre el momento en el que se adquiere la investidura para la que es elegido representante popular (congresista, diputado, concejal o edil), y el momento en el que se inicia el ejercicio de las funciones del cargo.<sup>228</sup> Con base en dicha distinción, es claro que el señor Carlos Romero Jiménez adquirió su investidura como Concejal a partir del 28 de octubre de 2007<sup>229</sup>, momento en el cual fue elegido para integrar el Concejo distrital de Bogotá. Desde ese momento, había adquirido las dignidades y obligaciones que su investidura le confería en relación con los ciudadanos que lo habían elegido y, por tanto, debía posesionarse el 1° de enero de 2008 para iniciar el ejercicio de las funciones que a él le habían sido encomendadas.

Normalmente, quien ha resultado electo para ser Senador de la República o Representante a la Cámara, toma posesión de su cargo, ya sea cuando se instala el Congreso, o cuando es llamado a posesionarse. Sin embargo, puede suceder que de manera voluntaria no lo haga, ya sea porque presente la respectiva renuncia o que por alguna razón, ajena a su propia voluntad, no pueda tomar posesión.

Respecto de la manifestación voluntaria de no posesionarse, es decir cuando el Senador o Representante electo renuncia a ello, o comunica a la mesa directiva o a su partido esa decisión, ha habido discusiones. Ante todo, es necesario considerar que la razón misma de la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo obedece, de un lado, a evitar la utilización de candidatos que pudiéramos denominar

---

<sup>226</sup> *Ibidem*. Cita de la sentencia cuyo aparte se transcribe.

<sup>227</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1135 del 22 de julio de 1998, consejero ponente Cesar Hoyos Salazar. Cita de la sentencia cuyo aparte se transcribe.

<sup>228</sup> Ver supra «el proceso de pérdida de investidura en el caso de miembros de las corporaciones públicas de elección popular. Énfasis en la causal por incumplimiento del deber de posesión en el cargo, fundamentos número 56 a 63 de esta sentencia». Cita de la sentencia cuyo aparte se transcribe.

<sup>229</sup> «Acta parcial de Escrutinio de votos, formulario E-26 CO expedida el 1° de noviembre de 2007 por la Organización Electoral – Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual se declaró la elección de Concejales de Bogotá D.C. para el periodo constitucional 2008-2011. Folios 2 a 35 del cuaderno N° 2 del expediente del proceso pérdida de investidura promovido en contra del señor Carlos Arturo Romero Jiménez.»

“fachada”, esto es, que se utiliza su nombre para obtener mayor votación pero en el fondo lo que se pretende es que dicho candidato finalmente no se posea y así le deje abierta las posibilidades de ingresar al Congreso de la República a otros candidatos que por sí solos no hubieran obtenido tantos votos y que pasarán a ocupar el cargo en virtud de la vacancia de la curul<sup>230</sup>.

Con su no posesión, quien ha sido electo para ser congresista estaría violando la confianza que de manera legítima han puesto en él sus electores y se quebrantaría la democracia. Por ello es que la Asamblea Nacional Constituyente instituyó la figura de la pérdida de investidura, que:

Tiene por objeto la preservación de la ética, la moralidad de la actividad política y la confianza del electorado, porque, a través de este, se censuran los comportamientos contrarios al cargo que ostentan como representantes del pueblo.

[...]

[...] la pérdida de investidura busca proteger y hacer prevalecer el principio democrático, de modo que, quien defrauda el respeto a la democracia, no pueda volver a acceder a la confianza del elector.<sup>231</sup>

En palabras de la Corte Constitucional:

La pérdida de investidura busca garantizar el principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector, no resulte frustrada por la decisión del elegido de no presentarse a la posesión del cargo para el cual fue escogido, sin que medie fuerza mayor que así lo avale. Es frente a la altísima dignidad que supone el ejercicio de los cargos de representación dentro del Estado Democrático y Constitucional de Derecho, que se aplica una sanción de esta drástica, como lo es la imposibilidad (sic) de ejercer el derecho político a elegir y ser elegido popularmente.

---

<sup>230</sup> Dispone el inciso 1º del artículo 134 de la Constitución: «Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.»

<sup>231</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, consejero ponente: Alberto Montaña Plata, 14 de junio de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2018-02615-00(PI). actor: Daniel Silva Orrego y Otro, demandado: Luciano Marín Arango.

Entonces, la ruptura del pacto político existente entre el elector y el elegido, quebranta un elemento fundamental de la democracia representativa, como lo es la legitimidad de las instituciones al interior de la sociedad. En consecuencia, el proceso sancionatorio de pérdida de investidura comporta el reproche ético a un funcionario con el fin de defender la dignidad del cargo que ocupa, lo que implica buscar la protección del mandato otorgado en ejercicio de la democracia.<sup>232</sup>

El Consejo de Estado, al resolver la apelación de un fallo de pérdida de investidura de un concejal que presentó renuncia al cargo para el cual fue electo y con ello su decisión de no tomar posesión del mismo, resaltó:

Finalmente, resulta importante mencionar que la renuncia en relación con los servidores públicos implica, per se, que aquellos se encuentren en ejercicio de funciones, esto es, elegidos y posesionados, y manifiesten en forma libre y espontánea su deseo de separarse del mismo, lo cual no ocurre en el caso de autos por cuanto el demandado no se había posesionado en el cargo tal y como quedó demostrado.

[...]

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que este tipo de previsiones hace referencia al compromiso que adquiere el representante con sus electores y con la institución, razón por la que debe posesionarse cuando se instala la Corporación de la que hará parte. Lo anterior, debido a que la posesión vincula jurídicamente al representante con sus deberes y, por tanto no tomar posesión en los términos que establece la Constitución y la Ley genera la pérdida de la confianza de los electores en el candidato y correlativamente el incumplimiento de las promesas electorales, lo cual debe acarrear una sanción de orden político que restablezca el pacto político quebrantado.

En este sentido, la Corte en sentencia C-247 de 1995 precisó: “resulta claro que el congresista contrae un **compromiso con sus electores** y con la institución, por lo cual debe posesionarse cuando se instalan las cámaras. La posesión lo vincula jurídicamente con sus deberes, sus derechos y sus altas responsabilidades institucionales”. La importancia de tomar posesión del cargo dentro del término de instalación del Congreso, al igual que el fundamento de esta sanción

---

<sup>232</sup> Corte Constitucional, sentencia T-632 de 2017, magistrado ponente José Fernando Reyes Cuartas.

tan drástica, fueron precisados por la Asamblea Nacional Constituyente en los siguientes términos:

“Frente al altísimo nivel de responsabilidad del Congresista, que es único en el Estado Social del Derecho y no lo comparten otros servidores públicos, el Constituyente sanciona con la pérdida de investidura aquellas conductas que atentan contra la dignidad parlamentaria, como no posesionarse del cargo o dejar de asistir a las sesiones del Congreso. Precisamente, en relación con la pérdida de investidura se indicó lo siguiente en la Asamblea Nacional Constituyente: **“5. Pérdida de Investidura Objeto: garantizar, mediante una rigurosa sanción, el respeto al régimen de incompatibilidades y conflicto de interés. Planteamiento General: el altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes, sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios, o suspensión temporal del ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de investidura.”**<sup>233</sup> (negrillas dentro del texto)

Uno de los casos más sonados lo constituye el de la no posesión como congresista del ciudadano Luciano Marín Arango, más conocido como Iván Márquez. Sobre su situación señaló el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2019, C.P. Alberto Montaña Plata, que decretó la pérdida de investidura:

110. Es así como se pone de presente que, tres meses antes de la instalación del Congreso el accionado manifestó de manera pública que no se posesionaría en el cargo<sup>234</sup>. Posteriormente, el 16 de julio

<sup>233</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejera ponente: María Elizabeth García González (E), 6 de agosto de 2015, radicación número: 41001-23-33-000-2013-00337-01(PI), actor: José Armín Lozano Caviedes, demandado: Medardo Hernández Hernández, concejal del municipio de Colombia, Huila.

<sup>234</sup> Nota de prensa publicada en la Revista Semana el 24 de abril de 2018, titulada «Iván Márquez anuncia que no se posesionará el 20 de julio. Durante la entrevista, el exjefe del equipo negociador dijo a CM& este martes frente al tema de su lugar en el Congreso: “Cómo hago yo para ir a ejercer como senador y que me vayan a decir que soy un narcotraficante. Yo no estoy para esas cosas. Necesitamos respeto. Prefiero dejar esa joda allá.

[...]

Yo no me he asustado, a mí no me asusta nadie. Pero no soy pendejo. Mire lo que le hicieron a Santrich”» Tomado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-ivan-marquez-no-se-posesionara-el-20-de-julio/564764>

Nota de prensa publicada en El Espectador el 24 de mayo de 2018, titulada «Iván Márquez no le ha dicho al partido que no irá al Congreso: Timochenko. El pasado mes de abril, Márquez

de 2018<sup>235</sup>, diferentes medios de prensa presentaron ante la opinión pública la carta abierta del señor Luciano Marían (sic) Arango, en la que expresaba los motivos por los que no se posesionaría al cargo.

---

dijo desde Caquetá a CM& que, en caso de que no se diera la liberación de Santrich, no ocuparía la curul a la que tiene derecho tras el acuerdo de paz entre el Gobierno y las Farc. “¿Cómo hago yo para ir el 20 de julio a ejercer como senador, como una derivación del acuerdo de La Habana [...] y que me vayan a decir que yo soy un narcotraficante? Yo no estoy para esas cosas, necesitamos respeto, prefiero dejar esa joda allá”, fueron las palabras de Márquez. Aún está la incógnita sobre si el exguerillero asumirá su rol como senador.» Tomado de: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/ivan-marquez-no-le-ha-dicho-al-partido-que-no-ira-al-congreso-timochenko-articulo-789888>.

<sup>235</sup> El día 16 de julio de 2018, el diario El Espectador tituló: «**Iván Márquez’ no se posesionará como senador**” y seguidamente informó: “El líder del partido FARC argumentó que ‘la paz está atrapada en las redes de la traición’ y que, por lo tanto, no asumirá su curul en el Congreso’. Estas fueron sus razones [...]”». <https://www.elespectador.com/noticias/politica/ivan-marquez-no-se-posesionara-como-senador-articulo-800429>.

En la misma fecha, el diario El Tiempo registró la noticia sobre la decisión del Senador de no posesionarse: «**Iván Márquez anuncia que no se posesionará como senador de la Farc**. La decisión se conoció este lunes a través de una carta escrita por el líder de la Farc. Iván Márquez anunció este lunes, a través de una carta pública, que no se posesionará como congresista el próximo 20 de julio por tres circunstancias que a su juicio hacen ‘insalvables’ su posesión [...]». <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/ivan-marquez-no-se-posesionara-como-senador-el-proximo-20-de-julio-244040>.

El mismo día la revista Semana registró la noticia así: «**Iván Márquez no se posesionará el 20 de julio en el Congreso**. Mientras que el exjefe del equipo negociador de las Farc hizo pública una carta en la que manifiesta que no asumirá su curul en el Congreso, la posesión de Jesús Santrich sigue en duda. En una carta pública, el exjefe del equipo negociador de las Farc, Iván Márquez, que hace unos meses se trasladó a una zona de normalización de Caquetá, manifestó que hay tres razones por las que no asumirá su curul en el Congreso el próximo viernes 20 de julio: la detención de Jesús Santrich, a la que llama un ‘montaje judicial’, la ‘desfiguración de la JEP’ y la, según él, falta de determinación para cumplir el acuerdo de paz. Márquez asegura que estos son obstáculos insalvables para su posesión y que prefiere, desde fuera del Congreso, seguir luchando para que se retome lo acordado en La Habana [...]». <https://www.semana.com/nacion/articulo/ivan-marquez-no-se-posesionara-el-20-de-julio-en-el-congreso/575425>.

Simultáneamente, la cadena de noticias CNN Español, publicó: «¿Por qué Iván Márquez no se posesionará como senador en Colombia? Estas son sus razones ‘insalvables’./ (CNN Español) – Cuando el próximo 20 de julio Colombia posea a sus nuevos congresistas habrá un nombre ausente: el del exjefe negociador en La Habana, Luciano Marín Arango, alias Iván Márquez. El también líder del partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC), movimiento político de la desmovilizada guerrilla conocida con las mismas siglas, anunció este lunes en una carta pública que no asumirá el cargo de senador por tres circunstancias ‘insalvables’. Se trata de una curul que fue resultado del acuerdo de paz alcanzado entre las FARC y el Gobierno de Colombia en Cuba». <https://cnnespanol.cnn.com/2018/07/16/ivan-marquez-posesion-senado-renuncia-curul-paz-farc/>.”

111. De tal manera que, el 20 de julio siguiente, cuando fue llamado y no asistió, la decisión del demandado de no posesionarse ya había alcanzado el carácter de hecho público y notorio, y sus efectos se materializaron precisamente por la conducta que como consecuencia asumió, de no asistir a la posesión. Sin embargo, esas declaraciones no materializan de ningún modo una declinación o renuncia para tomar posesión del cargo. Es aquí, donde adquiere total sentido lo que la jurisprudencia ha manifestado sobre el concepto de renuncia (se transcribe):

“En efecto, la comunicación del 6 de julio de 2017 no deja dudas en cuanto a que el señor (...) renunció específicamente al llamado que se le hizo a ocupar la vacante temporal por la licencia de maternidad de la Senadora (...). **No resulta posible extender el alcance de su decisión a otros llamados y menos aún entenderse la decisión definitiva de no aceptar el llamado a ocupar vacantes futuras**, como lo habilitaba el hecho de integrar la lista electoral del Partido Liberal para el período 2014-2018.

**Ello es así, porque, en cuanto expresión libre de la autonomía de la voluntad, a la renuncia no pueden atribuirse efectos no manifestados por quien declara esa voluntad. Admitir lo contrario equivaldría a trasladar al destinatario de la renuncia la facultad para disponer de los derechos del interesado, más allá del querer manifestado.**”<sup>236</sup> (Se destaca)

112. La regla jurisprudencial que aplica esta sentencia, define las condiciones de la renuncia a una curul. Esta debe ser clara e inequívoca y sus términos no pueden ser interpretados por la autoridad competente para atribuir efectos no manifestados por quien declaró su voluntad. En conclusión, aplicando la regla jurisprudencial expuesta, el señor Marín Arango no ha manifestado clara e inequívocamente su voluntad de renunciar al cargo. Ha hecho manifestaciones sobre su percepción de las condiciones de inseguridad derivadas de lo que él considera un incumplimiento del acuerdo de paz. Atribuir a estas manifestaciones el efecto de una renuncia equivale a disponer de los derechos políticos del señor Marín en términos distintos a los que él mismo ha expresado

---

<sup>236</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 7 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, Sentencia de 21 de mayo de 2018, radicado 11001-03-15-000-2018-00395-00(PI).

113. Es así como de la valoración conjunta de las pruebas resulta aplicable la interpretación anterior, porque el señor Luciano Marín Arango realizó diferentes declaraciones en las que señaló la existencia del incumplimiento del Acuerdo de Paz<sup>237</sup>. Esos argumentos no son de recibo para esta Sala, porque no es jurídicamente admisible que la voluntad de una persona condicione la asunción de una curul y la institucionalidad en el marco de un proceso de paz, y menos, por medio de declaraciones públicas que no tienen el carácter de renuncia inequívoca.

114. Entonces, acreditado que no medió ninguna renuncia al cargo clara e inequívoca, debe analizarse si existió alguna circunstancia de **fuerza mayor**, es decir, una situación imprevisible, irresistible y ajena al accionado. Para tales efectos; lo primero que debe advertirse, es que, en principio, la fuerza mayor debe ser probada por la parte que la alega. No obstante, como el curador ad litem no alegó ninguna circunstancia de fuerza mayor, ni solicitó pruebas en la contestación de demanda, debe acudirse a las razones públicas que invocó el accionado para no asumir el cargo. El señor Luciano Marín Arango manifestó que no acudiría al Congreso de la República por la inseguridad jurídica y física, que generaba la detención de Jesús Santrich y el incumplimiento del Acuerdo Final de Paz.

115. El material probatorio permite acreditar la coincidencia que guardan sus declaraciones públicas antes de la instalación del Congreso y con posterioridad a esta. Estos documentos ponen en evidencia los motivos por las cuales no asumió el cargo como congresista.

Por su parte, el Consejo de Estado, al resolver un recurso de apelación de un fallo del tribunal que decretó la desinvestidura de un concejal, señaló:

Y es que el hecho de que previamente a dichos términos legales hubiera manifestado ante el Presidente del Concejo Municipal de Chinchiná su deseo de no posesionarse por voluntad propia en el mencionado cargo no constituye hecho alguno de fuerza mayor que le excusara del cumplimiento oportuno de tal deber legal, pues no se trata de un hecho externo al concejal demandado que fuera imprevisible e irresistible y que le impidiera en forma absoluta cumplir esa obligación.

---

<sup>237</sup> Supra nota 82.

En este caso lo anterior solo constituye una manifestación de no tomar posesión del cargo para el cual fue elegido, la cual si bien es libre y debe ser aceptada como una expresión (negativa) del derecho fundamental a la conformación del poder político, trae como consecuencia por expreso mandato de la ley la pérdida de investidura de quien la realiza.

Por consiguiente, encuentra la Sala se configura en este caso la causal de pérdida de investidura alegada.<sup>238</sup>

Por lo demás, no es la misma la situación de aquel congresista que llegado ese 20 de julio cuenta ya con la debida credencial otorgada por el Consejo Nacional Electoral, con aquella persona que hace parte de una lista pero que en su primer momento no fue llamada a posesionarse, pero luego sí, principalmente con ocasión de la ocurrencia de una vacante, pues esta última persona contaba con una expectativa de ser congresista.

Esta diferencia se encuentra claramente demostrada en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, del 24 de octubre de 2011, dentro del proceso de pérdida de investidura instaurado por Jorge Eliécer Peña Pinilla contra el Representante a la Cámara por Santander Miguel Jesús Arenas Prada, Radicación número: 11001 0315 000 2010 01228-00, como sigue:

En los términos de la disposición transcrita<sup>239</sup>, para que se configure la causal y haya lugar a decretar la pérdida de la investidura de un parlamentario con sustento en ella, se requiere que se cumplan las siguientes exigencias, bien que se trate de congresista elegido o de llamado.

#### **5.1.1. Supuestos de configuración de la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 [3] de la Constitución Política:**

En la primera hipótesis, esto es, cuando se trata de Congresista elegido, los elementos constitutivos de la causal son los siguientes:

##### **5.1.1.1. Que el demandado haya sido elegido congresista**

---

<sup>238</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, 20 de junio de 2013, radicación número: 17001-23-31-000-2012-00215-02(PI), actor: Jhon Jairo Ramírez Valencia, demandado: Cristhian Camilo López Rivera.

<sup>239</sup> Numeral 3° del artículo 183 de la Constitución.

5.1.1.2. Que el elegido no haya tomado posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras,

5.1.1.3. Que la falta de posesión no sea atribuible a un hecho constitutivo de fuerza mayor.

Ahora bien, en la segunda hipótesis que prevé la norma constitucional examinada, a saber, cuando se trata de llamado, los elementos que dan lugar a la configuración de la causal de pérdida de investidura son:

5.1.2.1. Que el demandado tenga la vocación de llamado

5.1.2.2. Que haya sido llamado a tomar posesión del cargo de Congresista

5.1.2.3. Que el llamado haya dejado de tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes al llamamiento que se le haya efectuado y,

5.1.2.4. Que la falta de posesión no sea atribuible a un hecho constitutivo de fuerza mayor.

Tal diferencia ha sido también expresada por el Consejo de Estado en otras oportunidades, como se observa en la sentencia del 14 de junio de 2019, proferida por la Sala Catorce Especial de Decisión de Pérdida de Investidura de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata, Radicación Número: 11001-03-15-000-2018-02615-00(Pi), dentro de la demanda de Daniel Silva Orrego y otro contra Luciano Marín Arango, como sigue:

64. Vale la pena recordar que, la jurisprudencia ha reiterado que entre el congresista elegido y el llamado a ocupar la curul vacante por el hecho de integrar la lista inscrita existen diferencias sustanciales, de acuerdo con las cuales no es posible exigirle a este último el deber de posesión en la misma forma como debe hacerlo el elegido<sup>240</sup>,

<sup>240</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 13 de noviembre de 2001, radicación 2001-0133-01(PI) «(i) entre **los elegidos y los candidatos que tienen la vocación de ser llamados a ocupar vacantes existen diferencias sustanciales**, en tanto estos últimos solamente tienen una expectativa que se concreta con el llamado, por cuya virtud no resulta posible que se les imponga los deberes exigibles a los elegidos; (ii) a los candidatos al Congreso de la República no elegidos, con vocación de ser llamados a ocupar las vacantes temporales o definitivas, les asiste el derecho de decidir si aceptan el llamado; (iii) de no aceptar el llamado definitivamente, si bien, stricto sensu, no puede renunciar al cargo como si se tratara de un congresista en servicio, **el candidato puede [...] presentar un escrito**

principalmente, porque la expectativa que cada uno tiene respecto a la asunción del cargo es diferente. Es decir, el llamado posee una mera expectativa que depende de su voluntad, toda vez que, la consolidación de sus derechos radica en la negación o aceptación y toma de posesión del cargo.

65. Es por esta razón, que la votación obtenida por el candidato no elegido y el principio democrático no justifican que se restrinja con carácter absoluto la facultad que le asiste al no elegido de decidir sobre la aceptación del llamado, porque, es la elección la que impone los deberes concernientes a la participación democrática y no el mero hecho de haber obtenido votos por haber estado inscrito en la lista.

66. De acuerdo con los criterios jurisprudenciales señalados, se concluye que no posesionarse afecta los derechos del elector y la legitimidad de la democracia representativa, cuando el incumplimiento del deber proviene del congresista electo, sin que medie fuerza mayor, puesto que, en el caso del candidato llamado a ocupar una curul por razones distintas del hecho de haber sido elegido por voto popular, resulta claro que la legitimación del ejercicio de representación democrática debe ponderarse frente al legítimo derecho que le asiste al designado para decidir si se posesiona, al punto que, como lo tiene decidido la Corporación, el hecho de no aceptar, en esas circunstancias, no constituye causal de pérdida de investidura. Sin embargo, debe aclararse que, deberán valorarse las circunstancias de cada caso concreto en que se genera la renuncia.

67. Referidas las generalidades de la causal y la necesidad de advertir la diferencia que existe cuando esta se analiza en relación con un congresista elegido y otro que no, resulta pertinente señalar el

---

**de no aceptación definitivo del llamamiento a ejercer el cargo, de la misma manera que un empleado nombrado para un empleo presenta un escrito de no aceptación del nombramiento cuando esa es su voluntad' y,**

**(iv) en lo que toca con la toma de posesión, resulta reprochable que se deje al arbitrio de los llamados la invocación de criterios subjetivos para extender el plazo constitucional de 8 días, toda vez que con ello se afecta el principio de participación democrática, protegido con el numeral 3° del artículo 183 constitucional, razón por la que de no poder posesionarse y no mediar fuerza mayor, la persona llamada no puede invocar excusas con ese fin y, por tanto, – se destaca- [...] no le queda otra alternativa que la de no aceptar definitivamente el llamamiento, que tiene cierta similitud con la no aceptación del nombramiento que se hace en vía administrativa, con lo cual deja a las Directivas de la Corporación en la posibilidad de hacer el llamamiento a otro candidato de la mencionada lista en el orden que establece nuestro régimen jurídico, previa la aceptación de tal manifestación de voluntad.»**

elemento objetivo de esta, que hace alusión a tres aspectos: en primer lugar, debe acreditarse la condición de congresista; en segundo lugar, debe demostrarse que no tomó posesión del cargo dentro de los 8 días siguientes a la fecha de la instalación de las cámaras o a la fecha en que fuere llamado a posesionarse; en tercer lugar, que la falta de posesión no fue atribuible<sup>241</sup> a un hecho constitutivo de fuerza mayor<sup>242</sup>.

Esta misma distinción se encuentra en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 21 de mayo de 2018, consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, radicación: 11001-03-15-000-2018-00395-00, dentro de la demanda de pérdida de investidura instaurada por Saúl Villar Jiménez contra Guillermo Abel Rivera Flórez

Para esta Sala, resulta claro que, conforme con las disposiciones de los numerales 3º del artículo 183 constitucional y 7º del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, el llamado a posesionarse que se hace a los integrantes de las listas electorales, por orden de votación, atribuye la investidura de congresista que puede despojarse a través de la acción de la que se trata, asimismo que la pérdida procede por el hecho de no haberse posesionado la persona dentro los 8 días siguientes al llamado.

---

<sup>241</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 7 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, Sentencia de 20 de febrero de 2019, radicado 2018-03883-00 (IP).

<sup>242</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 17 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, Sentencia de 13 de noviembre de 2018, radicado 11001-03-15-000-2018-02405-00(PI). «[...] para que medie la fuerza mayor, es necesario que el hecho sea imprevisible e irresistible para el demandado, como así lo dispone el artículo 64 del Código Civil, es decir, que sea un hecho externo al sujeto, que no se derive de su conducta. El art 1 de la Ley 95 de 1890, señala como ejemplos, el naufragio, terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc. es decir, es un hecho ajeno independiente de la voluntad de quien lo alega.

Las características de la fuerza mayor se concretan en que la situación sea imprevisible, irresistible, extraña o exterior. Imprevisible: estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia. La Corte Suprema de Justicia explica el hecho imprevisible “como aquel que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia” Irresistible: se torna de difícil cumplimiento pese a la conducta prudente adoptada por el sujeto. Se trata de un verdadero obstáculo insuperable. Extraño o exterior: no puede invocarlo quien ha contribuido con su conducta a la realización del hecho alegado. Implica que ese acontecimiento no puede ser imputable a la persona, es decir, que no esta no lo haya provocado por su culpa, por lo que la causa del daño le es ajena.» Cita de la sentencia cuyo aparte se transcribe.

La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tiene por sentado que:

i) entre los elegidos y los candidatos que tienen la vocación de ser llamados a ocupar vacantes existen diferencias sustanciales, en tanto estos últimos solamente tienen una expectativa que se concreta con el llamado, por cuya virtud no resulta posible que se les imponga los deberes exigibles a los elegidos;

ii) a los candidatos al Congreso de la República no elegidos, con vocación de ser llamados a ocupar las vacantes temporales o definitivas, les asiste el derecho de decidir si aceptan el llamado;

iii) de no aceptar el llamado definitivamente, si bien, stricto sensu, no puede renunciar al cargo como si se tratara de un congresista en servicio, el candidato puede **“...presentar un escrito de no aceptación definitivo del llamamiento a ejercer el cargo, de la misma manera que un empleado nombrado para un empleo presenta un escrito de no aceptación del nombramiento cuando esa es su voluntad”** y,

iv) en lo que toca con la toma de posesión, resulta reprochable que se deje al arbitrio de los llamados la invocación de criterios subjetivos para extender el plazo constitucional de 8 días, toda vez que con ello se afecta el principio de participación democrática, protegido con el numeral 3º del artículo 183 constitucional, razón por la que de no poder posesionarse y no mediar fuerza mayor, la persona llamada no puede invocar excusas con ese fin y, por tanto, **–se destaca– “...no le queda otra alternativa que la de no aceptar definitivamente el llamamiento, que tiene cierta similitud con la no aceptación del nombramiento que se hace en vía administrativa, con lo cual deja a las Directivas de la Corporación en la posibilidad de hacer el llamamiento a otro candidato de la mencionada lista en el orden que establece nuestro régimen jurídico, previa la aceptación de tal manifestación de voluntad”**.

Criterios que la Sala acoge en el caso concreto porque, aunado a la similitud de los elementos fácticos y jurídicos entre el caso decidido en aquella oportunidad y el que ahora ocupa la atención, esos criterios se acompañan con la naturaleza de la expectativa que les asiste a los candidatos a ocupar las vacantes, si se considera que:

i) a los integrantes de la lista electoral para el Congreso de la República les asiste la mera expectativa a ser llamados, siguiendo el orden de inscripción o votación obtenida, en forma sucesiva y

descendente, a ocupar las vacantes, temporales o definitivas, que se presenten en las curules de la misma lista, por las situaciones previstas en el artículo 134 constitucional, modificado por los Actos Legislativos 01 de 2009 y 02 de 2015, este último vigente en la época de los hechos subjudice.

ii) El candidato que recibe el llamado a ocupar la curul vacante, por su parte, se encuentra a mitad de camino entre la mera expectativa y la consolidación de los derechos a los que se accede a partir de la posesión y, por tanto, tiene a su favor una expectativa legítima, esta sí protegida por el ordenamiento, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional.

Conforme con los criterios jurisprudenciales de esta Corporación, en el caso de la expectativa legítima ya empezaron a jugar en favor de una persona determinada los supuestos de hecho previstos en el ordenamiento, para el caso, el llamamiento hecho al candidato en virtud del artículo 134 constitucional, de tal manera que depende de su voluntad la consolidación de los derechos, poder dispositivo que, en el caso concreto, comprende la decisión de no aceptar el llamado o la aceptación y la toma de posesión.

iii) La votación obtenida por el candidato no elegido y el principio de participación democrática no justifican que se restrinja con carácter absoluto la facultad que le asiste al no elegido de decidir sobre la aceptación del llamado, toda vez que es la elección la que impone los deberes concernientes a la participación democrática y no el mero hecho de haber obtenido votación.

iv) Las limitaciones relativas a la fuerza mayor, como eximente del deber de tomar posesión, que el artículo 183 constitucional impone, no pueden constituirse en restricción absoluta para decidir libremente sobre la aceptación del llamado. En ese orden, a la persona que ha sido llamada a ocupar una curul vacante le asiste el deber de decidir oportunamente sobre la aceptación, decisión que no viene constreñida constitucionalmente por razones de fuerza mayor, en tanto exigidas estas últimas para justificar la no toma de posesión.

De lo que no queda ninguna duda es que deben considerarse tres aspectos:

1. Debe acreditarse la condición de congresista
2. Debe demostrarse que no se posesionó dentro de los ocho (8) días siguientes a la instalación de las cámaras o a la fecha en que fue llamado a posesionarse
3. Que no se posesionó por un hecho constitutivo de fuerza mayor

Es este eximente de la fuerza mayor, el contenido en el párrafo del artículo 183 de nuestra Constitución. Así pues, la decisión de no posesionarse debe ser invocando la mencionada causal.

Sobre la fuerza mayor es amplia la jurisprudencia, tanto del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, como de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

Así pues, la Corte Constitucional en sentencia SU-501 de 2015, al revisar un fallo de tutela dentro de la acción iniciada contra una sentencia del Consejo de Estado que decretó la pérdida de investidura de un concejal electo que no tomó posesión de su cargo, manifestó:

86. Como se ha reseñado, la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado analizó si la excusa presentada por el accionante el 1º de enero de 2008 ante el Concejo de Bogotá, constituía una situación de fuerza mayor que le impedía posesionarse en el cargo para el cual fue elegido. Dicho Tribunal consideró que las razones aducidas por el accionante no configuraban una circunstancia de ese tipo, comoquiera que el anuncio de nombramiento de la señora Clara López, realizado por parte del Alcalde Distrital el día 1º de enero de 2008, era una mera expectativa para la fecha, por lo tanto, no era un hecho cierto del cual se pudiese predicar una irresistibilidad y por tanto una circunstancia de fuerza mayor. Adicionalmente, la providencia señaló que el accionante debió cumplir con su deber de posesionarse en su cargo y cuando estuviese en firme el acto de designación de la doctora López, el señor Romero debió renunciar.

En el caso, el 1º de enero de 2008, día que se instaló el Concejo de Bogotá para el período 2008-2011, el señor Carlos Romero no se presentó y, en su lugar, envió, ante el Presidente de la Corporación, una excusa en la cual expuso las razones que le impedían tomar posesión del cargo de concejal, y solicitó llamar a quien correspondiera sucederlo para ocupar su curul. El accionante expuso que en la misma fecha, el Alcalde de Bogotá había anunciado que nombraría como secretaria de gobierno a su compañera permanente, lo que le impedía asumir su investidura de concejal, pues generaría una casual de incompatibilidad e inhabilidad y no podía impedirle a su pareja que aceptara tal designación.

Con base en estas circunstancias, el actor señala que la decisión accionada desconoce la norma (párrafo 1º del art. 48 de la ley 617 de 2000) que consagra la fuerza mayor como excepción de la causal de pérdida de investidura que le fue aplicada, y no tiene en cuenta

que, en este caso, lo que motivó la omisión de su deber de posesionarse del cargo fue una circunstancia ajena a su voluntad.

87. Pues bien, la norma que sirvió de fundamento a la decisión del Consejo de Estado es el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que efectivamente permite al elegido popularmente excusarse ante su inasistencia a la toma de posesión dentro de los tres primeros días de sesiones, en desarrollo de las garantías constitucionales de juzgamiento frente a su conducta, cuando mediare para ello una situación de fuerza mayor.

88. Frente a dicha norma, al analizar el sub examine la Sala encuentra que no se configura un defecto sustantivo, en los términos en que ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional, toda vez la Sección Primera del Consejo de Estado aplicó la norma pertinente sobre la fuerza mayor como justificante frente a la causal examinada en el juicio de pérdida de investidura, y bajo una interpretación razonable concluyó que la excusa formulada no reunía los atributos de imprevisibilidad e irresistibilidad que caracterizan dicha causal como eximente de responsabilidad.

Sobre el particular, la Corte considera que la expectativa que generó el anuncio del Alcalde Mayor del distrito, sobre el eventual nombramiento de la compañera del actor como Secretaria de Gobierno, no satisfacía los presupuestos de imprevisibilidad e irresistibilidad que exige la fuerza mayor, interpretación que a juicio de la Corte resulta razonable. Lo anterior, con base en dos razones esenciales.

89. En primer lugar, la excusa presentada por el accionante ante el Concejo distrital el 1º de enero de 2008 no era válida ni lo exoneraba de su obligación de tomar posesión del cargo porque no se había cumplido en el momento en el que el debía tomar posesión. Por tal motivo, el Consejo de Estado concluyó acertadamente que si no existía el hecho generador de la supuesta inhabilidad al momento de cumplirla, el señor Romero Jiménez había incumplido su obligación constitucional y legal de tomar posesión de su cargo.

Sobre esta situación, el fallo del Consejo de Estado explicó que el accionante debía tomar posesión el día 1º de enero de 2008, y que el término para cumplir con dicha obligación se extendía hasta el día 4 de enero del mismo año (3 días hábiles). Y que el anuncio del Alcalde Distrital según el cual nombraría a la compañera permanente del actor como Secretaría de Gabinete, constituía una mera expectativa que no tenía ningún efecto al momento de la toma de posesión. Lo

anterior, debido a que la circunstancia inhabilitante no estaba vigente al momento de tomar la posesión pues como evidenció el Consejo de Estado, el nombramiento de la señora López Obregón se realizó el día 8 de enero de 2008<sup>243</sup>, es decir, 4 días después de haber expirado el término de los 3 días que tenía el señor Romero Jiménez para posesionarse.

90. Ahora bien, respecto a las características de la fuerza mayor del mencionado anuncio, la Corte encuentra que, si bien puede alegarse que la situación era ajena a la voluntad del señor Romero, y que por tanto era externa a sus obligaciones, no cumplía a cabalidad con el requisito de resultar imprevisible e irresistible de forma conjunta, tal y como lo exige la doctrina jurisprudencial en torno a la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.<sup>244</sup> De hecho, es posible aceptar que el anuncio del nombramiento del Alcalde hubiera podido tener el carácter de imprevisible pues hacía parte de su fuero interno –el del Alcalde–, pero en todo caso nunca pudo ser irresistible para el actor pues bien podía tomar posesión del cargo sin ninguna consecuencia jurídica pues su esposa en ese momento específico no había sido nombrada como funcionaria de la administración distrital. De esta manera, a pesar de constituirse en una circunstancia externa al actor, e incluso aceptando que era imprevisible, no resultaba irresistible porque bien podía tomar posesión de su cargo, y eventualmente renunciar al mismo, tal y como lo concluyó razonablemente el Consejo de Estado.

91. Bajo estas consideraciones, la decisión adoptada en la providencia judicial demandada no constituye una determinación arbitraria, pues se encuentra dentro de los parámetros constitucionales y ofrece una respuesta admisible con base en las normas aplicables al caso concreto. La anterior precisión, teniendo en cuenta que el examen que realiza el juez constitucional para valorar la posible vulneración del derecho al debido proceso, en el marco de una tutela contra una sentencia judicial, se realiza con el fin de verificar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad

---

<sup>243</sup> Decreto Distrital 006 del 8 de enero de 2008, “por medio del cual se hace el nombramiento de la doctora Clara Eugenia López Obregón en el cargo de Secretaria de Despacho Código 020 Grado 09 de la Secretaría Distrital de Gobierno”. Folio 41 del cuaderno N° 3 del expediente de tutela.

<sup>244</sup> Ver *Supra* “la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, fundamentos 64 a 70 de esta sentencia.” Cita de la sentencia cuyo aparte se transcribe.

de la providencia.<sup>245</sup>

Sobre las causales de fuerza mayor en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del 16 de febrero de 2012. Consejero ponente Marco Antonio Velilla Moreno (E), dentro del radicado 25000-23-15-000-2011-00213-01(PI), con ocasión de la demanda de pérdida de investidura iniciada por Mauricio Alberto Pérez Ruíz contra Carlos Arturo Romero Jiménez, se precisó:

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 64 del Código Civil Colombiano, subrogado por el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Según se desprende de la anterior definición legal, la situación constitutiva de la fuerza mayor debe ser un hecho extraño a quien la alega, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar el incumplimiento o inejecución de determinado deber u obligación por parte de éste. En razón de su carácter imprevisible e irresistible, la fuerza mayor es considerada en nuestro ordenamiento jurídico como causa eximente de responsabilidad, por cuanto viene a justificar el incumplimiento de la correspondiente obligación.

[...]

La imprevisibilidad que es propia de la figura, se presenta cuando resulta totalmente imposible visualizar o contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible, se hace necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto a fin de verificar cuáles son las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega en su beneficio ese fenómeno liberatorio.

En tratándose de la obligación que asumen las personas que han sido elegidas por el voto popular como miembros de una corporación administrativa de carácter territorial, en el sentido de tomar posesión del cargo dentro del término perentorio establecido en el artículo 48

---

<sup>245</sup> Cfr. Sentencias T-302 de 2008 (magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño), T-868 de 2008 (magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio) y SU-424 de 2012 (magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Cita de la sentencia cuyo aparte se transcribe.

de la ley 617 de 2000, el párrafo de ese mismo artículo admite como causal exonerativa o exculpativa de responsabilidad, la ocurrencia de un hecho de fuerza mayor, en el entendido de que el incumplimiento de esa obligación no le es jurídicamente imputable ni puede dar lugar a que se declare la pérdida de la investidura, con las gravosas consecuencias señaladas por el ordenamiento jurídico.

La fuerza mayor, en estos casos, se produce entonces cuando el hecho exógeno al concejal elegido es imprevisible e irresistible y se traduce en la imposibilidad absoluta de dar cumplimiento a la obligación ya mencionada. En tales circunstancias el hecho de la falta de posesión dentro de la oportunidad legal, no puede subsumirse en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 48 numeral 3° de la Ley 617 de 2000, por tratarse de una omisión plenamente justificada.

En ese orden de ideas, la ocurrencia de una situación fáctica constitutiva de fuerza mayor, traslada al interesado la carga de demostrar que el fenómeno por él alegado, además de corresponder a una causa extraña, imprevisible e irresistible, le impidió el cumplimiento de la obligación de tomar posesión dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la instalación de las sesiones del Concejo Distrital.

Por supuesto surge la inquietud sobre a quién le corresponde calificar esa “fuerza mayor”, esto es, si la mesa directiva del Senado de la República o de la Cámara de Representantes debe evaluar si la no posesión de un congresista, dentro de los términos establecidos en el tan nombrado numeral 3° del artículo 183 de la Constitución, obedeció a una razón de fuerza mayor o si por el contrario le corresponde hacerlo al Consejo de Estado, cuando se pronuncie dentro del proceso de pérdida de investidura instaurado contra aquel congresista que no cumplió con esa obligación de tomar posesión.

Señala sobre el particular la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 5 de septiembre de 2018 dentro del radicado 11001-03-06-000-2018-00169-00(2399), C.P. Germán Bula Escobar:

La Sala resalta que el proceso de pérdida de investidura tiene carácter sancionatorio y 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”, según se establece en el artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

Por tanto, es en dicho proceso donde se examinarán las causales alegadas tanto como los hechos justificativos eventuales (v.gr. fuerza

mayor), se decretarán, practicarán y valorarán las pruebas, y finalmente se adoptará la decisión a la que haya lugar, con observancia plena del debido proceso.

En consecuencia, solicitada la pérdida de investidura del congresista **“Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse”**, la causal justificativa de fuerza mayor deberá alegarse y probarse en el proceso, cuya competencia exclusiva recae en el Consejo de Estado que, por lo mismo, es la única autoridad a la que corresponde valorar tales circunstancias.

Con ocasión de la no posesión de la ciudadana Aida Merlano como congresista, se preguntó el Consejo de Estado dentro de la demanda de pérdida de investidura de la que fue objeto y cuya desinvestitura no se dio<sup>246</sup>:

¿La imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario a un congresista electo, constituye fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fuere llamado a posesionarse, según lo regulado en el artículo 183 de la Constitución Política de Colombia?

[...]

En una primera fase, el Consejo de Estado concluyó que **la detención preventiva no constituye fuerza mayor** para exonerar de la sanción prevista por incumplir el deber de tomar posesión en el cargo

[...]

En un segundo estadio de la jurisprudencia, esta Corporación concluyó que **la detención preventiva si constituye fuerza mayor** y por tanto tiene efecto exonerativo.

[...]

---

<sup>246</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sala Especial de Decisión No. 19, consejero ponente: William Hernández Gómez, del 26 de septiembre de 2018, radicación 11001-03-15-000-2018-02616-00 acumulado 11001-03-15-000-2018-02672-00, solicitantes: César Augusto Castro Escobar y Mesa Directiva del Senado de la República, contra Aida Merlano Rebolledo.

En esa línea, la Sala considera que como la finalidad de la causal de pérdida de investidura es sancionar la ruptura voluntaria del compromiso del elegido frente al electorado que depositó su confianza en él, es contradictorio concluir que por el solo hecho de que aquel haya sido privado de la libertad por una medida de aseguramiento, existió culpa o dolo en el actuar del sujeto. Sostener esta tesis en forma genérica sería desconocer la realidad consistente en que muchas personas que son procesadas penalmente, podrían ser absueltas por cualquiera de las causales previstas en la ley o porque la investigación penal no contó con las pruebas necesarias para desvirtuar la presunción de su inocencia.

[...]

Por lo tanto, el solo hecho de la imposición de la medida privativa de la libertad no puede llevar a concluir que el hecho que la originó es imputable a título de culpa o dolo en este juicio sancionatorio, que además es autónomo frente al proceso penal y en el que deben acreditarse los elementos suficientes para considerar probados los elementos de la culpabilidad.

[...]

**Conclusión:** La imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario a un congresista electo, por regla general constituye fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fuere llamado a posesionarse, según lo regulado en el artículo 183 de la Constitución Política de Colombia.

A pesar de lo expuesto, ya la sola fuerza mayor no es suficiente para decretar la pérdida de investidura. En sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata, 14 de junio de 2019, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02615-00(PI), Actor: Daniel Silva Orrego y Otro, Demandado: Luciano Marín Arango, encontramos una aproximación sobre el particular, al disponer:

68. De la misma forma, tal como se señaló, en la actualidad se exige la valoración de un elemento subjetivo, que se depende del debido proceso. De ahí que, sea viable aplicar todas las garantías que emergen como consecuencia del poder represivo del Estado, particularmente, los principios pro homine, in dubio pro reo, de legalidad –las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas

por analogía-, objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, y culpabilidad.

69. Sobre el contenido de la culpabilidad en materia de pérdida de investidura, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha manifestado:

“(...) la discusión sobre la culpabilidad en el derecho sancionatorio refleja un debate más filosófico y anterior, esto es, la tensión que existe entre causalismo y normativismo. Ahora bien, la Sala considera que tratándose de la institución de la pérdida de investidura de congresistas el criterio de culpabilidad no puede ser otro que el normativo, dado que la Constitución Política y la Ley 5 de 1992 no establecieron para la configuración de las causales que dan lugar a la desinvestidura del parlamentario la necesidad de verificar su estado volitivo y mucho menos psicológico en sede del criterio culpabilidad.

Así las cosas, el estudio del dolo o la culpa grave es preciso efectuarlo con los demás elementos de la causal específica que se esté juzgando, por tanto, para establecer si se configura el elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura, es preciso verificar: i) si el congresista estaba en condiciones de comprender el hecho o circunstancia configurativa de la causa, ii) si le era exigible otra conducta o comportamiento, iii) si el congresista atendió las normas jurídicas y, finalmente, iv) si la sanción de pérdida de investidura, en el caso concreto, es necesaria para garantizar los fines fijados en la Constitución.”

En la misma línea se había pronunciado años atrás la Corte Constitucional en sentencia SU 424 de 2016, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, como sigue:

- La gravedad de la sanción que se impone, exige que el proceso de pérdida de investidura se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios pro homine, in dubio pro reo, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, y culpabilidad.

[...] Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de

responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable.

Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.

En ese sentido, el juez de este proceso sancionatorio debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.

En este punto es importante hacer referencia a las modificaciones introducidas con ocasión de la expedición de la Ley 1881 de 2018 “Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones”, cuyo artículo primero consagró:

**ARTÍCULO 1.** 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.

La anterior disposición fue modificada por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019 “Por el cual se modifica parcialmente la Ley 5 de 1992 y se dictan otras disposiciones”, como sigue:

**ARTÍCULO 4°.** Modifíquese el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, que quedará así:

**ARTÍCULO 1°.** 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 gravemente 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 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.

En sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sala Especial de Decisión No. 19, consejero ponente: William Hernández Gómez, del 26 de septiembre de 2018, radicación 11001-03-15-000-2018-02616-00 acumulado 11001-03-15-000-2018-02672-00, de César Augusto Castro Escobar y de la Mesa Directiva del Senado de la República, contra Aida Merlano Rebolledo, se refirió el Consejo de Estado sobre esta norma:

Por su parte, el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018 precisó con máxima claridad que se trata de un juicio de responsabilidad subjetiva, en el cual solo se sanciona al implicado cuando se compruebe que las conductas reprochadas fueron cometidas en forma dolosa o culposa (elemento de la culpabilidad), disposición que zanjó legislativamente la discusión jurisprudencial sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de estos asuntos.

En el fallo del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión, consejera ponente: María Adriana Marín (E), febrero 20

de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-00, demandante: Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, demandado: Seuxis Paucias Hernández Solarte, indicó la Sala Especial de Decisión:

**vi) El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva, ya que es preciso que se verifique que la conducta del congresista o excongresista demandado, al incurrir en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución, fue dolosa o culposa tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018 y la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional<sup>247</sup>.**

Mediante sentencia SU-424 de 2016, la Corte Constitucional dejó sin efectos dos sentencias proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. El fundamento constitucional en que se hizo consistir la vía de hecho, por defecto sustantivo, fue el haber dejado de realizarse el juicio de responsabilidad subjetivo o culpabilístico de los congresistas. En tal virtud, para la Corte es indispensable que en todo proceso de pérdida de investidura, trátase o no de las anteriormente llamadas causales objetivas (v.gr. no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras) subjetivas (v.gr. tráfico de influencias o indebida destinación de dineros públicos) se efectúe un juicio de reproche al comportamiento del congresista demandado.

Otra de las inquietudes que surge es si la mesa directiva de Senado o Cámara puede “declarar directamente la vacancia del empleo” de quien no se posesionó en el término previsto en la ley, para continuar con el “reemplazo del funcionario” en caso de que sea procedente, o declarar la “silla vacía” con fundamento en los criterios previstos en el artículo 134 Superior, o si, por el contrario, es necesario esperar la sentencia que defina el proceso de pérdida de investidura y posteriormente tomar una decisión administrativa respecto del retiro o no del congresista, asunto que fue resuelto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al atender la consulta elevada por el Ministerio del Interior<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 2016, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. Cita de la sentencia cuyo aparte se transcribe.

<sup>248</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Germán Bula Escobar, 5 de septiembre de 2018, radicación número: 11001-03-06-000-2018-00169-00(2399)

La respuesta la trae el precitado concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil en los siguientes términos:

[...] frente a la situación fáctica de no posesión de los congresistas en los términos del artículo 183 numeral 3 y la Ley 5 de 1992, la Mesa directiva de la correspondiente Cámara no debe adelantar un pronunciamiento previo que implique asimismo un procedimiento a seguir, sino que simplemente ante tal supuesto de hecho, acreditado por el Secretario de la correspondiente Cámara, deberá solicitar ante el Consejo de Estado la pérdida de investidura respecto del congresista implicado, mediante escrito enviado a la secretaría general del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, junto con la documentación que soporta el acaecimiento del mencionado hecho.

No han sido muchos los procesos de pérdida de investidura que han cursado en el Consejo de Estado por causa de la no posesión en el cargo por parte de congresistas. Es más, podríamos aseverar que es mayor la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo con ocasión de la apelación de fallos proferidos por los tribunales administrativos por la aplicación de esta misma causal de no posesión, pero para los representantes de las corporaciones públicas (diputados y concejales).

Por lo demás, esta causal solo opera en un primer momento, con la no posesión; la situación arranca con la no comparecencia al acto de posesión dentro de los términos fijados en la misma disposición constitucional. Ya con esa no comparecencia puede la mesa directiva del Congreso de la República o cualquier ciudadano presentar la respectiva demanda. Posteriormente, dentro del proceso se hará el respectivo análisis probatorio y el estudio pertinente de las razones de fuerza mayor que pudieran eximir al congresista de haber desatendido esta obligación constitucional.

Cada cuatro años, cuando sea el momento de la respectiva posesión, se incrementará el número de demandas, si en su momento algunos congresistas no se presentaron a rendir su juramento de rigor.

## V. LAS INHABILIDADES DEL ARTÍCULO 179 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COMO CAUSALES PARA LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS

Por: Antonio José Núñez Trujillo

Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado

**Resumen:** Este artículo analiza las situaciones establecidas en el artículo 179 de la Constitución Política de Colombia (1991) como causales de inhabilidad que llevan a la pérdida de investidura de los congresistas, para establecer el alcance de cada una, las cuestiones jurídicas que se presentan en su aplicación por parte del Consejo de Estado, que es el juez en estos procedimientos y fijar posiciones doctrinales en aspectos oscuros. El análisis está enfocado en las conclusiones de la abundante jurisprudencia que ha desarrollado estas causales a lo largo de casi tres décadas.

### 1. INTRODUCCIÓN

Una de las razones que llevaron al proceso constituyente de 1991 fue una profunda crisis de confianza que afectó las instituciones nacionales, sobre todo a raíz del fracaso de los intentos reformativos de 1977 y 1979, debido a las posiciones restrictivas de la Corte Suprema de Justicia. Esta crisis de confianza lesionó particularmente al Congreso, sobre todo por prácticas electorales surgidas a partir del fin del Frente Nacional y consolidadas a raíz del Acto Legislativo 01 de 1986, el cual estableció la elección popular de alcaldes.

Esto llevó a que una de las medidas más populares de la nueva Constitución Política fuera la posibilidad de pedir ante el Consejo de Estado la pérdida de investidura de los congresistas por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés. Los procesos por esta causa proliferaron desde la entrada en vigor de la Constitución. Incluso sin existir un régimen de pérdida de investidura, el cual se adoptó con la Ley 144 del 13 de julio de 1994, hubo múltiples procesos de estos, algunos de los cuales concluyeron favorablemente las pretensiones de los actores.

En este artículo analizaremos las causales de pérdida de investidura por violación al régimen de inhabilidades establecido en el artículo 179 de la Constitución Política, con énfasis en los desarrollos jurisprudenciales tanto de la Sección Quinta como en particular de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. No consideraremos aquí otras inhabilidades consuetudinarias o legales aplicables a los congresistas o a otros funcionarios de elección popular.

## 2. GENERALIDADES

### 2.1. ANTECEDENTES

La pérdida de investidura como forma de remover del Congreso a quienes incurran en conductas censurables es una institución relativamente nueva, que apareció brevemente en nuestro derecho durante la vigencia de la reforma constitucional de 1979, aunque no por inhabilidades. El artículo 13 del Acto Legislativo 01 de 1979 dispuso:

Artículo 13. -Son causales de pérdida de la investidura de congresista:

1. La infracción al régimen de incompatibilidades y al de conflictos de interés previstos en la Constitución.
2. Faltar en un período legislativo anual, sin causa justificada, a ocho de las sesiones plenarias en que se voten proyectos de actos legislativos o de ley. Corresponde al Consejo de Estado declarar la pérdida de la investidura.

La Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 1979, mediante la Sentencia No. 57 del 3 de noviembre de 1981 (M.P. Fernando Uribe Restrepo)<sup>249</sup> por vicios procedimentales<sup>250</sup> (las comisiones constitucionales del Congreso que votaron el proyecto se integraron sin usar el sistema de cociente electoral, el cual permite la representación proporcional de los partidos e indebida acumulación<sup>251</sup>). Durante la breve vigencia de esta norma no hubo un solo caso de pérdida de investidura.

---

<sup>249</sup> Aquí la Corte retomó una jurisprudencia entonces reciente, la sentencia del 5 de mayo de 1978 (M.P. José María Velasco Guerrero), por la cual la Corte Suprema de Justicia, por la mínima mayoría (12 votos contra 10 votos) resolvió declarar inexecutable el Acto Legislativo No. 2 de 1977, conocido como *La Pequeña Constituyente*, por considerar que el Congreso había delegado en una constituyente una reforma parcial de la Constitución, facultad exclusiva del constituyente primario y no del secundario.

Ver igualmente ARBOLEDA PERDOMO, Enrique. La reforma constitucional de 1979: su inexecutableidad. Bogotá: Ed. Dintel, 1981.

<sup>250</sup> Vale la pena recordar que, en este caso, el gobierno nacional, anticipando el fallo desfavorable que eventualmente se produjo, trató de interferir en el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia con el Decreto 3050 de 1980, con base en un artículo transitorio del Acto Legislativo 01 de 1968, en el cual dispuso que las decisiones de la Corte Suprema requirieran la mayoría de las tres cuartas partes de los integrantes de la Corte.

<sup>251</sup> URIBE VARGAS, Diego. Las constituciones de Colombia. 2ª ed. Bogotá: Ediciones Cultura Hispánica, 1985. p. 297 y 298. Tomo I.

Si bien la Constitución derogada, la de 1886 con sus reformas, no establecía la pérdida de investidura como procedimiento, sí disponía que no podía ser elegido Senador [n]ingún ciudadano que haya sido condenado por sentencia judicial a pena de presidio o prisión, salvo la excepción de los condenados por delitos políticos (inciso 2º, artículo 94 C.P. de 1886, adicionado por el artículo 24 del Acto Legislativo 1 de 1968). La misma norma existía para los representantes a la Cámara (artículo 100, C.P. de 1886, adicionado por el artículo 27 del Acto Legislativo 1 de 1968).

La Corte Constitucional resumió los antecedentes de la figura en la Constitución de 1991, de la manera siguiente:

Es indiscutible que una de las reformas más importantes efectuadas por el Constituyente de 1991 relacionadas con el Congreso de la República, fue la de la creación de la institución de la pérdida de la investidura, consagrada en el artículo 183 de la Carta Política, con el propósito de dignificar la posición de congresista, enaltecer sus responsabilidades y funciones, con la posibilidad de que, frente a la inobservancia del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o el surgimiento del conflicto de intereses por parte de los mismos, así como de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, se pudiese sancionar a quien incurra en la violación de las causales previstas en dicha disposición con la pérdida de la investidura, sin que esta decisión dependiera de un previo pronunciamiento judicial.

En efecto, en la Asamblea Nacional Constituyente el tema comenzó a ser debatido en la Comisión Tercera, con ponencia original del Constituyente Luis Guillermo Nieto Roa. Luego se discutió sobre la base del proyecto presentado por la Comisión nombrada como ponente colectivo, integrada por los Delegatarios Alfonso Palacios Rudas, Hernando Yepes Arcila, Alvaro Echeverry Uruburu, Antonio Galán y otros, según consta en el medio oficial de publicación de la Asamblea.

El planteamiento general de los proponentes de la iniciativa se fundamentó en el altísimo nivel que supone la categoría de congresista. De ahí que las consecuencias de la violación de los deberes, funciones y responsabilidades inherentes al cargo debieran corresponderse con una sanción igualmente drástica. La subcomisión encargada de articular la propuesta, al considerar la regulación de la institución pretendió, pues, recuperar el prestigio del Congreso.

El criterio de la comisión fue unánime en cuanto a que el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la pérdida de la investidura como condigna sanción. Fue también el parecer unánime

de la comisión que, dada la alta posición del congresista, la violación de este régimen no podía acarrear una sanción inferior a la pérdida de la investidura. Así fue propuesto por esta, con la obligación de que la ley estableciera un procedimiento abreviado mediante el cual la Corte Suprema de Justicia decidiera en un plazo no superior a veinte días.

En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente la controversia central giró en torno a la Corporación a la cual adscribir la competencia para conocer del proceso de pérdida de investidura.

Al respecto se plantearon tres tesis:

La primera sostenía que la Corte Suprema de Justicia debía ser la Corporación encargada de conocer de la pérdida de la investidura, pues, afirmaban sus proponentes, en estricto sentido se trataba de un litigio sino penal, por lo menos equivalente a un enjuiciamiento.

Los defensores de la segunda concepción eran partidarios de que el conocimiento de la pérdida de la investidura se asignara a la Corte Constitucional, tal como lo propusieron en su momento el gobierno nacional y el Constituyente Echeverry Uruburu.

Una última corriente propendía porque la competencia correspondiese al Consejo de Estado ya que, en opinión de sus adherentes, la pérdida de la investidura tiene naturaleza administrativa. Para los partidarios de esta alternativa, no resultaba conveniente que la Corte Constitucional conociera de la pérdida de la investidura, por cuanto la conformación de esa alta corporación estaba dada por la elección que efectuara el Senado de la República. Por ello, sostenían, se aseguraba una mayor independencia e imparcialidad en el juzgamiento si este se encargaba al Consejo de Estado, Corporación que no dependía en su integración del Congreso de la República.

Los Constituyentes que avalaban esta tesis sostenían, además, que la pérdida de la investidura, en cuanto sanciona al congresista que incumple sus deberes o que incurre en unas determinadas faltas, es en esencia un proceso disciplinario del cual debe conocer el Consejo de Estado, comoquiera que esta Corporación conoce de las demandas electorales. Esta fue la propuesta finalmente acogida y así quedó consignada en los artículos 183 y 184 de la Constitución Nacional.

Debe anotarse al respecto, asimismo, que la figura constitucional de la pérdida de la investidura de los congresistas, encuentra como antecedente el Acto Legislativo Número 1 de 1979. Ciertamente, fue la reforma constitucional de 1979 la que instituyó, por primera vez en el país la pérdida de la investidura, y contempló que de ésta sería competente para decretarla el Consejo de Estado.

De manera semejante a la regulación normativa que se consagraba en el artículo 13 del Acto Legislativo Número 1 de 1979, el artículo 183 de la Constitución de 1991 contempla como causales que acarrear la pérdida de la investidura, la violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades y el surgimiento de conflicto de interés; igualmente, prevé que la inasistencia injustificada da lugar a esta sanción, aun cuando disminuye a seis el número de sesiones plenarias de las que el congresista debe haber ausentado; finalmente, agrega las causales configuradas por la indebida destinación de dineros públicos y el tráfico de influencias debidamente comprobado.

Al tenor del artículo 184 de la Constitución Nacional, hay dos mecanismos para que el Consejo de Estado, como organismo judicial competente, inicie un proceso de pérdida de la investidura de un congresista: bien, por solicitud que en tal sentido formule la mesa directiva de la Cámara correspondiente, o que ante dicha Corporación presente cualquier ciudadano<sup>252</sup>.

De esta manera se explican las causales de inhabilidad, incompatibilidad y conflictos de interés y la consecuencia de su materialización mediante la pérdida de investidura, como sanción y la competencia del Consejo de Estado para resolver.

Se ha sostenido que, al no ser el Consejo de Estado un juez penal y llevar la pérdida de investidura no solo a que el condenado sea desvinculado del cargo para el que fue elegido, sino a su inhabilidad para volver a ser miembro del Congreso, este procedimiento no supera el examen de convencionalidad en el marco del Pacto de San José de Costa Rica<sup>253</sup>. En criterio de quien escribe, tanto la normativa aplicable, Ley 1881 de 2018, como la jurisprudencia del Consejo de Estado evidencian que el proceso de pérdida de investidura protege el derecho al debido proceso de los demandados y no hay razón para que quien conozca sea un juez penal, pues, aunque

---

<sup>252</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-319-94, M.P. Hernando Herrera Vergara. Se omitieron los llamados al pie.

<sup>253</sup> FAJARDO RICO, Antonio. Control de convencionalidad a la figura de la pérdida de investidura en Colombia, tesis de grado en la Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, 2018.

una de las causales de inhabilidad es que el demandado hubiere sido condenado a pena privativa de la libertad en sentencia penal ejecutoriada, salvo ciertas excepciones, ello no significa que quien tenga que resolver el proceso de pérdida de investidura sea un juez penal. De hecho, la mayoría de las causales no pasan por el derecho penal.

## A. LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

La **pérdida de investidura** es un proceso sancionatorio del que conoce el Consejo de Estado, que se basa en un juicio de responsabilidad subjetiva, según el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019. Se diferencia de la **acción electoral** en que esta resuelve sobre la constitucionalidad y/o legalidad de una elección o de un nombramiento<sup>254</sup> sin connotación particular de censura respecto de la conducta del elegido. La valoración de culpabilidad por dolo o culpa grave es propia de la pérdida de investidura<sup>255</sup>, aunque haya causales, en particular de inhabilidad, que no tienen carácter negativo, como ser pariente dentro de ciertos grados o cónyuge de ciertas personas.

Al respecto dijo el Consejo de Estado: «[...]Al ser la nulidad electoral un proceso de carácter objetivo sustentado en el principio de legalidad, la perspectiva protectoria debe privilegiar el interés colectivo democrático y no el derecho subjetivo del congresista. En tanto la nulidad electoral no es un proceso sancionatorio, la decisión que se adopte no está llamada a valorar el elemento subjetivo, juicio de culpabilidad que es propio de la pérdida de investidura.»<sup>256</sup>

Igualmente dijo que la pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad, tiene carácter jurisdiccional, implica una grave sanción al congresista afectado por ella y debe siempre darse en el marco del debido proceso previsto en el artículo 29 de la C.P.:

En pronunciamiento reciente, la Sala Plena puso de presente que, atendiendo la especial naturaleza de la pérdida de investidura, esta acción tiene las siguientes características:

“[...] (i) Constituye un juicio de responsabilidad que conlleva la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional que castiga la transgresión al código de conducta que los congresistas deben observar atendiendo la naturaleza representativa de la investidura que ostenta, todo en aras de garantizar el prestigio y respetabilidad del Congreso.

<sup>254</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 15 de abril de 2011, Rad. No. 11001-03-28-000-2010-00121-00, C.P. Susana Buitrago Valencia.

<sup>255</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 10 de mayo de 2018, Rad. No. 17001-23-33-000-2016-00473-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

<sup>256</sup> Consejo de Estado. Sentencia de unificación del 29 de enero de 2015, Rad. No. 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU), C.P. Rocío Araújo Oñate.

(ii) Es una sanción de carácter jurisdiccional, pues la competencia para decretarla es atribuida — exclusivamente— al Consejo de Estado, razón por la cual es un juez el órgano encargado de adoptar la sentencia y tal naturaleza se extiende a la esencia de la decisión adoptada, sin que se altere por las consecuencias políticas derivadas de su aplicación.

(iii) La pérdida de investidura es la sanción más grave que puede imponerse a un congresista, pues implica la separación inmediata de las funciones que venía ejerciendo como integrante del parlamento y, por expresa disposición de la propia Carta, la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro, postura sostenida por el Consejo de Estado al precisar: “En el caso de los congresistas, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades comporta la pérdida de su investidura (...) medida que, como lo ha señalado la jurisprudencia constituye la sanción más grave que se les puede imponer, toda vez que entraña la separación inmediata de sus funciones como integrantes de la rama legislativa y la inhabilidad perpetua para serlo de nuevo en el futuro”.

(iv) Los procesos de pérdida de investidura limitan o reducen algunos derechos fundamentales previstos en la Constitución como el de elegir o ser elegido, el cual no puede ser sometido a restricciones indebidas, por ello las normas constitucionales que la regulan deben ser interpretadas de manera armónica con el artículo 29 de la Carta, con las necesarias adaptaciones que exige la naturaleza especial de aquellas [...].<sup>257</sup>

Si bien solo en la Sentencia SU-424 de 2016 la Corte Constitucional estableció la necesidad de estudiar la conducta subjetiva del congresista demandado, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo desde la Sentencia del 28 de agosto de 2001 había dicho al respecto:

[...] no puede la Sala desconocer que quien se inscribe en una lista como candidato a ser congresista, consciente de que se halla incurso dentro de una causal de inhabilidad o de incompatibilidad y que, por ende, si resulta elegido, podría verse abocado a la declaratoria de nulidad de su elección o a la pérdida de su investidura, necesariamente actúa imbuido de mala fe, movido por propósitos aviesos y a sabiendas de que procede en abierta contradicción con la

<sup>257</sup> Consejo de Estado. Sentencia 2011-00744 de mayo 9 de 2019, Rad. No. 76001-23-31-000-2011-00744-01, C.P. Hernando Sánchez Sánchez. Se omitieron los llamados al pie.

ley, conducta esta que por sí sola es reprochable y, por lo mismo, merecedora de sanción<sup>258</sup>.

La carga de la prueba en los procesos de pérdida de investidura recae sobre el actor; esta es la regla general en los procesos de que conoce la justicia contenciosa administrativa, así:

La referida norma legal desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: “incumbit probatio qui dicit non qui negat”. Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquel no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi; si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, un fallo adverso a sus intereses<sup>259</sup>.

La pérdida de investidura ha tenido mucha aplicación entre nosotros. En los primeros 21 años de vigencia de la Constitución Política hubo 54 congresistas que perdieron su investidura, el primero de ellos, Samuel Alberto Escrucería en 1992, tal como aparece en un interesante texto periodístico<sup>260</sup>:

---

<sup>258</sup> Consejo de Estado. Radicación N° 11001-03-15-000-2001-0112-01(AC) C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Citado en el auto del 5 de marzo de 2019 que negó lo impetrado en un recurso extraordinario de revisión en el expediente No. 11001-03-15-000-2012-00265-00(REV-PI), C.P. Milton Chaves García.

<sup>259</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 11 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-15-000-2006-01308-00(PI), C.P. Mauricio Fajardo.

<sup>260</sup> Nuevo Siglo. 54 congresistas perdieron su investidura desde 1991. 10 de septiembre de 2012. [Consultado el 29 de agosto de 2020 a las 3:30 p.m.]. Disponible en <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/9-2012-54-congresistas-perdieron-su-investidura-desde-1991>. Una base de datos oficial indica que entre 1991 y septiembre de 2019 se resolvieron 657 procesos de pérdida de investidura en el Consejo de Estado, aunque no se indica el sentido de los fallos. Vid <https://www.datos.gov.co/widgets/r6w4-eyn9>, consultado el 7 de octubre de 2020 a las 2:00 p.m.

Según lo explicó el exministro Fernando Cepeda en uno de sus muchos trabajos al respecto, algunos de los cuales se condensan en un libro publicado por la Universidad del Rosario (Pérdida de Investidura 1991-2011), “a los congresistas se les puede seguir un juicio de responsabilidad por haber incurrido en una de las causales que están consignadas en la Constitución y en la ley; este juicio debe iniciarlo y culminarlo el Consejo de Estado a petición de la mesa directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano”.

“Si se encuentra que el enjuiciado ha violado el código del congresista se procede a declarar la pérdida de la investidura, se trata de una sanción jurídico-política, que es desarrollo del principio de moralidad de la función pública y es independiente de la sanción penal que la conducta indebida pueda acarrear”, precisó Cepeda.

Las causales de la pérdida de investidura están enumeradas expresamente en el artículo 183 de la Constitución (ver recuadro correspondiente). La jurisprudencia del Consejo de Estado, expresada en numerosos fallos, ciñe en forma taxativa la pérdida de investidura a lo estipulado en ese artículo. Como consecuencia de ello, por ejemplo, no considera que la doble militancia pueda ser castigada con esa figura.

Según Cepeda, “a la luz de la jurisprudencia, la pérdida de investidura es la sanción que se impone a los congresistas y a otros integrantes de corporaciones públicas elegidos popularmente, cuando incurran en las causales establecidas en la Constitución y la ley. Por consiguiente, al vulnerar el régimen a ellos impuesto en virtud de la función que desempeñan, el servidor no solo será separado de su cargo sino que perderá su derecho a ser elegido de forma indefinida, según lo establece la propia Constitución”.

Efectivamente, el artículo 179 constitucional precisa que “no podrán ser congresistas”, entre otros puntos, “quienes hayan perdido la investidura de congresista”<sup>261</sup>.

---

<sup>261</sup> Nuevo Siglo. Idem.

La pérdida de investidura preserva el *non bis in ídem* frente a las acciones electorales,<sup>262</sup> según lo previsto en el parág., art. 1, Ley 1881 de 2018, modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019, pero no es incompatible con condenas penales por las mismas conductas; de hecho, la causal primera es haber sido condenado penalmente, salvo por ciertos delitos<sup>263</sup>.

La acción de pérdida de investidura es pública, aunque el reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) le impone a la mesa directiva de la Cámara respectiva la función de solicitar al Consejo de Estado la declaratoria de pérdida de la investidura de congresista (artículo 41.7). La pérdida de investidura es una de las causales de vacancia de las curules (artículo 274, *ibid.*).

## B. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL REGLAMENTO DEL CONGRESO

El Capítulo 6 (*De los congresistas*) del Título VI (*De la Rama Legislativa*) de la Constitución Política (C.P.) contiene el estatuto del congresista.

El artículo 179 contiene las **inhabilidades para ser** congresistas, esto es, las conductas o situaciones que inhabilitan para ejercer el cargo.

Por **inhabilidades** se entienden «aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentren vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización de quienes van a ingresar o ya están desempeñando cargos públicos<sup>264</sup>.»

---

<sup>262</sup> Lo cual no excluye que puedan adelantarse por los mismos hechos ambas acciones (la electoral y la de pérdida de investidura) cuando la causal respectiva lo permita: En suma, si bien es posible que la acción electoral y la acción de pérdida de investidura se pueden referir a una misma persona y versen sobre hechos similares, ambos procesos, como ocurre en el caso concreto, difieren en cuanto al objeto, razón por la cual es posible, de acuerdo con la Constitución y la ley, que se pueda tramitar la presente acción de pérdida de investidura y, por lo mismo, resulta viable realizar un pronunciamiento en relación con el supuesto de la causal invocada por el actor. Consejo de Estado, Sentencia del 21 de abril de 2009, Rad. No. 11001-03-15-000-2007-00581-00, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>263</sup> RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, Delimitación jurisprudencial y análisis comparativo de los regímenes de pérdida de investidura en Colombia. En: *Revista Diálogos de Saberes*, enero a junio de 2008. p. 121-138.

En ese orden de ideas, la Constitución ha establecido la pérdida de investidura como una sanción que es independiente de las penales que pudieran ser aplicables por la comisión de delitos y que encuentran su razón de ser en el régimen constitucional que cumplen los servidores públicos a quienes puede llegar a serles impuesta.

<sup>264</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-546-93. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Falta de capacidad o ausencia de un requisito para ser elegido. En el mismo sentido, Sentencia C-147-98, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Las **inhabilidades** están reguladas por cuatro principios:

- La **rectitud**: La persona que ocupe el cargo debe ser capaz de representar a la comunidad.
- La **capacidad electoral**: La excepción a la capacidad general de ser elegido es la inhabilidad.
- La **igualdad de oportunidades**: Se pretende que nadie tenga ventajas injustificadas respecto de otros en contiendas electorales.
- El **carácter restrictivo**: Como limita los derechos ciudadanos se interpretan restrictivamente<sup>265</sup>.

Las **inhabilidades** son situaciones de hecho previas a la elección, mientras que las **incompatibilidades** son sobrevinientes: son actividades que el congresista no puede desempeñar durante el período constitucional para el que fue elegido, de manera simultánea con el desempeño del cargo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 133 C.P.<sup>266</sup> 279 de la Ley 5 de 1992 y 180 C.P.

El artículo 182 C.P. señala los asuntos en que deben abstenerse de participar los congresistas en ejercicio de sus funciones ante un eventual **conflicto de intereses**, que se produce cuando hay de por medio circunstancias incompatibles en un mismo congresista afectado por una situación de orden moral o económica que le impide actuar de forma objetiva e independiente en algún asunto.

El numeral 1 del artículo 183 C.P. establece que los congresistas perderán su investidura Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

Existen otras causales de pérdida de investidura para los congresistas fuera de las establecidas en el artículo 179 C.P., como son: la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada (artículo 109 C.P., reformada por el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2009) y hacer contribución a partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley (artículo 110 C.P.)<sup>267</sup>. Así mismo, tienen la misma consecuencia dar

---

<sup>265</sup> Evaluación jurídica del régimen general de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses elaborado por la Oficina de Asistencia Técnica Legislativa del Programa de Fortalecimiento Legislativo del Congreso de la República, 2004.

<sup>266</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-985-99. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>267</sup> Consejo de Estado. Sentencia AC-2444 del 19 de abril de 1995. C.P. Joaquín Barreto Ruiz, pág. 319. *Anales del Consejo de Estado*, tomo CXLIII, primera parte, abril, mayo y junio de 1995, pág. 61-88.

La posible pérdida de investidura para los congresistas que violen la prohibición del art. 110 de la C.P. no fue aceptada de manera generalizada al comienzo: *vid* BRITO RUIZ, Fernando. *Pérdida de investidura de los congresistas, causales y procedimiento*. 4ª ed. Bogotá: Ed. Legis, 2015. p. 318.

recomendaciones personales y políticas para cargos en la Contraloría General de la República cuando hayan intervenido en la elección del Contralor General (numeral 10 del artículo 268 C.P.)<sup>268</sup>, la indebida destinación de recursos públicos, el tráfico de influencias, la inasistencia, dentro de un mismo periodo de sesiones a 6 reuniones plenarias que voten proyectos de acto legislativo y de ley o mociones de censura, o no posesionarse oportunamente, en estos últimos dos casos, salvo fuerza mayor (artículo 296, Ley 5ª de 1992)<sup>269</sup>.

La Ley 5ª de 1992<sup>270</sup> dispuso en el artículo 279 que por inhabilidad se entendía todo acto o situación que invalida la elección de congresista o impide serlo; igualmente, reprodujo en el artículo 280 las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 179 C.P. y en el numeral 1 del artículo 296 reitera lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 183 C.P.

---

El ministerio público sostuvo en el proceso AC-2444 que la causal del artículo 110 C.P. no procedía respecto de los congresistas porque no los mencionaba expresamente. Sin embargo, pronto se aceptó que los congresistas podían infringirla cuando incurrieran en alguna de las dos conductas allí establecidas. La sentencia AC-2444 fue reiterada en numerosas ocasiones: Consejo de Estado. Sentencia AC-4539 del 6 de mayo de 1997, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 2006-02002 del 29 de septiembre 2009, Rad. No. 25000-23-15-000-2006-02002-01(IJ), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Consejo de Estado. Sentencia del 12 de marzo de 2019, Rad. No. 11001-03-15-000-2018-04505-00(PI), C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas.

<sup>268</sup> BRITO RUIZ, Fernando. op. Cit. p. 34.

<sup>269</sup> Específicamente y en relación con el objeto de la consulta, el artículo 183 de la Constitución Política consagra la pérdida de la investidura de los congresistas en los siguientes casos: ARTÍCULO 183. Los congresistas perderán su investidura: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. 2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura. 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse. 4. Por indebida destinación de dineros públicos. 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado. PARAGRAFO. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor. (se subraya).

Según la jurisprudencia a estas causales hay que agregar otras dos: (i) la prevista en el artículo 110 de la Constitución Política para los servidores públicos, incluidos los Congresistas, por hacer contribuciones a los partidos o candidatos o inducir a otros a que los hagan, salvo las excepciones previstas en la ley y (ii) la establecida por violación de la prohibición prevista en el numeral 10º del artículo 268 de la Constitución. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 3 de julio de 2008, Rad. No. 11001-03-06-000-2008-00029-00(1894), C.P. William Zambrano Cetina. Se omiten los llamados al pie. Esta sentencia retoma jurisprudencia muy consolidada iniciada con la sentencia del 24 de agosto de 1994, Rad. No. AC-1587, C.P. Consuelo Sarria Olcos.

<sup>270</sup> Por la cual se expidió el reglamento del Congreso, Senado y Cámara de Representantes.

### C. CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO

La Ley 734 de 2002 establece dos tipos de inhabilidades para los servidores públicos. Las primeras son las sobrevinientes, que se presentan cuando quien fue sancionado por ellas, se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de sanción (artículo 37). Hay igualmente otras inhabilidades así llamadas por el artículo 38 ibíd., que son, además de las indicadas en el artículo 122 C.P., el haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor a cuatro años por delito doloso dentro los 10 años anteriores, salvo que se trate de delito político; haber sido sancionado disciplinariamente 3 o más veces en los últimos 5 años por faltas graves o leves dolosas, o por ambas, inhabilidad esta que durará 3 años contados desde la ejecutoria de la última sanción; estar interdicto, inhabilitado, suspendido o excluido en el ejercicio de la profesión cuando el cargo a desempeñar se relacione con esta y haber sido declarado responsable fiscalmente (artículo 38).

Si bien quienes sean destituidos del cargo quedan igualmente inhabilitados de manera general hasta por 20 años, estas sanciones surgidas por infracciones disciplinarias no son equivalentes a la pérdida de investidura, pues: «Resulta absolutamente claro que la sanción que le impuso la Procuraduría al actor [un ex diputado] fue la destitución. Esta sanción, si bien en algunos de sus efectos puede ‘equivaler’ a la de ‘pérdida de investidura’, tal circunstancia no significa que las dos se identifiquen. De manera que, por la destitución de la que fue objeto como diputado, el demandado estaba impedido, de ahora en adelante, para ocupar la curul en la Asamblea Departamental, y quedaba al margen del ejercicio de las funciones públicas<sup>271</sup>.»

### D. ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

La Ley 1474 de 2011 adicionó diversas inhabilidades al Estatuto de Contratación: artículo 1 inhabilidad para contratar de quienes incurran en delitos contra la administración pública; artículo 2 inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas; artículo 4 inhabilidad para que empleados públicos contraten con el Estado; parágrafo 2º, artículo 84 inhabilidad para interventores que incumplan sus deberes. Igualmente adicionó al Código Penal diversas conductas que comportan inhabilidad para contratar con el Estado, así: artículo 26 fraude de subvenciones, artículo 27 acuerdos restrictivos de la competencia e inhabilidades de tipo general como la prevista en el artículo 90 inhabilidad por incumplimiento reiterado del contratista.

---

<sup>271</sup> BRITO RUIZ. op. cit. p. 116.

## 2.2. LAS CAUSALES DE INHABILIDAD DEL ARTICULO 179 C.P. Y SU CLASIFICACIÓN

El artículo 179 de la Constitución dispone:

**ARTÍCULO 179.** No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.
3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.
4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.
5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.
6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.
7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.
8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

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.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-1062-03 ha aportado al tema de la siguiente manera:

[...] ha distinguido dos tipos de inhabilidades atendiendo al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación: una primera clase agrupa los casos en que se establecen limitaciones para acceder a cargos públicos con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el inhabilitado; al paso que en la segunda clase la limitación para acceder a un cargo no se vincula con ninguna conducta previa de quienes resultan inhabilitados, sino que aquí simplemente se consagran requisitos que persiguen lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales. Dentro de la primera categoría se encuentran, por ejemplo, las inhabilidades por la comisión anterior de delitos y dentro de la segunda las inhabilidades por vínculos familiares. Esta clasificación fue explicada así en la Sentencia C-780 de 2001:

“9. En uno de los grupos están las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se desenvuelve en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política. Según lo ha señalado esta Corporación, a través de la potestad sancionadora el Estado cumple diferentes finalidades de interés general. “Así, por medio del derecho penal, que no es más que una de las especies del derecho sancionador, el Estado protege bienes jurídicos fundamentales para la convivencia ciudadana y la garantía de los derechos de la persona. Pero igualmente el Estado ejerce una potestad disciplinaria sobre sus propios servidores con el fin de asegurar la moralidad y eficiencia de la función pública. También puede el Estado imponer sanciones en ejercicio del poder de policía o de la intervención y control de las profesiones, con el fin de prevenir riesgos sociales”.

“10. El segundo grupo contiene las inhabilidades relacionadas con la protección de principios, derechos y valores constitucionales, sin establecer vínculos con la comisión de faltas ni con la imposición de sanciones. Su finalidad es la

protección de preceptos como la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general o el sigilo profesional, entre otros fundamentos. Es este sentido, las prohibiciones e inhabilidades corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas [...]<sup>272</sup>

De acuerdo con los planteamientos de la Corte Constitucional, pareciera que la única causal de inhabilidad que cae en la primera categoría, esto es, el haberse incurrido en conductas jurídicamente reprochables es la primera (haber sido condenado a pena privativa de la libertad, salvo delitos políticos o culposos).

La segunda categoría parece insuficientemente precisa, puesto que la Corte dice en la sentencia C 1062 de 2003 que no requiere de ninguna conducta de parte del congresista (como parece claro que ocurre con las causales 5, 6 y posiblemente 7), mientras que en la sentencia C-489 de 1996, (M.P. Antonio Barrera Carbonell) dice que la segunda categoría corresponde a causales no relacionadas con faltas ni sanciones, lo cual incluiría también las causales 2, 3 y 8 y posiblemente la 7, que se refieren a conductas no censurables en quien no aspira a ser congresista ni se encuentra dentro del periodo inmediatamente previo a la elección. Parece que es más atendible el criterio expresado en la sentencia C 489 de 1996 que lo señalado en la sentencia C 1062 de 2003 y queda la causal 4 cuya ubicación es poco clara, pues puede o no implicar un juicio negativo dependiendo de las circunstancias.

Estas inhabilidades son aplicables no solo a los congresistas elegidos, sino a los llamados a serlo, verbigracia, porque en su calidad de suplentes serían llamados a reemplazarlos<sup>273</sup>.

No todas las causales del artículo 179 son igualmente frecuentes en su invocación en procesos de pérdida de investidura. Según un estudio que comprende los procesos de pérdida de investidura entre 1991 y 2016<sup>274</sup> las causales de más frecuente uso en procesos de pérdida de investidura no son las relacionadas con la inhabilidad, sino, en su orden, la violación del régimen de conflictos de intereses (artículo 182 C.P.), la indebida destinación de recursos públicos (numeral 4 artículo 183 C.P.), el tráfico de influencias debidamente comprobado (numeral 5 artículo 183), el desempeño de

---

<sup>272</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1062-03. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido, ver Sentencia C-101-18. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Se omitieron los llamados al pie.

<sup>273</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2001, Exp. No. 11001-03-15-000-2001-0112-01, C.P. Eduardo Mendoza.

<sup>274</sup> GUASGÜITA GALINDO, Adriana Fernanda. La pérdida de investidura de los congresistas: una mirada crítica de su trayectoria en el ordenamiento jurídico colombiano, tesis de maestría en la Universidad Santo Tomás de Aquino. 2017. Págs. 82 a 90.

cargo o empleo público o privado por parte de los congresistas en violación del régimen de incompatibilidades (numeral 1 artículo 180).

De las causales de inhabilidad del artículo 179 la más frecuente fue el vínculo familiar con funcionarios que ejercieran autoridad civil o política (numeral 5 artículo 179) y casi en el mismo grado haber ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar (numeral 2 artículo 179) y haber intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, en la celebración de contratos con ellas o haber sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales (numeral 3 artículo 179). En ese estudio no se ubicó ni un solo expediente de pérdida de investidura en el cual se hubiera invocado el numeral 4 del artículo 179, esto es, haber perdido la investidura como congresista.

## **2.2.1. CAUSAL PRIMERA: CONDENA A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD SALVO DELITOS POLÍTICOS O CULPOSOS**

### **A. GENERALIDADES**

Incurre en esta causal quien haya sido elegido como congresista habiendo sido previamente condenado, con condena en firme, a una pena privativa de la libertad, salvo por delitos políticos o culposos<sup>275</sup>, aunque hay conductas ilícitas que pueden dar lugar a la pérdida de investidura del congresista, así no haya sentencia condenatoria, verbigracia, la indebida destinación de recursos públicos y el tráfico de influencias comprobado, puesto que el parágrafo 2º del artículo 296 de la Ley 5 de 1992 que establecía ese requisito previo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, al no estar previsto en la C.P.<sup>276</sup>

Esta causal se ve complementada por lo dispuesto en los incisos 5 y 6 del artículo 122 C.P., modificados por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009, como sigue:

<Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona,

---

<sup>275</sup> Nuestra C.P. trata de manera especial los delitos políticos: no dan lugar a extradición (art. 35); quienes los cometan pueden beneficiarse de amnistías o indultos generales (art. 150.17); haberlos cometido no inhabilita para ser elegido magistrado de alta corte (art. 232.3), diputado (art. 299) o gobernador (art. 18.1 transitorio). Respecto de estos tres tipos de funcionarios, igualmente no generan inhabilidad los delitos culposos, lo cual explica el trato especial que se les da también para efectos de la pérdida de investidura.

<sup>276</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-247-95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, Consejo de Estado. Sentencia del 15 de mayo de 2001, Exp. No. AC-12300, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

<Inciso modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Nótese que la primera norma transcrita se refiere a condenas penales, pero no requiere que se haya impuesto pena privativa de la libertad y la segunda no supone condena penal sino contencioso administrativa contra el Estado y no requiere tampoco que la conducta del inhabilitado sea dolosa, sino que basta que haya incurrido en culpa grave.

## B. JURISPRUDENCIA

El Consejo de Estado interpretó estas disposiciones en sentencia proferida en el caso de una demanda de pérdida de investidura contra el senador Gustavo Petro Urrego y desechó las pretensiones del actor por cuanto había sido responsabilizado fiscalmente. Veamos:

[...] tales pronunciamientos tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos, conforme con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 y los pronunciamientos judiciales de la Corporación en los que se indica que «[...] los fallos con responsabilidad fiscal son actos administrativos susceptibles de control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...]»<sup>13</sup>, lo que significa que no tienen la connotación de providencias o decisiones judiciales, aspecto medular de la inhabilidad regulada en el artículo 122 de la Carta Política - inciso 5° por el artículo 4° del Acto Legislativo 1 de 2009.<sup>277</sup>

Por tanto, las sanciones disciplinarias, de responsabilidad fiscal o de otros tipos no penales, no constituyen esta causal de pérdida de investidura.

---

<sup>277</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 15 de julio de 2019, Rad. No. 11001-03-15-000-2019-00970-00 C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

Esta es una inhabilidad *intemporal*, puesto que la expresión *en cualquier época* que aparece en la causal, en la práctica la convierte en perpetua, en otras palabras, siempre que alguien haya sido condenado penalmente, con sentencia ejecutoriada, a pena privativa de la libertad, salvo delitos políticos y culposos, queda inhabilitado hasta su muerte para aspirar a ser congresista (*muerte política*). La Corte Constitucional declaró exequible la norma equivalente para los alcaldes (el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, reformado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000), con fundamento en estas consideraciones:

Para concluir se tiene que, la violación constitucional por la falta de restricción temporal en la causal de inhabilidad del artículo acusado y el desconocimiento de un presunto derecho de rehabilitación que se deriva de la temporalidad de la causal de inhabilidad, no son ciertos. La disposición acusada establece una regulación que persigue asegurar la transparencia en el ejercicio del cargo de alcalde municipal o distrital, mediante un mecanismo que es razonable y proporcionado con el fin perseguido, como es asegurar la idoneidad, moralidad y probidad de quienes lo desempeñen. Lo anterior, no solo tiene como norte la generación de un ambiente de confianza y legitimidad con respecto del manejo de los asuntos de interés de la comunidad, sino que también pretende hacer efectivos los resultados propuestos en materia de la moralización del Estado colombiano, en términos que se ajustan a la Constitución y a la jurisprudencia referenciada.

La intemporalidad de la causal de inhabilidad contenida en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 no vulnera el principio de prescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad (C.P. artículo 28), como tampoco el derecho de rehabilitación, pues se trata de figuras distintas con finalidades diversas. Además, la causal no es ajena a la Constitución, como se pudo establecer en esta providencia para otros cargos públicos. Tampoco puede concluirse que la norma acusada quebranta los derechos de participación en política (C.P., artículo 40) de los candidatos a alcaldías municipales o distritales, pues estos están sometidos a la exigencia de una calidad personal para acceder a tan alta dignidad en el ámbito local, con una restricción adicional a sus derechos a la igualdad, al trabajo, y a escoger profesión u oficio razonable y proporcionada a la prevalencia y defensa de un interés general.

Por lo tanto, el entendimiento del carácter permanente de la causal de inhabilidad contenida en la disposición demandada, bajo las consideraciones previamente establecidas, las cuales fueron compartidas por los intervinientes y, especialmente, por la vista fiscal, la Sala Plena de esta Corporación concluye el estudio de

constitucionalidad en favor de la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, en lo acusado, como así lo declarará en la parte resolutive de este fallo<sup>278</sup>.

El Consejo de Estado interpretó esta intemporalidad en el sentido de que quienes hubieran sido condenados a penas privativas de la libertad con anterioridad a la entrada en vigencia de la C.P. de 1991 (4 de julio de 1991) quedaron, en todo caso, inhabilitados a la luz del artículo 179 numeral 1<sup>279</sup>, con lo cual la inhabilidad produciría efectos antes de su existencia normativa. Como se vio, la Constitución precedente contenía esta misma inhabilidad para los congresistas, aunque no existiera un procedimiento de pérdida de investidura.

La intemporalidad no viola el principio de imprescriptibilidad de la pena, puesto que, para el Consejo de Estado:

En ocasiones anteriores la Sección Quinta de esta Corporación ha tenido oportunidad de examinar la cuestión que vuelve a plantearse. En ellas ha refutado el argumento que sustenta la apelación del demandado. Ha puesto de presente que la imprescriptibilidad de las penas no se extiende a la causal intemporal de inelegibilidad a que da lugar la condena a pena privativa de la libertad por sentencia penal ejecutoriada, no siendo válido invocar los artículos 28 y 34 de la Constitución Política pues esta se instituye para garantizar la prevalencia del interés general.<sup>280</sup>

Se contrapone esta inhabilidad a las demás que en su mayor parte son temporales y que deben materializarse dentro de un marco de tiempo definido por la propia norma.

De otro lado, esta primera causal de inhabilidad tiene un alcance territorial global, puesto que, como ha dicho el Consejo de Estado:

---

<sup>278</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-952-01, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido, ver las sentencias C-111-98, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-209-00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Citadas por CRUZ HERNÁNDEZ, José Gerardo. Inhabilidades electorales en Colombia. En [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/5474/5222#content/citation\\_reference\\_13](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/5474/5222#content/citation_reference_13) [en línea] [consultado el 2 de octubre de 2020 a las 11:30 a.m.] Además: Consejo de Estado. Sentencia del 8 de febrero de 2011, Radicación numero: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI), C.P. Ruth Stella Correa Palacio..

<sup>279</sup> Consejo de Estado. Sentencia 1063 del 3 de junio de 1994, C.P. Diego Younes Moreno Citada por RESTREPO MEDINA. op. cit. p. 126.

<sup>280</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 8 de septiembre de 2005, C.P. Camilo Arciniegas Andrade la cual retoma la sentencia de 12 de octubre de 2001. Radicación 68001-23-15-000-2000-3503-01 (2678), C.P. Darío Quiñones Pinilla.

[...] no precisa si la sentencia deba ser dictada por juez nacional o extranjero y tampoco determina si la pena de privación de la libertad debe corresponder a modalidades específicas de la misma, como ocurre en nuestro medio donde la ley ha distinguido las penas de prisión y arresto (artículo 42 C.P).” . Y, se dice que, en relación con la naturaleza o clase de delitos “se limita a excepcionar las condenas por delitos políticos y culposos, luego, todo otro delito que tenga asignada pena privativa de la libertad configura la causal.”. La Sala concluyó en esa oportunidad que: “... toda sentencia de condena a pena privativa de la libertad por delitos diferentes de los políticos o culposos proferida por cualquier juez, en cualquier época, contra un congresista, impide que el condenado se desempeñe como congresista.”<sup>281</sup>

Entonces, cualquier condena a pena privativa de la libertad asimilable a prisión, entre nosotros, adoptada por un juez penal en cualquier parte del mundo, que se encuentre en firme, configura la inhabilidad del numeral 1 del artículo 179 de la C.P. Si bien el caso no se ha presentado, no es imposible que regímenes extranjeros que deseen intervenir en política interna colombiana pueda hacerlo mediante condenas privativas de la libertad encaminadas a inhabilitar candidatos a quienes quieran perjudicar o a congresistas a quienes deseen apartar de sus cargos. Esta inhabilidad amerita algún desarrollo legislativo para prevenir esta eventualidad, estableciendo estándares mínimos de debido proceso y derecho de defensa que deben haberse respetado en la condena penal en el extranjero para que se produzca la inhabilidad en comento.

Es igualmente aplicable esta causal a quien sea llamado a ocupar una curul sin haber sido elegido para ella, en reemplazo de quien la venía ocupando, por hacer parte de la lista respectiva.

## **2.2.2. CAUSAL SEGUNDA: EJERCICIO DE JURISDICCIÓN O AUTORIDAD EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO DENTRO DE LOS DOCE MESES ANTERIORES A LA FECHA DE LA ELECCIÓN**

### **A. GENERALIDADES**

Esta es una causal frecuentemente invocada y se encuentra consagrada en el numeral 2º del artículo 179 que dispone:

ARTÍCULO 179. No podrán ser congresistas:

[...]

---

<sup>281</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 5 de junio de 2001, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, radicación AC-11861. Citada por el Consejo de Estado, Sentencia del 8 de octubre de 2013, Rad. 11001-03-15-000-2011-01408-00, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

[...]

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 [...]

Entonces, es una inhabilidad que para configurarse debe tener lugar en la circunscripción en la que se habrá de efectuar la elección (territorialidad). Incurrir en ella quien sea elegido congresista por una circunscripción dentro de la cual, como empleado público, haya ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los 12 meses anteriores a la elección (temporalidad) o quien deba ocupar la curul de un congresista por haber hecho parte de la lista respectiva. Son, pues, cuatro las condiciones que deben darse:

- i. La **subjetiva**: El haber sido empleado público. No basta haber tenido vinculación con el Estado si ello se hizo en calidad de trabajador oficial. Según las resumió el Departamento Administrativo de la Función Pública, las diferencias entre estas dos clases de empleo con el Estado son las siguientes:

Para mayor ilustración, a continuación se enunciarán las principales diferencias existentes entre un empleado público y un trabajador oficial:

- El empleado público se rige por una relación legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, en tanto que un trabajador oficial suscribe un contrato de trabajo;

- Los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la ley o el reglamento, mientras que los trabajadores oficiales desarrollan actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas (D.L. 3135/68)

- El régimen jurídico que se aplica a los empleados públicos es de derecho público y las controversias que se susciten con la administración deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en tanto que el régimen jurídico que se aplica a los

trabajadores oficiales es en principio de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales.

[...]

En conclusión, si el servidor público tiene un contrato de trabajo, se trata de un trabajador oficial y su régimen legal será el establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo, y por lo no previsto en ellos en la Ley 6 de 1945, al Decreto 2127 de 1945 y demás normas que lo modifican o adicionan; si por el contrario, el servidor público fue vinculado mediante una relación legal y reglamentaria a un empleo de libre nombramiento y remoción o a un cargo de carrera administrativa sea por concurso o provisional, tiene la calidad de empleado público y su régimen legal será el establecido en las normas para empleados públicos<sup>282</sup>.

Tampoco están inhabilitados quienes, a título particular, hayan ejercido funciones públicas, verbigracia los secretarios de cámaras de comercio, los notarios, los curadores urbanos, los auxiliares de la justicia, etcétera. Hay cargos que se podría pensar que son empleos públicos que pueden inhabilitar para ser congresista a quien los haya ejercido. Tal ocurre con el de diputado, el cual, sin embargo, no inhabilita para ser elegido representante a la Cámara, porque los diputados son servidores públicos pero no empleados públicos<sup>283</sup>. Lo propio ocurre con los ediles del distrito capital<sup>284</sup>, con los miembros de las unidades de trabajo legislativo (UTL)<sup>285</sup> o con los miembros de las juntas, consejos directivos o comisiones de las entidades públicas<sup>286</sup>. Haber ejercido jurisdicción o autoridad en calidad de empleado público es esencial para que se configure la inhabilidad<sup>287</sup>.

---

<sup>282</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 66961 del 22 de abril de 2015.

<sup>283</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 27 de agosto de 2002, Exp. No. 11001-03-15-000-2001-0161-01(PI-025), C.P. Darío Gómez Pinilla. Cit. por BRITO, *op. cit.*, págs. 75 y 76.

<sup>284</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 19 de febrero de 2002, Exp. PI-0163, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Cit. por BRITO. *op. cit.* p. 81 y 82.

<sup>285</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 8 de mayo de 2007, Exp. No. 11001-03-15-000-2007-00016-00(PI), C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

<sup>286</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 9 de noviembre de 2010, Exp. No. 11001-03-15-000-2010-00921-00(PI), C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianetta. Citado por BRITO. *op. cit.* p. 84 y 85.

<sup>287</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 3 de marzo de 2005, Rad. No. 05001-23-31-000-2003-04263-02(3502), C.P. María Nohemí Hernández Pinzón: La configuración de la causal de inhabilidad que se viene examinando no se agota en el simple ejercicio de autoridad política, civil o administrativa, pues para que ello se produzca es menester que quien haya podido ejercer cualquiera de tales autoridades, lo haga revestido de una calidad especial, desde su posición como empleado público. Se trata, entonces, de un ingrediente normativo que

- ii. La **territorial**. Para encontrarse inhabilitado, el elegido debe haber ejercido jurisdicción o autoridad como empleado público en el territorio de la circunscripción en la que resulte elegido al Congreso Nacional. La Cámara de Representantes cuenta con 33 circunscripciones plurinominales correspondientes a los departamentos del país y el distrito capital. Hay además 5 circunscripciones especiales, 2 por las comunidades afrodescendientes, 1 por las comunidades indígenas y 2 por la circunscripción internacional, y 5 adiciones para el partido constituido por las FARC, igualmente denominado FARC (Decreto 420 de 2018). Por el contrario, en el Senado las circunscripciones son nacionales, por lo que esta restricción no les es aplicable. De las 100 curules de circunscripción ordinaria, 2 son para las comunidades indígenas, 5 para el partido FARC y 1 para el candidato que siga en votos al que resulte elegido presidente (Decreto 2154 de 2017). Se consideran cargos en la misma circunscripción territorial, los de alcaldes, secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, así como sus equivalentes departamentales, sobre lo cual se verá en mayor detalle.

Están comprendidos en la inhabilidad los cargos en entidades del orden nacional cuyas funciones coinciden con la circunscripción electoral, verbigracia, directores regionales<sup>288</sup> y un senador, elegido por circunscripción nacional, estará inhabilitado si ejerció un cargo de orden nacional y se cumplieron los demás requisitos vistos<sup>289</sup>. En general, la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5 relacionada con vínculos matrimoniales o de parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

- iii. La **funcional** al haber ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar. Este concepto es de gran complejidad y mucho desarrollo jurisprudencial, por lo que se analizará por separado.
- iv. La **temporal** por haber incurrido en las circunstancias ya vistas dentro del año precedente a la elección. La autoridad electoral publica instructivos en vísperas de las distintas elecciones en los que indica las fechas para cada una de las inhabilidades previstas en la Constitución y la ley. Este es un concepto pacífico.

---

condiciona la materialización de la inhabilidad a la preexistencia, en el candidato electo, de una calidad como es la de empleado público. En el mismo orden de ideas, es dable afirmar que aunque los empleados públicos y los miembros de las corporaciones públicas se identifican como servidores públicos, unos y otros registran diferencias sustanciales.

<sup>288</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2001, Exp. No. 11001-03-15-000-2001-0112-01(AC). C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>289</sup> Consejo de Estado. Sentencia 7974 del 1 de febrero de 2000, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

## B. EL EJERCICIO DE JURISDICCIÓN O AUTORIDAD POLÍTICA, CIVIL, ADMINISTRATIVA O MILITAR

A propósito de la diferencia entre el ejercicio de jurisdicción y el de autoridad ha dicho el Departamento Administrativo de la Función Pública, citando al Consejo de Estado

Ahora bien, respecto de la naturaleza de las funciones de los jueces, el Consejo de Estado, mediante sentencia proferida en el expediente con radicación No. 88001-23-31-000-2010-00006-01(PI) del 2 de diciembre de 2010, Consejero Ponente Rafael Ostau De Lafont Pianeta, señaló lo siguiente:

“[...] la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 9 de junio de 1998,<sup>1</sup> al hacer la distinción entre el ejercicio de la jurisdicción y el ejercicio de la autoridad civil, expresó:

“[...] en materia de inhabilidades e incompatibilidades una es la autoridad jurisdiccional, otra es la autoridad civil, otra la autoridad militar, otra la autoridad administrativa y otra la autoridad política.  
[...]

Los jueces y fiscales son autoridades jurisdiccionales, no son autoridades civiles porque éstas, son las que establecen y ejecutan reglas y directrices de gobierno y administración en pos de prestar servicios públicos y atender funciones administrativas. [...]

Hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etcétera Todo eso y más, es la autoridad administrativa.

Presentar proyectos de ley y sancionarlos, manejar las relaciones con los otros poderes y con otros estados, gestionar, trazar y apalancar el rumbo de la nación, es ejercer autoridad política. Comandar y disponer del Ejército Nacional y de lo que conforma la fuerza pública, es autoridad militar.

Fungir de juez o fiscal tiene que ver con el ejercicio de la jurisdicción, esto es, con la atribución de aplicar la Ley a un caso concreto mediante una sentencia y tanta medida judicial sea conveniente, todo a efecto de solucionar un conflicto de intereses, ya sea entre particulares, o bien entre estos y el Estado, etcétera Esto es ejercer la autoridad jurisdiccional.”

Con base en lo anterior, se colige que el ejercicio de la función jurisdiccional difiere del ejercicio de autoridad civil, política, administrativa y militar, puesto que cada una de ellas está encaminada al cumplimiento de objetivos distintos<sup>290</sup>.

Entonces, el ejercicio de jurisdicción corresponde a haber sido juez de manera permanente y no temporal, a la manera de un árbitro, o haber sido empleado público en entidades tales como la Fiscalía General o el Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo dispuesto en la Ley 270 de 1996 en su artículo 11, modificado por el artículo 4 de la Ley 1285 de 2009, pero no aparentemente en la Procuraduría General de la Nación, en la cual múltiples funcionarios tienen potestad disciplinaria.

Sobre el concepto del ejercicio de la autoridad civil, el Consejo de Estado, en consonancia con el artículo 188 de la Ley 136 de 1994, dijo que se requería este presupuesto<sup>291</sup>, que es la disposición de mando, a la cual los particulares deben obedecer, de ser necesario con el respaldo de la fuerza pública, así como la facultad de nombrar y remover libremente empleados subordinados, aún por medio de delegación y de sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones<sup>292</sup>.

Distingue varios tipos de autoridad<sup>293</sup>: la política<sup>294</sup> que es la que ejercen los que gobiernan o mandan ejecutar las leyes; la autoridad civil, que se contrapone con la

---

<sup>290</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 144291 del 9 de mayo de 2019. Lo subrayado es del texto citado.

<sup>291</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 6 de octubre de 2009, expediente 11001-03-15-000-2009-00045-00, C.P.(E) Alberto Yepes Barreiro.

<sup>292</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 3 de diciembre de 1999, expediente 2334, C.P. Roberto Medina López.

<sup>293</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 1º de febrero de 2000, expediente AC-7974, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>294</sup> Respecto a la autoridad política dijo el Consejo de Estado, en la Sentencia 2011-00254 del 21 de agosto de 2012, Rad. No. 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI), C.P. Hernán Andrade Rincón:

[...] La Sala acoge el criterio expuesto por la Sección Quinta en materia electoral, en orden a señalar que, mutatis mutandis, basta con desempeñar uno de los cargos señalados en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, para considerar válidamente que el servidor que sea o haya sido titular de uno de ellos, sin distinción alguna, ejerce o ejerció **autoridad política**, ya que su desempeño implica tal atribución por expresa y clara definición del legislador, de manera que resulta innecesario establecer su marco funcional o la ejecución material de actos que entrañen el ejercicio de autoridad política para acreditar la violación al régimen de inhabilidades, pues lo que prima en este caso es la definición legal y la ubicación orgánica del cargo dentro de aquellos que, según la ley, ejercen la mencionada clase de autoridad. Se omiten las notas al pie.

Los cargos referidos en el artículo 189 de la Ley 136 de 1994 son los siguientes: alcaldes municipales, secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, incluso quienes ejerzan tales cargos de manera temporal. Nótese que en este caso se trataba de la elección de

autoridad militar y contiene los elementos vistos<sup>295</sup> y la autoridad administrativa, concepto no definido expresamente por el legislador, pero el Consejo de Estado dijo que era aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad<sup>296</sup>. Como se ve, la distinción entre la autoridad civil y la administrativa no es del todo clara, pues la jurisprudencia ha dicho a veces que la autoridad civil es el género y la autoridad administrativa una de sus especies<sup>297</sup>, otra de las cuales es la autoridad política, de manera que los dos géneros serían militar y civil y esta comprendería las especies política y la administrativa<sup>298</sup>, mientras que en otras ha dicho lo contrario<sup>299</sup>: autoridad civil y administrativa son conceptos distintos, sin relación particular entre sí.

Hay un concepto afín al de autoridad administrativa, que es el de dirección administrativa, al que se refiere el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 que dispone:

Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

---

un representante a la Cámara y que los cargos municipales dentro del respectivo departamento generan la inhabilidad si se cumplen las demás condiciones establecidas en la Constitución. La conclusión del Consejo de Estado de que basta haber ocupado alguno de los cargos señalados o sus equivalentes departamentales, ya que **los municipios que integran un departamento hacen parte de la misma circunscripción territorial**, para que se haya ejercido autoridad política y por tanto se pueda quedar inhabilitado, no es pacífica y así lo sostuvo el salvamento del C.E. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas a esta sentencia...

<sup>295</sup> La Ley 136 de 1994, sobre el funcionamiento de los municipios, caracteriza la autoridad civil de la siguiente manera:

ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones: 1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública. 2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación. 3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones. Este concepto es igualmente aplicable en el nivel departamental.

<sup>296</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 27 de agosto de 2002, expediente PI-025.

<sup>297</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 16 de noviembre de 2011, Exp. No. 2011-00515, C.P. Elizabeth García González. En el mismo sentido, Sentencia del 8 de agosto de 2001, Exp. No. 11001-03-15-000-2001-0112-01 (AC), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<sup>298</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 16 de septiembre de 2003, Exp. No. 11001-03-15-000-2003-0267-01 (PI). C.P. Reinaldo Chavarro.

<sup>299</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 11 de febrero de 2008, Exp. No. 11001-03-15-000-2007-00287-00(PI), C.P. Enrique Gil Botero.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales: conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las fallas disciplinarias.

El concepto de dirección administrativa puede seguramente usarse para precisar el concepto de autoridad administrativa en el régimen de inhabilidades, puesto que resulta siendo de menor envergadura que el de autoridad civil<sup>300</sup>.

Finalmente, está la autoridad militar que es aquella que ostentan los oficiales en servicio activo de las fuerzas militares y los suboficiales con el rango de comandantes, siempre que el militar haya estado ubicado en la jurisdicción territorial correspondiente<sup>301</sup>. Esta resulta mucho más clara que las otras.

Estos conceptos deben interpretarse bajo las circunstancias concretas en que actuó el congresista, pues es posible que el cargo que hubiera ocupado en el período de inhabilidad no pareciera estar dotado funcionalmente de autoridad, pero que en la práctica la tuviera. Sobre esta eventualidad, sin embargo, no conocemos pronunciamiento judicial.

### **2.2.3. CAUSAL TERCERA: INTERVENCIÓN EN GESTIÓN DE NEGOCIOS, CELEBRACIÓN DE CONTRATOS O REPRESENTACIÓN LEGAL DE ENTIDADES QUE ADMINISTREN TRIBUTOS O CONTRIBUCIONES DENTRO DE LOS SEIS MESES ANTERIORES A LA ELECCIÓN**

#### **A. GENERALIDADES**

Esta causal es compleja y contempla tres situaciones distintas, que deben haberse dado en un marco temporal, esto es, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección y territorial, es decir, en la circunscripción en la cual deba efectuarse la elección, determinados para configurarse la inhabilidad, que se desglosan como sigue:

---

<sup>300</sup> En el mismo sentido, ver Consejo de Estado. Sentencia del 8 de mayo de 2007, Exp. 11001-03-15-000-2007-00016-00(PI), C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

<sup>301</sup> Artículo 191 de la Ley 136 de 1994. RESTREPO MEDINA. op. cit. p. 128.

- *Haber intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas,*
- *Haber intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros,*
- *Haber sido representante legal de entidad que administre tributos o contribuciones parafiscales.*

Esta causal comprende entonces dos conductas, que son haber intervenido en gestión de negocios o celebración de contratos con entidades públicas y una investidura consistente en haber sido representante legal de ciertas entidades. Las dos en realidad están relacionadas entre sí, pues suponen una gestión de negocios ante una entidad pública que, aunque no culmine en la celebración de un contrato con esta, basta haber intervenido en ella para que se configure la causal, si se dan los factores temporal y territorial, mientras que si se celebra el contrato estaremos ante la segunda conducta. Con todo, no se confunden, puesto que la gestión de negocios no tiene que referirse necesariamente a la celebración de un contrato:

Sobre el particular se ha referido el Consejo de Estado:

[...] se advierten dos conductas inhabilitantes para la elección de congresista, por una parte, la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, y por otra, la intervención en la celebración de contratos estatales. Sobre estas dos formas de intervención la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que en materia de inhabilidades electorales cada una de estas formas de intervención es autónoma y “abiertamente distinta”. Así, la gestión debe ser referente a negocios y pretende un lucro o el logro de un fin cualquiera, por ello tiene mayor amplitud; mientras que la celebración de contratos solo atiende a la participación del candidato en la celebración del respectivo contrato, hecho que por expresa voluntad de la ley resulta ser en este caso el constitutivo de inhabilidad siempre que se trate de contratación estatal. Ambos eventos o causales deben tener ocurrencia dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección

Señala la jurisprudencia que cuando la gestión de negocios ante entidades públicas concluye en la celebración de un contrato, esta causal solo podrá ser examinada como intervención en la celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la realización de un contrato no tiene éxito, entonces la causal se analiza solo como gestión de negocios propiamente dicha<sup>302</sup>.

<sup>302</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2008, Rad. No. 11001-03-15-000-2008-00316-00 (PI), C.P. Mauricio Torres Cuervo. Citado en la Sentencia del 3 de Agosto de 2015, Rad. No. 11001-03-28-000-2014-00051-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

No define esta norma lo que se entiende por entidad pública, por lo que se aplican los conceptos generales sobre esta, tal como aparecen en las normas aplicables, particularmente el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

## **B. HABER INTERVENIDO EN GESTIÓN DE NEGOCIOS O EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ANTE ENTIDADES PÚBLICAS, EN INTERÉS PROPIO O DE TERCEROS**

Respecto de una norma similar a la que aquí se analiza, el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, dijo la Corte Constitucional que persigue una finalidad constitucionalmente importante, pues busca evitar una confusión entre intereses públicos y privados<sup>303</sup>.

La gestión de negocios no es cualquiera actividad realizada por el futuro congresista, ya que presentar un derecho de petición no activaría la inhabilidad, tampoco la actividad de los representantes de las organizaciones sociales en defensa de los intereses de estas, como la representación de los intereses del magisterio público por parte de un directivo de FECODE y FOMAG, ni las actividades del presidente de un sindicato de trabajadores oficiales, pues no constituyen una actividad comercial ni gestión de negocios, aunque pueda darle ventaja al candidato que tenga tales calidades frente a sus contrincantes.<sup>304</sup>

¿La gestión de negocios configura la inhabilidad? El Consejo de Estado precisó que no es cualquier gestión, veamos:

No obstante lo anterior, cabe tener en cuenta que no cualquier gestión, configura per se la inhabilidad que se analiza, sino que, con independencia de que se concrete en un resultado, debe ser potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente, de manera que no se trata de una diligencia o actividad inane, inocua o insignificante realizada ante una entidad pública, pues no debe olvidarse que la filosofía que anima esta prohibición, que da lugar a la sanción de pérdida de investidura para quien en ella incurre, estriba en el hecho de que se resienta o se quebrante el principio de igualdad frente a los otros candidatos y demás ciudadanos, bien por la obtención de una ventaja electoral, ora de un privilegio en la actuación de la entidad pública<sup>305</sup>.

<sup>303</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-618-97, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>304</sup> BRITO. op. cit. p. 104 a 107.

<sup>305</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 21 de abril de 2009, Rad. No. 11001-03-15-000-2007-00581-00, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Y respecto del alcance de la causal de intervención en gestión de negocios, observó:

Los presupuestos configurativos de esta causal de inhabilidad, en tratándose de congresistas, son: a) La intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, b) En interés propio o de terceros, c) Dentro de los 6 meses anteriores a la elección y d) En la misma circunscripción de la elección. En particular, la conducta prohibida - intervención en la gestión de negocios- consiste en la realización de diligencias encaminadas a obtener un beneficio de lucro o uno extra patrimonial de parte de una entidad del Estado. Así mismo, la gestión que configura esta inhabilidad debe ser realizada directamente por el que luego es candidato o elegido y tiene que ser “potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente.” Adicionalmente, la jurisprudencia ha advertido que esta inhabilidad es distinta a la otra que se configura por intervención en la celebración de contratos ante entidades públicas, a pesar de que en la mayoría de los casos las gestiones ante el Estado apunten a un contrato estatal. Son las diligencias previas al contrato, es decir, los acercamientos a una entidad pública para concretar el negocio o las propuestas que efectivamente se le hagan, las que se enmarcan en la prohibición en estudio, aún en los eventos en que lo pretendido no se concrete<sup>306</sup>.

Para que se configure la inhabilidad por esta causal no se requiere que se materialice la ganancia perseguida, ni siquiera que la gestión haya estado determinada por ánimo de lucro, sino que puede tratarse de cualquier motivo, bien sea interés propio o de terceros, como lo ha aclarado el Consejo de Estado:

La prohibición de gestionar negocios dentro de los (6) meses anteriores a la elección, no se limita o se restringe a la consecución de lucro, ésto es, de ganancia o de beneficio patrimonial. El propósito o la intención del que gestiona bien puede consistir también en el logro de otra clase de interés o de beneficio, incluso de naturaleza extrapatrimonial: “Un deseo cualquiera”. Es de resaltar que la causal no contempla la expresión “lucro” sino “negocio”, acepción amplia según su etimología. La intervención en la gestión de negocios consiste entonces en la participación (tomar parte) o realización por el candidato ante entidades públicas, de diligencias tendientes a obtener para si o para un tercero un propósito con o sin carácter lucrativo. Significa ello que el interés también puede ser, en principio, de carácter extrapatrimonial que puede consistir, entre otras modalidades, en el provecho o la ventaja que puede representarle tomar parte en diligencias y en trámites ante organismos públicos, en

<sup>306</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 5 de marzo de 2012, Rad. No. 11001-03-28-000-2010-00025-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

tanto le posibilitan propiciarse una imagen preponderante ante el elector. La teleología que inspiró la prohibición de que el aspirante al Congreso gestione negocios ante entidades de carácter oficial dentro de los 6 meses anteriores a la elección, consiste en evitar que el candidato aprovechando las posibilidades y situación de cercanía y de contactos ante entidades de carácter público, desarrolle actuaciones que se traduzcan en favorecimientos en doble vía. En una vía, impedir que a consecuencia de participar en diligencias ante organismos oficiales dentro de los 6 meses anteriores a la elección, se dote de preeminentes condiciones respecto de los demás candidatos, porque adquiere preponderancia como buen negociador, persona con cualidades de gestor para la consecución de beneficios comunitarios o como ejecutor de acuerdos bilaterales, o incluso simplemente de buen tramitador de propuestas y de peticiones, situación que indiscutiblemente beneficia la promoción de su candidatura ante el electorado. Y en otra vía, evitar que el candidato que realiza, participa o toma parte en diligencias o ejecuta actuaciones pre o post-negociales de cualquier índole ante entidades públicas, utilice o se valga de su condición de candidato al Congreso de la República para conseguir mejor atención, agilidad en los trámites, o materialización y concreción del objeto pretendido, ya para sí o ya para la persona jurídica que representa, recibiendo un tratamiento preferencial de parte del servidor público quien al conocer que se trata de un presunto congresista, considere que en el evento de llegar a ser elegido, le represente la posibilidad de obtener alguna contraprestación<sup>307</sup>.

En cuanto a intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas, ha dicho el Consejo de Estado que lo que constituye la inhabilidad es la intervención en la celebración del contrato y no su ejecución: «Asimismo, cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en gestión de negocios, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros.»<sup>308</sup>

<sup>307</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 13 de septiembre de 2007, Rad. No. 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986), C.P. Susana Buitrago Valencia.

<sup>308</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2008, Rad. No. 11001-03-15-000-2008-00316-00 (PI), C.P. Mauricio Torres Cuervo. En el mismo sentido ver la Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, citada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto marco de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

Aunque esta lectura se ajusta al texto de la norma constitucional comentada, en la práctica puede resultar demasiado restrictiva, ya que es bien sabido que durante la ejecución de los contratos también hay múltiples oportunidades para realizar gestiones que favorezcan o perjudiquen a grupos de personas, por ejemplo, cuando se trate de la imposición de multas o se considere la posibilidad de dar por terminado el contrato por incumplimiento del contratista, que pueden dar a un candidato con estas potestades una ventaja injusta sobre sus contendientes políticos.

Sobre la intervención en la celebración de contratos, el Consejo de Estado agrega:

De otro lado, la Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos “aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.”<sup>309</sup>

Lo que se protege en esta causal es la transparencia en el proceso electoral, la cual requiere que los candidatos no se aprovechen de su poder de disponer de recursos del Estado para presentar el uso de tales como mérito propio y cobrarlo como rédito electoral y el derecho de los candidatos al Congreso a competir en condiciones de igualdad, como lo expone el Consejo de Estado:

La gestión de negocios, resulta ser, sin duda, un factor contaminante que le resta pureza al sufragio y de contera al proceso electoral, en la medida que los partidos o movimientos políticos, en la senda de alcanzar las corporaciones de elección popular, deben competir en pie de igualdad, sin el auxilio de factores de poder que colocan en desventaja al adversario, tales como los vínculos jurídicos que surgen de la gestión de negocios con la administración, situación que permite al candidato gestor realzar su imagen respecto de sus oponentes, no al amparo de sus propias calidades, sino valiéndose para ello de los recursos del mismo Estado, que por supuesto no deben servir para promover o promocionar indirectamente a uno de los candidatos.<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 13 de agosto de 2009, Rad. No. 11001-03-28-000-2006-00011-00(3944-3957), C.P. Filemón Jiménez Ochoa.

<sup>310</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 29 de julio de 2004, Rad. No. 17001-23-31-000-2003-1555-01 (3413), C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

Por supuesto que no debe llevarse esta inhabilidad hasta extremos que la hagan ridícula. Resulta claro que cuando los futuros candidatos a congresistas celebren contratos de condiciones uniformes que son suscritos por innumerables personas, no se da la inhabilidad, tal es el caso, si un candidato abre una cuenta bancaria en el Banco Agrario o si accede a una garantía del Fondo Nacional de Garantías o a un cupo de redescuento de Bancóldex o Finagro, ello no generará inhabilidad, a menos que se demuestre que obtuvo el contrato en condiciones no accesibles a los demás participantes y como consecuencia de su gestión. Lo propio ocurre con una gestión comercial, que debe ser *potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente*, lo que solo puede determinarse caso por caso.

### C. HABER SIDO REPRESENTANTE LEGAL DE ENTIDAD QUE ADMINISTRE TRIBUTOS O CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

Si bien ello no lo precisa el artículo, ni conocemos jurisprudencia de pérdida de investidura que lo señale, entendemos que aquí se aplica el concepto de tributos que, de manera general, incluye impuestos y tasas. Las características centrales de los impuestos son su obligatoriedad y falta de reciprocidad, no hay *do ut des* o contrapartida específica para el contribuyente, sino que este debe pagarlo cuando realiza el hecho gravable. Las tasas, en cambio, son la remuneración por servicios públicos administrativos prestados por organismos estatales<sup>311</sup>. Las características de las tasas son las siguientes:

- El Estado cobra un precio por un bien o servicio ofrecido;
- El precio pagado por el ciudadano al Estado guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido.
- El particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio.
- El precio cubre los gastos de funcionamiento y las provisiones para amortización y crecimiento de la inversión.
- Ocasionalmente caben criterios distributivos, por ejemplo, tarifas diferenciales.
- Ejemplo típico de tasa: Los precios de los servicios públicos urbanos (energía, aseo, acueducto)<sup>312</sup>.

Otros ejemplos de tasas son las aeroportuarias, administradas por los aeropuertos, las entradas a parques nacionales y los peajes, entre otros.

Por su parte, las contribuciones parafiscales:

Tienen tres elementos materiales, a saber: 1) Obligación: toda vez que el recurso parafiscal es de observancia obligatoria por quienes se hallen dentro de los supuestos de la norma creadora del

<sup>311</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-545-94, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>312</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-040-93, M.P. Ciro Angarita Barón.

mencionado recurso, y el Estado tiene el poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) Singularidad: pues tiene la característica de afectar un determinado y único grupo social o económico y 3) Destinación sectorial o especificidad: ya que los recursos extraídos del sector o sectores económicos o sociales determinados se revierten en beneficio exclusivo del propio sector o sectores.<sup>313</sup>

Ejemplos de contribuciones parafiscales son los pagos que los empleadores hacen para la salud de sus trabajadores, los pagos a las cajas de compensación familiar y las contribuciones por valorización general.

La inhabilidad se contrae a los representantes legales no a los administradores de las entidades sobre recursos provenientes de tributos o contribuciones parafiscales, un concepto mucho más amplio conforme el artículo 22 de la Ley 222 de 1995. Este concepto es análogo al de la gestión fiscal a que se refiere el artículo 3 de la Ley 610 de 2000<sup>314</sup>.

#### 2.2.4. CAUSAL CUARTA: PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA

La pérdida de la investidura de congresista ordenada por sentencia en firme, lo cual ocurre cuando no se interpone el recurso de apelación contra la sentencia de la Sala Especial de Decisión luego de vencerse el término establecido para tal fin, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley 1881 de 2018, o se notifica la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, así pueda interponerse el recurso extraordinario de revisión, que lo inhabilita de manera *intemporal*, es decir, permanente, para volver a ser congresista, bien sea por haber sido elegido para tal cargo, haber sido llamado a ocuparlo al conformar la lista respectiva, en caso de vacancia. Puede invocarse esta causal incluso respecto de quien haya dejado de ser congresista, por ejemplo por haber renunciado al cargo o por no haber sido reelegido para un periodo subsiguiente, lo cual tendrá como consecuencia la muerte política del afectado. Antes del establecimiento de la doble instancia por la Ley 1881 de 2018, la firmeza de la sentencia de pérdida de investidura se daba con su notificación, independientemente de que se ejerciera o no el recurso extraordinario de revisión.

En la Sentencia C-247-95 la Corte Constitucional<sup>315</sup> (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) dijo:

<sup>313</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-307-09, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>314</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sentencia del 19 de mayo de 2016, Rad. No. 68001-23-33-000-2013-01024-01, C.P. Elizabeth García González.

<sup>315</sup> Citada por el Consejo de Estado en Sentencia del 7 de febrero de 2013, Rad. No. 25000-23-25-000-2007-01268-01(1495-09), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Es claro que **la pérdida de investidura es la sanción más grave que puede imponerse a un congresista**, no solamente por el carácter mismo de las faltas respecto de las cuales ha sido prevista y por el inocultable daño que su comisión ocasiona al Congreso y al interés colectivo, sino en cuanto a las consecuencias del fallo, ya que **implica la separación inmediata de las funciones que el condenado venía ejerciendo como integrante de la Rama Legislativa y, por expresa disposición de la propia Carta, la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro**. Por otra parte, frente a la sentencia que dicte el Consejo de Estado ha sido prevista una sola instancia, dado el nivel de dicho tribunal, el máximo en la jurisdicción contencioso administrativa.

Todo ello deja ver que no se trata de un castigo cualquiera sino de uno excepcional que, por lo tanto, requiere en grado sumo la plena observancia de las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso.

Como quedó dicho, un estudio de 2017 afirmó que, a 2016 no había decisiones de pérdidas de investidura en que se hubiera invocado esta causal, quizás porque la misma resulta tan clara que no parece admitir controversia. Una posibilidad que eventualmente puede dar lugar a un proceso por esta causal es que la sentencia de pérdida de investidura de un congresista quede en firme después de que el mismo haya sido elegido para un periodo subsiguiente.

## 2.2.5. CAUSAL QUINTA: VÍNCULOS CON FUNCIONARIOS QUE EJERZAN AUTORIDAD CIVIL O POLÍTICA

### A. GENERALIDADES

Esta inhabilidad también aparece con mucha frecuencia en la jurisprudencia sobre pérdida de investidura. Se configura cuando el congresista tiene vínculos de matrimonio, unión permanente o parentesco en el tercer grado de consanguinidad (tíos y sobrinos), primero de afinidad (suegros, yernos o nueras) o único civil (padres adoptantes e hijos adoptivos), con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. Esta causal se refiere a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la que deba efectuarse la elección, aunque aquí no es aplicable la regla general de que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales (territorialidad). En lo que se refiere a la autoridad territorial fuera de este aspecto de la circunscripción nacional, esta causal es igual a las demás que prevén este componente (causales 2ª, 3ª y 6ª del artículo 179 C.P.).

## B. TIPOS DE VÍNCULOS QUE INHABILITAN

Los vínculos son de dos tipos: por matrimonio o unión permanente o por parentesco. Parecería razonable concluir que si el candidato estuvo casado pero se divorció de su cónyuge que ejerce autoridad civil o política o terminó su convivencia con el compañero permanente en la misma situación, desaparece la inhabilidad. Si eso es así, entonces con mayor razón debe desaparecer la inhabilidad por parentesco en primer grado de afinidad, pero la cuestión no resulta tan clara conforme el artículo 47 del Código Civil, que reza:

ARTÍCULO 47. <AFINIDAD LEGÍTIMA>. Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está **o ha estado casada** y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer. (Se resalta).

Entonces parece que quien estuvo casado con alguien mantiene su parentesco de afinidad con los parientes de esta persona aún después de terminar el matrimonio o la unión conyugal de hecho, con lo cual la inhabilidad subsistiría aunque el vínculo matrimonial haya desaparecido o la unión permanente haya terminado. Si bien la Corte se declaró inhibida de resolver una demanda de constitucionalidad presentada contra esta disposición, el departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia presentó en su intervención un criterio que, para nuestro gusto, permite interpretar esta causal de inhabilidad en lo que se refiere a cónyuges, compañeros permanentes o parientes por afinidad<sup>316</sup>. Trajo a colación el inciso segundo del párrafo 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 1993, que es del siguiente tenor: En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio. Si bien esta norma se refiere a las inhabilidades para contratar con el Estado, nos parece razonable aplicarla en relación con la que da lugar a la pérdida de investidura, luego, si el candidato se divorció de su excónyuge que ejerce autoridad civil o política dentro del respectivo territorio, antes del inicio del periodo de inhabilidad, al que luego se hará referencia en el marco de la jurisprudencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no habrá inhabilidad, como no la habrá si se trata del exsuegro, exyerno o exnuera del candidato, en las mismas circunstancias.

Lo que queda claro es que hay inhabilidad cuando las dos personas de que se trate están casadas pero separadas de cuerpos (artículo 167 C.C.).

<sup>316</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-125-13, M.P. Alexei Julio Estrada.

En lo que se refiere a la unión permanente, este concepto aparecía en el literal a) del artículo 24 del Decreto 1795 de 2000, referente a los beneficiarios del sistema de salud de las fuerzas militares y de la Policía Nacional SSMP, pero la Corte Constitucional lo declaró inexecutable<sup>317</sup>, ante la exigencia de que hubiera durado dos años al menos. Sin embargo, en la misma sentencia declaró executable la referencia a unión permanente en el artículo 3° del Decreto 2762 de 1991 y en otra sentencia declaró inexecutable la expresión *unión permanente*, que no había sido demandada, para el efecto de que el hijo único quede exento del deber de prestar servicio militar conforme había dispuesto el artículo 28 de la Ley 48 de 1993<sup>318</sup>. Sin embargo, no se definió en qué consistía la *unión permanente*, que solo aparece en la C.P. en los dos numerales del artículo 179, por lo que encontramos razonable asimilarlo a la unión marital de hecho, que es la unión entre dos personas que, sin estar casadas, hacen una comunidad de vida permanente y singular (artículo 1 de la Ley 54 de 1990, interpretado por la Corte Constitucional en la Sentencia C 075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

La redacción de la norma en lo que se refiere al parentesco es desafortunada, puesto que dice que la inhabilidad se materializa, en primer término, cuando haya vínculo de parentesco en tercer grado de consanguinidad, con lo cual parecería que el parentesco en primer grado (padres e hijos) o en segundo grado (hermanos, abuelos y nietos) no generaría inhabilidad, pero sí el de tercer grado (tíos o sobrinos), lo cual carecería de sentido, tal como lo ha dicho el Consejo de Estado:

Esta causal de inhabilidad busca impedir que amparado en las ventajas derivadas del parentesco, la relación conyugal o de hecho con un funcionario que ostente un cierto poder dentro del Estado, alguien obtenga su elección como congresista con violación del principio de igualdad electoral. Se trata de salvaguardar la plena igualdad de competencia e impedir que el parentesco opere desde el poder para inclinar la libre opción electoral en favor de un candidato y en detrimento de otros. Por tal motivo, de acuerdo con el penúltimo inciso del artículo 179 esta inhabilidad se refiere a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

Observa la Sala que el numeral 5° del artículo 179 que invoca el demandante aparentemente limita la inhabilidad en cuanto al parentesco de consanguinidad al tercer grado (tíos y sobrinos), esto es, sin incluir el primer grado (padres e hijos) ni el segundo (hermanos, abuelos y nietos), al último de los cuales se refiere el presente caso.

<sup>317</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-029-09, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>318</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-755-08, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Se afirma que esa omisión fue apenas aparente porque no obstante lo expresado antes sobre el carácter taxativo que tienen las causales de inhabilidad para decretar la pérdida de investidura, no puede desconocerse que la finalidad buscada por el constituyente al consagrar un estricto estatuto ético del congresista pretende el rescate de lo público contra la apropiación privada del Estado por quienes están llamados a servir los intereses de aquel y de la comunidad (Constitución Política, artículo 123).

Así, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente al debatir la razón de ser del estricto estatuto del congresista que la Constitución contempla, se dijo:

“Inhabilidades para la elección: es indispensable evitar que se utilicen los factores de poder del Estado con fines electorales. Para ello, debe contemplarse que quienes tienen posibilidad de disponer de recursos oficiales o nombrar empleados o tienen acceso a otros factores con los que podrían manipular a los electores, estén impedidos para presentarse como candidatos a cargos de elección popular”(2).

(2) Gaceta Constitucional, N° 79, página 16.

Repárese como el numeral 6° del artículo 179 de la Constitución que también establece inhabilidades por razón del parentesco para la inscripción de listas para la elección de miembros de corporaciones públicas cuya elección deba efectuarse en la misma fecha, fue más afortunado en su redacción al señalar que tal inhabilidad se configura en relación con el parentesco de consanguinidad **dentro** del tercer grado.

Una interpretación ad absurdum significaría aceptar que la inhabilidad se configura frente a los aspirantes que tienen tíos o sobrinos que desempeñan cargos con autoridad política o civil y no frente a los hermanos, padres o abuelos en la misma situación, donde la relación afectiva que es la razón de ser de la inhabilidad es más estrecha)(3).

(3) El texto aprobado en la comisión tercera de la Asamblea Nacional Constituyente decía: “tampoco podrán ser elegidas las personas ligadas por matrimonio o por **parentesco en primer grado de consanguinidad**, primero civil o afinidad, con funcionarios públicos que en la respectiva circunscripción ejerzan o hubieran ejercido dentro de los seis meses anteriores a la elección, funciones de jurisdicción, autoridad o mando”. (Gaceta Constitucional N°. 51, págs. 27 y 28).

De allí que resulte razonable para el intérprete sostener que si se configura la inhabilidad cuando se tienen tíos o sobrinos que desempeñan cargos con autoridad política o civil, con mayor razón (argumento de menor a mayor) la inhabilidad existe en tratándose de padres e hijos, hermanos, nietos o abuelos por cuanto los lazos afectivos son mayores.

Se trataría, por tanto, más de un error de redacción que de una explícita exclusión por el constituyente de la causal de inhabilidad que se discute<sup>319</sup>.

Entonces la inhabilidad se extiende a los consanguíneos hasta el tercer grado.

### C. TEMPORALIDAD

En cuanto al aspecto de temporalidad, la norma no lo fijó como sí lo hizo respecto de otras causales<sup>320</sup>. A este respecto hubo tesis divergentes entre la Sección Quinta del Consejo de Estado y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. La primera de estas sostuvo:

Mediante sentencia de unificación dictada el 26 de marzo de 2015 dentro del medio de control de nulidad electoral, con fundamento en el criterio de interpretación teleológico de la norma constitucional y atendiendo al efecto útil de la norma, se consideró que la subregla aplicable al factor temporal de la inhabilidad, es aquella que entiende materializada la misma **si el familiar del congresista electo ejerce autoridad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato**<sup>321</sup>. (Negrillas añadidas).

En cambio, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo había considerado lo siguiente:

---

<sup>319</sup> Consejo de Estado. Sentencia AC-5397 de 27 de enero de 1998, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Negrillas del texto citado. Reiterada en varias oportunidades, entre ellas en la sentencia del 24 de enero de 2019, Rad. No. 11001-03-28-000-2018-00093-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>320</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 3 de mayo de 2017. Rad. No. 11001-03-15-000-2016-02058-00(PI), C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>321</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de unificación del 26 de marzo de 2015, referida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2019, Rad. No. 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU), C.P. Rocío Araújo Oñate. En el mismo sentido, ver sentencia del 9 de abril de 2015 Rad. No. 11001-03-28-000-2014-00061-00, C.P. Susana Buitrago Valencia.

En el marco del medio de control de pérdida de investidura y con fundamento en la interpretación de la disposición constitucional, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado que **el requisito temporal de la causal de inhabilidad se configura al momento de realizarse las votaciones, es decir, solo se encuentra inhabilitado el congresista cuyo familiar ejerce cargo de autoridad civil o política el día de los comicios**<sup>322</sup>. (Negrillas añadidas).

En la Sentencia del 29 de enero de 2019 la Sala Plena del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre este punto en la misma línea de la Sección Quinta:

La Sala estima que se debe privilegiar una interpretación del numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política que se ajuste al propósito regulatorio de las inhabilidades y produzca efectos jurídicos en atención a la mayor garantía de los principios y valores democráticos protegidos por la Constitución, y ello se logra bajo el entendimiento de **que la inhabilidad se configura si el pariente del candidato o del elegido ejerce autoridad en el lapso comprendido entre la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y la fecha de la elección del candidato, inclusive**<sup>323</sup>. (Negrillas añadidas).

La sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es más precisa que la de la Sección Quinta, puesto que en la primera queda claro que basta que durante el lapso comprendido entre la inscripción de la candidatura y la fecha de la elección el cónyuge o compañero permanente del candidato o uno de sus parientes dentro de los grados vistos haya ejercido cargo con autoridad civil o política, mientras que la Sentencia de unificación de la Sección Quinta da a entender que la inhabilidad se configura cuando el allegado del candidato ejerce autoridad civil o política desde el principio hasta el final de dicho lapso, lo cual claramente resultaría excesivo, puesto que permitiría que el candidato aprovechara el poder local de su vinculado para obtener ventaja electoral, pero sin quedar impedido mediante el fácil remedio de renunciar al cargo de que se trate uno o dos días antes de la elección.

Como puede verse, el esfuerzo interpretativo realizado por el Consejo de Estado para dilucidar esta causal ha sido considerable, puesto que tiene una redacción muy deficiente, tanto en el grado de parentesco que la genera como sobre la temporalidad que la activa.

---

<sup>322</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación del 29 de enero de 2019. Hay que tener en cuenta que la posición de la Sección Quinta en este asunto era la misma que la de la Sala Plena que se acaba de referir, hasta la sentencia de unificación del 26 de marzo de 2015.

<sup>323</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación del 29 de enero de 2019.

## D. OTROS ASPECTOS

La jurisprudencia ha desarrollado ulteriormente esta causal y ha sostenido que no hay inhabilidad si la persona con la que tiene vínculo el congresista dentro de los grados indicados en la causal es un concejal, ya que estos son servidores pero no empleados públicos ni funcionarios y que en el caso de los senadores, para que se configure la inhabilidad es menester que el ejercicio de autoridad por parte del cónyuge o pariente corresponda a la circunscripción nacional<sup>324</sup>.

Esta causal de inhabilidad, así como la 8 del artículo 179 C.P. pretendió regularla el artículo 23 de la Ley 84 de 1993 en la forma siguiente:

ARTÍCULO 23. El nexo de parentesco a que se refieren los ordinales 5o., 8o. e inciso final del artículo 179 de la Constitución Nacional, solo es causal de inhabilidad para la elección de senador, si el empleado con autoridad política o civil la ejerce en todo el territorio nacional. No hay lugar a inhabilidad tratándose de parientes vinculados al servicio diplomático o consular.

Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable esta disposición por considerar que se trataba de materia propia de una ley estatutaria<sup>325</sup>.

Finalmente, no diremos nada aquí sobre el ejercicio de autoridad civil o política, por habernos referido en detalle al revisar la causal segunda. Anotamos, eso sí, que la causal segunda incluía varios conceptos aquí omitidos, tales como jurisdicción y autoridad civil o administrativa, por lo que la causal quinta es más restringida en este aspecto.

### 2.2.6. CAUSAL SEXTA: VÍNCULOS CON PERSONAS QUE SE INSCRIBAN POR EL MISMO PARTIDO, MOVIMIENTO O GRUPO PARA ELECCIÓN DE CARGOS O DE MIEMBROS DE CORPORACIONES QUE DEBAN REALIZARSE EN LA MISMA FECHA

#### A. GENERALIDADES

Esta causal se configura cuando el candidato a una curul congresional esté vinculado por matrimonio o unión permanente, o con parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, con una persona que se inscriba por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deba realizarse para la misma fecha. De acuerdo con el

<sup>324</sup> Consejo de Estado. Sentencia AC-12157 del 20 de marzo de 2001, C.P. Darío Quiñones Pinilla y Sentencia del 7 de mayo de 2013, Rad. No. 11001-03-15-000-2012-00789-00(PI), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Citadas por BRITO. op. cit. p. 140 a 146.

<sup>325</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-154-94, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Consejo de Estado, «esta inhabilidad, está dirigida a conjurar el nepotismo político, evitando que se sigan sucediendo las dinastías electorales, donde miembros de una misma familia se valen del poder electoral de uno, de sus parientes para conquistar los cargos de elección popular, lo que en verdad viene a quebrantar el principio de la igualdad que debe reinar en todo proceso electoral [...]»<sup>326</sup>

## B. TERRITORIALIDAD

Aquí también se aplica el criterio de territorialidad, por lo que se trata de situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección y la circunscripción nacional coincide con todas las territoriales. Por tanto, para que se cumpla con este criterio será necesario que las dos personas, el candidato al Congreso y su cónyuge, compañero o pariente dentro de los grados anotados, sobre los cuales volveremos, se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo, pero el cónyuge, compañero o pariente se inscriba para un cargo de elección popular o para una corporación pública, sea Congreso, asamblea, concejo o junta administradora local, pero dentro de la misma jurisdicción territorial, o alguno de ellos por una circunscripción nacional. Entonces, si los dos se inscriben por el mismo partido, movimiento o grupo, pero uno de ellos aspira a una curul en la Cámara en el departamento de Antioquia y el otro pretende ser gobernador de Córdoba, asumiendo que las elecciones fueran en la misma fecha, la inhabilidad no se configuraría.

## C. TEMPORALIDAD

En cuanto al elemento de temporalidad, esta causal 6 contiene una referencia cronológica clara (*elección... que deban realizarse en la misma fecha*), lo cual sugiere que, particularmente en el caso de los cónyuges o compañeros permanentes, el vínculo debe existir en la fecha de la elección. Recuérdese que la causal 5 no tiene referencia temporal, lo que dio lugar al debate de cuándo tenía que darse el vínculo para producir la inhabilidad y la conclusión a la que llegó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de que tenía que darse entre la fecha de inscripción de los candidatos y la fecha de la elección. Recuérdese que la Sección Quinta, igualmente en sentencia de unificación, había sostenido que el vínculo debía existir en la fecha de la elección.

Pensamos que la tesis de la sentencia de unificación de la Sala Plena para la causal 5, podría adoptarse igualmente para la causal 6, pues la interpretación restrictiva de que el vínculo matrimonial o conyugal de hecho debe existir en la fecha de las elecciones pues aquí son dos, mientras que en la causal 5 es una sola, permitiría particularmente en el caso de la unión conyugal de hecho, mantener el vínculo desde la inscripción de las candidaturas y a lo largo de estas, para luego “desaparecerlo” poniendo fin al

---

<sup>326</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 9 de febrero de 2006, Rad. No. 08001-23-31-000-2004-00093-02, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

vínculo en la fecha de las elecciones, sin que se perdiera la opción de restablecerlo posteriormente, bajo pretexto (o realidad) de una reconciliación<sup>327</sup>.

Sin embargo, admitimos que esta opción puede no ser totalmente aplicable a la causal 6, puesto que la misma, a diferencia de la causal 5, sí tiene referencia temporal, alusiva directamente a la fecha de las elecciones, por lo que hay más espacio para sostener que es en esta fecha en que debe darse el vínculo inhabilitante y no en cualquier momento entre la fecha de las inscripciones y la fecha de las elecciones.

#### D. OTROS ASPECTOS

La redacción del vínculo es similar pero no igual a la de la causal quinta, incluye el matrimonio y la unión permanente a los que ya nos referimos. En cuanto al parentesco, es más claro que el numeral 5, pues en aquel de la causal quinta, parecían excluirse los parientes en primero o segundo grado de consanguinidad, mientras que en el numeral 6 dice claramente que la inhabilidad se extiende *dentro del tercer grado de consanguinidad*, lo que incluye, sin duda, los grados primero y segundo. Además cubre el segundo grado de afinidad (particularmente, los hermanos, abuelos o nietos del cónyuge o compañero permanente), mientras que el numeral 5 solo llegaba hasta el primer grado de afinidad. Es claro que la inhabilitación por las candidaturas concurrentes de cuñados, que es la más probable en este grado de parentesco por afinidad, es muy relevante, pues estas situaciones pueden ser frecuentes.

El Consejo de Estado ha dicho que cuando uno de los candidatos es padre del otro y el primero renuncia a su candidatura antes de las elecciones no se presenta inhabilidad<sup>328</sup>, lo cual sugiere que es subsanable, puesto que se configura desde la inscripción de la primera lista pero desaparece si uno de los dos declina<sup>329</sup>.

Si los dos cónyuges, compañeros o parientes se hubieran inscrito, pues no es menester que los dos resulten elegidos, por partidos o movimientos diferentes, no hay inhabilidad<sup>330</sup>, pues se supone que ninguno de los candidatos obtiene ventaja del electorado del otro, si ambos compiten por partidos o movimientos distintos.

---

<sup>327</sup> El entendimiento de que la inhabilidad se produce a partir del momento en que se inscribe el vinculado por matrimonio, unión permanente o parentesco con alguien ya inscrito lo ha acogido el Consejo de Estado: Sentencia del 9 de octubre de 2008, Rad. No. 07001-23-31-000-2007-00084-01, C.P. Mauricio Torres Cuervo. Igualmente, dijo que con la inscripción del vinculado no solo queda inhabilitado este, sino el que primero se inscribió, con lo cual, de resultar elegido, habrá lugar a la pérdida de la investidura.

<sup>328</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 28 de marzo de 2019, Rad. No. 11001-03-28-000-2018-00090-00 (ACUMULADO 11001-03-28-000-2018-00110-00), C.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>329</sup> En contra de esta posición, ver Consejo de Estado, Sentencia AC-5438 del 17 de febrero de 1998, C.P. Dolly Pedraza de Arenas, citada por BRITO. op. cit. p. 153.

<sup>330</sup> Consejo de Estado. Sentencia AC-5439 del 3 de marzo de 1998, C.P. Juan Alberto Polo, citada por BRITO. op. cit. p. 154.

Una consideración final es que la causal 6 se refiere a elección de cargos, pero no de carácter popular (presidente y vicepresidente, congresistas, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales, miembros de juntas administradoras locales), de donde podría inferirse que otros cargos de elección (verbigracia magistrados de altas cortes, del Consejo Nacional Electoral, entre otros) igualmente podrían incurrir en inhabilidad, pero no creemos que esto ocurra, porque esto depende de que se inscriban los cónyuges, compañeros permanentes o parientes para el mismo partido, movimiento o grupo, lo cual claramente alude a la inscripción de candidatos a cargos de elección popular (cfr. artículo 28 de la Ley 1475 de 2011) y no a otro tipo de cargos.

### **2.2.7. CAUSAL SÉPTIMA: DOBLE NACIONALIDAD**

Son inhábiles para ser congresistas quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento. Esta causal resulta de una innovación de la C.P. de 1991, que fue la admisión de la doble nacionalidad para los colombianos (artículo 96 C.P.), mientras que la de 1886 disponía la pérdida de la nacionalidad colombiana por la adquisición de otra nacionalidad, si la persona se domiciliaba en el país extranjero (artículo 9). Si bien los extranjeros que adquieran la nacionalidad colombiana por adopción serán colombianos, esto no les da derecho necesariamente a ocupar cualquier cargo público, pues algunos están destinados exclusivamente a los nacionales por nacimiento (artículo 40.7, C.P.).

No hay mucha jurisprudencia sobre esta causal de pérdida de investidura. El Consejo de Estado ha dicho que un representante a la Cámara nacionalizado por adopción que hubiera renunciado a su nacionalidad original (británica) no incurre en esta causal de inhabilidad, por no tener doble nacionalidad<sup>331</sup>. También ha dicho que no es el congresista quien debe probar que es nacional colombiano de nacimiento, sino el demandante en el proceso de pérdida de investidura quien debe probar lo contrario, además de que el elegido cuenta con doble nacionalidad<sup>332</sup>.

### **2.2.8. CAUSAL OCTAVA: ELECCIÓN PARA PERIODOS COINCIDENTES**

Nadie puede ser elegido para más de una corporación o cargo público ni para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así sea en parte. Esta causal fue modificada en dos oportunidades, pero en ambos casos las declaró inexecutable la Corte Constitucional. Primero se reformó mediante el artículo 10 del Acto Legislativo 01 de 2003, pero lo declaró inexecutable por vicios de procedimiento la Sentencia C 332 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

---

<sup>331</sup> Consejo de Estado. Sentencia No. AC-2010 del 22 de septiembre de 1994, C.P. Amado Gutiérrez Velásquez. Vale la pena recordar que los representantes a la Cámara no necesariamente deben ser colombianos por nacimiento (artículos 177, C.P.) a diferencia de los senadores (artículo 172, C.P.).

<sup>332</sup> Consejo de Estado. Sentencia 2011-00829 del 12 de junio de 2012, Rad. No. 11001-03-15-000-2011-00829-00, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Luego, por el artículo 13 del Acto Legislativo 01 de 2009, el cual también fue declarado inexecutable con la Sentencia C 040 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Por lo tanto, el texto del numeral 8 del artículo 179 es a la fecha el mismo que tuvo desde la promulgación de la Carta.

La redacción de esta causal es distinta de las otras que corresponden al encabezado del artículo 179 (*No podrán ser congresistas*) en la palabra *quienes*, lo cual indica que se refiere exclusivamente a los congresistas. En cambio, la causal 8 dice que *nadie puede ser elegido*, lo cual han interpretado las altas cortes para significar que no solo no se puede en tales condiciones ser elegido congresista, sino en ningún otro cargo de elección popular<sup>333</sup>. No tiene componente territorial pero sí temporal: es menester que los periodos de los dos cargos coincidan, así sea parcialmente en el tiempo. La Ley 5ª de 1992 precisa el alcance de esta causal cuando la transcribe y agrega: Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente. Entonces, no basta que los periodos de los dos cargos coincidan, sino que el candidato puede evitar la inhabilidad si su renuncia al primer cargo es aceptada antes de la inscripción de la candidatura para el nuevo cargo:

Desde este punto de vista, estima la Sala que si bien el artículo 44 de la Ley 136 de 1994 estableció que antes de la fecha de la inscripción los concejales deben renunciar a su investidura, esta norma debe interpretarse en el sentido de que para la fecha de la nueva inscripción no ostenten dicho cargo: Esto precisamente para evitar la configuración de la inhabilidad por coincidencia de periodos, como sucedió en este caso tras haberse presentado y aceptado la renuncia al señor Ortiz Zorro a partir del dieciocho (18) de diciembre de 2017.

En esta materia, el extremo final que debe tenerse en cuenta no es la elección a la que se refiere el mandato legal sino la inscripción, lo que impide la concurrencia de periodos en el tiempo como ocurrió en la situación del demandado en la que hubo renuncia previamente a la inscripción.<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 25 de agosto de 2005, Radicación número: 23001-23-31-000-2003-01418-01, Consejero ponente Darío Quiñones Pinilla, citada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto 99901 del 11 de marzo de 2020.

<sup>334</sup> Consejo de Estado. Sentencia 2018-00011 de octubre 4 de 2018, Rad. No. 11001-03-28-000-2018-00011-00 (PRINCIPAL), 11001-03-28-000-2018-00010-00 y 11001-03-28-000-2018-00030-00 (ACUMULADOS), C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Sin embargo el Consejo Nacional Electoral ha sostenido que no hay inhabilidad si la renuncia al primer cargo es aceptada antes de la fecha de las elecciones, no de la inscripción, lo que es un criterio más laxo. Ver Concepto con radicado No. 1668 del 9 de agosto de 2005, citado por el Departamento Administrativo de la Función Pública en el Concepto 355441 del 31 de julio de 2020.

Un debate reiterado es si los periodos de los elegidos son institucionales, por lo que no se interrumpen por la renuncia de quien los ocupa sino que se prolongan hasta la fecha prevista en la norma, o personales y terminan cuando se acepta la renuncia del titular y se produce la vacancia del cargo por mandamiento legal. La tesis del Consejo de Estado hasta ahora ha sido la segunda.

Un fenómeno recurrente es que un candidato haga parte de una lista para una cámara pero no resulte elegido, por lo que sigue desempeñando el cargo que venía ocupando como concejal o diputado y luego se produce una vacancia ante la renuncia de un congresista que había sido elegido por la lista respectiva, por lo cual el sujeto del ejemplo es llamado a ocupar la vacante que se produjo. Entonces el sujeto renuncia al cargo de concejal o diputado, se posesiona como congresista y ocupa la vacancia mencionada. En tal caso no hay inhabilidad porque el candidato no fue elegido para más de una corporación y además renunció a la primera antes de entrar a hacer parte de la segunda, con lo que no violó la prohibición del artículo 128 C.P.<sup>335</sup>

Es igualmente necesario que el candidato haya sido elegido para más de una corporación o cargo público o para una corporación o cargo público. Por tanto, si el candidato que hace parte de una corporación pública (Congreso, asambleas, concejos, juntas administradoras locales) no resulta elegido para la segunda corporación ni para un cargo público, no se configura la inhabilidad, así se haya inscrito y haya participado en las dos elecciones.

### 3. CONCLUSIÓN

La pérdida de investidura de los congresistas es una figura de la Constitución Política de 1991, aunque existió brevemente en la reforma constitucional de 1979. Procede por infracción al régimen de inhabilidades, inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Constitución y desarrollado en la ley. Se ha sostenido que este procedimiento que se adelanta ante el Consejo de Estado no pasa el test de convencionalidad en el marco del Pacto de San José de Costa Rica por no tratarse de un juez penal, pero este argumento no es convincente.

Es un proceso sancionatorio que se basa en la responsabilidad subjetiva (aunque no en todos los casos), que se diferencia de la acción electoral, aunque haya conductas que puedan dar lugar a los dos procedimientos.

La carga de la prueba en los procesos de pérdida de investidura recae sobre el actor.

El procedimiento de pérdida de investidura tuvo abundante desarrollo en Colombia y diversos congresistas la padecieron, incluso antes de que se adoptara el primer procedimiento de la Ley 144 de 1994.

---

<sup>335</sup> Varias sentencias citadas por BRITO. op. cit. p. 166 a 169.

El artículo 179 C.P. contiene las inhabilidades que dan lugar a la pérdida de investidura a través de circunstancias que impiden que alguien sea elegido congresista o que siéndolo, se mantenga en la curul que indebidamente ocupa.

La Corte Constitucional ha diferenciado entre dos tipos de inhabilidades del artículo 179: las que corresponden a conductas jurídicamente reprochables y las que no se relacionan con conductas sino con requisitos para lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales, pero esta clasificación no resulta completa.

La mayor parte de las inhabilidades tienen connotaciones territoriales y temporales.

La primera causal consiste en la condena a pena privativa de la libertad, salvo por delitos políticos o culposos. La condena tiene que ser de tipo penal, no disciplinaria ni fiscal. Es una habilidad intemporal, puesto que tiene efecto indefinido en el tiempo, sin importar cuándo se produjo, por lo que conlleva una muerte política. Es además global, dado que la condena no tiene que haber sido proferida por un juez colombiano.

La segunda causal es el ejercicio de jurisdicción o autoridad civil, militar, política o administrativa por parte de un empleado público (aspecto subjetivo) dentro de la circunscripción territorial (la circunscripción nacional cubre todas las territoriales del país) y dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección (aspecto temporal). Aunque el concepto de jurisdicción es claro, como lo es el de autoridad militar, el alcance de la autoridad civil, política y administrativa es confuso.

La tercera causal es la intervención en la gestión de negocios, celebración de contratos o la representación legal de entidades que administren tributos o contribuciones dentro de los seis meses anteriores a la elección (aspecto temporal). Aquí se aplica el elemento territorial en la misma forma que en la causal precedente. A diferencia de otras causales, esta contempla dos conductas, como son haber intervenido en gestión de negocios o celebración de contratos con entidades públicas y una investidura consistente en haber sido representante legal de ciertas entidades. Las dos conductas no requieren que se produzca ningún resultado, ni siquiera que el inhabilitado haya actuado con ánimo de lucro. Por ello, la jurisprudencia ha precisado que no toda gestión da lugar a la inhabilidad, sino que debe ser potencialmente efectiva, valiosa, útil y trascendente, de manera que no se trate de una diligencia o actividad inane, inocua o insignificante. En cuanto a haber sido representante legal de una entidad que administre tributos o contribuciones parafiscales, está cerca de ser una causal objetiva de inhabilidad mas no la única.

La causal cuarta es haber perdido la investidura de congresista, la cual se explica por sí misma y parece no haber sido debatida judicialmente en algún caso concreto.

La quinta causal tiene que ver con vínculos familiares con funcionarios que ejerzan autoridad civil o militar. En este caso, la regla general de territorialidad de que la circunscripción nacional coincide con cada una de las TERRITORIALES, es inaplicable,

lo que hace que esta causal sea menos estricta que otras conforme esta variable. La redacción es desafortunada porque la causal parece limitarse a los parientes en tercer grado de consanguinidad (tíos y sobrinos), pero no aplicable al primer grado (padres e hijos) ni al segundo (abuelos, nietos y hermanos), lo cual sería inconsistente. Tampoco contiene un marco temporal, por lo que ha correspondido a la jurisprudencia hacer estas precisiones.

La causal sexta es similar a la quinta, trasciende a vínculos familiares con personas que se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elecciones de cargos o miembros de corporaciones que deban realizarse en la misma fecha. Aquí se aplica el criterio territorial, por lo cual los dos aspirantes deben corresponder a la misma circunscripción, teniendo en cuenta que la nacional comprende todas las territoriales. La norma contiene una referencia temporal y es que las elecciones deben realizarse en la misma fecha. La jurisprudencia admite que la renuncia aceptada genera vacancia del cargo y elimina la inhabilidad, si se realiza oportunamente.

La séptima causal es contar con doble nacionalidad, salvo que se tenga la calidad de colombiano por nacimiento, con lo cual la inhabilidad se referiría a nacionales por adopción.

La octava causal es la elección de un mismo candidato para más de una corporación o cargo público cuando tengan periodos coincidentes. Difiere de otras causales porque se aplica no solo a congresistas sino a cualquier cargo de elección. Aquí también es aplicable la renuncia como en la causal séptima.

De la revisión de las inhabilidades establecidas en el artículo 179 C.P. como causales de pérdida de la investidura congresional, concluimos que se trata de una figura muy necesaria para proteger la integridad del Congreso contra los intentos de pervertir su funcionamiento al pretender incluir personas con antecedentes penales dolosos o que ya perdieron su investidura, o de aprovechar otros cargos o parentescos para llegar a él, o de utilizar la capacidad de incidir en la contratación estatal o en el manejo de recursos públicos para obtener ventaja electoral. Igualmente, sirve para prevenir que se establezcan empresas electorales familiares mediante el control simultáneo de cargos con incidencia en el electorado. El que estos fenómenos indeseables subsistan, a pesar del uso frecuente de este mecanismo de control, no le quita importancia ni utilidad, solo nos hace pensar cómo sería nuestro Congreso si no existiera la pérdida de investidura por inhabilidad.

## VI. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY 1881 DE 2018

Por: Andrés Mutis Vanegas  
Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado

### 1. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY 1881 DE 2018

La Ley 1881 de 2018 actualiza la normativa aplicable a la pérdida de investidura de los congresistas, después de más de 23 años de vigencia y aplicación de la Ley 144 de 1994, durante los cuales, salvo por las inexequibilidades tempranamente declaradas por la sentencia C-247 de 1995, la referida regulación no sufrió ningún otro cambio normativo.

Si bien la nueva Ley 1881 de 2018 deroga en su totalidad la antigua Ley 144 de 1994, muchas de las reglas en ella contenidas, y aplicables al proceso de pérdida de investidura de los congresistas, se mantienen sin alteraciones en la nueva ley, e incluso algunas de ellas fueron reproducidas de manera exacta en esta última. Entre las reglas que no presentan cambios podemos mencionar las relativas a la titularidad de la acción, que es pública, la competencia para decidir sobre ella, que se mantiene en cabeza del Consejo de Estado, el contenido y requisitos de la demanda, la secuencia de actuaciones que componen el proceso, el corto tiempo con el que cuenta el máximo juez administrativo para dictar sentencia de fondo y la general procedencia del recurso extraordinario de revisión, para los casos en que se hubiere decretado la pérdida de investidura.

Con base en la experiencia acumulada de la aplicación práctica de la Ley 144 por más de dos décadas, y a partir de varios importantes planteamientos que durante ese mismo tiempo hiciera la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, se introdujeron unas pocas pero trascendentales modificaciones a esa normativa, con dos propósitos fundamentales: de un lado, clarificar algunas controversias surgidas de la aplicación e interpretación de esa primera normativa, y de otro, ofrecer mayores garantías a los congresistas que pudieran ser objeto de este medio de control. En todo caso, y como se verá, algunas de estas modificaciones podrían conducir a una mayor dificultad para la prosperidad de esta acción en casos concretos.

A partir de los cambios introducidos por esta nueva ley, este capítulo abordará el tratamiento de las tres principales modificaciones en ella contenidas, en su orden: i) de la expresa exigencia de que concurra el elemento subjetivo de la responsabilidad en cabeza del acusado, bajo las figuras del dolo o la culpa grave; ii) de la expresa mención del principio *non bis in idem* y el recíproco efecto de cosa juzgada generado por las

sentencias que deciden sobre la acción de pérdida de investidura y sobre la acción electoral, y iii) de la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra las sentencias que deciden la acción de pérdida de investidura, que originalmente era de única instancia.

Para una mejor comprensión de la dimensión de estos importantes cambios, esta presentación incluirá una breve reseña de los desarrollos y antecedentes que los generaron, así como de los aspectos específicos que ellos implican.

## 2. EXIGENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO CULPA GRAVE O DOLO

El primer artículo de la nueva Ley 1881 de 2018 introduce un elemento ausente en la anterior Ley 144 de 1994, al comenzar señalando que el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. Seguidamente, en forma concordante, o si se quiere reiterativa, agrega que esta acción se ejercerá contra los congresistas que con su conducta dolosa o culposa hubieren incurrido en alguna de las causales previstas en la Constitución. Menos de dos años después, la Ley 2003 de 2019 hizo una trascendental modificación adicional a la norma, al cualificar esta exigencia como conducta dolosa o **gravemente** culposa, texto que es el actualmente vigente.

Esta importante regla es considerada como uno de los más grandes cambios que plantea la Ley 1881 respecto de la pérdida de investidura de los congresistas. En realidad, podría ser discutible si así es, pues en opinión de algunos, el entendido fue siempre este, la implícita pero necesaria exigencia del elemento subjetivo, aunque la norma no lo expresara con la misma claridad que ahora lo hace. Al mismo tiempo, y en caso de entenderse como un verdadero cambio, bajo el supuesto de que la Ley 144 ignoraba este aspecto, sería factible contemplar la posible inconstitucionalidad de esta regla, pues en su sentido más literal, dejaría por fuera, exentos de la sanción prevista en la Constitución, a casos y personas que hubieren realizado objetivamente conductas expresamente previstas como merecedoras de ella, conforme lo establecido en el artículo 183 superior.

En todo caso, parece tener mayor fundamento la tesis según la cual, existe un verdadero cambio, un avance, en opinión de muchas personas, por cuanto, más allá de la expresa excepción de los casos de fuerza mayor frente a las causales segunda y tercera, prevista desde 1991 por la norma constitucional, este aspecto nunca fue mencionado en forma directa hasta tiempos relativamente recientes, cuando fue ganando cada vez más espacio.

Pese a ello, en la mayoría de los pronunciamientos de los últimos años, en que el tema se mencionó antes de ser expresamente previsto por la Ley 1881 de 2018, se procuró sostener que este elemento se encontraba presente desde los orígenes de esta figura, por hacer parte del contexto constitucional, y particularmente, como consecuencia de la garantía universal del debido proceso, que conforme el artículo 29 superior, es aplicable en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

En todo caso, dada nuestra tradicional preferencia por el derecho escrito sobre los precedentes jurisprudenciales, podría considerarse positivo el hecho de que la expresa claridad introducida por esta norma, evitará a futuro la incertidumbre y la posible discusión sobre la efectiva responsabilidad del congresista acusado, cuando este alega y demuestra circunstancias particulares ajenas a su esfera, que podrían diluir este elemento, al margen de la objetiva configuración de la hipótesis normativa conducente a la desinvestidura.

De otro lado, existe aún inconformidad entre quienes consideran que, dado que la norma constitucional que estableció la pérdida de investidura no hizo ninguna referencia a este aspecto, la reciente precisión hecha por el legislador restringe los alcances, y con ello la posible prosperidad y el efecto moralizador de este importante medio de control.

De otra parte, la regla que se viene comentando da un alcance general a este criterio que, indudablemente fue mencionado y tuvo gran relevancia en el pasado frente a algunos casos, por ejemplo, respecto de las causales cuarta y quinta del artículo 183 constitucional, sobre indebida destinación de dineros públicos, o por tráfico de influencias debidamente comprobado, eventos en los cuales los mismos elementos a partir de los cuales se configura la causal sugieren, o incluso requieren, la necesaria existencia del elemento subjetivo.

Sin embargo, durante la vigencia de la Ley 144 de 1994, ello no ocurría de la misma manera en todos los eventos, por ejemplo no en el caso de la causal primera, sobre inhabilidades o conflictos de intereses, frente a cuya configuración prevaleció un criterio más objetivo, a partir del cual, para tener por acreditada esta causal bastaba la efectiva presencia de la hipótesis prevista en la norma, siendo entonces irrelevantes las posibles circunstancias particulares y de contexto que el acusado pudiera alegar en su defensa.

Más allá de estas discusiones, es evidente que la final incorporación de este elemento en la ley que rige los procesos de pérdida de investidura es resultado de un gradual cambio jurisprudencial que tuvo lugar tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Constitucional, que si bien se inició años atrás a partir de ocasionales salvamentos y/o aclaraciones de voto, tuvo sus más claras y sólidas manifestaciones en el año 2016, cuando llegó a ser mayoritaria.

Así por ejemplo, mediante la sentencia SU-424 del 11 de agosto de ese año<sup>336</sup>, la Corte Constitucional dejó sin efectos dos decisiones de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, estimatorias de sendas solicitudes de pérdida de investidura de congresistas que habrían incurrido en inhabilidades, al considerar que en tales casos no concurrió el elemento subjetivo de la responsabilidad de los implicados, más necesario aún al recordar el efecto gravemente restrictivo de los derechos políticos que tienen las decisiones de pérdida de investidura de los congresistas.

En la misma línea, pocas semanas después, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado produjo una decisión análoga<sup>337</sup>, en la que, si bien era clara la no configuración de la causal aducida, se hizo una explícita manifestación en torno a la necesidad del elemento subjetivo de la culpabilidad frente a todas las causales de pérdida de investidura, que pese a no ser necesaria para sustentar la decisión denegatoria de la pretensión, fue acogida por la mayoría de la Sala Plena. Estas dos decisiones, aunque no fueron las únicas en el mismo sentido, mostraron entonces un notable consenso de parte de las altas cortes competentes en relación con el tema, que terminaron por imponer en forma mayoritaria la tesis que poco tiempo después fue acogida por el legislador.

Finalmente debe anotarse que si bien la ley expresamente exige ahora la presencia de dolo o culpa grave en la conducta del congresista demandado, a diferencia de otras normas sobre acciones constitucionales, por ejemplo la Ley 678 de 2001 sobre acción de repetición, el legislador se abstuvo de definir, o incluso de dar ejemplos de situaciones en las que deberá entenderse probado este criterio, razón por la cual, el Consejo de Estado deberá auscultar y determinar su presencia a partir de definiciones contenidas en otras normas de análogo efecto, particularmente el artículo 63 del Código Civil.

### **3. RECÍPROCO EFECTO DE COSA JUZGADA ENTRE LAS DECISIONES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA Y DE ACCIÓN ELECTORAL**

El párrafo del artículo 1° de la Ley 1881 traza también una nueva regla que tendrá el efecto de dar por superada una discusión que fue recurrente desde los primeros casos y decisiones sobre pérdida de investidura, relacionada con el sentido posiblemente contradictorio existente entre las sentencias que deciden sobre esta acción y otras decisiones judiciales dictadas como resultado de la acción electoral, particularmente a propósito de que la existencia de inhabilidades en el congresista elegido permite activar ambos medios de control, pese a lo cual, en muchos casos en los que se ejercieron las dos acciones, el resultado no fue coincidente.

---

<sup>336</sup> Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>337</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 2016, expediente 2014-03886-00. C. P. Alberto Yepes Barreiro.

En efecto, antes de la vigencia de la Ley 1881 se presentaron gran cantidad de situaciones en las que la existencia de una inhabilidad dio lugar a que se ejercieran por los ciudadanos estos dos medios de control, sin que el resultado fuera uniforme o congruente. La situación más frecuente fue la de la prosperidad de la acción electoral, paralela a la negativa de la pérdida de investidura, lo que dio lugar, entre otras consecuencias, al ejercicio de la acción de tutela contra alguna de tales decisiones, por ejemplo, de parte del actor en pérdida de investidura que reclamaba por la no prosperidad de esta acción aun cuando con ocasión de la acción de nulidad electoral se dio por probada la causal de inhabilidad<sup>338</sup>, o por el congresista accionado, que controvertía la decisión que declaró la nulidad de su elección argumentando que no estaría probada la causal, pues frente a los mismos hechos la acción de pérdida de investidura resultó infructuosa<sup>339</sup>.

Incluso, aunque menos comunes, también se conocieron casos en los que el congresista cuestionaba la prosperidad de la acción de pérdida de investidura incoada en contra suya, con el argumento de haberse encontrado no probada la inhabilidad denunciada al decidirse la acción de nulidad electoral<sup>340</sup>.

En todo caso, el más frecuente resultado de estas acciones de tutela fue su negación, o según el caso su improcedencia, previamente a lo cual, el juez constitucional hacía una completa explicación sobre la diferencia existente entre los dos medios de control, a partir de lo cual se sustentaba la posibilidad de resultados diferentes, y la no necesidad de que el sentido de la decisión en una de ellas incidiera sobre el de la otra.

La Corte Constitucional y en general los jueces de tutela recurrentemente explicaron que la acción de nulidad electoral tiene un carácter objetivo y pretende la preservación de la legalidad, sin ninguna sanción ulterior para el congresista concernido, mientras que la de pérdida de investidura tiene un carácter eminentemente sancionatorio, que es resultado de la actuación del congresista accionado, y por tanto es objeto de una consideración diferente. Pese a la recurrencia y reiteración de estas explicaciones, este dilema continuó presentándose, más que por cualquier otra razón, por el comprensible interés de los litigantes en buscar una solución más favorable frente a sus respectivas situaciones.

---

<sup>338</sup> Ver sobre este caso, entre otras, la sentencia SU-264 de 2015. Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>339</sup> Ver en este sentido, entre muchas otras, las sentencias SU-399 de 2012. Magistrado ponente Humberto Sierra Porto y SU-400 de 2012. Magistrada ponente Adriana Guillén Arango.

<sup>340</sup> Frente a esta hipótesis, ver la sentencia SU-162 de 1998. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Así, aun cuando conceptualmente era plenamente explicable la diferencia existente entre estas dos acciones, y por lo tanto era también justificable su desigual resultado, la recurrencia de la situación generó entre los interesados, incluso entre los abogados que con frecuencia participan en estas acciones, la sensación de que este era un resultado inadecuado e incomprensible, lo que finalmente condujo a que al momento de estudiarse la actualización de la normativa sobre pérdida de investidura, se decidiera incorporar una regla particular para estos casos, que quedó contenida en el párrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018.

#### 4. SIGNIFICADO Y ALCANCES DE LA REGLA SOBRE COSA JUZGADA RECÍPROCA ENTRE LAS ACCIONES DE NULIDAD ELECTORAL Y DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Las reglas contenidas en el párrafo del artículo 1° de la Ley 1881 comienzan con la categórica afirmación, incluso pobremente redactada, de que se garantizará el *non bis in ídem*, sin que sea totalmente claro cuál es el alcance y el significado de esta regla, que sabemos tiene como principal propósito proteger al acusado contra un posible segundo proceso de juzgamiento encaminado a reconsiderar el resultado del primero, situación que implicaría desconocimiento de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, con la eventual afectación, en uno u otro sentido, de todos los sujetos involucrados en el mismo.

Esta situación sin duda difiere de la que pudiera darse frente al caso planteado, en el que la ocurrencia de dos posibles consecuencias derivadas de un mismo hecho no se considerara violatoria de ese principio, al tener en realidad una distinta causa y un propósito así mismo diferente. Sin embargo, se entiende que el sentido de haberlo expresado así se refiere a que no podrá haber lugar a dos posibles decisiones divergentes sobre el mismo tema, sino que, en realidad, aunque continuará habiendo dos decisiones, ellas deberán ser uniformes y coincidentes en cuanto a su sentido específico.

Ahora bien, como presunto desarrollo de esta primera regla, la norma establece a continuación que siempre que un mismo hecho hubiere dado lugar al ejercicio de las dos acciones que se vienen comentando, la primera de ellas en ser decidida “*hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados*”. En sentido estricto, lo que esta regla implica, para así poder atender el reclamo histórico a que antes se hizo referencia, es que el segundo proceso deberá necesariamente definirse en la misma forma que el primero.

Aclarando además que deberá tratarse de un fallo en firme, distinción importante para el caso en que la decisión alcanzada sea susceptible de recursos, es claro que una vez dictada sentencia en el primero de ellos, esto causará un efecto inmediato frente a la otra acción.

Así, si el otro proceso estuviere ya en curso, ello implicará la necesidad de precipitar su terminación mediante una suerte de fallo anticipado que acoja la conclusión alcanzada en el primer proceso y si para ese momento se hubiere iniciado y fallado el proceso respecto de la primera acción, la consecuencia frente a la otra acción será entonces que, en caso de iniciarse proceso, este deberá ser objeto de fallo inmediato, sin necesidad de etapa probatoria, pues el juez no tendrá opción distinta a la de decidir en la misma forma en que ya lo hubiere hecho el primer fallador, imprimiendo de esta forma los efectos propios de la prejudicialidad.

De otra parte, es importante resaltar otras dos consecuencias de la forma específica en que la norma fue concebida y redactada. De una parte, dado que el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de esta regla se definió como “*una misma conducta*”, ello querría decir que este posible evento no se limitará únicamente a la existencia de inhabilidades, sino que se extenderá a cualquier otra situación que pudiera dar lugar al ejercicio simultáneo o sucesivo de estas dos acciones, aun cuando en realidad es difícil que ello ocurra en un escenario diferente al de las inhabilidades y de otra, que el efecto de cosa juzgada en estos casos se establece podrá ocurrir en cualquier sentido, es decir, tanto cuando se den por probados los hechos que entonces darían lugar a la pérdida de investidura o a la nulidad electoral, como cuando ocurra lo contrario, caso en el cual el congresista accionado resultaría exonerado en ambos escenarios.

La misma norma incorpora después dos precisiones adicionales: la primera de ellas es que, como excepción a la regla que viene de explicarse, se aclara que lo concerniente a la culpa que el congresista pudiera tener frente a la situación que da lugar al ejercicio de las dos acciones, solo puede ser definido en el ámbito de la pérdida de investidura, lo que resulta congruente tanto con el carácter subjetivo de este proceso establecido en la parte inicial de la misma norma, como con el carácter objetivo, que según lo explicado de tiempo atrás por la jurisprudencia, tiene la acción de nulidad electoral; la segunda, que la efectiva declaratoria de pérdida de investidura traerá certeza sobre la efectiva configuración de la causal alegada, por supuesto, siempre que el hecho que dio lugar a la primera, configure así mismo una causal de nulidad electoral.

En suma, y dado que el texto de la norma podría por momentos parecer confuso, es importante precisar que el recíproco efecto de cosa juzgada que el eventual fallo de una de estas dos acciones podría producir sobre la otra se limita al reducido espacio que las dos acciones comparten, que según lo expuesto, y aunque la norma no lo precisa, se contrae en la práctica a la eventual configuración de las causales de inhabilidad, que pueden generar tanto la nulidad de la elección como la eventual pérdida de investidura.

En esta línea, es importante advertir que si bien a partir del contenido de las respectivas acciones, cada una de las dos sentencias podrá incluir decisiones más allá de este aspecto común (la configuración o no de una inhabilidad), esas otras resoluciones no se proyectan hacia el otro caso. Así las cosas, bien puede ocurrir, por ejemplo, que dentro de un proceso de pérdida de investidura se establezca la

existencia de una causal de inhabilidad invocada por el actor, pero la pretensión no prospere por la ausencia o falta de prueba del elemento subjetivo de la culpabilidad, caso en el cual, aunque no haya lugar a decretar la pérdida de investidura, tal conclusión ocasionaría una decisión estimatoria en el proceso de nulidad electoral que estuviere en curso, o que pudiese iniciarse a continuación.

*Contrario sensu*, si es la acción electoral la que concluye primero, habiéndose demostrado la causal aducida, lo que automáticamente conduciría a declarar la nulidad de la elección, el efecto de cosa juzgada no producirá necesariamente una decisión del mismo signo en el terreno de la pérdida de investidura, pues es este escenario será necesario acreditar adicionalmente el elemento subjetivo de la responsabilidad del accionado.

En esta medida, esta innovación resultará útil de cara al mejor desarrollo de ambos medios de control en el comportamiento de los congresistas elegidos, pues en el futuro no podrán volver a presentarse situaciones de divergencia entre lo decidido en ellas, lo que contribuye al efectivo logro de soluciones justas frente a estas situaciones, así como a la celeridad de los procesos, y en alguna pequeña medida a la descongestión de las salas especiales de decisión del Consejo de Estado, pues la correcta aplicación de esta regla evitará que a futuro se presenten las controversias que, según se explicó, fueron recurrentes en vigencia de la Ley 144 de 1994, y se canalizaban casi siempre a través de la acción de tutela.

## 5. DOBLE INSTANCIA EN LOS PROCESOS DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

En relación con este último y trascendental tema, debemos iniciar precisando que, a diferencia de lo ocurrido con otros asuntos, la Constitución de 1991 no incorporó ninguna regla particular al respecto, sino que fue el legislador, en la propia Ley 144 de 1994, el que señaló que este medio de control se decidiría de única instancia por la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>341</sup>, por lo que el cambio recientemente introducido pudo hacerse así mismo por ley, sin requerir para ello de una reforma constitucional. Sin embargo, posiblemente el legislador de 1994 trazó esta pauta en sintonía con otra, esa sí contenida en el texto superior, según la cual, sería de única instancia la investigación y el posterior juzgamiento penal de los congresistas, ante la Corte Suprema de Justicia.

---

<sup>341</sup> La sentencia C-247 de 1995. Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, declaró inexecutable la expresión “*en pleno*”, teniendo en cuenta que, por mandato constitucional, los integrantes de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no tienen función jurisdiccional sino únicamente consultiva, de ahí que el órgano que conocería de esta acción sería la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

En lo atinente a la pérdida de investidura, este parámetro fue criticado cada vez con mayor frecuencia, comprensiblemente por los miembros del Congreso y los partidos políticos. De otra parte, al no tener un expreso fundamento constitucional, fue cuestionado tanto en espacios académicos como ante la Corte Constitucional, especialmente a partir del contenido de algunos de los principales tratados internacionales de derechos humanos, integrantes del bloque de constitucionalidad, que establecen la doble instancia como derecho de todas las personas y regla general para las sentencias de carácter condenatorio<sup>342</sup>.

Sin embargo, dentro del mismo ámbito académico y cuando correspondió en el jurisdiccional, esta regla fue siempre considerada como ajustada a la Constitución por varias razones, entre ellas: de una parte, en sentido estricto, la garantía que los tratados internacionales ofrecen frente a la posibilidad de impugnar las sentencias desfavorables se refiere a los fallos de carácter penal; de otra, en cuanto el artículo 31 del texto constitucional permite que la ley establezca excepciones a la regla general según la cual toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, siempre que ellas sean razonadas y proporcionales, y finalmente, por cuanto, al igual que en el caso del juzgamiento penal, ese sí expresamente previsto por la Constitución Política, se resaltaba como significativo y altamente garantista para los procesados el hecho de que esta acción solo podría ser conocida desde su inicio por el máximo tribunal del país, un cuerpo colegiado y plural, además órgano de cierre en la respectiva materia, en este caso la contencioso administrativa.

Así, el aparte del artículo 1º de la Ley 144 que establecía la única instancia para los procesos de pérdida de investidura de los congresistas fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-254A de 2012, al estimar que esta regla no resultaba irrazonable ni desproporcionada, y en general, bajo consideraciones análogas a las que algunos años atrás se hicieron también en lo atinente al proceso penal de única instancia de los mismos congresistas y de otros aforados constitucionales<sup>343</sup>. En suma, aún para el momento en que fue modificada la regla sobre única instancia en los procesos de pérdida de investidura fue siempre considerada acorde a la Constitución.

Con todo, al mismo tiempo, durante los años más recientes hizo carrera la idea de que resultaba desproporcionado que no pudiera apelarse la sentencia que pone fin al proceso de pérdida de investidura, especialmente al valorar la grave restricción de los derechos políticos que tal decisión implicaría para cualquier persona. Bajo esta consideración y teniendo en cuenta que la misma Ley 144 de 1994 contempló la procedencia del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias que hubieren decretado la desinvestidura de un congresista, aunque no contra las que hubieren desestimado tal pretensión, existió durante estos años un debate aún no cerrado,

---

<sup>342</sup> Entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>343</sup> Cfr. sentencia C-934 de 2006. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

acerca de si este sería un medio efectivo de defensa judicial, pregunta muy relevante especialmente al momento de decidir sobre la procedencia o no de la acción de tutela contra tales sentencias.

Si bien la jurisprudencia no fue estable o invariable a este respecto<sup>344</sup>, en no pocas ocasiones, y sobre todo en años más recientes, se estimó que, por su carácter excepcionalísimo y sus altas exigencias probatorias, no sería este recurso un efectivo medio de defensa judicial, razón por la cual en muchos casos la tutela se consideró procedente y de evidente trascendencia constitucional, así en muy pocos casos hubiera prosperado.

En adición a esto, la creciente convicción sobre la necesidad de garantizar la doble instancia en la totalidad de los espacios sancionatorios, así como el hecho de tratarse de una competencia propia del Congreso de la República, al igual que el simultáneo cambio constitucional que instituyó la doble instancia para el proceso penal de los congresistas y de otros aforados constitucionales, llevó a que finalmente se aprobara el cambio normativo contenido en la Ley 1881 de 2018, introduciendo también la doble instancia en lo atinente a la pérdida de investidura de los congresistas.

## **6. REGLAS APLICABLES A LA DOBLE INSTANCIA EN PROCESOS DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA**

Lo primero que debe decirse sobre el recurso de apelación en este tipo de procesos, regulado entre otras normas por los artículos 2°, 3° y 14 de la Ley 1881 de 2018, es que esta posibilidad aplica cualquiera que sea el sentido de la decisión de primera instancia. Así las cosas, este recurso procede tanto a favor del congresista que hubiere sido objeto de una decisión desfavorable, como para el demandante que no hubiere logrado la prosperidad de su pretensión, y en el corto tiempo de vigencia de esta nueva norma se han presentado varios casos en que el recurso de apelación se ha ejercido frente a ambas hipótesis.

Debe anotarse que esta regla de carácter bilateral resulta razonable a partir de una mirada imparcial y equitativa del tema, preocupada no solo por la gravedad de la sanción que el congresista pudiere afrontar, sino que también recuerde la importancia de esta acción como mecanismo de participación y de control al ejercicio del poder político, a disposición de los ciudadanos.

---

<sup>344</sup> Sobre esta controversia y la fluctuante posición del juez constitucional a este respecto, ver especialmente las sentencias SU-858 de 2001, T-965 de 2002, SU-1159 de 2003 y T-068 de 2007, entre otras.

De hecho, en el pasado se conocieron casos en los que la tutela se invocó contra decisiones absolutorias de los congresistas<sup>345</sup>, pues por la particular configuración del recurso extraordinario de revisión, en este escenario era aún más claro que el interesado no contaba con ningún otro mecanismo de defensa judicial, en caso de una decisión desfavorable a sus intereses. Esta nueva regla viene entonces también a atender esa necesidad de equilibrio entre las partes que concurren al proceso.

De otra parte, dado que la Constitución Política determina en sus artículos 184 y 237 que la pérdida de investidura de los congresistas es competencia exclusiva del Consejo de Estado, el establecimiento de la doble instancia trajo consigo la necesidad de realizar un rediseño institucional, de modo que el mismo alto tribunal conociera de la acción en ambas instancias, pero garantizando la efectiva separación entre ellas.

Con este propósito, el artículo 2º de la Ley 1881 de 2018 dispuso que la primera instancia se cumplirá ante una sala especial de decisión integrada por cinco consejeros, uno proveniente de cada una de las secciones que componen la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo<sup>346</sup>, mientras que la decisión del recurso de apelación será competencia de esta última, con exclusión de los cinco magistrados que hubieren intervenido durante la primera instancia. De esta manera, en caso de que se interponga este recurso, todos los integrantes de la Sala Plena Contenciosa tendrán oportunidad de participar en la decisión del asunto, rotándose la responsabilidad de actuar como juez de primera o de segunda instancia, y sin que ninguno de ellos tenga ocasión de hacerlo en ambas, garantizando así el debido proceso de todos los sujetos procesales.

El artículo 14 de la referida Ley 1881 establece el procedimiento para el trámite del recurso de apelación. Determina que este deberá interponerse y sustentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia ante la misma sala que la dictó. Señala además que dentro de esta misma oportunidad podrá el apelante pedir pruebas en segunda instancia. Una vez concedido el recurso, el asunto se repartirá por el Secretario General del Consejo de Estado entre los magistrados que no hubieren hecho parte de la sala especial de decisión de primera instancia.

El nuevo ponente deberá entonces decidir sobre la admisión del recurso, y si fuere el caso, sobre las pruebas pedidas por el apelante, para lo cual tendrá en cuenta las reglas previstas en el inciso 4º y siguientes del artículo 212 del CPACA. Esta decisión se notifica entonces a la parte contraria y al ministerio público, quienes tendrán un término de tres días con diferentes finalidades: en el caso de la contraparte, sea el

---

<sup>345</sup> Cfr. entre otras, la sentencia SU-264 de 2015. Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>346</sup> Mecanismo que el Consejo de Estado utiliza recientemente para la más eficiente decisión de diversos asuntos de su competencia, entre ellos, el control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de las medidas legislativas de los estados de excepción.

actor ciudadano o el congresista accionado, para pronunciarse sobre el recurso, y en su caso para pedir pruebas, también bajo las reglas del artículo 212, y en el del ministerio público para rendir concepto de fondo. Una vez surtidos estos trámites, corresponderá al ponente registrar proyecto y a la Sala Plena Contenciosa tomar decisión de fondo sobre el recurso.

Finalmente, es del caso recordar que contra la sentencia que decreta la desinvestidura de un congresista, sea la de primera instancia en caso de no haber sido impugnada, o la de segunda instancia en caso de haber mediado apelación, procede el recurso extraordinario de revisión, únicamente por las causales previstas en el CPACA. En todo caso, la Ley 1881 trajo un cambio en cuanto al término de caducidad de esta acción, que se redujo de cinco a dos años, único aspecto de la nueva ley que podría considerarse favorable a los congresistas en cuanto sujeto pasivo de esta acción.

## 7. CONCLUSIÓN

Presentados los principales y más importantes cambios que la nueva Ley 1881 de 2018 trajo para la figura de la pérdida de investidura de los congresistas, puede señalarse que al margen del posible debilitamiento de la figura que pudiera significar la mayor dificultad que algunos de estos cambios implican frente a la posibilidad de adelantar con éxito este medio de control, ellos resultan positivos en cuanto incorporan a la norma algunas claridades que a través de los años fue deduciendo y consolidando la jurisprudencia, y sobre todo, resuelven discusiones que en el pasado dieron lugar a demoras injustificadas en la decisión de estos casos, así como a situaciones de mayor congestión judicial.

En esta medida, la entrada en vigencia de esta nueva normativa resulta saludable y podrá contribuir a una más efectiva aplicación de este mecanismo de participación y control ciudadano, siempre dentro de los más altos estándares de justicia material en beneficio de todos los participantes, ciudadanos y miembros del poder legislativo.

## VII. PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR CAUSA DE LA INHABILIDAD ESTABLECIDA EN EL NUMERAL TERCERO DEL ARTÍCULO 179 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Por: Diana Marina Vélez Vásquez  
Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado

### 1. PÉRDIDA DE INVESTIDURA

El proceso de pérdida de investidura no es originario de la Constitución de 1991. Conforme la sentencia SU 632 de 2017, sus inicios provienen desde la Constitución del 1886, más exactamente en el artículo 13 del Acto Legislativo No. 1 de 1979; sin embargo, esta reforma constitucional fue declarada inexecutable, de manera que solo hasta la Constitución Política de 1991, se habría consolidado la figura, con el objetivo de dar legitimidad, confianza y credibilidad al parlamento colombiano

Esta delegada precisa que la pérdida de investidura es una acción pública destinada a obtener la separación definitiva de los miembros de corporaciones públicas elegidos por voto popular, que los inhabilita de por vida para volver a ser elegidos, es decir que su naturaleza es sancionatoria y de carácter especial, que se surte ante una autoridad judicial y con fundamento en la Constitución, de contenido eminentemente ético y moral.

El fundamento del proceso de pérdida de investidura lo podemos encontrar, entre otras sentencias, en la de unificación 424 de 2016, emitida por la Corte Constitucional, la cual indicó:

Así pues, el fundamento de este proceso sancionatorio es preservar la dignidad del cargo público de elección popular, y en esa medida, se trata de un mecanismo de democracia participativa, mediante el cual los ciudadanos ejercen control sobre sus representantes, a quienes han otorgado un mandato a través de la vía electoral. En ese orden de ideas, este juicio constituye un mecanismo de control político de los ciudadanos y un instrumento de depuración al alcance de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, el interés general o la dignidad que ostentan.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que la pérdida de investidura es un proceso judicial especial y de control político, que permite determinar la responsabilidad de un miembro de una corporación pública, la cual conlleva, si hay lugar a ello, la imposición de una sanción disciplinaria especial, equivalente en cuanto a sus efectos a la destitución de altos funcionarios del Estado, con el ingrediente, claro está, de que se trata de una sanción que afecta de por vida algunos derechos políticos, como el de ser elegido. Tal como lo contempla igualmente la Sentencia SU 424 de 2016, así:

La pérdida de investidura impone la prohibición perpetua de ejercer el derecho político a ser elegido popularmente, de manera que comporta la imposibilidad de realizar un derecho constitucional. Así pues, el procedimiento que se aplique en el juzgamiento sobre la procedencia de la pérdida de la investidura debe ser especialmente riguroso y respetuoso de las prerrogativas del demandado, en especial, los derechos al debido proceso y a participar en política y conformar el poder público.

## 2. CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS

La Corte Constitucional ha señalado entre algunas características de este proceso sancionatorio de pérdida de investidura, que limitan o reducen algunos derechos fundamentales previstos en la Constitución, como el de ser elegido, el cual no puede ser sometido a restricciones indebidas, por ello las normas constitucionales que regulan la pérdida de investidura deben ser interpretadas de manera armónica con el artículo 29 de la Carta Magna.

En razón de lo anterior, el juicio hecho por el juez, a pesar de ser subjetivo «pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva»<sup>347</sup>, debe verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley, conforme el principio de legalidad, además debe observar que esa conducta sea contraria al ordenamiento jurídico, conforme el principio de antijuridicidad.

Frente a la pérdida de investidura el Consejo de Estado estableció las siguientes características:

[E]s posible delimitar el medio de control y el proceso pérdida de investidura a partir de las siguientes características: i) Es de naturaleza sancionatoria, pues hace parte del *ius puniendi* del Estado y, a diferencia de los procesos sancionatorios administrativos, la competencia para tramitarlo y decidirlo corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo,

---

<sup>347</sup> SU-424 de 2016.

con fundamento en el procedimiento previamente establecido por el legislador, con estricto apego a todos y cada uno de los subprincipios y subreglas que integran el derecho al debido proceso, contenidos en el artículo 29 de la Carta Política, incluido el de favorabilidad. ii) El objeto del proceso es de carácter ético, en tanto las causales establecidas por el Constituyente reflejan un código positivizado de conducta, que tiene por objeto reprochar y sancionar comportamientos contrarios a la dignidad del cargo que ejercen los representantes del pueblo. Dignidad que surge con el voto ciudadano y el principio de representación democrática [...] iii) El proceso de pérdida de investidura es de carácter o naturaleza jurisdiccional, sin importar que sus consecuencias y los efectos que del mismo se derivan tengan un impacto directo sobre los derechos políticos de quien resulta sancionado, en tanto si se remueve la investidura del congresista, se genera una inhabilidad para ocupar cargos de elección popular. iv) La sanción de desinvestidura no es redimible y, por el contrario, es de carácter permanente. Pese a que uno de los principios axiales de la Constitución Política de 1991 es la inexistencia de penas imprescriptibles, según el artículo 28 superior, en este caso la sanción conlleva que la persona declarada indigna del cargo no pueda aspirar nuevamente a cargos de elección popular [...] v) Es un medio de control o acción pública y, por tanto, tiene una amplia legitimación por activa, en tanto cualquier ciudadano puede formular dicha solicitud, además de la atribución otorgada a la mesa directiva de cada una de las cámaras que integran el Congreso de la República, en los precisos términos de la Ley 5 de 1992, artículo 41, numeral 7, y artículo 4° de la Ley 1881 de 2018. vi) El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es, además, un juicio de responsabilidad subjetiva, ya que es preciso que se verifique que la conducta del congresista o excongresista demandado, al incurrir en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución, fue dolosa o culposa tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018. vii) Con la expedición de la Ley 1881 de 2018 se estableció en el ordenamiento jurídico nacional, la garantía constitucional y convencional de la doble instancia para los procesos de pérdida de investidura de congresistas. viii) Se trata de un medio de control que tiene un término de caducidad de cinco (5) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho generador de la causal de pérdida de investidura, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1881 de 2018. De allí que, si la demanda se presenta una vez vencido el mencionado plazo, será procedente declarar probada la excepción de caducidad, incluso de oficio por tratarse de un presupuesto de la acción. ix) Es una

institución autónoma en relación con otros regímenes de responsabilidad de los servidores públicos, sin que el adelantamiento de dos o más procesos por la misma conducta comporte indefectiblemente la violación del principio universal del non bis in ídem.

Igualmente, es necesario resaltar que el proceso sancionatorio de pérdida de investidura tiene tal rigurosidad que el legislador impidió algún tipo de graduación de las causas y de las sanciones, así que todas tienen el mismo efecto de la pérdida definitiva del derecho político a ser elegido.

### 3. NORMATIVIDAD

Las causales de pérdida de investidura las encontramos inicialmente en el artículo 183 de la Constitución Política, norma que establece:

ARTICULO 183. <Ver Notas del Editor en relación con la nueva causal de pérdida de investidura incorporada por el Acto Legislativo 1 de 2009> Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

Dentro de las anteriores causales nos referiremos en el presente escrito exclusivamente a las establecidas en el numeral primero, las cuales nos remiten al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que encontramos en los artículos 179 y 180 de la Constitución, sin embargo, en razón a que en el presente escrito solo nos vamos a referir a las inhabilidades consignadas en el numeral tercero del artículo 179, es necesario saber la diferenciación que ha hecho la máxima corporación de lo contencioso administrativo frente a las dos figuras.

En efecto, la inhabilidad constituye un impedimento para obtener un empleo u oficio, en tanto que el concepto calidad se refiere al estado de una persona en particular, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para ejercer un cargo o dignidad. Por otra parte, la Sala ha definido la incompatibilidad como una limitación para desplegar una

actividad por el hecho de ocupar un cargo, circunstancia que en criterio de la Sala no genera la nulidad de un acto electoral, pues a diferencia de las inhabilidades, que constituyen impedimentos para el ejercicio de un empleo, las incompatibilidades son circunstancias que ocurren con posterioridad a la elección, el nombramiento o la posesión.

Así también el concepto de “inhabilidad”, ha sido definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-558 de 1994, «como aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.» Las inhabilidades se amparan en la necesidad de garantizar la integridad en el proceso electoral, el equilibrio en la contienda política y la igualdad de oportunidades entre los competidores en la elección.<sup>348</sup>

#### 4. NUMERAL TERCERO DEL ARTÍCULO 179 CONSTITUCIONAL

En este escrito se analizará principalmente la causal contenida en el numeral tercero del artículo 179, en especial la proveniente de la “celebración de contratos”. Dice la norma:

No podrán ser congresistas:  
Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.<sup>349</sup>

En concordancia con el artículo 179 constitucional, son tres los eventos en los que se configura la causal de inhabilidad; el primero tiene que ver con la “gestión” de negocios ante las entidades públicas, esto para provecho propio o de terceros; el segundo se configura al “celebrar” contratos con entidades públicas en provecho propio o de terceros; finalmente, el tercero nace en el evento de haber sido representante legal de entidades que administren tributos y contribuciones parafiscales. Todos estos

---

<sup>348</sup> Sentencia C-015 de 2004.

<sup>349</sup> Sentencia Sección Quinta del 10 de septiembre de 2015, magistrada ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente 11001-03-28-000-2014-00028-00

Sentencia Sección Quinta del 11 de marzo de 1999, magistrado ponente Mario Alario Méndez, expediente 1847.

Sentencia Sección Quinta del 4 de diciembre de 2014, magistrada ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente 11001-03-28-000-2014-00006-00

eventos se condicionan al lapso de 6 meses anteriores a la fecha de la elección como parlamentario.

Como cuestión previa, debe indicarse que el alcance de la inhabilidad bajo la causal de intervención en la celebración de contratos, reside ante todo en la existencia de un contrato, entendiéndose estos como lo describe el artículo 32 de Ley 80 de 1993, como «todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente Estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]»

Es importante establecer el significado del verbo “intervenir” que antecede a las causales descritas en el numeral tercero del artículo 179 de la Constitución Política. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, año 1992, paginas 834, 732 y 1015, la palabra “intervenir” proviene del latín “intervenire” y su significado es el de “tomar parte en un asunto.”

## 5. GESTIÓN DE CONTRATOS

La gestión de negocios conforme la Real Academia de la Lengua Española, proviene del latín Gestio – onis, del verbo “gestionar” que significa “hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera”, significado que fue tomado por el Consejo de Estado, al indicar:

1. Haber intervenido el aspirante en la gestión de negocios, entendida ésta, de manera general en el genuino sentido de gestionar, esto es, de “hacer las diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera”, y en materia contractual, como aquellas diligencias o actuaciones personales de carácter preparatorio tendientes al perfeccionamiento y celebración, que para efectos de la inhabilidad cobija por tanto, no solo a quien intervenga directamente en la celebración del contrato (contratista) sino también sino a quien hayan intervenido en los tramites precontractuales [...] <sup>350</sup>

Su fundamento se divide bajo dos panoramas que para entenderlos mejor se explicarán mediante ejemplos; el primero se desarrolla cuando la persona que gestionó el negocio con el Estado cumple su fin y celebra el contrato, de ahí obtiene un impulso a sus aspiraciones políticas al beneficiarse de los dineros de este para la realización de su campaña, o en su defecto se ve favorecido del prestigio que genera la realización de obras o servicios públicos, recalando que dichas obras o servicios no son provenientes de su persona sino del actuar normal de las entidades en cumplimiento de sus funciones.

---

<sup>350</sup> Consejo de Estado, sentencia del 28 de septiembre de 2006, expediente 2005-00712-01 (4052).

El segundo panorama se ve cuando el candidato en su rol de aspirante a un puesto de elección popular, por ejemplo el Senado, se presenta ante una entidad con el fin de obtener o gestionar un negocio, bajo esa condición puede influir en quien atiende la gestión y generar un trato diferente en comparación con otra persona que vaya a gestionar el mismo negocio. De esta manera fue explicado inicialmente dentro de los antecedentes del artículo 179 de la Asamblea Nacional Constituyente, así:

En cuanto al tema de la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido (sic), es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno es el hecho de evitar que una persona con dineros del estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través (sic) de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiera la influencia necesaria para ser elegida [...] adicionalmente, no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando [...] <sup>351</sup>

Igualmente, el juez que evalué la gestión de negocios debe ser muy cuidadoso, en ese sentido, el Consejo de Estado ha establecido que no todas las acciones que se adelanten ante las entidades públicas pueden ser asimiladas como “gestión de negocios”, para que se tipifique la causal debe ser una acción “efectiva, valiosa, útil y trascendente”, y de la misma deben originarse situaciones de ventaja electoral del actor frente a los demás candidatos.

## 6. CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

Uno de los primeros pronunciamientos del Consejo de Estado frente a la inhabilidad en celebración de contratos, se dio mediante sentencia del 23 de febrero de 1994, magistrado ponente Miguel Viana Patiño, radicado AC-1064, en la que se estableció que a pesar de la generalidad de esta causal, debía entenderse que hay situaciones donde se permite celebrar dichos contratos, que están establecidas en el artículo 2 de la Ley 11 de 1973, de la siguiente manera:

**Artículo 2º.** Lo anterior no obsta para que los Senadores, Representantes, Diputados, Consejeros Intendenciales y Comisariales y Concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado actuar en los siguientes asuntos:

---

<sup>351</sup> Corte Constitucional. Constitución Política de Colombia. Antecedentes artículo 179. Sesión Comisión 3 de abril 29 (3429). Presidencia de la República Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente 1991. 20 enero de 1994, p. 18.

- a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la Ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan interés.
- b) Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y multas que graven a las mismas personas.
- c) Usar los bienes o servicios y celebrar los contratos que las entidades oficiales, los institutos descentralizados y las sociedades de economía mixta ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.
- d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público y ante lo Contencioso Administrativo. Sin embargo los congresistas principales o los suplentes durante el ejercicio de su cargo, no podrán ser apoderados y defensores ni peritos, en los procesos de toda clase que afecten intereses fiscales o económicos de la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías o los Municipios, los institutos descentralizados y las empresas de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento del capital. En los juicios de sucesión y en las insinuaciones de donación, la prohibición anterior sólo se refiere a los incidentes que se susciten dentro de ellos por la fijación de los impuestos respectivos.
- e) Actuar como apoderado de los Municipios o de los institutos o empresas dependientes de éstos en asuntos judiciales o administrativos siempre y cuando que la gestión no sea remunerada.

Posteriormente, dichas excepciones también fueron contempladas en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, que consignó:

**ARTÍCULO 10. DE LAS EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.** No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

En este sentido y bajo las reglas del derecho sancionatorio, no basta con establecer de forma tajante si el congresista suscribió un contrato con el Estado, sino que además se debe observar si dichos contratos son ofrecidos al público en condiciones comunes o

están dentro de las excepciones anteriormente plasmadas. Sin embargo, sobre dicha afirmación “ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten” fue necesario hacer una aclaración, pues tampoco tal disposición debía tomarse como una generalidad, por lo tanto, mediante sentencia del 13 de noviembre de 1997, radicado AC- 5061, consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, se dijo:

No puede interpretarse la excepción del numeral 4 del artículo 283 y la misma del artículo 10 de la ley 80, en el sentido de que quien contrata mediante una licitación o concurso no está cobijado con las incompatibilidades, porque está usando los bienes o los servicios ofrecidos en condiciones comunes a los que los solicitan, porque este no es el alcance ni el sentido de la norma. Quien licita o concursa para celebrar un contrato estatal en los términos del estatuto general de contratación, lo hace, en unos casos, para ofrecerle a la entidad pública bienes y servicios con sujeción a unos pliegos de condiciones o términos de referencia específicos, que no podrán ser comunes a todos los miembros de la colectividad y que sólo podrán ser cumplidos por aquellas personas que reúnan las especiales condiciones requeridas por la administración, según el tipo de contrato, para poder celebrarlo y así llenar sus cometidos; y en otros, para acceder a ciertos bienes y servicios estatales que no se ofrecen en condiciones comunes a todas las personas, sino sólo a un grupo de personas que reúnan ciertas condiciones previamente establecidas en la ley o en el reglamento. En los primeros casos, pueden incluirse contratos como el de transporte, cuando el transportador es un particular, suministros, consultoría u obras públicas; y en segundos, como los de concesión de bienes públicos. Por eso cuando se habla de igualdad de los proponentes, concursantes o licitadores, se entiende que, dadas unas condiciones propias y previas, las reúnen por igual.

Como se observa, aunque hay contratos que aparentemente son ofrecidos a todo el público, solo cierto tipo de personas están en las condiciones de llenar todos los requisitos para su celebración, por lo tanto, la norma hace alusión solo a aquellos contratos que en verdad cualquier persona puede suscribir casi que de forma inmediata, como el uso de transporte, contratar la atención de un servicio de salud, el contrato que se celebra entre un banco del Estado y un particular para acceder a servicios como un crédito, una compra de cartera, entre otros.

Posteriormente, se originó otro tipo de discusión frente a la inhabilidad de “celebración de contratos”, que tenía como punto central definir hasta dónde abarcaba el término “celebrar”, no obstante, según la recopilación jurisprudencial hecha por esta delegada, la del H. Consejo de Estado ha sido muy constante y pacífica en la posición adoptada, pues uno de los primeros litigios que se originó con base en

esta postura, fue el resuelto mediante sentencia del 7 de junio de 2002, que tuvo como ponente a la consejera Olga Inés Navarrete Barrero y cursó con radicado 15001- 23-31-000-2001-02211-01-7936, en esta sentencia se indicó:

Lo anterior permite concluir, sin lugar a equívocos, que entre la fecha de nacimiento del contrato, 20 de junio de 1997, y la fecha de inscripción del señor Carlos Julio Castañeda Barrera como candidato al Concejo Municipal, 10 de agosto de 2000 pasaron más de seis meses, siguiendo los parámetros establecidos en la jurisprudencia previamente citada, si la inhabilidad para ser elegido nace el día de la celebración del contrato con la administración, en este caso seis meses antes de la inscripción del candidato, pero no puede extenderse más allá, aún cuando la ejecución del contrato se hubiere realizado dentro de los seis meses anteriores a dicha inscripción [...]

Por ello, la máxima corporación de lo contencioso administrativo ha indicado igualmente en la sentencia del 21 de abril de 2009, de Sala Plena, radicado 2007-00581-00(PI), que: «la intervención en la celebración de contratos tiene lugar a través de gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa, directa o indirecta, en los actos tendientes a su formación, perfeccionamiento y suscripción y de los que se deduzca un interés propio o de terceros en su realización». En este sentido vemos cómo el Consejo de Estado hace una relación entre la celebración del contrato y la suscripción del mismo, tesis original y que fue ratificada, entre otros pronunciamientos, por la providencia del 8 de octubre del 2019, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P Alberto Montaña plaza, Rad.: 11001-03-15-000-2018-02417-01, que mencionó:

Señala la jurisprudencia que cuando la gestión de negocios ante entidades públicas concluye en la celebración de un contrato, esta causal sólo podrá ser examinada como intervención en la celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la realización de un contrato no tiene éxito, entonces la causal se analiza sólo como gestión de negocios propiamente dicha.

Asimismo, cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en gestión de negocios, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros. (Subrayado por fuera del texto original)

La misma providencia también ha establecido que la causal del numeral tercero del artículo 179 constitucional se debe analizar por separado, razón por la cual cuando se

hable de “gestión de negocios” y termine con la “celebración” del mismo, solo se tipificará la causal de “celebración de contratos”, y cuando en la “gestión” no se alcance a realizar la firma del contrato, solo se tipificará la “gestión de negocios”.

Esta agencia del ministerio público ha intervenido ante el Consejo de Estado exponiendo que la celebración de contratos hace referencia exclusivamente a la fase inicial de la contratación, esto es, el momento en el cual se suscribe el mismo; dicha posición conforme el precedente pacífico del Consejo de Estado y el análisis del régimen de la contratación estatal, donde se evidencian normas que equiparan la celebración del contrato con su suscripción, como:

Decreto 1510 de 2013:

ART. 85. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad estatal, independientemente de su objeto:

7. La oferta y su aceptación constituyen el contrato. (Subrayado por fuera del texto original)

Decreto 1082 de 2015:

MÍNIMA CUANTÍA

[...]

Artículo 2.2.1.2.1.5.2. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

8. La oferta y su aceptación constituyen el contrato [...]  
(Subrayado por fuera del texto original)

Ley 1474 de 2011:

ARTÍCULO 94. TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA. Adiciónese al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal. (Subrayado por fuera del texto original)

La anterior normatividad menciona que la celebración o constitución del contrato estatal se origina en el momento en que este se suscribe o se acepta, siendo esta la etapa inicial, posteriormente viene la fase de ejecución y liquidación del contrato; por lo tanto, la celebración, ejecución y terminación son ciclos diferentes y no pueden confundirse o fusionarse. Ahora, la causal de pérdida de investidura que se viene estudiando, establece como verbo rector la “celebración”, y conforme el principio de legalidad, solo se debe equiparar con la aceptación o suscripción del contrato, ya que una interpretación amplia podría afectar derechos políticos protegidos incluso por el bloque de constitucionalidad.

Esto para indicar que la causal señalada no se puede extender hasta la ejecución y liquidación del negocio jurídico, pues al indicar que “*mantuvo relaciones contractuales con entidades públicas de orden distrital y nacional*”, se extiende lo dicho por la norma, que habla exclusivamente de la “celebración”, o sea el momento en el que mediante el acuerdo de voluntades, evidenciado en sus firmas, las partes pactan las obligaciones a las cuales se verán comprometidas en el contrato. Así lo indica también el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de septiembre de 2018, radicado 2018-00015: «Por tanto, los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993, se entenderán celebrados cuando exista acuerdo de voluntades entre el objeto y la contraprestación, y este sea elevado a escrito, de conformidad con el artículo 41 de esta normativa.»

Con el fin de ilustrar un evento donde no se configura la inhabilidad de “celebración de contratos”, porque los mismos estaban en su fase de ejecución y liquidación y no en la suscripción, esta delegada trae como ejemplo un reciente pronunciamiento, en el cual se define la inhabilidad de un Representante a la Cámara que tenía los siguientes vínculos contractuales:

Contrato de prestación de servicios	Entidad contratante	Plazo	Suscripción	Fecha de inicio	Fecha de terminación
CPS No.xxxxx de 2017	AAAAAA	10 meses y 15 días	22 de marzo de 2017	23 de marzo de 2017	6 de febrero de 2018
CPS No. xxxx de 2017	EEEEEE	9 meses	3 de marzo de 2017	3 de marzo de 2017	2 de diciembre de 2017
CPS No. xxxx de 2017	OOOOO	4 meses	23 de agosto de 2017	Fecha de inicio 28 de agosto de 2017	Fecha de terminación 27 de diciembre de 2017

En dicho concepto esta delegada manifestó que «se tiene certeza que los comicios para la elección de los congresistas se realizaron el día 11 de marzo del 2018, por lo cual se logra establecer que la inhabilidad para celebrar contratos con entidades estatales iba desde el 11 de septiembre de 2017 hasta el 11 de marzo de 2018, de tal manera que resulta fácilmente acreditable que el Representante a la Cámara por Bogotá Enrique Cabrales Baquero, no suscribió contrato entre esas fecha y por lo cual no se encontraba incurso en la causal de inhabilidad descrita en el numeral tercero del artículo 179 de la Constitución Política.»

A pesar de ser una posición pacífica del H. Consejo de Estado y en sus conceptos seguir el precedente establecido por esa corporación, el sentir de esta procuraduría es que los contratos en su fase de ejecución y liquidación también traen situaciones que pueden poner en ventaja a los candidatos inmersos en ella, la interpretación dada por el Consejo de Estado al “verbo celebrar” puede ser un poco limitada y taxativa y debería ampliarse al verdadero querer del constituyente, que era eliminar cualquier condición de ventaja frente a otros, cuando planteó: «Es el hecho de evitar que una persona con dineros del estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través (sic) de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiera la influencia necesaria para ser elegida.»<sup>352</sup>

<sup>352</sup> Antecedentes artículo 179. Sesión Comisión 3 de abril 29 (3429). Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente 1991. 20 enero 1994. P. 18.

Una persona que ejecuta un contrato y realiza obras en pro de la comunidad, pero no a nombre propio sino en cumplimiento de la función normal y los fines de la entidad que representa, puede estar valiéndose de esas obras para tener un prestigio que impulse su campaña política.

Ahora, como lo pretendido por las causales de pérdida de investidura es evitar que se generen situaciones de ventaja entre los candidatos a un puesto de elección popular, según lo indicado por el Consejo de Estado esta causal solo se tipifica si la gestión o celebración es realizada en el territorio que conforma la circunscripción electoral, con la salvedad de que, según la Sentencia del 12 de marzo de 2015, emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en radicado 2014-00065-00, los senadores tienen una circunscripción nacional, lo que hace que esta causal se tipifique en negocios suscritos en cualquier parte del país, mientras que los representantes a la Cámara tienen una circunscripción territorial y en este sentido solo quedarían impedidos para realizar la gestión o celebración de contratos en el lugar que aspiran a representar.

Según lo desarrollado por la jurisprudencia, la inhabilidad relacionada con la celebración de contratos puede configurarse de dos formas, la primera de ellas directa, esto es, cuando es el congresista quien suscribe los contratos y la segunda indirecta, o sea que el congresista delega en otra persona la celebración del contrato en beneficio suyo, tal como lo indicó el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en Sentencia del 26 de agosto de 1994, expediente AC - 1500:

[...] dentro de la prohibición constitucional caben dos situaciones: la primera, la celebración directa por parte del congresista de contratos con entidades públicas o personas que administren tributos, y la segunda, la contratación del congresista por interpuesta persona, que tiene ocurrencia cuando es otra la que celebra el contrato por encargo o en provecho suyo, pero aparentando obrar en nombre propio.

Así mismo debe precisar que no necesariamente la 'interpuesta persona' o 'testaferro' debe ser una persona natural, sino que también puede ser una persona jurídica ya que el artículo 180 de la Carta no hizo distinción alguna al respecto [...]

Pero si bien no puede descartarse de plano la figura del contrato por interpuesta persona cuando quien contrata es la sociedad de la que es socio el congresista, tampoco puede afirmarse que en todos los casos en que la persona jurídica actúa se dé dicha figura; por tratarse de un negocio aparente cuya realidad debe desentrañar el juez, el examen del negocio contractual no puede detenerse en la simple verificación de quiénes fueron los firmantes del contrato, o de quiénes conforman el ente societario que lo suscribe, sino que debe extenderse a todas las circunstancias que develen la conexión entre el congresista y

quien se dice fue su testafarro para llegar a la verdad que ilustre su decisión.

### Responsabilidad subjetiva

Como ya se indicó, el elemento subjetivo es indispensable dentro del proceso de pérdida de investidura, en este el juez debe realizar un análisis de las situaciones en que se realizó la conducta, tratando de establecer incluso la intención del aspirante, con el fin de determinar si se podría esperar un comportamiento diferente. Frente a la responsabilidad subjetiva del actor, el Consejo de Estado<sup>353</sup> ha indicado que:

Su resolución está determinada por la prueba de circunstancias que encuadren dentro de las descritas por la Constitución, así como por la presencia de una responsabilidad subjetiva, pues implica el análisis de las condiciones en las que se incurre en las conductas que se erigen en las causales de desinvestidura.

Al respecto, la Corte Constitucional<sup>354</sup> ha señalado:

Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.

En ese sentido, el juez de este proceso sancionatorio debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.

La intención del actor es vital, pues de esta se depende si su fin era conseguir algún tipo de ventaja frente a los demás competidores al cargo de elección popular, pues es necesario mencionar que no todo contrato suscrito con una entidad estatal configura

---

<sup>353</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejero ponente Filemón Jiménez Ochoa. Sentencia del 1 de junio de 2010. Radicación No. 11001-03-15-000-2009-00598-00.

<sup>354</sup> Corte Constitucional SU 424 de 2016

“per se” la inhabilidad en estudio, y así lo estableció el Consejo de Estado cuando expresó:

Es necesario aclarar que, no todo contrato suscrito con una entidad estatal tiene la potencialidad de configurar la inhabilidad, porque hay escenarios en que el Estado ofrece servicios comunes a todos los ciudadanos, entre ellos, de manera ejemplificadora se destacan los contratos bancarios, como los servicios de cuenta corriente o de ahorros, los contratos de seguros, como las pólizas de seguros de vehículos o de personas y los contratos de salud, como la EPS estatal.

## 7. OPORTUNIDAD

La oportunidad es el tiempo que le da la norma al ciudadano para que inicie el proceso sancionatorio de pérdida de investidura, esto mediante la presentación de la demanda; el lapso dispuesto por el legislador para que no opere la caducidad lo encontramos en el artículo 6 de la Ley 1881 de 2018, que ordena: «La demanda deberá presentarse dentro del término de cinco (5) años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho generador de la causal de pérdida de investidura, so pena de que opere la caducidad.»

Un caso práctico del punto de partida para contabilizar la oportunidad en el proceso de pérdida de investidura, se evidencia en el caso del Senador Antanas Mockus, donde se contabilizó la causal de la siguiente manera:

El artículo 6 de la Ley 1881 de 2018 establece que la demanda deberá presentarse dentro del plazo de cinco (5) años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho generador, so pena de que opere la caducidad; dado que el hecho generador que se aduce en las solicitudes acumuladas se advirtió con la elección del senador Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, llevada a cabo el 11 de marzo de 2018, la petición de pérdida de investidura no se encuentra caducada, en tanto que las demandas se presentaron el 23 y el 25 de Julio del mismo año.

Bajo los parámetros expuestos esta agencia del ministerio público realiza su exposición del tema en referencia.

# BIBLIOGRAFÍA

## 1. NORMAS

Constitución Política de Colombia.

Ley 1881 de 2018 “Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones”.

Ley 2003 de 2019 “Por el cual se modifica parcialmente la Ley 5 de 1992 y se dictan otras disposiciones”

Ley 5ª de 1992 “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”

Convención de las Naciones Unidas contra de la Corrupción de 31 de octubre de 2003. Aprobada en Colombia por la Ley 970 de 2005.

Convención Interamericana contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996. Aprobada en Colombia por la Ley 412 de 1997.

Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969. Aprobada en Colombia por la Ley 16 de 1972.

## 2. LIBROS Y ARTÍCULOS

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique. La reforma constitucional de 1979: su inexequibilidad. Bogotá: Ed. Dintel, 1981.

BRITO RUIZ, Fernando. Pérdida de investidura de los congresistas, causales y procedimiento. 4ª ed. Bogotá: Ed. Legis, 2015.

BRITO RUIZ, Fernando, QUINTERO GONZÁLEZ, Leonel y FERNÁNDEZ, John James. La pérdida de investidura de congresistas, diputados, concejales, miembros de las juntas administradoras locales y ediles. 2ª ed. Bogotá: Leyer. Universidad Libre de Colombia, 2007.

CANCINO, Antonio José. Delitos contra la administración pública en: Lecciones de derecho penal. Parte Especial. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011.

CRUZ HERNÁNDEZ, José Gerardo. Inhabilidades electorales en Colombia publicado en:

[https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/5474/5222#content/citation\\_reference\\_13](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/5474/5222#content/citation_reference_13) [consultado el 2 de octubre de 2020 a las 11:30 a.m.]

FAJARDO RICO, Antonio. Control de convencionalidad a la figura de la pérdida de investidura en Colombia. Tesis de grado en la Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, 2018.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. Sistema de responsabilidad disciplinaria en Colombia: El falso dilema de la tensión entre el respeto del derecho constitucional y convencional al debido proceso y la efectividad de la lucha contra la corrupción. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2019.

GUASGÜITA GALINDO, Adriana Fernanda. La pérdida de investidura de los congresistas: una mirada crítica de su trayectoria en el ordenamiento jurídico colombiano. Tesis de maestría en la Universidad Santo Tomás de Aquino, 2017.

Nuevo Siglo. 54-congresistas perdieron su investidura desde 1991. 10 de septiembre de 2012. [Consultado el 29 de agosto de 2020 a las 3:30 p.m.]. Disponible en <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/9-2012-54-congresistas-perdieron-su-investidura-desde-1991>.

LOMBANA VILLALBA, Jaime A. Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario, 2014.

Oficina de asistencia técnica legislativa del programa de fortalecimiento legislativo del Congreso de la república. Evaluación jurídica del régimen general de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, 2004.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. Delimitación jurisprudencial y análisis comparativo de los regímenes de pérdida de investidura en Colombia. En: Revista Diálogos de Saberes, enero a junio de 2008.

URIBE VARGAS, Diego. Las constituciones de Colombia. 2ª ed. Bogotá: Ediciones Cultura Hispánica.1985.

### 3. PROVIDENCIAS

#### 3.1. CONSEJO DE ESTADO

- Auto del 5 de marzo de 2019, Exp. No. 11001-03-15-000-2012-00265-00(REV-PI), C.P. Milton Chaves García.
- Sentencia 2011-00254 del 21 de agosto de 2012, Exp. No. 11001-03-15-000-2011-00254-00(PI), C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Sentencia 2011-00744 de mayo 9 de 2019, Exp. No. 76001-23-31-000-2011-00744-01, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.
- Sentencia 2011-00829 del 12 de junio de 2012, Exp. No. 11001-03-15-000-2011-00829-00, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.
- Sentencia 2018-00011 de octubre 4 de 2018, Exp. No. 11001-03-28-000-2018-00011-00 (PRINCIPAL), 11001-03-28-000-2018-00010-00 y 11001-03-28-000-2018-00030-00 (ACUMULADOS), C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.
- Sentencia de 12 de octubre de 2001, Exp. No. 68001-23-15-000-2000-3503-01 (2678), C.P. Darío Quiñones Pinilla.
- Sentencia de Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado del 6 de octubre de 2009, expediente 11001-03-15-000-2009-00045-00, C.P.(E) Alberto Yepes Barreiro.
- Sentencia de unificación del 29 de enero de 2015, Exp. No. 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU), C.P. Rocío Araújo Oñate.
- Sentencia de unificación del 29 de enero de 2019, Rad. No. 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU), C.P. Rocío Araújo Oñate.
- Sentencia del 1 de febrero de 2000, Exp. No. 7974, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia del 10 de mayo de 2018, Exp. No. 17001-23-33-000-2016-00473-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.
- Sentencia del 11 de diciembre de 2007, Exp. No. 11001-03-15-000-2006-01308-00(PI), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia del 11 de febrero de 2008, Exp. No. 11001-03-15-000-2007-00287-00(PI), C.P. Enrique Gil Botero.

- Sentencia del 12 de marzo de 2019, Rad. No. 11001-03-15-000-2018-04505-00(PI), C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas.
- Sentencia del 13 de agosto de 2009, Exp. No. 11001-03-28-000-2006-00011-00(3944-3957), C.P. Filemón Jiménez Ochoa.
- Sentencia del 13 de septiembre de 2007, Exp. No. 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986), C.P. Susana Buitrago Valencia.
- Sentencia del 15 de abril de 2011, Exp. No. 11001-03-28-000-2010-00121-00, C.P. Susana Buitrago Valencia.
- Sentencia del 15 de julio de 2019, Exp. No. 11001-03-15-000-2019-00970-00 C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.
- Sentencia del 15 de mayo de 2001, Exp. No. AC-12300, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.
- Sentencia del 16 de noviembre de 2011, Exp. No. 2011-00515, C.P. Elizabeth García González.
- Sentencia del 16 de septiembre de 2003, Exp. No. 11001-03-15-000-2003-0267-01 (PI). C.P. Reinaldo Chavarro.
- Sentencia del 18 de noviembre de 2008, Exp. No. 11001-03-15-000-2008-00316-00 (PI), C.P. Mauricio Torres Cuervo.
- Sentencia del 19 de abril de 1995, Rad. No. AC-2444, C.P. Joaquín Barreto Ruiz.
- Sentencia del 19 de mayo de 2016, Exp. No. 68001-23-33-000-2013-01024-01, C.P. Elizabeth García González.
- Sentencia del 21 de abril de 2009, Exp. No. 11001-03-15-000-2007-00581-00, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia del 22 de septiembre de 1994, Rad. No. AC-2010, C.P. Amado Gutiérrez Velásquez.
- Sentencia del 24 de agosto de 1994, Rad. No. AC-1587, C.P. Consuelo Sarria Olcos.
- Sentencia del 24 de enero de 2019, Exp. No. 11001-03-28-000-2018-00093-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

- Sentencia del 27 de enero de 1998, Rad. No. AC-5397, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia del 28 de agosto de 2001, Exp. No. 11001-03-15-000-2001-0112-01, C.P. Eduardo Mendoza.
- Sentencia del 28 de marzo de 2019, Exp. No. 11001-03-28-000-2018-00090-00 (ACUMULADO 11001-03- 28-000-2018-00110-00), C.P. Alberto Yepes Barreiro.
- Sentencia del 29 de julio de 2004, Exp. No. 17001-23-31-000-2003-1555-01 (3413), C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.
- Sentencia del 29 de septiembre de 2009, Rad. No. 25000-23-15-000-2006-02002-01(IJ), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- Sentencia del 3 de agosto de 2015, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00051-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
- Sentencia del 3 de diciembre de 1999, Exp. No. 2334, C.P. Roberto Medina López.
- Sentencia del 3 de marzo de 2005, Exp. No. 05001-23-31-000-2003-04263-02(3502), C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.
- Sentencia del 3 de mayo de 2017. Exp. No. 11001-03-15-000-2016-02058-00(PI), C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández.
- Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. No. 4033, C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.
- Sentencia del 5 de marzo de 2012, Exp. No. 11001-03-28-000-2010-00025-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.
- Sentencia del 6 de mayo de 1997, Rad. No. AC-4539, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.
- Sentencia del 7 de febrero de 2013, Exp. No. 25000-23-25-000-2007-01268-01(1495-09), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero
- Sentencia del 8 de agosto de 2001, Exp. No. 11001-03-15-000-2001-0112-01 (AC), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia del 8 de febrero de 2011, Exp. No. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) , C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

- Sentencia del 8 de mayo de 2007, Exp. No. 11001-03-15-000-2007-00016-00(PI), C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.
- Sentencia del 8 de octubre de 2013, Exp. No. 11001-03-15-000-2011-01408-00, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.
- Sentencia del 9 de abril de 2015, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00061-00, C.P. Susana Buitrago Valencia.
- Sentencia del 9 de febrero de 2006, Exp. No. 08001-23-31-000-2004-00093-02, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.
- Sentencia del 9 de octubre de 2008, Exp. No. 07001-23-31-000-2007-00084-01, C.P. Mauricio Torres Cuervo.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de junio de 2017. Rad. 11001-03-15-000-2016-01503-00. CP. Carlos Enrique Moreno Rubio.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 1 de noviembre de 2016. Rad. 11001-03-15-000-2015-01571-00. CP. María Elizabeth García González.
- Sentencia del 6 de mayo de 2014. Rad. 2013-00865. CP. Enrique Gil Botero.
- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de febrero de 2012. Rad. 2011-00497. CP. Alfonso Vargas Rincón.
- Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 16 de febrero de 2012, consejero ponente Marco Antonio Velilla Moreno (E), radicado número 25000-23-15-000-2011-00213-01(PI), actor: Mauricio Alberto Pérez Ruíz, demandado: Carlos Arturo Romero Jiménez.
- Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, 20 de junio de 2013, radicación número: 17001-23-31-000-2012-00215-02(PI), actor: Jhon Jairo Ramírez Valencia, demandado: Cristhian Camilo López Rivera.
- Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejera ponente: María Elizabeth García González (E), 6 de agosto de 2015, radicación número: 41001-23-33-000-2013-00337-01(PI), actor: José Armín Lozano Caviedes, demandado: Medardo Hernández Hernández, concejal del municipio de Colombia, Huila.

- Sentencia Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejera ponente Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, 24 de octubre de 2011, radicación número: 11001 0315 000 2010 01228-00, actor: Jorge Eliécer Peña Pinilla, demandado: Miguel Jesús Arenas Prada.
- Sentencia Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 21 de mayo de 2018, consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, radicación: 11001-03-15-000-2018-00395-00, actor: Saúl Villar Jiménez, demandado: Guillermo Abel Rivera Flórez.
- Sentencia Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sala Especial de Decisión No. 19, consejero ponente: William Hernández Gómez, del 26 de septiembre de 2018, Radicación 11001-03-15-000-2018-02616-00 acumulado 11001-03-15-000-2018-02672-00, solicitantes: César Augusto Castro Escobar y Mesa Directiva del Senado de la República, demandada: Aida Merlano Rebolledo.
- Sentencia Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión, consejera Ponente: María Adriana Marín (E), febrero 20 de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-00, demandante: Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, demandado: Seuxis Paucias Hernández Solarte.
- Sentencia Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, consejero ponente: Alberto Montaña Plata, 14 de junio de 2019, radicación número: 11001-03-15-000-2018-02615-00(PI), actor: Daniel Silva Orrego y otro, demandado: Luciano Marín Arango.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 29 de mayo de 2019, magistrado ponente Eugenio Fernández Carlier, radicación 55395.

### 3.2. CORTE CONSTITUCIONAL

- Sentencia C-029-09, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-040-93, M.P. Ciro Angarita Barón.
- Sentencia C-101-18. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia C-1062-03. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-125-13, M.P. Alexei Julio Estrada.
- Sentencia C-147-98, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Sentencia C-154-94, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-247-95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-307-09, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Sentencia C-319-94, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia C-545-94, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-546-93, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-618-97, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-755-08, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia C-952-01, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-985-99. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia SU 424 de 2016, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia SU-501 de 2015, magistrada ponente Myriam Ávila Roldán (E).
- Sentencia T-632 de 2017, magistrado ponente José Fernando Reyes Cuartas.

### 3.3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Juzgamiento. Sentencia del 27 de octubre de 2014. Rad. 34.282.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de octubre de 2005. Rad. 19.845. MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

### 3.4. CONCEPTOS

- Concepto 144291 del 9 de mayo de 2019.
- Concepto 355441 del 31 de julio de 2020.
- Concepto 66961 del 22 de abril de 2015.
- Concepto 99901 del 11 de marzo de 2020.

- Concepto Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 5 de septiembre de 2018, consejero ponente Germán Bula Escobar, radicado 11001-03-06-000-2018-00169-00(2399).

