

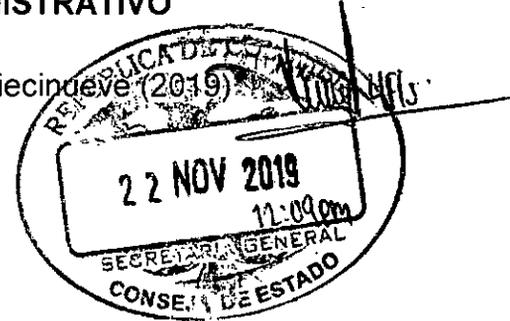


Radicado: 11001-03-15-000-2018-01294-01
Demandante: Elvis Alberto López Sánchez

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: Pérdida de investidura
Radicación: 11001-03-15-000-2018-01294-01
Demandante: Elvis Alberto López Sánchez
Demandado: Aida Merlano Rebolledo



Tema: Pérdida de investidura por la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada

SALVAMENTO DE VOTO

No comparto la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia que decretó la pérdida de investidura de la demandada porque estimo que: (i) la causal de pérdida de investidura invocada en la demanda no comprende la financiación de las campañas electorales mediante conductas constitutivas de delito; (ii) en la sentencia se realizó una inadecuada valoración de los medios de convicción obrantes en el proceso; (iii) no se hizo en debida forma el estudio de la culpabilidad de la demandada.

A.- La causal de pérdida de investidura invocada en la demanda no comprende la financiación de las campañas electorales mediante conductas constitutivas de delito.

1.- La causal de pérdida de investidura imputada a la demandada Aida Merlano Rebolledo está tipificada en el artículo 109 de la CP y desarrollada en el artículo 26 de la ley 1475 de 2011, normas que sancionan <<(…) la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada (…)>>.

La interpretación de esta causal debe restringirse únicamente a la violación de los topes de financiación de campañas electorales cuando dichos gastos de campaña sobrepasen los topes permitidos.

Lo anterior, debido a que la Constitución Política prevé en el numeral 1º del artículo 183 una causal especial de pérdida de investidura para el evento en el cual el Congresista incurra en una conducta sancionable por el derecho penal. De acuerdo con esta disposición, los congresistas perderán su investidura por <<violación del régimen de inhabilidades>> (numeral 1º del artículo 183 de la CP) y el numeral 1º del artículo 179 ibidem consagra como causal de inhabilidad



<<ha[ber] sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos>>.

Por lo tanto, no considero 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.

El hecho de que el congresista invierta en gastos lícitos de su campaña (publicidad, organización de eventos etc.) sumas superiores a las permitidas, hace que pierda su investidura. Si lo que hace es *comprar votos* no está invirtiendo más de lo permitido: está incurriendo en una conducta delictiva que debe ser sancionada por la justicia penal y la decisión de condena que allí se profiera genera la pérdida de investidura del Congresista.

En ese sentido, al existir una causal de pérdida de investidura que sanciona la comisión de conductas penalmente reprochables por parte de los Congresistas, el alcance de la causal prevista en el artículo 109 de la CP no puede extenderse a estas mismas conductas.

En consecuencia, considero 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.

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.

El principio de legalidad y particularmente la prohibición del *non bis in ídem* se violan al no advertirse que, en los casos de *concurso aparente de causales* o de *tipos de conducta sancionable*, que ocurre cuando *<<un supuesto de hecho es subsumible a la vez varios preceptos sancionadores que protegen el mismo bien jurídico...el principio general de derecho conocido como la non bis in ídem impide castigar dos veces un acto que supone un ataque a idéntico bien jurídico protegido. Por tanto, habrá de determinarse la norma sancionadora aplicable, que será la que castigue todo el desvalor del ilícito, conforme a los criterios penales de la especialidad, la subsidiariedad, la consunción y la alternatividad (...). El concurso aparente de normas*



plantea el problema de la especificación de la norma en la que puede subsumirse la conducta del infractor>>.¹

B.- La inadecuada valoración de los medios de convicción

1.- Considero también que la sentencia de la cual me aparto 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, 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, a mi modo de ver, 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.- Considero 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.- Tampoco comparto 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.- En relación con este asunto, en la sentencia se justificó de la siguiente manera la valoración de las pruebas recaudadas en el allanamiento de la sede de campaña de la demandada:

<<(…) 189. Si bien, la parte demandada, mediante memorial radicado el 12 de febrero de 2019, en la Secretaría General, manifiesta que conforme con la grabación obtenida de una cámara de video ubicada en la "Cocina piso 1" del inmueble ubicado en el Barrio El Golf, cámara identificada "CHANNEL 3_2018031118155418796155", se logró detectar que agentes de policía que hacían parte de la diligencia de allanamiento implantaron evidencia física que posteriormente fue identificada como hallazgos Dieciséis – dos armas de fuego tipo revolver, cachá plástica, marca Smith Watson, color pavonado, 3 cartuchos calibre 32mm y 2 cartuchos calibre 7.65mm -; Dieciocho - bolsa plástica

¹ Redondo Andreu Ignacio, Tabaoda García Alba, *Manual de derecho administrativo sancionador, Tomo I*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2009.



transparente que contiene 7 cartuchos para escopeta calibre 16 -; y Diecinueve - bolsa plástica encontrada en uno de los gabinetes de la parte inferior de la cocina que contiene certificados electorales y, adheridos a ellos, un logotipo de la campaña política con un mensaje "gracias por tu apoyo" -; la Sala Plena considera que los mencionados hallazgos no contienen pruebas determinantes para efectos de resolver el caso sub examine en la medida en que ninguna de esas pruebas contiene información sobre gastos de la campaña electoral de la demandada.

190. 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 nexo con aquella [. . .]"; es decir, la corrupción de las pruebas procesales por causa de una prueba ilícita no es automática.

191. Al respecto, es importante resaltar que conforme a esta doctrina el estudio de ilicitud se debe realizar desde tres criterios. a saber: i) el vínculo atenuado: según el cual, si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible; ii) la fuente independiente: según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la doctrina de la manzana contaminada en el cesto de frutas; y iii) el descubrimiento inevitable: según el cual la prueba derivada de una ilícita es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido obtenida de toda forma por un medio lícito. En suma, la ilicitud solamente se transmite a la prueba que depende exclusiva, directa, inmediata y próxima a la fuente ilícita.

192. 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.

193. Asimismo, es importante resaltar que la Sala Plena no encuentra irregularidades que afecten las diligencias de allanamiento y registro que permitieron el recaudo probatorio en el caso concreto; máxime, se reitera, 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. (...)>>

7.- Contrariamente a lo sostenido por la Sala, estimo 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.

C.- El inadecuado estudio de la culpabilidad de la demandada



1.- El estudio de la culpabilidad realizado en la sentencia se fundamenta en las definiciones del dolo y culpa grave consagradas en el artículo 63 del Código Civil, sobre lo cual se señala lo siguiente:

<<(…) 203. Para definir el elemento subjetivo en el caso concreto, el análisis de la conducta debe dirigirse a establecer si la señora Aida Merlano Rebolledo conocía o debía conocer que la conducta correspondiente a la violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos es contraria a las normas y principios establecidos en la Constitución Política y en la ley; si conocía que su campaña política al Senado de la República había superado el límite al monto de gastos o si debió adoptar medidas tendientes a evitar la violación de esos límites; ello con miras a determinar si existió dolo o culpa en su comportamiento.

Marco normativo del dolo

204. El dolo se encuentra definido en el Código Civil como "[...] la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro [...]". Para efectos de la configuración de una conducta dolosa se debe determinar el pleno conocimiento del sujeto en relación a que determinada conducta - en este caso haber violado el límite al monto de gastos en la campaña electoral al Senado de la República, para el periodo constitucional 2018 - 2022 -, se encontraba prohibida por la Constitución y la ley. Ante dicho conocimiento, la ejecución de la conducta demuestra la intención en la misma.

Marco normativo de la culpa

205. Para determinar si la conducta fue culposa debe estar demostrado, al menos, que el sujeto debía conocer que su actuar era contrario a la ley, en virtud de la diligencia que, por su situación particular, le era exigible.

206. Para establecer esta diligencia acudiremos a los presupuestos señalados en el artículo 63 del Código Civil, que establece tres especies de culpa o descuido: i) Culpa grave, negligencia grave o 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 [...]"; la norma señala que esta culpa en materia civil equivale al dolo; ii) Culpa leve, descuido leve o descuido ligero "[...] es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios [...]". La norma señala que la culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve, que esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano y que el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa; iii) 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 [...]". (...)>>

2.- De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, el proceso de pérdida de investidura <<(…) es un juicio de responsabilidad subjetiva (...)>>, razón por la cual para la imposición de dicha sanción no solo se requiere que el congresista haya incurrido en alguna de las conductas tipificadas en la Constitución Política, sino también que se pruebe la **culpabilidad** del demandado en su comisión, elemento que difiere de la noción de **culpa** consagradas en el artículo 63 del



Código Civil -norma que realmente se refiere a la culpa en el ámbito de la responsabilidad contractual civil-.

3.- Más que determinar si el artículo 63 del Código Civil se refiere a la culpa contractual o extracontractual, el problema a dilucidar consiste en establecer si la noción de culpa que exige el Código Civil como presupuesto para reparar (defecto de conducta en el cual no incurre una persona diligente puesta en las mismas condiciones externas) debe asimilarse a la noción de *culpabilidad* exigida en el juicio de pérdida de investidura.

4.- La culpa civil necesaria para reparar los daños causados en materia *extracontractual* es la establecida en el artículo 2341 del Código Civil, y se configura con la simple constatación de que el responsable no obró con la diligencia con la que obraría una persona puesta en sus mismas circunstancias externas; y en los casos en los cuales la conducta del responsable se encuentre reglamentado, la culpa se acredita demostrando simplemente la violación de tales reglas.

Esa comparación hecha en abstracto (cómo debió obrar conforme con la ley y cómo obró efectivamente), sin tener en cuenta las circunstancias particulares del sujeto, determina la existencia de *culpa* como elemento necesario para reparar.

El Código Civil fundamenta la responsabilidad en la *culpa* del responsable. Es necesario acreditar su *culpa* para condenarlo a reparar; pero también es *suficiente* acreditar su *culpa* para que nazca tal obligación. No es necesario acreditar *determinado tipo de culpa*, sino que es suficiente acreditar la ocurrencia de ese *defecto de conducta* (objetivo) en el que se comparara su conducta con la de un hombre diligente en las mismas condiciones para considerar que debe reparar el daño causado.

La doctrina ha señalado que la culpa para reparar definida en el Código Civil es una culpa *objetiva* en la cual no debe analizarse ninguna circunstancia propia o concreta del *responsable del daño*. Y ha precisado que a ese concepto *objetivo* de culpa se llegó luego de que la jurisprudencia y la propia ley establecieran que las personas que carecen de capacidad de discernimiento pueden incurrir en culpa. A partir de lo anterior, se determina que el análisis de la culpa civil se hace en abstracto, y tiene carácter *objetivo*; se despoja de toda connotación moral que implique hacer un juicio de reproche frente al responsable.

Alberto Tamayo Lombana, en ese punto precisa:

<<La doctrina ha distinguido dos sistemas para establecer el tipo humano de conducta que permite deducir la culpa: la apreciación in concreto y la apreciación in abstracto. En el primer caso se toma como modelo de comparación al autor mismo del perjuicio. En el segundo se toma un modelo externo, imaginario. Apreciar in concreto una culpa equivale a examinar el estado de alma de su autor



y averiguar si su conciencia le reprocha alguna cosa ...La apreciación in abstracto consiste en prescindir del análisis de las condiciones subjetivas del autor del perjuicio, para tomar como tipo de comparación un modelo abstracto, ideal, imaginario: el hombre prudente y diligente, recto y seguro de sus actos... El Código Civil colombiano (arts. 63 y 1604), contempla la división tripartida de la culpa: grave, leve y levisima. De acuerdo con lo cual, el deudor responde solamente cuando ha cometido culpa grave, si el contrato es útil únicamente al acreedor; es responsable de la culpa leve cuando el contrato beneficia a las dos partes; y responde hasta de la culpa levisima cuando él, el deudor, es el único que reporta beneficio.>> (Crf. Tamayo, 2005, p. 75 y s.s.)

5.- En cambio, la *culpabilidad* como presupuesto necesario para la responsabilidad en los juicios de carácter sancionatorio, tales como la acción de repetición, la pérdida de investidura o el juicio penal, debe ser entendida como un juicio de reproche de carácter subjetivo que atiende a las circunstancias particulares del demandado y del caso concreto.

En ese sentido, la doctrina se refiere a las nociones de dolo y culpa grave en los siguientes términos:

<<Haber tenido la intención de realizar un acto, de provocar un resultado, no es tan sólo haberse representado de antemano ese acto o ese resultado, **haberlo esperado: la intención en el lenguaje corriente supone una voluntad dirigida hacia una finalidad, el deseo de ver que se realice una consecuencia determinada.**

<<El derecho francés se mantiene, pues, fiel a la concepción tradicional del *dolus romano*. El delito se caracteriza por la malignidad, por la intención maliciosa, por el deseo, en el responsable de perjudicar a otro...

<<Sin embargo, por medio de un rodeo, el derecho francés parece volver, al menos en cierto grado a la teoría de la representación, a contentarse con la previsibilidad del daño, sin exigir la intención de causarlo. Eso es lo que parece resultar de la asimilación de la culpa grave o lata con el dolo.

<<Ese principio introducido en derecho romano en la forma e interpolación en la esfera de la responsabilidad contractual, al mismo tiempo que se creaba esa categoría nueva de la culpa denominada la culpa lata, no tardó en implantarse en el ámbito de la responsabilidad delictual, el único que se examina por ahora.

<<La culpa grave entra en la categoría de las culpas, de lo que denominamos hoy los *cuasidelitos*; por consiguiente, de las culpas no intencionales: el autor del daño no ha deseado la realización del mismo. Entonces ¿por qué asimilarlo al delito, al *dolus*? **La razón tradicional de esta distinción está en que la negligencia o la imprudencia cometida es tan grosera, que apenas si es creíble que su autor no haya deseado, al obrar, causar el daño que se ha producido...** <<Para *Josserand*, la culpa grave es "una enfermedad que revela la incapacidad, la ineptitud del culpable para cumplir con las obligaciones a las que está sujeto, con la misión contractual o extracontractual que le incumbe." <<Si, en esta hipótesis, no se considerara que ha habido delito, se estaría desarmado ante los que negaran su mala intención y se atrincheraran detrás de su torpeza o de su inexperiencia. La maldad misma, como se ha dicho, adoptaría la máscara de la tontería. Para cortar por lo sano esa defensa, era necesario crear una presunción: la ley



supone probada, en el autor de una culpa muy grave, la intención de dañar. Se advierte así que la asimilación de la culpa lata con el dolo no es un retorno disimulado a la teoría de la representación; es una regla que se aplica en el terreno de la prueba. Pero esta presunción ¿es una presunción absoluta o relativa? ¿Puede ser combatida, o no puede serlo, por el responsable? Tan sólo son irrefragables las presunciones declaradas como tales por un precepto expreso. La presunción sentada por el adagio <<culpa lata dolo aequiparatur>> no puede ser, pues, sino relativa; se destruye con la prueba de la falta e intención maliciosa...>>.

<<Sin embargo, la jurisprudencia se contenta con aplicar el principio tradicional de asimilación de la culpa cuasidelictual grave con la culpa delictual, sin distinguir según que la prueba de la falta de intención maliciosa se haya presentado o no. Y es que, junto a la justificación habitual de la asimilación cabe dar otra más, válida al menos en ciertos supuestos: la imprudencia o la negligencia pueden ser tan graves, revelar una preocupación tan escasa por los intereses ajenos y a veces por su vida, que puede justificarse la misma severidad a su respecto que en relación con una culpa intencional.>>².

Y en la propia jurisprudencia del Consejo de Estado se ha señalado sobre este particular:

*<<Frente a estos conceptos el Consejo de Estado ha dicho que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que **debe tener en cuenta las características particulares del caso** que debe armonizarse con lo previsto en los artículos 6 y 90 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos>>³*

6.- En consecuencia, no resulta adecuado 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.

Fecha *ut supra*


MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

² H y L. Mazeaud, Tomo primero, volumen II, página 62.

³ Sentencia de 31 de agosto de 1999, exp. 10865, M.P. Ricardo Hoyos Duque. Posición reiterada en sentencias de 25 de agosto de 2011, exp. 20117, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 25 de marzo de 2015, exp. 35061, M.P. Hernán Andrade Rincón (e).