



Radicado: 11001-03-15-000-2018-02616-01
(Acumulado 11001-03-15-000-2018-02672-00)
Solicitante: César Augusto Castro Escobar y Mesa Directiva del
Senado de la República

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO
LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA



Radicación Número: 11001-03-15-000-2018-02616-01 (Acumulado 11001-03-15-000-2018-02672-00)
Solicitante: César Augusto Castro Escobar y Mesa Directiva del Senado de la República
Convocada: Aida Merlano Rebolledo

Con el respeto que se merecen los integrantes de la Sala Plena mayoritaria de esta corporación, en el presente caso, debo apartarme de la sentencia de segunda instancia proferida el 29 de octubre de 2019, mediante la cual se confirmó el fallo de primera instancia que negó la pérdida de investidura de la ciudadana Aida Merlano Rebolledo, como Senadora de la República, elegida para el período constitucional 2018-2022.

Las razones que sustentan mi disenso son las siguientes:

1.- La causal de pérdida de investidura que se invocó en las solicitudes de la referencia, fue la prevista en el numeral 3º del artículo 183 de la Constitución Política, que en su tenor dispone:

“Art. 183.- Los congresistas perderán su investidura:

(...)

3º) 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”.

2.- De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 1881 de 2018:

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

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

3.- La pérdida de investidura es una acción pública de carácter sancionatorio, que se adelanta en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, con el fin de juzgar la conducta ética de los miembros de cuerpos colegiados y ejercer un control en la conformación del poder político frente a hechos que contraríen el interés general, la moralidad y el buen servicio público.





Radicado: 11001-03-15-000-2018-02616-01
(Acumulado 11001-03-15-000-2018-02672-00)
Solicitante: César Augusto Castro Escobar y Mesa Directiva del
Senado de la República

4.- Sobre la naturaleza de la sanción que conlleva la pérdida de investidura y el carácter de juicio subjetivo de responsabilidad, la Corte Constitucional en sentencia SU-424 de 2016, precisó lo siguiente:

"La pérdida de investidura impone la prohibición perpetua de ejercer el derecho político a ser elegido popularmente, de manera que comporta la imposibilidad de realizar un derecho constitucional. Así pues, el procedimiento que se aplique en el juzgamiento sobre la procedencia de la pérdida de la investidura debe ser especialmente riguroso y respetuoso de las prerrogativas del demandado, en especial, los derechos al debido proceso y a participar en política y conformar el poder público.

En ese orden de ideas, en razón de las particularidades del proceso de pérdida de investidura, y en especial de su carácter sancionador, la Corte ha establecido que se debe dar plena observancia a las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso. Lo anterior implica que las normas constitucionales en las cuales se consagra la pérdida de la investidura deben ser interpretadas en armonía con el artículo 29 de la Carta.

De acuerdo con lo expuesto, la pérdida de investidura es uno de los procedimientos que se adelantan en virtud del "*ius puniendi estatal*" y el régimen de garantías aplicable corresponde al del derecho sancionador. En otras palabras, los principios establecidos en la Constitución para imponer sanciones deben guiar también el estudio de las demandas de pérdida de investidura".

5.- El juicio de responsabilidad en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura, como lo señaló la Corte Constitucional, es de carácter subjetivo, lo que significa que los jueces "*no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable*"¹.

6.- El Párrafo del artículo 183 de la Constitución Política dispone que "Las causales 2ª) y 3ª) no tendrán aplicación cuando medie **fuerza mayor**"².

7.- A partir de la definición del artículo 1 de la Ley 95 de 1890, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, a propósito de la noción de causa extraña que comprende el caso fortuito y la fuerza mayor, lo siguiente:

" (...) concebida la "*fuerza mayor o caso fortuito*" (*casus, casus fortuitus, casus fortuitum, casus maior, vis maior, vis divina, vis magna, vis cui resisti non potest, vis naturalis, fatum, fatalitas, sors, fors, subitus eventus, inopinatus eventus, damnum fatale, detrimentum fatale, damnum providential, fuerza de Dios, D. 19, 2, 25, 6; nociones aunque "distintas"* [Cas. Civ. de 7 de marzo de 1939, XLVII, 707], simétricas en sus efectos [cas.civ. de 26 de mayo de 1936, XLIII, 581 y 3 de agosto de 1949, G.J, No. 2075, 585]), cuanto "*...imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un*

¹ Cfr., SU-424 de 2016

² "Art. 183.- Los congresistas perderán su investidura:

(...)

2º) Por la inasistencia, en un periodo de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.

3º) 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".





Radicado: 11001-03-15-000-2018-02616-01
(Acumulado 11001-03-15-000-2018-02672-00)

Solicitante: César Augusto Castro Escobar y Mesa Directiva del
Senado de la República

funcionario público, etc." (art. 1º, Ley 95 de 1890), es menester para su estructuración *ex lege* la *imprevisibilidad e irresistibilidad* del acontecer (cas. civ. sentencias de 31 de agosto de 1942, LIV, 377, 26 de julio de 1995, exp. 4785, 19 de julio de 1996 expediente 4469, 9 de octubre de 1998, exp. 4895).

La *imprevisibilidad* del acontecimiento, concierne a la imposibilidad de prever, contemplar o anticipar *ex ante* las circunstancias singulares, concretas o específicas de su ocurrencia o verificación de acuerdo con las reglas de experiencia, el cotidiano, normal o corriente diario vivir, su frecuencia, probabilidad e insularidad *in casu* dentro del marco fáctico de circunstancias del suceso, analizando *in concreto* y en cada situación los referentes de su "*normalidad y frecuencia*", "*probabilidad de realización*" y talante "*...intempestivo, excepcional o sorpresivo*" (cas.civ. sentencias de 5 de julio de 1935, 13 de noviembre de 1962, 31 de mayo 1965, CXI-CXII, 126; 26 de enero de 1982, 2 de diciembre de 1987, 20 de noviembre de 1989, 7 de octubre de 1993, 23 de junio de 2000, [SC-078-2000], exp. 5475 y 29 de abril de 2005, [SC-071-2005], exp. 0829-92).

La *irresistibilidad*, atañe a la imposibilidad objetiva absoluta de evitar el suceso y sus consecuencias (cas. civ. sentencia de 26 de noviembre de 1999, exp. 5220), "*de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos*" (cas.civ. sentencia de 31 de mayo de 1965, CXI y CXII, 126) por "*inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias*" (cas.civ. sentencia de 26 de enero de 1982, CLXV, 21), contenerlas, conjurarlas, controlarlas o superarlas en virtud de su magnitud, "*que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales –o personales- del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas*" (cas.civ. sentencia de 26 de julio de 2005,[SC-190-2005], exp. 050013103011-1998 6569-02) o lo que es igual, entiéndase como "*aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos -y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico- que le impiden efectuar determinada actuación, lato sensu. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda -o pudo- evitar, ni eludir sus efectos (criterio de la evitación)*". (cas.civ. sentencia de 23 de junio de 2000, [SC-078-2000], exp. 5475)³.

8.- En el caso concreto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, citó como antecedente para definir la fuerza mayor desde la noción de los elementos que la componen, esto es, imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad, la sentencia proferida por la misma Sala el 28 de mayo de 2019 dentro de una solicitud de pérdida de investidura formulada con fundamento en la causal prevista en el numeral 3o 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 posesionarse⁴.

En esa oportunidad, la Sala Plena consideró que:

³ Cfr., Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de junio de 2009. Referencia: Exp. 11001-3103-020-1999-01098-01. Mag. Ponente: William Namén Vargas.

⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI) Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Actor: Mesa Directiva de la Cámara de Representantes.





Radicado: 11001-03-15-000-2018-02616-01
(Acumulado 11001-03-15-000-2018-02672-00)
Solicitante: César Augusto Castro Escobar y Mesa Directiva del
Senado de la República

"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 párrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia".

9.- En la sentencia de la cual me aparto, se reitera la siguiente tesis:

"(...) una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario constituye, por regla general, una fuerza mayor para efectos de la configuración del elemento subjetivo de culpabilidad de la conducta reprochada por el numeral 3º del artículo 183 de la Constitución Política"⁵.

10.- De la lectura e interpretación de la tesis expuesta, considero que al decirse que, "**por regla general**", una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario constituye una fuerza mayor para efectos de la configuración de la causal de pérdida de investidura del numeral 3º del artículo 183 de la C.P, el entendimiento de dicha acepción, permite inferir, que la regla que se fija no es de carácter absoluto, pues admite supuestos en los que, de acuerdo con la valoración y análisis de la prueba que realice el juez, no se configura la fuerza mayor.

La misma Sala Plena en la sentencia señala que, "**corresponde al juez, en cada caso concreto**, verificar si el hecho que se alega como constitutivo de fuerza mayor fue imprevisible, irresistible y externo"⁶, y que, "las providencias judiciales no constituyen *per se* situaciones de fuerza mayor, por lo que, en cada caso concreto, se debe realizar el análisis, con fundamento en los hechos, pruebas y normativa aplicable"⁷ (Resalto).

11.- No desconozco que de acuerdo con el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, la medida de aseguramiento tiene un carácter preventivo y excepcional, pues para su decreto deben existir "elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados" que permitan "inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga", y procede cuando sea necesaria para asegurar la comparecencia del imputado al proceso⁸.

⁵ Renglón 113 y renglón 134

⁶ Renglón 87

⁷ Renglón 131

⁸ ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga.





Radicado: 11001-03-15-000-2018-02616-01
(Acumulado 11001-03-15-000-2018-02672-00)
Solicitante: César Augusto Castro Escobar y Mesa Directiva del
Senado de la República

12.- Sobre el particular, debo precisar, que en mi criterio, la medida de aseguramiento hace parte de un proceso con carácter autónomo y por tanto independiente del juicio subjetivo de responsabilidad que corresponde a la pérdida de investidura.

13.- Si bien la Sala Plena en el caso concreto aplicó como criterios de interpretación principios universales, como el principio *pro homine*, el *in dubio pro reo* y el de presunción de inocencia, considero que, más allá de un juicio abstracto de responsabilidad a partir de la aplicación de dichos principios, el juez de la pérdida de investidura, con criterio autónomo, debe analizar la conducta endilgada a la luz de los medios de prueba allegados al proceso y verificar si se configuró la fuerza mayor como hecho imprevisible, irresistible y extraño que impedía la declaratoria de pérdida de investidura, como lo establece el parágrafo del artículo 183 de la CP.

14.- El análisis de la prueba en la sentencia de 29 de octubre del año en curso, se limitó a una relación parcial de los medios probatorios incorporados al plenario, sin que se advierta un juicio de valoración y análisis de las demás piezas probatorias que dan cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos objeto de la investigación, las cuales resultaban importantes para evaluar la conducta de la congresista elegida, con miras a determinar de qué manera pudo incidir sustancialmente en la adopción de la medida de aseguramiento en su contra.

15.- En este orden de ideas, las afirmaciones contenidas en la sentencia sobre los siguientes aspectos: i) Que a la señora Merlano Rebolledo "*no le era previsible que una autoridad judicial proferiría una providencia mediante la cual se le privaría de la libertad en virtud de la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario y que esta situación le impediría tomar posesión de su investidura como Senadora de la República...*"; ii) Que la adopción de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario ordenada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es "*externa a la demandada*"; y, iii) Que la "*privación de la libertad de que fue objeto la demandada constituye un hecho externo a su voluntad y a su órbita de dominio*"; no están respaldadas por un análisis probatorio en el caso concreto, lo cual me impide tener la certeza jurídica y la convicción plena de que en este caso, no se configuró la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad.

16.- Debo reiterar, que el juicio de valoración de la culpabilidad es autónomo en uno y otro proceso, esto es en el juicio penal y en el de pérdida de investidura, por lo que, la Sala debió ahondar en el análisis de las pruebas sobre la conducta atribuida a la congresista, para establecer, si se configuró una fuerza mayor como causal exculpativa de responsabilidad.

17.- La Corte Suprema de Justicia, al resolver en casación un caso sobre responsabilidad en un contrato de transporte, se ocupó del estudio de la causal de exoneración prevista en el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, y de manera puntual sobre el juicio valorativo y relacional que compete al juez en cada caso en particular, precisó:

"Justamente por la naturaleza extraordinaria del hecho imprevisible e irresistible, su calificación por el juzgador como hipótesis de vis maior, presupone una actividad exógena, extraña o ajena a la de la persona a quien se imputa el daño o a su conducta, o sea, "no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol





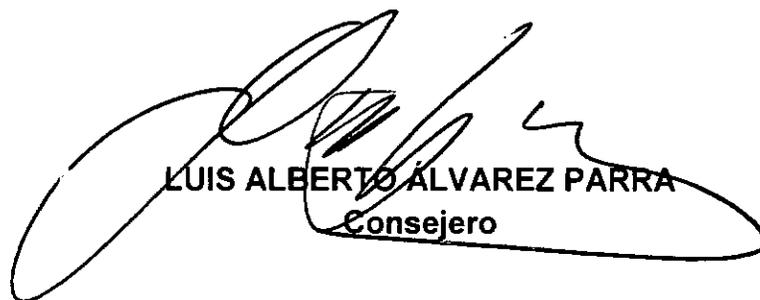
Radicado: 11001-03-15-000-2018-02616-01
(Acumulado 11001-03-15-000-2018-02672-00)
Solicitante: César Augusto Castro Escobar y Mesa Directiva del
Senado de la República

preponderante en la causación del daño (cfme: sent. 009 de 27 de febrero de 1998)" (cas.civ. sentencia de 29 de abril de 2005, [SC-071-2005], exp. 0829-92), pues su estructura nocional refiere a las cosas que sin dolo ni culpa inciden en el suceso (quæ sine dolo et culpa eius accidunt) y a las que aún previstas no pueden resistirse (quæ fortuitis casibus accidunt, quum prævideri non potuerant), lo cual exige la ausencia de culpa (quæ sine culpa accidunt) y, también, como precisó la Corte, es menester la exterioridad o ajenidad del acontecimiento, en cuanto extraño o por fuera de control del círculo del riesgo inherente a la esfera, actividad o conducta concreta del sujeto, **apreciándose en cada caso particular por el juzgador de manera relacional, y no apriorística ni mecánica, según el específico marco de circunstancias y las probanzas** (cas. civ. sentencia de 27 de febrero de 2009 exp. 73319-3103-002-2001-00013-01) (Negrilla fuera de texto).

Por consiguiente, la falta de diligencia o cuidado, la negligencia, desidia, imprudencia e inobservancia de los patrones o estándares objetivos de comportamiento exigibles según la situación, posición, profesión, actividad u oficio del sujeto, comporta un escollo insalvable para estructurar la fuerza mayor cuando, por supuesto, su incidencia causal sea determinante del evento dañoso, porque en esta hipótesis, el hecho obedece a la conducta de parte y no a un acontecer con las características estructurales de la vis mayor⁹.

18.- El análisis de los elementos que en el caso concreto configuraban la fuerza mayor, debía realizarse a partir de las probanzas que se hubieran allegado al proceso y que demostraran que se presentaron circunstancias antecedentes o concomitantes, con las características de imprevisibilidad, irresistibilidad y extrañeza que, con fundamento en el párrafo del artículo 183 de la CP, impedían aplicar la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3º ídem.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevaron a salvar el voto en la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia.


LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA
Consejero

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de junio de 2009. Referencia: Exp. 11001-3103-020-1999-01098-01. Mag. Ponente: William Namén Vargas.

