



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero: William Hernández Gómez

Bogotá, 26 de noviembre de 2019



Radicación número: 110010315000201801294 01

Solicitante: Elvis Alberto López Sánchez

Convocado: Aida Merlano Rebolledo

Referencia: Pérdida de investidura

Asunto: Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de septiembre de 2018, proferida por la Sala Veintitrés Especial de Decisión de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado, en primera instancia.

ACLARACIÓN DE VOTO

Pese a estar de acuerdo con la decisión adoptada en la sentencia del 22 de octubre de 2019, por la que se confirmó la providencia del 3 de septiembre de 2018¹, mediante la cual se decretó la pérdida de investidura de la señora Aida Merlano Rebolledo, procedo aclarar mi voto conforme a las razones que expongo a continuación.

1. Pienso que en la argumentación de la providencia se efectuaron algunas afirmaciones respecto de la conducta prohibida del artículo 109 de la Constitución Política, las que podrían tener dificultades frente a los fundamentos mínimos en que se debe soportar cualquier expresión de

¹ Proferida por la Sala Veintitrés Especial de Decisión de Pérdida de Investidura.

derecho sancionador, cuando este tenga como característica principal el de ser un régimen de responsabilidad subjetiva².

2. La primera referencia de esta naturaleza apareció en el momento en que se anunciaron los temas a desarrollarse antes de que se abordara el caso en concreto. En efecto, allí se hizo una referencia de la siguiente manera: « ii) la conducta prohibida: que la **campaña electoral** de la demandada **haya violado** los topes máximos de financiación y los límites al monto de gastos establecido por la autoridad competente»³. [Negrillas fuera de texto].
3. Más adelante, a la misma fórmula se acudió cuando se estructuró parte de uno de los primeros problemas jurídicos principales: «se determinará si se encuentra probado que **la campaña electoral** de la demandada **violó** los topes máximos de financiación y los límites al monto de gastos tantas veces mencionado»⁴. [Negrillas fuera de texto].
4. Un tanto igual sucedió cuando el problema estuvo referido a constatar los gastos, como una de las modalidades de los topes de financiación: «[...] La Sala Plena deberá determinar si, en el caso sub examine, **la campaña electoral** al Senado de la República de la demandada, para el periodo constitucional 2018 - 2022, **incurrió** en gastos superiores a [...] y, en consecuencia, si se configuró la conducta prohibida por los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475, sobre violación de los topes máximos de financiación y de los límites al monto de gastos de la campaña electoral»⁵. [Negrillas fuera de texto].
5. En estricto sentido, el juicio de responsabilidad subjetiva e individual debe predicarse, no respecto de una «campaña electoral», cuya reprochabilidad podría asimilarse con la que en otros escenarios se le hace a una persona jurídica⁶, sino a la conducta en sí misma atribuible al congresista, para que sobre ella puedan desarrollarse las categorías

² La tendencia de las expresiones de derecho sancionador es que estos se fundamenten en la responsabilidad subjetiva, tal y como pasó hace poco con la acción de pérdida de investidura, cuyo cambio normativo tuvo lugar por cuenta de la Ley 1881 de 2018.

³ Párrafo n.º 124 de la providencia.

⁴ Párrafo n.º 156, *ibidem*.

⁵ Párrafo n.º 163, *ibidem*.

⁶ Es lo que sucede en otros países en donde existe un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (*verbi gratia*, España), o incluso aquí en Colombia en lo que respecta a expresiones del derecho administrativo sancionador, con temas de competencia desleal, por ejemplo, conforme a lo dispuesto en la Ley 256 de 1996.

dogmáticas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en las que también se debe soportar el proceso de pérdida de inversión.

6. La evolución en otras expresiones de derecho sancionador ha mostrado que el correcto entendimiento de la conducta es la que puede llenar de sentido y cabal comprensión los elementos de la responsabilidad⁷. No en vano se ha dicho que la conducta es la piedra angular o el sustrato principal sobre la cual se efectúan las necesarias distinciones y valoraciones⁸. Una de ellas, por ejemplo, en cuanto a si el comportamiento tuvo lugar por una acción u omisión en su aspecto ontológico para verificar o descartar posteriormente el cumplimiento del deber en sentido puramente normativo⁹.
7. Desde luego que probablemente, como sucedió con el derecho penal, el paso del tiempo y las exigencias dogmáticas harán que se consideren diversas teorías de la conducta¹⁰ e inclusive de la misma autoría¹¹, pues frente a singulares causales como las que aquí se estudian se tendrá que explicar satisfactoriamente cómo un congresista puede «violiar los topes máximos de financiación de las campañas».
8. Lo anterior no es tarea fácil, pero ciertamente un buen comienzo sería entender que si el constituyente consideró tal comportamiento como causal de pérdida de inversión es porque este debe ser imputado a la

⁷ «El delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Una misma estructura del delito tiene los tres conceptos. En el sistema clásico del delito, sistema que tiene como máximos representantes a Franz Von Liszt y Beling, el delito es acción típica, antijurídica y culpable; lo mismo afirma el sistema neoclásico con Mezger. Y que el delito es acción típica, antijurídica y culpable, también lo sostiene el padre del finalismo Hans Welzel. Lo que sucede es que al mismo esquema se le dan distintos contenidos, sobre todo a partir de la diversa manera como se conceptúa la acción. [Entiéndase conducta]». AGUDELO BETANCUR, Nodier. Inimputabilidad y responsabilidad penal. Tercera edición. Editorial Temis S. A. Bogotá (Colombia), Año 2007. p. 50.

⁸ «La dogmática penal y su evolución. Teoría del delito. Apuntes de clase». En Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Jurisprudencia y Dogmática Disciplinarias. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia). Año 2013. p. 395 y siguientes.

⁹ «La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber: cómo hay que organizar para cumplir con el deber, partiendo del causal *status quo* existente. La configuración de la Sociedad, sin embargo, no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ellas, sino en instituciones [...]» Berruezo, Rafael. Delitos de dominio y de infracción de deber. Montevideo – Buenos Aires. 2016. p. 60.

¹⁰ Entre ellas, la concepción natural – causalista. Así mismo, la del finalismo. Igualmente, el concepto social o jurídico de la acción. *Ibidem*.

¹¹ Aquí se destacan las teorías causales, teleológicas y ontológicas. Igualmente, están las teorías objetivo-formal, objetivo-material, subjetivas y mixtas. Y la de mayor acogida, quizás: la teoría del dominio del hecho. Confróntese con Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons. Madrid – Barcelona (España) Año 2000.

conducta propia del congresista y no, como tal parece se hizo en algunos apartados de la decisión¹², a la organización denominada «campaña», en donde intervienen un número plural de diferentes personas que actúan con distintos roles.

9. La prueba más dicente del reparo que acaba de formularse es que a partir de la verificación de la violación de los topes por parte de la «campaña» se dio paso al análisis individual y subjetivo de la culpabilidad. Ello, por supuesto, no debe operar únicamente respecto de esta categoría, sino también de la tipicidad y antijuridicidad, en donde los respectivos análisis dependerán de lo que se defina como la conducta del congresista cuando este «viole los topes máximos de financiación de las campañas».
10. Afortunadamente, la decisión asumida y que acompaño con mi firma tiene absoluto respaldo con las numerosas pruebas que obran en el expediente, en donde no hay espacio para la duda en cuanto a que la conducta de la señora Aida Merlano Rebolledo sí se encuadró en la causal de pérdida de investidura alegada por el solicitante.
11. Por tanto, lo anterior merece ser llamado por su nombre y conforme a las precisas consideraciones que acaban de exponerse: no es que la campaña electoral de la entonces congresista haya violado los topes de financiación y gastos¹³ y que adicional a ello se encontraran las pruebas de la culpabilidad de la congresista¹⁴. Lo sucedido es mucho más que eso: Aida Merlano Rebolledo violó «a través de su campaña electoral» los topes de financiación, cuya conducta individual y subjetiva, debidamente acreditada, resultó ser típica, antijurídica y culpable conforme a lo descrito en el artículo 109 de la Constitución Política.

¹² Por ejemplo, en otros apartados sí se hizo una correcta mención al problema jurídico: «Corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con fundamento en el recurso de apelación, determinar si la señora Aida Merlano Rebolledo incurrió en la prohibición contenida en los artículos 109 de la Constitución Política, sobre [...]». [Párrafo n.º 54 de la sentencia]. No obstante, a medida que se fueron desarrollando los temas en que se soportó la decisión, el énfasis pasó de la conducta de la congresista a lo atribuido a la organización denominada campaña electoral.

¹³ «En el caso sub examine, la Sala Plena encontró acreditado que la campaña electoral de la demandada, señora Aida Merlano Rebolledo, violó el límite al monto de gastos establecido en el artículo 24 de la Ley 1475 y, en consecuencia, incurrió en la conducta objetiva reprochada por el inciso séptimo del artículo 109 de la Constitución Política y por el artículo 26 de la Ley 1475 [...]» [Párrafo n.º 229 de la decisión] La anterior transcripción corresponde a la tercera conclusión de la providencia, previa a la parte resolutive de dicha decisión.

¹⁴ *Ibidem*.

12. Finalmente y como una razón de coherencia frente a la votado en otros procesos de pérdida de investidura, he insistido¹⁵ en la necesidad de que la corporación continúe fortaleciendo el concepto de la culpabilidad en este tipo de procesos, pues dicho elemento no puede agotarse únicamente con el aspecto psicológico —verificándose el dolo o la culpa con la que actuó el sujeto—, sino también con el análisis de la exigibilidad de otra conducta, aspecto que corresponde a la culpabilidad normativa. En el presente caso, considero que este último aspecto fue cumplido satisfactoriamente.
13. Pese a ello, mi respetuosa observación en esta oportunidad está dirigida al concepto de dolo, respecto del cual se dijo que era la «intención positiva de lesionar un interés jurídico». La intención es una circunstancia interna especial de la conducta que solo tiene sentido si se materializa externamente¹⁶. Por ello, la sola intención como concepto de dolo puede ser insuficiente. Por otra parte, la referida intención (aspecto interno) o la voluntad (aspecto externo) no siempre ocurren y, aun así, por un variado número de razones, se mantiene la necesidad de una imputación dolosa.
14. En las tesis mayoritarias, un dolo es suficiente con el conocimiento y la voluntad¹⁷, amén de que en algunos casos se defiende el concepto con el primero de dichos elementos¹⁸. De hecho, obsérvese bien que incluso, en las teorías modernas y por la obligación de encontrar una respuesta

¹⁵ Aclaración de voto del 22 de octubre de 2019, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02417-01 (Acumulados). Solicitante: José Manuel Abuchaibe Escolar y Otros. Convocado: Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas. Referencia: Pérdida de investidura.

¹⁶ Desde tiempos inmemoriales se ha hecho palmaria la necesidad de la manifestación de la voluntad, por lo que el asunto no puede quedar en la sola intención: «En el límite de manifestación exterior se vincula la naturaleza liberal de las concepciones penales: el pensamiento no delinque [...] Mientras el hombre no exteriorice su resolución de delinquir, no puede ser castigado». JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Losada S. A. Buenos Aires. 1965. P.335.

¹⁷ VELÁSQUEZ V. Fernando. Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Bogotá (Colombia). Año 2009.

¹⁸ «Por el contrario, un segundo grupo de autores entiende que ante casos como el planteado puede prescindirse de la voluntad y afirmar el dolo siempre que el sujeto se haya representado como posible o probable que el resultado podía acaecer, o haya actuado con la consciencia de estar creando un riesgo elevado de realización del tipo penal». RAGUÉS i VALLÉS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Universidad Externado de Colombia. J. M. Bosch editor – Barcelona. Bogotá (Colombia) – Barcelona (España). Año 2002. p. 49.

a casos que realmente lo ameritan, el dolo ha llegado a entenderse como una cuestión de indiferencia¹⁹.

15. Por ende, baste entonces con llamar la atención en lo útil que sería de no depender exclusivamente de las posturas civilistas que por tanto tiempo explicaron las conductas dolosas y culposas, para darle paso a los nuevos y muy desarrollados criterios que se acompañan de mejor manera con los regímenes de derecho sancionador, al que indefectiblemente pertenece el proceso de pérdida de investidura.

En estos términos, se expresan las razones de la aclaración de voto presentada.

Fecha *ut supra*,



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

¹⁹ «Un autor que, por indiferencia, ni siquiera toma en consideración la consecuencia de su actuar, la lesión de la norma, puede sacar provecho de su ignorancia, pese a que esta última representa precisamente enemistad con el Derecho». YU-AN HSU. Indiferencia como dolo. En El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario. Eduardo Montealegre Lynett. José Antonio Caro John. Editores. Universidad Externado de Colombia. 2008. pp. 411 a 439.