

PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Por no tomar posesión del cargo / CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Requisitos

[E]l Consejo de Estado ha puntualizado que deben cumplirse tres requisitos para que se configure esta causal, a saber: (i) Que la persona acusada haya sido elegida, llamada a ocupar curul de congresista o le fue asignada esta (en el marco del acuerdo final de paz en virtud del Acto Legislativo 03 de 2017) (ii) Que no haya tomado posesión del cargo dentro de los 8 días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras y (iii) Que la falta de posesión no sea atribuible a un hecho constitutivo de fuerza mayor. Este último requisito, se deriva del parágrafo del artículo 183 de la Constitución Política

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 133 / ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2017

HECHO CONSTITUTIVO DE FUERZA MAYOR – Características

[E]l hecho que se invoca como constitutivo de fuerza mayor debe reunir las siguientes tres características: Imprevisible (imprevisibilidad). Significa que quien aduce el hecho como constitutivo de fuerza mayor estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia (...) Irresistible (irresistibilidad). Implica que el cumplimiento de la obligación se torne imposible pese a la conducta prudente adoptada por el sujeto (...) Extraño o exterior (no imputabilidad o ajenidad). Significa que no puede alegar esa causa quien ha contribuido con su conducta a la realización del hecho alegado

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 183

RESPONSABILIDAD EN PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Carácter subjetivo

[E]l análisis de responsabilidad en el procedimiento de pérdida de investidura debe ser subjetivo, dado su carácter sancionador como expresión del *ius puniendi estatal*. Por esta razón, 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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 93 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1

NOTA DE RELATORÍA: En esta providencia se hace un recuento sobre los criterios del Consejo de Estado sobre el carácter de fuerza mayor de la detención preventiva

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI)

Actor: MESA DIRECTIVA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES

Demandado: SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA – RESUELVE APELACIÓN DE FALLO

Temas: Causal 3 del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia. Fuerza mayor como causal de exoneración –privación de la libertad por orden de autoridad, como constitutiva de fuerza mayor.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ASUNTO

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la mesa Directiva de la Cámara de Representantes contra la sentencia proferida el día 20 de febrero de 2019 por la Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura de esta Corporación.

II. ANTECEDENTES

2.1. Solicitud presentada.¹

La Mesa Directiva de la Cámara de Representantes presentó solicitud de pérdida de investidura contra el señor Seuxis Paucias Hernández Solarte por la causal prevista en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política y el artículo 296.7 de la Ley 5 de 1992, es decir, por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras o de la fecha en que fuere llamado a posesionarse.

¹ Folio 1 y 2 del cuaderno principal nro. 1

Señaló que el señor Seuxis Paucias Hernández Solarte fue designado representante a la Cámara por la circunscripción territorial del departamento del Atlántico para el período constitucional 2018 a 2022, en representación del partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común «FARC». Igualmente, que a la fecha no ha comparecido ante el presidente de la Cámara de Representantes a tomar posesión del cargo, motivo por el cual se configuró la causal de pérdida de investidura invocada.

2.2. Contestación de la demanda - Seuxis Paucias Hernández Solarte.²

Indicó que no ha podido tomar posesión del cargo de representante a la Cámara por el departamento del Atlántico porque el 9 de abril de 2018 fue privado de la libertad por orden de la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de la orden de captura internacional expedida por la Interpol, previo requerimiento elevado por el gobierno de los Estados Unidos de América, quien lo solicitó en extradición.

Alega que se encuentra ante una circunstancia irresistible que no le ha posibilitado posesionarse en el cargo. El estar privado de su libertad constituye un hecho ajeno a su voluntad, máxime si no existe prueba ni siquiera indiciaria que permita poner en entredicho su inocencia.

Manifestó que el accionado ha realizado todas las gestiones posibles para tomar posesión de su cargo (formuló acción de tutela, presentó incidente de desacato, allegó acta de posesión suscrita y presentada ante al presidente de la Cámara de Representantes), sin que se le haya permitido hacerlo. Afirmó que presentó excusa para cumplir con su deber constitucional por fuerza mayor, sin que aquella corporación de elección popular se haya pronunciado.

2.3. Sentencia apelada.³

La Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura profirió sentencia de primera instancia el día 20 de febrero de 2019 mediante la cual negó la solicitud formulada.

Constató que el congresista demandado no tomó posesión del cargo en la fecha de instalación del Congreso de la República el 20 de julio de 2018 y continúa sin hacerlo, porque fue privado de su libertad el 9 de abril de 2018 por orden de la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en la circular roja de la Interpol nro. A-3648/4-2018 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 484 de la Ley 906 de 2004.

Encontró que la privación de la libertad del congresista constituye un hecho externo que provino de autoridad pública y que la detención se produjo antes de la fecha de instalación del Congreso de la República. Por lo tanto, el

² Folio 14 a 42 del Cuaderno Principal nro. 1

³ Folio 286 a 306 del Cuaderno principal nro. 2

demandado está en imposibilidad física de tomar posesión del cargo en los términos establecidos en los artículos 12 a 17 de la Ley 5 de 1992.

Afirmó que no les es imputable al demandado la imposibilidad de tomar posesión del cargo. Según las pruebas allegadas, ha procurado posesionarse en el cargo de congresista a través de diferentes medios sin poderlo hacer. Además, el principio de presunción de inocencia del accionado aún se mantiene incólume y así perdurará hasta que se le declare penalmente responsable.

2.4. Recurso de apelación.⁴

La Mesa Directiva de la Cámara de Representantes señaló que en el fallo de primera instancia se interpretó indebidamente la causal consagrada en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Nacional. Señaló que la Sala Especial de Decisión profirió un fallo contrario a los lineamientos doctrinales y jurisprudenciales porque no se configuraron los elementos de imprevisibilidad y exterioridad, exigidos para que se configure la fuerza mayor, esto es:

- No hubo un hecho de la naturaleza, sino una acción (captura) derivada de la propia actuación (presuntamente delictiva) del señor Seuxis Paucias Hernández Solarte. Fue su proceder el que dio lugar al proceso penal en su contra, la consecuente solicitud de extradición y la posterior captura. Por ende, el señor Hernández Solarte no puede beneficiarse ni obtener provecho de su propia culpa.
- El hecho de ser acusado penalmente por una Corte Federal de los Estados Unidos de América por el delito de narcotráfico y de haberse proferido en su contra una orden de captura por parte de esas autoridades, hace previsible la consecuencia de la privación de la libertad con fines de extradición.

Insistió que no es necesario acreditar en este expediente la pena que se imponga en aquel proceso penal, por cuanto el proceso de pérdida de investidura tiene una connotación ética lo que permitiría profundizar en la conducta del sometido a este procedimiento sin presencia de una sentencia penal. Agregó que en este caso existe concepto favorable para la extradición rendido por el señor Procurador General de la Nación, lo que desvirtuaría los argumentos del fallo de primera instancia.

III. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. Admisión.

El recurso de apelación fue admitido por medio de auto del 1.º de abril de 2019,⁵ y notificado a las partes y al Ministerio Público el 2.º de abril de 2019.⁶

⁴ Folio 321 a 328 del Cuaderno Principal nro. 2

⁵ Folio 350 del Cuaderno Principal nro. 2.

⁶ Folios 351 a 355 del Cuaderno Principal nro. 2.

3.2. Oposición del recurso⁷

El apoderado del señor Seuxis Paucias Hernández Solarte realizó un análisis legal y jurisprudencial de la causal de fuerza mayor e indicó que su cliente no puede más que someterse al imperio y acción que el Estado le impone al estar privado de la libertad bajo la guardia y disposición de la Fiscalía General de la Nación. Por esta razón difiere de los argumentos del recurrente, al sugerir que con la mera acusación penal se presume que cometió un delito, hecho que no se ha demostrado en ningún estrado judicial. Por lo anterior, comparte la tesis de la sentencia de primera instancia en cuanto se refiere al principio de presunción de inocencia.

3.3. Concepto del Ministerio Público⁸

El señor Procurador Cuarto Delgado ante el Consejo de Estado manifestó que a su juicio no se presentaron hechos o situaciones que ameriten un estudio diferente al realizado en primera instancia.

3.4. Pruebas.⁹

Por medio del auto del 10 de abril de 2019 se negaron las pruebas solicitadas por la parte recurrente. Esta decisión quedó debidamente ejecutoriada.

3.5. Impedimento.¹⁰

A través de providencia del 30 de abril de 2019, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró fundado el impedimento del señor consejero Nicolás Yepes Corrales, manifestado el día 23 de abril anterior.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de los recursos contra las sentencias proferidas por las Salas Especiales de Decisión de Pérdida de Investidura, en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 y 237 ordinal 5.º de la Constitución Política, 37 ordinal 7.º de la Ley 270 de 1996, 2.º de la Ley 1881 de 2018 y 2.º del Acuerdo 011 de 31 de 2018 compilado en el artículo 34 del acuerdo 080 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Así mismo, la competencia funcional de la segunda instancia se encuentra limitada exclusivamente a los argumentos materia de impugnación, tal como lo

⁷ Folios 341 a 349 del Cuaderno Principal nro. 2.

⁸ Folios 358 del Cuaderno Principal nro. 2.

⁹ Folio 360 del Cuaderno Principal nro. 2.

¹⁰ Folio 376 a 377 del Cuaderno Principal nro. 2.

disponen los artículos 320¹¹ y 328 del CGP.,¹² aplicables por expresa remisión del art. 306 del CPACA y el art. 14 de la ley 1881 de 2018.

4.2. Problema Jurídico y metodología de la argumentación.

De acuerdo con la discusión planteada en el recurso de apelación el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿La privación de la libertad con fines de extradición de un congresista constituye 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 párrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia?

Para resolver este problema la Sala Plena esbozará los elementos generales de la sanción y procedimiento de pérdida de investidura, así como de la causal invocada; además, estudiará los argumentos del recurso de apelación sobre la inexistencia de una fuerza mayor y si en este caso concreto hay lugar a confirmar o revocar la sentencia apelada.

4.2.1. La pérdida de investidura. Generalidades.

La Sala recuerda que desde la expedición de la Constitución de 1991 el régimen aplicable a los congresistas es especialmente estricto¹³ con el propósito de rescatar el «prestigio y la respetabilidad del Congreso».¹⁴ Por esta razón, la Carta Política ha tipificado conductas que por su alto nivel de reprochabilidad deben ser sancionadas con la pérdida de investidura, lo cual implica la inhabilidad no redimible para ejercer el derecho político a ser elegidos popularmente.¹⁵

El procedimiento especial a través del cual se impone esta sanción surge como consecuencia de una acción pública cuya finalidad principal es:

- a. Garantizar a los ciudadanos que aquellos a quienes se ha distinguido con esta investidura, no abusen de su poder aprovechándolo para alcanzar sus fines personales,¹⁶

¹¹ ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. [...]

¹² Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. [...]

¹³ En la exposición de motivos de la ponencia para debate la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente se sostuvo: “El altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por la 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 dietas o suspensión temporal en el 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. [...]. De igual manera el evidente incumplimiento de los deberes del congresista debe ser motivo para la sanción [...]”. Gaceta Constitucional núm. 51, pág. 27.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-247 de 1995. Ver antecedentes de este mecanismo en Ramírez Ramírez, Jorge Octavio. Pérdida de Investidura de Congresistas 1991-2017: análisis cuantitativo, cualitativo y fichas de análisis jurisprudencial. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018, p. 26.

¹⁵ Sentencias T-987 de 2007 y C-207 de 2003 y SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1994; Citado en Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de noviembre de 2014, radicación 110010315000201200900-00 (2012-00899 y 2012-00960 acumulados).

- b. Procurar por la transparencia absoluta de los miembros de las corporaciones públicas en relación con sus actuaciones,¹⁷ y
- c. Proteger la confianza que el electorado ha depositado en sus elegidos o, como en este caso, la confianza derivada de los acuerdos de paz, porque además sanciona.
 - i. La falta de posesión en el cargo y
 - ii. La inasistencia a sesiones plenarias en las que se voten proyectos de ley, actos legislativos o mociones de censura en número definido por la Constitución. Esto último como un castigo al llamado «ausentismo parlamentario».

Esta acción constituye una ampliación de los mecanismos de participación democrática,¹⁸ que busca la sujeción del congresista a los límites fijados en el ordenamiento constitucional, y desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas, evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público y recuperar el prestigio del órgano legislativo.¹⁹

El artículo 1.º de la Ley 1881 de 2018 precisó que este es un juicio de responsabilidad subjetiva, en el cual solo se sanciona al denunciado 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 que existió en algún momento sobre la naturaleza de estos asuntos.

4.2.2. Estudio de la causal invocada.

La causal imputada al señor Seuxis Paucias Hernández Solarte es la prevista en el ordinal 3.º del artículo 183 de la Constitución.²⁰ El texto pertinente es el siguiente:

«Artículo 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.

[...] Parágrafo. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor»

Para abordar su estudio es necesario precisar que el ejercicio de toda función pública es un derecho que finalmente se revierte en un deber;²¹ por lo tanto, el inciso 2.º del artículo 122 de la Constitución Política regula que «[...] ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben [...]». En consecuencia, para ejercer el cargo de congresista y cumplir el mandato recibido, debe tomarse posesión de este y prestarse juramento de rigor.²²

¹⁷ Ob. Cit. Ramírez Ramírez, Jorge Octavio. P. 26

¹⁸ Derecho político calificado de fundamental, previsto en el artículo 40 constitucional. Ver Sentencia SU-1159 de 2003 de la Corte Constitucional.

¹⁹ Ob. cit. Ramírez Ramírez, Jorge Octavio. P. 26

²⁰ Reproducida en el ordinal 7.º del artículo 296 de la Ley 5 de 1992.

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 12 de diciembre de 2007, radicación 11001-03-06-000-2007-00102-00(1872), solicitante Ministro del Interior y de Justicia.

²² Art. 17 de la ley 5 de 1992

En principio podría indicarse que los servidores públicos solo pueden ser objeto de reproche sancionatorio en virtud de su cargo y a partir del momento en que se posesionen. Sin embargo, el constituyente estableció para los congresistas²³ una causal específica por la defraudación del mandato popular, con la que sanciona la conducta de aquel representante o senador que no tome posesión en el momento de la instalación de la respectiva cámara o dentro de los ocho (8) días siguientes a este hecho, o a su llamamiento a ocupar la curul, según el caso.

Esta causal busca garantizar el principio democrático de representación política, porque obliga al congresista a asumir el ejercicio del mandato que le confirió el pueblo a través de su voto, so pena de la sanción allí prevista. En efecto, es claro que el congresista **contrae un compromiso con sus electores o representados** y con la institución, por lo tanto, debe posesionarse en su cargo porque este acto lo vincula jurídicamente con sus deberes, sus derechos y sus altas responsabilidades institucionales (art. 133 de la Constitución Política).

Esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera, además, que no hacerlo implica una ruptura del pacto político existente entre el elector o la institucionalidad y el elegido, llamado o designado, elemento fundamental de la democracia representativa;²⁴ es decir, esta causal exige que la confianza depositada por el elector, o como en este caso por la institucionalidad en el marco de un acuerdo de paz, no resulte frustrada por **la decisión unilateral e injustificada del representante o senador** de no presentarse a la posesión del cargo, sin que medie fuerza mayor que así lo avale.²⁵

En armonía con lo anterior, el Consejo de Estado ha puntualizado que deben cumplirse tres requisitos para que se configure esta causal,²⁶ a saber:

- (i) Que la persona acusada haya sido elegida, llamada a ocupar curul de congresista o le fue asignada esta (en el marco del acuerdo final de paz en virtud del Acto Legislativo 03 de 2017)
- (ii) Que no haya tomado posesión del cargo dentro de los 8 días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras y
- (iii) Que la falta de posesión no sea atribuible a un hecho constitutivo **de fuerza mayor**. Este último requisito, se deriva del párrafo del artículo 183 de la Constitución Política.

Ahora bien, el objeto de la discusión en segunda instancia, en el caso *sub examine*, es la fuerza mayor declarada por el *a-quo*, porque la parte apelante indica que el hecho sobre el cual se sustentó es imputable al congresista acusado y, por lo tanto, no puede exonerársele de responsabilidad.

Para resolver esta controversia la Sala parte de la legislación civil²⁷ que considera este fenómeno jurídico como **aquella situación imprevisible o**

²³ Y otros miembros de corporaciones de elección popular.

²⁴ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de septiembre de 1992 (sin número se expediente). Citado en la sentencia C-507 de 1994.

²⁵ Sentencia SU-632 de 2017 de la Corte Constitucional

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de octubre de 2011, radicación 11001-0315-000-2010-01228-00(Pi), actor Jorge Eliecer Peña Pinilla, Accionado Miguel Jesús Arenas Prada.

imprevista que es imposible de resistir.²⁸ Sus elementos han sido desarrollados, principalmente, desde el punto de vista de la responsabilidad civil²⁹ y allí se ha indicado que el hecho que se invoca como constitutivo de fuerza mayor debe reunir las siguientes tres características:

- **Imprevisible** (imprevisibilidad). Significa que quien aduce el hecho como constitutivo de fuerza mayor estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia;³⁰ es decir, que no había alguna razón especial para que el sujeto pensara que se produciría el acontecimiento que configura la fuerza mayor. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explica que el hecho imprevisible es aquel «que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia».³¹
- **Irresistible** (irresistibilidad). Implica que el cumplimiento de la obligación se torne imposible pese a la conducta prudente adoptada por el sujeto. Es decir, hace referencia a que quien alegue la fuerza mayor debe probar que la situación que invoca conllevó la imposibilidad de cumplir o de obrar de manera diferente a como lo hizo; por lo tanto, no se trata de una simple dificultad sino de un verdadero obstáculo insuperable.
- **Extraño o exterior** (no imputabilidad o ajenidad). Significa que no puede alegar esa causa quien ha contribuido con su conducta a la realización del hecho alegado;³² es decir, el afectado no puede haber intervenido en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, de forma que no haya tenido control sobre la situación ni injerencia en esta.³³ Por esa razón el acontecimiento no puede ser imputable a la persona.

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

²⁷ Artículo 64 del Código Civil Colombiano

²⁸ Los ejemplos señalados en el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, son el naufragio, terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por funcionario público, etc.

²⁹ Independientemente de la teoría «monista o unitaria» en la cual se acepta la identidad entre ambas nociones, caso fortuito y fuerza mayor; o la «dual o dualista» bajo cuya consideración se dividen ambas figuras jurídicas hasta el punto de considerar que sólo la fuerza mayor es causal eximente de la responsabilidad del Estado. Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 29 de enero de 1993, Exp. 7365.

Para profundizar sobre la distinción entre la causa que origina la fuerza mayor y el caso fortuito ver Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Contratos Administrativos. *Teoría General*. Tomo III-A. Cuarta Edición Actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2011. Págs. 272-281; Mazeaud, Henri, Mazeaud León y Tunc, André. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Quinta Edición, Tomo II, Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977. Págs. 147-150 y 162-213 y Díez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo V. Reimpresión. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 2014. Págs. 64-65.

³⁰ En la sentencia del 26 de marzo de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que: «[...] la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.[...]».

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de noviembre de 1989, citada por la Corte Constitucional en sentencia SU501 de 2015.

³² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 17 de octubre del 2000, radicación Ac-11760, actor: Luis Fernando Benítez Vargas, Accionado: Luis Fernando Almarío Rojas.

³³ Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia del 26 de marzo de 2008 Expediente No. 16.530. En esta providencia se hace una crítica sustancial al requisito porque, señala, « [...] resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración -al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna [...]».

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Radicación n° 76622-3103-001-2009-00201-01. Sentencia de fecha 28 de abril de 2014.

haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma, es decir, que estuvo fuera de su acción y por el cual no tiene el deber jurídico de responder.³⁴

Ahora bien, el contenido concreto de la apelación lleva a la Sala al estudio de un aspecto específico, la exterioridad o no imputabilidad del acontecimiento alegado. En efecto, tanto la imputación que se realizó al congresista acusado en este proceso, como el argumento de la impugnación, se centraron en señalar que la privación de la libertad con fines de extradición que recae sobre el señor Hernández Solarte, es imputable a este y por lo tanto no constituye fuerza mayor frente a la causal regulada en el artículo 183 ordinal 3.º de la Constitución Política.

Al respecto, la Sala observa que en una primera fase la jurisprudencia de la Corporación concluyó que **la detención preventiva no constituye fuerza mayor** respecto de la causal invocada porque el proceso penal y su detención no le son ajenos o extraños al congresista.

- Así lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil el 7 de noviembre de 1996.³⁵ Adujo que si bien los actos de autoridad judicial de detención preventiva son irresistibles por su carácter de coercitivo, solo constituyen fuerza mayor si el sujeto es completamente ajeno a su causación; contrario sensu, si el sujeto por su acción u omisión da origen a dicho acto como consecuencia de la presunta comisión de un hecho punible, no puede alegarlo como causal de fuerza mayor para dejar de cumplir una obligación a su cargo, es decir, que no se cumple con el requisito de la exterioridad.
- Esta postura fue ratificada en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 13 de julio de 1999.³⁶ Según la decisión, el objeto de análisis para determinar la fuerza mayor no es la orden judicial, sino la conducta del accionado, voluntaria y previsible, por esto concluyó que la fuerza mayor no depende de la legitimidad o ilegitimidad de la orden de autoridad, por el contrario, como el congresista fue quien produjo la su inasistencia porque antes de tomar posesión ya se encontraba privado de la libertad, el hecho le resultaba previsible. Por esta razón concluyó que el accionado creó la condición para inasistir.

En un segundo momento esta Corporación concluyó que **la detención preventiva sí constituye fuerza mayor**, porque ni el proceso penal ni la privación de la libertad le son imputables al congresista en virtud de la presunción de inocencia, y por tanto, tiene efecto exonerativo.

- a. En efecto, en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 17 de octubre de 2000,³⁷ el Consejo de Estado explicó que se encontraban demostradas las 3 condiciones que deben presentarse en un hecho para que pueda predicarse la fuerza mayor, así: **a)** el congresista **no podía resistirse** a la medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación vigente, **b)** le fue **imprevisible** en la medida que la actividad ordinaria del accionado era la de congresista y no existió en el proceso elemento alguno del que

³⁴ T-271 de 2016 Corte Constitucional.

³⁵ Concepto 902 consulta formulada por el señor ministro del Interior.

³⁶ Radicación AC-7715, actor Pablo Antonio Bustos Sánchez, accionado Carlos Alberto Oviedo Alfaro

³⁷ Radicación AC-11760, actor Luis Fernando Benítez Vargas, accionado Luis Fernando Almario Rojas.

pueda desprenderse que observaba conductas que pudieran hacerle prever que podía ser detenido por orden judicial y **c) fue ajena o externa** al sujeto ya que si bien el proceso penal no le era extraño, esto no permite afirmar o suponer siquiera que hubiera sido el causante de este. Es decir, el proceso penal no fue producto de la voluntad del accionado, ni este intervino como causante de la situación que lo envolvió o en la cual resultó involucrado.

- b. Esta postura fue ratificada posteriormente en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 23 de abril 2001³⁸ en la que consideró que la detención preventiva es un hecho imprevisible, irresistible y ajeno a la voluntad del accionado. Sostener lo contrario, se dijo allí, implicaría desconocer la presunción de inocencia y el debido proceso pues no existía aún decisión judicial que declarara culpable de los hechos investigados al congresista. Arguyó que la imposición de la detención preventiva es una restricción del derecho a la libertad autorizada por el artículo 28 de la Constitución Política, cuya finalidad es asegurar la comparecencia al proceso de la persona investigada y garantizar la protección de la sociedad, sin que ello signifique que desvirtúa la presunción de inocencia.³⁹

La Sala ratificará esta segunda y actual postura, porque es la que más se ajusta a los postulados constitucionales y legales y a la garantía de una interpretación *pro homine o pro persona*.

Este principio interpretativo se desprende de los artículos 1, 2 y 93 de la Carta Política. Según estos mandatos, se impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, aquella que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política.⁴⁰

En efecto, el análisis de responsabilidad en el procedimiento de pérdida de investidura debe ser subjetivo, dado su carácter sancionador como expresión del *ius puniendi estatal*. Por esta razón, 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.

³⁸ Radicación AC-12591, actor Pablo Bustos Sánchez y otra, accionado Basilio Villamizar Trujillo

³⁹ Esta postura fue acogida en la providencia apelada.

⁴⁰ Sentencia T-171 de 2009. Según la misma Corte Constitucional en sentencia C-438 de 2013 este es un criterio de interpretación fundado en las obligaciones contenidas en los artículos 1.º, 2.º y 93.º de la Carta Política, bajo el entendido que los «derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia», que se estipulan, además, en el artículo 5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, este principio impone que «sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental». Sentencia T-085 de 2012. La doctrina también ha definido este principio como «un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre» Pinto, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos [on line]. Un.org. (2019). [online] consultable en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) [accedido el 9 de mayo de 2019].

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 [...]».
- (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».

Por lo tanto, la privación de la libertad en el marco de un proceso penal o de un trámite administrativo de extradición para afrontar un proceso penal en el exterior, no permiten concluir *a priori* -en este juicio sancionatorio de pérdida de investidura-, que el hecho que la originó es imputable o atribuible al congresista que está pendiente de posesión. En estos casos el juez de la pérdida de investidura no puede invadir la órbita del juez penal para determinar la exterioridad o no de la conducta y evaluar paralelamente las pruebas que implican la supuesta responsabilidad penal, frente a la causal invocada en este asunto.

Ahora bien, cuando se trata de solicitud de extradición, el Fiscal General de la Nación ordena la captura con fines de extradición⁴¹, ello con fundamento en el artículo 35 superior, y según lo previsto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, tan pronto como conoce la solicitud formal de extradición o antes, si el Estado requirente así lo pide, y basta una nota del país requirente en la que exprese la plena identidad de la persona, y entre otros, la circunstancia de haberse proferido acusación o su equivalente y la urgencia de tal medida.

Por esta razón, como la extradición es un instrumento de colaboración o cooperación judicial internacional en materia penal que, como tal, debe mantener incólumes las garantías de defensa previstas en los procedimientos administrativos y judiciales para quien es capturado, su trámite no implica un juzgamiento definitivo.

⁴¹ Trámite en el que intervienen dos Ramas del Poder Público: el Ejecutivo procede a través de la Presidencia de la República y de los ministerios de Relaciones Exteriores, Interior y de Justicia y el Judicial actúa por intermedio de la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluso de la Jurisdicción Especial para la Paz cuando se trata de otorgar o no la garantía de no extradición derivada del Acuerdo Final de Paz con las FARC.

En consecuencia, la captura o privación de la libertad que ocurre durante su desarrollo, o previo a este con la misma finalidad, tampoco puede dar lugar a un prejuzgamiento o a desvirtuar la presunción de inocencia de la persona requerida. Su objetivo es que la investigación o el juicio por una determinada conducta punible se cumplan en el Estado requirente con la presencia del presunto infractor, cuando este se encuentre en territorio distinto de aquél en el que se cometió el hecho.⁴²

Conclusión: 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.

4.2.3. Estudio del caso concreto frente a la causal invocada.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de acuerdo con lo esbozado en los apartes anteriores, analizará si se cumplen en este caso los presupuestos para reconocer que existe fuerza mayor, conforme lo concluyó la primera instancia y según lo regulado en el parágrafo del artículo 183 de la Constitución Política, frente a la causal de pérdida de investidura prevista en el ordinal 3.º *ibidem*.

En el caso *sub examine* se encuentra demostrado y no fue objeto de controversia, lo siguiente:

- a. El señor Seuxis Paucias Hernández Solarte, congresista por el partido FARC,⁴³ está privado de la libertad en centro carcelario desde el 9 de abril de 2018, a órdenes de la Fiscalía General de la Nación, por estar involucrado en un proceso penal por los delitos de asociación ilícita para fabricar, distribuir e importar cocaína con destino a los Estados Unidos de América, tentativa de fabricación y distribución, y tentativa de importación del mismo narcótico a ese país y haber sido requerida su detención por autoridades judiciales del Distrito Sur de Nueva York como medida preventiva,⁴⁴ sin que hasta la fecha haya prueba de una sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada en su contra.⁴⁵
- b. El congresista solicitó autorización a la autoridad penitenciaria, a la Justicia Especial para la Paz – JEP,⁴⁶ al centro carcelario⁴⁷ y a su vez a

⁴² Corte Constitucional, Sentencia SU-110 de 2002, Sentencia C-780 de 2004, Sentencia C-243 de 2009.

⁴³ El señor Hernández Solarte le fue asignada una curul como representante a la Cámara, según copia de la resolución 1597 de 19 de julio de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se asignan unas curules en Senado de la República y Cámara de Representantes para el periodo constitucional 2018-2022 al Partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común-FARC, de conformidad con el Acto Legislativo n.º 3 de 2017 y en la que se encuentra el señor Seuxis Paucias Hernández Solarte. Así como la credencial electoral expedidas a favor de este. (folio 39 a 44 C. Anexo 2).

⁴⁴ Según texto de la circular roja emitida en su contra y documentos de captura, obrantes en el proceso a folios 104 a 106 C. anexo 4. Ello también se desprende de lo mencionado en la decisión tomada el día 15 de mayo de 2019 por la Sección de Revisión de Sentencias del Tribunal para Paz, a la cual se hará referencia más adelante. P 91

⁴⁵ Esto no solo se desprende de la circular roja emitida para la captura del señor Hernández Solarte sino también de la decisión referida en la cita anterior, donde claramente se indica que el proceso penal está en etapa de acusación formal No. 18 Cr. 262. P. 104

⁴⁶ Folio 94 a 95 C. Anexo 3.

⁴⁷ Folio 101 C. Anexo 3.

la autoridad judicial a órdenes de quien se encuentra privado de la libertad,⁴⁸ con el fin de tomar posesión de su cargo como representante a la Cámara, peticiones que fueron negadas.⁴⁹ Igualmente, que elevó sendas peticiones ante el Presidente de la Cámara de Representantes con el objetivo de tomar posesión del cargo y presentar excusa por causal de fuerza mayor;⁵⁰ todo con resultados improductivos.⁵¹

- c. El denunciado presentó acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se ordenara su traslado al Congreso de la República para tomar posesión del cargo de representante a la Cámara. En esta acción se tuteló el derecho a la participación política y se ordenó a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes que fue vinculada a ese trámite, que hiciera el estudio de la excusa presentada por no tomar posesión del cargo dentro del término constitucionalmente previsto.
- d. El señor Hernández Solarte ha estado en espera de que la Justicia Especial para la Paz resuelva, en providencia definitiva, si conserva la garantía de no extradición prevista en el «Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera»,⁵² entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP,⁵³ o si deben surtir las demás etapas legales del procedimiento de extradición hacia el país requirente porque los hechos imputados se cometieron después de la firma del citado acuerdo.⁵⁴
- e. En efecto, por comunicado de prensa del día 15 de mayo de 2019 publicado en la página oficial de la JEP⁵⁵ la Sección de Revisión de Sentencias del Tribunal para Paz decidió en primera instancia el asunto y otorgó la garantía de no extradición al señor Hernández Solarte. También ordenó que la Fiscalía General de la Nación que dispusiera de la libertad de esta persona, según providencia que puede visualizarse a través de la misma página web.⁵⁶ Esta decisión aún no se encuentra en firme y según información institucional fue apelada por el Ministerio Público.⁵⁷

De acuerdo con lo anterior, para el momento en que el señor Seuxis Paucias Hernández Solarte incumplió con su deber de posesionarse como representante a la Cámara, se encontraba ante un hecho jurídico que le impidió cumplir con su mandato, el cual sí constituye fuerza mayor en criterio de esa Sala Plena, porque:

⁴⁸ Folio 99 a 100 C. Anexo 3.

⁴⁹ Folio 53 y 104 C. Anexo 3 y 140 a 142 C. Anexo 4.

⁵⁰ Folios 112 a 113 y 114 a 116 del C. Anexo 3.

⁵¹ Folio 284 y 285 C. Anexo 3.

⁵² Esta garantía fue introducida a nuestro ordenamiento constitucional a través del Acto Legislativo 01 de 2017 que agregó un Título Transitorio a la Constitución Política, correspondiente a «LAS NORMAS PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA», específicamente en su artículo transitorio número 19.

⁵³ Se indica que el señor Seuxis Paucias Hernández Solarte hizo parte de las Fuerzas Revolucionarias del Común – FARC-EP, quien de conformidad al «Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera» y el acto legislativo 03 del 2017, firmó el acta de compromiso y completó el proceso de dejación de armas. Ver: Folio 36 a 37 del C. Anexo 3

⁵⁴ Folios 67 a 69 C. principal.

⁵⁵ Consultable en: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/LA-SECCI%C3%93N-DE-REVISI%C3%93N-DE-LA-JEP-APLICA-LA-GARANT%C3%8DA-DE-NO-EXTRADICI%C3%93N-A-SEUXIS-PAUCIAS-HERN%C3%81NDEZ-SOLARTE.aspx>

⁵⁶ <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/LA-SECCI%C3%93N-DE-REVISI%C3%93N-DE-LA-JEP-APLICA-LA-GARANT%C3%8DA-DE-NO-EXTRADICI%C3%93N-A-SEUXIS-PAUCIAS-HERN%C3%81NDEZ-SOLARTE/SRT-AE-030-2019.pdf>

⁵⁷ [Consulte aquí el boletín oficial en la página Web de la Procuraduría General de la Nación](#)

- a) Era **imprevisible** porque en el momento en que le fue asignada su curul por el Consejo Nacional Electoral⁵⁸ no podía tener la certeza cognitiva de que iba a ser objeto de una investigación de carácter penal en los Estados Unidos de América y mucho menos que se libraría orden de captura con fines de extradición e iba a ser privado de su libertad.
- b) Fue **irresistible** porque legítimamente el señor Hernández Solarte no podía rehuir su captura o negarse jurídicamente a ella en el momento en que se hizo efectiva. Tampoco pudo cumplir su obligación de posesionarse porque, como ya se anotó, no le fue concedida autorización por la autoridad judicial y no le fue aceptada la excusa ni la petición de posesión a distancia. Es decir, le fueron negados todos los mecanismos jurídicos que utilizó para lograrlo.
- c) Fue **extraño o no imputable** al congresista, porque las decisiones relacionadas con i) el inicio de la investigación, ii) la circular roja emitida a través de la Interpol iii) la orden de captura con fines de extradición iv) el hacerse efectiva esta y v) el estar privado de la libertad en espera de que se defina su situación jurídica; no han estado bajo el control del hoy investigado ni provinieron de su voluntad. Estos dependen directamente de las autoridades judiciales y administrativas que intervienen en el proceso, sin que hasta el momento se haya desvirtuado la presunción de inocencia del denunciado.

Discute la parte recurrente en este proceso que el hecho que originó la investigación y a su vez la vinculación del congresista acusado al proceso penal en el exterior, que dio lugar a su posterior captura con fines de extradición, le es imputable este y de allí deduce que no le es extraño o ajeno y por lo tanto que no se configura la fuerza mayor.

Contrario a lo anterior, la Sala encuentra que en la Circular Roja de la Interpol n.º A-3648-4-2018, no se menciona que existe sentencia o decisión condenatoria debidamente ejecutoriada sobre el congresista requerido en relación con los hechos por los que fue capturado y posteriormente solicitado en extradición. En la circular se menciona expresamente que este es requerido como medida preventiva ordenada dentro de proceso penal.⁵⁹ Por esa razón se conserva su presunción de inocencia.

De otra parte, en este asunto existe un informe rendido en el cual se expuso que la orden de captura se originó por un proceso penal **en el que se investigan** hechos en los cuales, al parecer, el señor Hernández Solarte, al menos desde junio de 2017 hasta abril de 2018, se asoció ilícitamente para producir y distribuir aproximadamente 10.000 KG de cocaína en Colombia con miras de importación a Estados Unidos, con complicidad de miembros de las

⁵⁸ Resolución 1597 del 19 de julio de 2018

⁵⁹ Según texto de la circular roja emitida en su contra y documentos de captura, obrantes en el proceso a folios 104 a 106 C. anexo 4

FARC y que habría participado en una serie de reuniones en las que se habló del suministro de cocaína e importación a Estados Unidos; además, que tenían acceso a laboratorios para suministrar cocaína y acceso a aviones para transportar la droga.⁶⁰ Es decir, de allí tampoco se desprende que haya una sentencia penal condenatoria ejecutoriada en su contra.

Conclusión. La Sala considera que es contrario a este régimen sancionatorio especial definir anticipadamente que el congresista sí incurrió en las conductas penales que se le imputan en los Estados Unidos de América; por lo tanto, como la captura ocurrió con unas finalidades específicas preventivas para surtir el trámite de extradición, esta constituye fuerza mayor para los efectos del estudio de la causal de pérdida de investidura imputada en este proceso sancionatorio.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de pérdida de investidura en esta actuación.

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

FALLA

PRIMERO. Confírmase la sentencia de primera instancia del 20 de febrero de 2019, proferida por el Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo-Sala Séptima Especial de Decisión, a través de la cual se negó la solicitud de pérdida de investidura incoada en este asunto.

SEGUNDO. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al Despacho de origen.

TERCERO. Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

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

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Presidente (E)

⁶⁰ Folio 105 C. Anexo 4

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

ALBERTO MONTAÑA PLATA

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

RAMIRO PAZOS GUERRERO

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
con salvamento de voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
con salvamento de voto

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO
VALDÉS**

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

ALBERTO YEPES BARREIRO

**ACLARACIÓN DE VOTO / JUICIO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA –
Requiere acto de elección**

La situación de las curules asignadas en virtud del Acto Legislativo 03 de 2017, en el que se previó que el Consejo Nacional Electoral asignara al partido o movimiento político que surgió del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal cinco representantes a la cámara y cinco senadores, no puede asimilarse a la de quienes fueron elegidos como congresistas, pues sus asientos en el parlamento no dependieron de la contienda electoral. Si los llamados no tienen la investidura de congresista hasta que no tomen posesión del cargo, con mayor razón las personas que tienen la sola vocación de acceder a la cámara de representantes o al senado en virtud de circunstancias diferentes al proceso electoral

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI)

Actor: MESA DIRECTIVA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES

Demandado: SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE

Aclaro mi voto en la sentencia de la referencia porque no había lugar a decretar la pérdida de la investidura de congresista de un ciudadano que no ha ostentado dicha dignidad, ni ha sido elegido o llamado. El Consejo de Estado ha precisado que para que se configure la causal consagrada en el artículo 183 numeral 3 de la Constitución se requiere que la persona acusada haya sido elegida congresista.

De manera particular, el constituyente decidió que también perderían la investidura por no tomar posesión del cargo los “llamados”, pero no es procedente asimilar la situación de quien ha sido elegido frente a quienes aún no ostentan la investidura. Los llamados tienen apenas la expectativa de llenar una vacante, que solo se concreta con la vacancia temporal o definitiva de la curul y el consecuente llamado a ocuparla.

La situación de las curules asignadas en virtud del Acto Legislativo 03 de 2017, en el que se previó que el Consejo Nacional Electoral asignara al partido o movimiento político que surgió del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal

cinco representantes a la cámara y cinco senadores, no puede asimilarse a la de quienes fueron elegidos como congresistas, pues sus asientos en el parlamento no dependieron de la contienda electoral.

Si los llamados no tienen la investidura de congresista hasta que no tomen posesión del cargo, con mayor razón las personas que tienen la sola vocación de acceder a la cámara de representantes o al senado en virtud de circunstancias diferentes al proceso electoral.

El ciudadano Seuxis Paucias Hernández Solarte no ha tomado posesión del cargo y por lo mismo no ha ostentado la investidura de congresista. Tiene una simple expectativa que no se origina en un proceso electoral, sino en virtud del Acto Legislativo 03 de 2017. Por tanto no es un congresista elegido ni llamado al que pudiera endilgarse la causal de pérdida de investidura consagrada en el artículo 183 numeral 3 de la Carta Política.

En estos términos dejo expresadas las razones de mi aclaración de voto.

MILTON CHAVES GARCÍA

FUERZA MAYOR-Nadie puede alegar su propia culpa ante autos de autoridad. PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR NO TOMAR POSESIÓN DEL CARGO-Se configuró la causal porque el obligado a posesionarse propició su captura. ACUERDO DE PAZ-Como todo pacto es ley para ambas partes. ACUERDO DE PAZ-Excepción de contrato no cumplido.

El auto de autoridad no libera al deudor del cumplimiento de una obligación ni lo exime de responsabilidad, si obró de manera imprudente o negligente y, con ello, contribuyó o provocó el actuar de la autoridad que alega como justificación de su incumplimiento, pues ese auto no resulta imprevisible o irresistible, presupuestos del caso fortuito o fuerza mayor (art. 64 CC, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890), sino que surge como algo esperado o que debió preverse. Desde el viejo y perenne derecho romano está claro que nadie puede en juicio alegar su propia culpa. Conforme a las pruebas del proceso, a mi juicio, como alias “Jesús Santrich” propició el requerimiento de la justicia norteamericana y la captura con fines de extradición, estos autos de autoridad no lo eximieron de la causal de desinvestidura, pues él provocó el actuar de las autoridades que, ni por asomo, puede calificarse como un hecho desconocido o inopinado, en la medida en que fue la respuesta legítima frente a la presunta comisión de un ilícito (...) La mayoría de la Sala entendió que el legítimo obrar de las autoridades determinó que alias “Jesús Santrich” no pudiera posesionarse. En mi criterio, él no logró la condición de congresista, precisamente porque incumplió sus obligaciones del Acuerdo de Paz. Si el Acuerdo de Paz no es otra cosa que un pacto y todo contrato es ley para los contratantes ¿Persisten las obligaciones del Estado frente a una persona que luego de firmado, continúa presuntamente infringiendo la legislación penal?

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI)

Actor: MESA DIRECTIVA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES

Demandado: SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE

Me aparto de la decisión que se adoptó en la providencia del 28 de mayo de 2019, confirmatoria de la sentencia del 20 de febrero de 2019, proferida por la Sala n°. 7 Especial de Decisión del Consejo de Estado, que negó la solicitud de desinvestidura.

La mayoría consideró que no se configuró la causal de pérdida de investidura del artículo 183.3 CN, pues como alias “Jesús Santrich” fue capturado con fines de extradición por un requerimiento de la justicia norteamericana, esta circunstancia constituyó una fuerza mayor que lo liberó de la obligación de tomar posesión del cargo, conforme al parágrafo del mismo precepto. Asimismo, estimó que el proceso que se le sigue en una jurisdicción extranjera no desvirtúa su presunción de inocencia y es un evento extraño, que no le es imputable, porque no está bajo su control ni proviene de su voluntad.

1. El auto de autoridad no libera al deudor del cumplimiento de una obligación ni lo exime de responsabilidad, si obró de manera imprudente o negligente y, con ello, contribuyó o provocó el actuar de la autoridad que alega como justificación de su incumplimiento, pues ese auto no resulta imprevisible o irresistible, presupuestos del caso fortuito o fuerza mayor (art. 64 CC, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890), sino que surge como algo esperado o que debió preverse⁶¹. Desde el viejo y perenne derecho romano está claro que nadie puede en juicio alegar su propia culpa.

Conforme a las pruebas del proceso, a mi juicio, como alias “Jesús Santrich” propició el requerimiento de la justicia norteamericana y la captura con fines de extradición, estos autos de autoridad no lo eximieron de la causal de desinvestidura, pues él provocó el actuar de las autoridades que, ni por asomo,

⁶¹ Corte Suprema, Sala Civil, sentencia del 5 de julio de 1935, Cas. XLII, 54 [fundamento jurídico IV].

puede calificarse como un hecho desconocido o inopinado, en la medida en que fue la respuesta legítima frente a la presunta comisión de un ilícito. El ejercicio de la autoridad legítima no constituye fuerza mayor cuando ella es la respuesta a la presunta infracción del orden jurídico. Las autoridades y los ciudadanos en ningún evento pueden actuar, sin consecuencia alguna, al margen de la ley.

2. La curul en la que debía posesionarse alias “Jesús Santrich” no se asignó por votación popular, sino que se pactó en el artículo 3.2.1.2 del Acuerdo de Paz⁶² y quedó incorporada en el artículo 3 transitorio del Acto Legislativo n°. 3 de 2017. Esta concesión estatal fue acompañada de otros beneficios para los insurgentes. Así, el artículo 72 del acuerdo establece que no se podrá imponer medidas de aseguramiento con fines de extradición por delitos cometidos hasta la finalización del conflicto, disposición retomada por el artículo transitorio 19 del Acto Legislativo n°. 1 de 2017. Como elemental contrapartida, los subversivos se comprometieron a no reincidir en ilícitos, so pena de ser enjuiciados por la justicia ordinaria, conforme con los artículos 72 y 75 del acuerdo, incluidos en el artículo transitorio 5 del Acto Legislativo 1 de 2017.

La mayoría de la Sala entendió que el legítimo obrar de las autoridades determinó que alias “Jesús Santrich” no pudiera posesionarse. En mi criterio, él no logró la condición de congresista, precisamente porque incumplió sus obligaciones del Acuerdo de Paz. Si el Acuerdo de Paz no es otra cosa que un pacto y todo contrato es ley para los contratantes ¿Persisten las obligaciones del Estado frente a una persona que luego de firmado, continúa presuntamente infringiendo la legislación penal?

3. Podría alegarse que resulta riesgoso para una democracia no prever que la captura de una persona electa al Congreso podría ser utilizada para impedirle tomar posesión de su cargo, como un instrumento de persecución a la oposición política. No obstante, esa prevención es infundada, en la medida en que la privación de la libertad está a cargo de las autoridades judiciales, que deben cumplir sus funciones conforme a la ley y con independencia de las otras ramas del poder público. Si no lo hicieren también se pondrían al margen de la ley.

4. La captura con fines de extradición de alias “Jesús Santrich” obedeció a la

⁶² Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera del 24 de noviembre de 2016.

ejecución de unas obligaciones internacionales del Estado colombiano. De allí que no comparto la afirmación de la mayoría que da a entender que como el requerimiento internacional contra alias “Jesús Santrich” no está fundado en una sentencia condenatoria en su contra, sino en una medida preventiva en un proceso penal, el enjuiciado conserva su presunción de inocencia y queda liberado de la obligación del artículo 183.3 CN. Esta aseveración pone en cuestión no solo compromisos supranacionales, sino plantea serios interrogantes en el ámbito interno: En adelante ¿el Estado colombiano no puede imponer o ejecutar medidas de aseguramiento, no obstante estar plenamente avaladas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Más aún ¿la detención de alias “Jesús Santrich” abre las puertas a que toda medida privativa de la libertad genere responsabilidad civil del Estado, es decir, a cargo del erario que es de todos los colombianos? ¿Solo procede la extradición de nacionales si existe una sentencia penal proferida por el país requirente?

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

MAR/2F

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI)

Actor: MESA DIRECTIVA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES

Demandado: SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE

Con todo comedimiento consagro a continuación la razón por la cual aclaro mi voto en la decisión de la referencia.

Es preciso manifestar que comparto plenamente la decisión de haber confirmado la sentencia de primera instancia del 20 de febrero de 2019, por la cual se negó la

solicitud de pérdida de investidura del señor Seuxis Paucias Hernández Solarte, por considerar que no estaba incurso en la causal del numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política, según la cual *“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”*, por haber concluido que la detención preventiva de la cual había sido objeto constituye fuerza mayor y, por tanto, no aplicaba tal causal.

La Sala Plena concluyó 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 [...]”*.

La razón por la cual presento aclaración de voto es porque considero que no es posible sostener válidamente, como lo hace la Sala Plena, que basta la mera confrontación de la circunstancia según la cual el demandado se encuentra privado de la libertad, para concluir, automáticamente, que se está en presencia del fenómeno jurídico de la fuerza mayor, por la sola particularidad que la orden de autoridad que ordena la detención es, evidentemente, una situación irresistible.

En este punto vale la pena señalar que la comisión, o presunta comisión, de un delito no puede beneficiar a la persona sindicada bajo el argumento que, ante su privación de la libertad, ello podría constituir fuerza mayor, por eso en el análisis de la fuerza mayor se deben estudiar los demás elementos que la conforman.

En ese sentido, a mi juicio, ciertamente, para efectos de acreditar el supuesto de hecho constitutivo de la fuerza mayor, se hace necesario, por una parte, examinar las condiciones que permitan inferir el advenimiento de todos los elementos o componentes que integran este fenómeno; y, por la otra, analizar las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que estos acaecieron dentro del marco de los elementos de antijuridicidad y culpabilidad. Es decir, que es fundamental que el operador jurídico realice un juicio de tipo subjetivo, valorando la conducta, la voluntad misma del actor, así como los elementos de prueba oportunamente arrojados al expediente.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito, en tanto 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.

Para el caso *sub exámine* se tiene que en la providencia de la referencia el análisis de los elementos que integran la fuerza mayor, tales como el de la imprevisibilidad, irresistibilidad y el tratarse de un hecho conocido, no fueron analizados en su real dimensión conforme con la circunstancia notoria de encontrarse el demandado privado de la libertad al momento de ser requerido para tomar posesión del cargo de Representante a la Cámara, no porque se tratara de la imposibilidad física de asistir por encontrarse en una celda, producto de su falta de voluntad, pues es evidente que nadie quiere estar encarcelado, sino porque en este caso particular y concreto se trataba de una orden de captura con fines de extradición emitida por una autoridad que carecía de competencia.

Tal situación, la de encontrarse ilegalmente privado de la libertad, es entonces el que otorga plenitud al elemento de la imprevisibilidad de la situación, toda vez que, como se puede inferir, el realizar una conducta conscientemente delictiva permite prever, para cualquier persona, que lo más probable es que, como consecuencia de ella, devenga una sanción punitiva. Lo que no era posible de prever en el caso del señor Zeuxis Paucias Hernández Solarte.

Lo anterior, no significa que el fallador de la pérdida de investidura se entrometa en el proceso penal o que vaya a desconocer el principio de presunción de inocencia, pero siendo el proceso sancionatorio de pérdida de investidura un juicio de responsabilidad subjetiva, implica necesariamente, en cada caso, valorar las pruebas que sustentan los hechos en que se ampara la fuerza mayor y no sentar una tesis inflexible y general para todos los casos en que haya una orden de autoridad que ordena la detención de un congresista, que impide tomar posesión de su curul.

En estos términos dejo plasmadas las razones que me llevaron a aclarar el voto en la providencia de la referencia.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Fecha Ut Supra.

SALVAMENTO DE VOTO / FUERZA MAYOR – No acreditado por el acusado

[E]ste consejero no encuentra honrada la carga que pesaba sobre el acusado, de demostrar que en su caso se configuraba una circunstancia de fuerza mayor que justifique el hecho probado que tipifica la causal que se le enrostró. Por supuesto, no puedo compartir la interpretación “pro hómine” a la que recurrió la mayoría, entre otras razones, porque esta no puede emplearse para obviar el estudio de las exigencias propias de la causa eximente; pero, además, porque la consecuencia de su aplicación en tales condiciones no es otra que la de concluir que, sin necesidad de estudio de cada caso, siempre que medie detención preventiva, ésta exige el cumplimiento de obligaciones constitucionales y legales

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI)

Actor: MESA DIRECTIVA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES

Demandado: SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, he salvado el voto frente a la providencia del pasado 28 de mayo de 2019 que confirmó la sentencia de primera instancia proferida el 20 de febrero de 2019 en Sala Especial de Decisión por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y lo he hecho con basamento en los siguientes criterios que tuve oportunidad de sostener en ponencia presentada a esta misma sala dentro del proceso 11001-03-15-000-2018-02616-01, que no contó en esa oportunidad con el apoyo de las mayorías:

I. DE LA FUERZA MAYOR RESPECTO DE LA CAUSAL DE DESINVESTIDURA EN CUESTIÓN: ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

1.1. La causal

La Mesa Directiva de la Cámara de Representantes invocó, como motivo para deprecar la desinvestidura del Congresista designado Seuxis Pucias Hernández Solarte, la materialización de la conducta que configura el supuesto fáctico de la causal prevista en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política que prescribe:

“Artículo 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.

Parágrafo:

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

En relación con esta causal, le compete al juez verificar que el Congresista designado no haya tomado posesión de ese destino dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fuere llamado a posesionarse.

Ha de averiguar, además, si la consumación de esa conducta amerita un juicio de reproche, trabajo que debe estar precedido de una valoración de tipo subjetivo que supone la capacidad de culpabilidad del sujeto procesado, y que se desenvuelve, primero, en un plano cognitivo en orden a la verificación del debido conocimiento o del conocimiento efectivo de la ilicitud por parte de aquel; y que en un segundo momento se incardina a determinar, si al sujeto se le podía exigir una conducta diferente a la que observó.

1.2. La Fuerza mayor

La fuerza mayor constituye una hipótesis materia de verificación en este segundo momento, pues edificada, como se encuentra, sobre el aforismo jurídico “Impossibilium nulla obligatio”, en caso de hallarse configurada, forzoso será concluir que al procesado no se le podía

exigir, al momento de consumir la conducta típica, un comportamiento diferente.

En relación con esta hipótesis, esta Corporación, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha sostenido , a partir del texto normativo del artículo 64 del código civil vigente y siguiendo en líneas generales la hermenéutica que de él ha hecho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que el hecho constitutivo de la fuerza mayor debe reunir los caracteres de irresistibilidad, exterioridad e imprevisibilidad, denotando la esterilidad de toda pretensión de identificar un listado de supuestos fácticos que puedan decirse constitutivos de fuerza mayor. Es, entonces, el análisis de cada uno de estos caracteres, en relación con las particularidades del caso, el medio útil del que se debe servir el juez para verificar la procedencia de la causal exculpativa.

Así había procedido esta Corporación, tanto en su Sala Plena Contenciosa, como a través de los conceptos de la Sala de Consulta, por lo menos, hasta el 21 de abril de 2001, para definir la aptitud de la detención preventiva en orden a la configuración de una fuerza mayor enervante de la declaración de culpabilidad en los juicios de pérdida de investidura por la causal prevista en el artículo 183.3 de la Constitución Política. A juicio de este servidor, ni la Sala de Consulta, en su concepto 902 de 1996, ni la Sala Plena en sus sentencias AC 1176º del 17 de diciembre de dos mil (2000) y AC -7715, sentencia del trece (13) de julio de mil novecientos noventa y nueve, formularon conclusiones absolutas que rompieran esa línea de interpretación de la causal.

Esta se quebró con la sentencia AC 12591 de 23 de abril de 2001, en la que la Sala Plena, después de afirmar escuetamente que la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho se cumplen únicamente cuando este es extraño a quien pretende exonerarse, concluyó, en relación con el caso allí planteado, que la detención preventiva sufrida por dos congresistas debía ser considerada un evento de fuerza mayor acaecido como consecuencia de la orden de una autoridad competente, pues de lo contrario se incurriría en desconocimiento de la presunción de inocencia que los amparaba mientras no se les declarara judicialmente culpables, todo lo cual infirió a partir de la consideración de la naturaleza preventiva, no sancionatoria de las medidas de aseguramiento, en general.

Esta última fue la tesis que siguió la mayoría en la sentencia respecto de la que salvé el voto.

II. DE LOS MOTIVOS DEL SALVAMENTO DE VOTO.

- 2.1. Sea lo primero advertir que la decisión de la mayoría dejó de lado una premisa que por muchos años guió los trabajos de la Sala Plena en la materia, cual fue la de asumir que el proceso penal es independiente del proceso de pérdida de investidura, y que para el proceso de pérdida de investidura no resulta necesaria la producción de una condena previa de orden penal, ni tan siquiera un análisis de la conducta típica, como procede penalmente...”. Con abandono de este lineamiento, en mi opinión, la Sala limitó el estudio de los caracteres esenciales de la fuerza mayor en relación con el caso particular que le concernía resolver, a la ajenidad, extrañeza o externalidad y a la irresistibilidad de

la medida, y dejó de lado el juicioso examen que era exigible respecto de su previsibilidad.

- 2.2. La presunción de inocencia que ampara a todo inculcado antes de que se profiera condena penal (para el caso) en su contra, no debería erigirse en motivo que impida o releve al juez de la pérdida de investidura, del análisis de los tres caracteres de la fuerza mayor en el caso particular en el que se proponga esta causa exonerativa de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. Para evitar que muchos eventos que tienen su móvil en la conducta de la víctima y respecto de cuyos efectos podría predicarse su previsibilidad, e impedir, simultáneamente, que el juez de la pérdida de la investidura invada la órbita del juez penal, basta con examinar la conducta que sirvió de móvil a la medida cautelar, sin adentrarse en el estudio de su connotación penal, con el referente estandarizado por el artículo 63 del código civil, del margen de diligencia y cuidado que la sociedad esperaría de un hombre medio, en relación con la previsión y evitación del hecho que se aduce como fuerza mayor.
- 2.3. La jurisprudencia patria, para el entendimiento de la fuerza mayor, ha tomado, indeclinablemente, como referente, al artículo 64 del código civil, en la redacción que recibió del artículo 1 de la Ley 95 de 1890. Dicho texto normativo equipara los fenómenos “fuerza mayor” y “caso fortuito” y los define y ejemplifica indistintamente de la siguiente manera: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”
No desconozco, por supuesto, el debate que de antaño se ha dado en la doctrina entre partidarios de esta concepción, y los adeptos a la concepción dualista. Ese es un debate que, a mi modo de ver, ha sido más de interés para la academia que útil para la solución de casos en sede judicial⁶³.
- 2.4. Coincido con la mayoría cuando afirma que la privación de la libertad, cuando es consecuencia del acto de autoridad ejercido por funcionario público, una vez ha adquirido firmeza, no puede, por definición, ser resistido jurídicamente. Lo puede ser en el orden fáctico, pero sería un contrasentido inexcusable la exigencia, en derecho, de una resistencia de tal naturaleza al acto.
- 2.5. Respecto de la extrañeza o ajenidad del acto, podría coincidir, si su estudio se adelanta con estricto rigor causal. En esa perspectiva, la causa puede entenderse radicada, según la perspectiva teórica que se adopte, en la voluntad del sujeto actor, en la ley que determina los presupuestos de la decisión; o en los elementos teleológicos o finalistas de esta. Y ninguna de estas tres alternativas permite concluir que el sujeto pasivo de la medida cautelar pueda fungir como autor de la decisión que le impuso la detención preventiva. Diferente sería la conclusión a la que se llegaría, si el examen de la ajenidad del acto se

⁶³ Tampoco desconozco la posición que ha observado la Sección Tercera de la sala Contencioso Administrativa de esta Corporación en orden, a mi modo de ver, a dar sustento dogmático a la exclusión del riesgo inherente a la actividad del ofensor en el derecho de daños, del ámbito de la fuerza mayor. En este caso, se ha respondido, y así lo estima este servidor, que la distinción se revela innecesaria, pues para el mismo efecto bastaría a la Sección con decir que no toda fuerza mayor exime de responsabilidad, y en esa línea, concluir que la fuerza mayor que tiene origen en el riesgo inherente a la actividad del victimario no exime de responsabilidad.

extendiera a los motivos de la medida de detención. Pero este examen lo encuentro más pertinente para el análisis de la previsibilidad del hecho, como pretendo denotarlo a continuación.

- 2.6. Lamentablemente, no puedo decir que me aparte del análisis que hizo la sentencia aprobada por la mayoría del elemento imprevisibilidad, como elemento constitutivo de la fuerza mayor, porque, sencillamente, en este pronunciamiento tal análisis estuvo ausente por cuanto se entendió que el recurrente había centrado su protesta en torno al elemento “extrañeza”. Tal entendimiento, sin embargo, no consulta el resumen que del recurso se hizo en el aparte 2.4 de la providencia, en el que se lee: *“Señaló que la Sala especial de Decisión profirió un fallo contrario a los lineamientos doctrinales y jurisprudenciales porque no se configuraron los elementos de imprevisibilidad y exterioridad...”*
- 2.7. En relación con este elemento, a mi juicio, la pregunta que debía responder la Sala era la siguiente: ¿es imprevisible el acto correctivo o preventivo de autoridad, para quien realiza una conducta reprochable por ser contraria a los estándares de conducta que demanda del ciudadano medio la legislación civil? Para dar respuesta a ella, por supuesto, resultaba necesario que el acusado que pretendía excusarse en la fuerza mayor probara, o cuando menos negara indefinidamente, su participación en la realización de la conducta que determinó la medida cautelar, y que argumentara, si lo anterior no fuere posible, en orden a demostrar que la medida no resultaba previsible para una persona media puesta en su misma situación.
- 2.8. En el presente caso, vistos los términos que permitía conocer el proyecto de sentencia de segunda instancia en el proceso de pérdida de investidura, de la defensa que presentó Seuxis Parcias Hernández Solarte, el acusado ni siquiera negó la realización de tal conducta, menos aún desplegó actividad ordenada a demostrar la imprevisibilidad de la medida cautelar.

En consideración a lo expuesto, este consejero no encuentra honrada la carga que pesaba sobre el acusado, de demostrar que en su caso se configuraba una circunstancia de fuerza mayor que justifique el hecho probado que tipifica la causal que se le enrostró.

Por supuesto, no puedo compartir la interpretación “pro hómine” a la que recurrió la mayoría, entre otras razones, porque esta no puede emplearse para obviar el estudio de las exigencias propias de la causa eximente; pero, además, porque la consecuencia de su aplicación en tales condiciones no es otra que la de concluir que, sin necesidad de estudio de cada caso, siempre que medie detención preventiva, ésta exige el cumplimiento de obligaciones constitucionales y legales.

De la H. Sala Plena, con toda consideración,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado